

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Anja Schiemann

### Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn  
Stellv.: Wiss. Mit. Florian Knoop

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur  
Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Sabine Gless  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Martin Heger  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub  
Prof. Dr. Florian Knauer  
Prof. Dr. Michael Kubiciel  
Prof. Dr. Otto Lagodny  
Prof. Dr. Carsten Momsen  
Prof. Dr. Helmut Satzger  
Prof. Dr. Anja Schiemann  
Prof. Dr. Edward Schramm  
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg  
Prof. Dr. Lovell Fernandez  
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida  
Prof. Neha Jain  
Prof. Dr. Doaqian Liu  
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco  
Munoz-Conde  
Prof. Dongyi Syn PhD  
Prof. Dr. Davi Tangerino  
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai  
Prof. Dr. Merab Turava  
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 323 – 379

- 323** | **Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen – Zurechnung von Verantwortung entlang von Wertschöpfungsketten**  
*von Prof. Dr. Carsten Momsen und Marco Willumat*
- 338** | **Weg mit dem Schwachsinn – zur längst überfälligen Ersetzung der Begriffe „Schwachsinn“ und „Abartigkeit“ in § 20 StGB**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 347** | **Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung**  
*von Moritz Denzel und Renato Kramer da Fonseca Calixto, Master of Law*
- 355** | **Sexuelle Belästigung und Straftaten aus Gruppen**  
*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*
- 361** | **Schon wieder: Der „Gaffer“ im Blickpunkt des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums vom 9. September 2019**  
*von Dr. Maximilian Lenk*
- 367** | **Strafbarkeit der Bildaufnahmen des Intimbereichs durch Upskirting**  
*von Prof. Dr. Jörg Eisele und Wiss. Mit. Maren Straub*
- 375** | **Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung audio-visueller Aufzeichnungen in Strafprozessen (BT-Drs. 19/11090)**  
*von RA und Fachanwalt für Strafrecht Prof. Dr. Jan Bockemühl*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 380 – 383

- 380** | **Sächsisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg.): Vollzug für das 21. Jahrhundert. Symposium anlässlich des 300-jährigen Bestehens der Justizvollzugsanstalt Waldheim**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

### TAGUNGSBERICHTE | 384 – 390

- 384** | **Defence Counsel at the International Criminal Tribunals**  
*von RAin Pia Bruckschen*
- 388** | **„Demokratie und Polizei – Wir brauchen einander!“**  
*von Ass. iur. Maren Wegner, M.A. und Marcus Papadopoulos, M.A.*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen – Zurechnung von Verantwortung entlang von Wertschöpfungsketten

### *Corporate Criminal Liability for Human Rights Violations - Assigning Responsibility along the Supply Chain*

von Prof. Dr. Carsten Momsen  
und Marco Willumat\*

#### Abstract

Können deutsche Unternehmen oder ihre Geschäftsleitungen für die Verletzung von Menschenrechten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, auch wenn diese durch Dritte – Tochterunternehmen oder Geschäftspartner und deren Mitarbeiter – im Ausland unmittelbar verursacht werden? Die Frage wird durch die Verwendung von mehrstufigen Wertschöpfungsketten („Supply Chains“) sowohl komplexer als auch drängender. Die Initiative für ein „Lieferkettengesetz“ zeigt Chancen und Gefahren. Neben bekannten tragischen Fällen in der jüngsten Vergangenheit geht es auch um die Gewährleistung menschenwürdiger Arbeitsbedingungen, die Bekämpfung von Menschenhandel und illegalem Waffenhandel sowie Korruption. Alle Faktoren, welche die Gefahr von Menschenrechtsverletzungen signifikant erhöhen.

Die Verfasser entwickeln ein Modell der Zurechnung für derartige Taten. Sie weisen aber auch auf die Schwierigkeiten einer Ausdehnung des deutschen Strafrechts auf Auslandssachverhalte und eine uferlose Ausweitung über die konzerngebundene Zurechnung hinaus hin. Zentrale Elemente einer Verantwortlichkeit sind modifizierte Organisations- und Aufsichtspflichten als Basis einer Fahrlässigkeitshaftung. Diese Haftung aber muss begrenzt bleiben auf Fälle, in welchen die Menschenrechtsverletzungen bei sorgfältiger Geschäftsführung hätten verhindert werden können. Die Verletzung von Menschenrechten eröffnet daher keinen gänzlich neuen Bereich strafbaren Verhaltens. Der Schutz der Betroffenen verlangt jedoch nach effektiveren Parametern für die Strafverfolgung.

*Should German companies or their management be criminally liable for the violation of human rights, even if third parties such as subsidiaries or business partners and their*

*employees outside the territory of Germany directly commit them? As multi-stage supply chains increasingly dominate the modern global economy, this question is becoming both more complex and urgent. The initiative for a German "Supply Chain Act" shows perspectives for potentially necessary legislative action and nevertheless contains risks for a criminal justice system governed by the rule of law. Still several tragic cases highlight the general need for action. At the same time topics such as the necessity to ensure decent working conditions, combating human trafficking, illegal arms trafficking and corruption arise as they are highly interrelated with those cases. This ensues from the fact that all these factors significantly increase the risk of human rights violations.*

*The authors develop a model of imputation for such acts. However, they also point out the difficulties connected to the expansion of German criminal law to foreign cases and a boundless attribution beyond the individual corporate entity. Modified organizational and supervisory duties provide a basis for liability for negligence. However, this liability must be limited to cases in which human rights violations could have been prevented by careful management. The violation of human rights therefore does not open up a completely new area of punishable conduct. However, in order to ensure an appropriate protection of those affected by severe corporate wrongdoing, more effective measures for criminal prosecution are required.*

#### I. Strafrecht und Menschenrechte

##### 1. Fallbeispiele

Die globalisierte Wirtschaft wird zusehends von transnationalen Wertschöpfungsketten (Supply Chains) geprägt.<sup>1</sup>

\* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Marco Willumat ist Mitarbeiter am Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Vgl. etwa die Untersuchung: UNCTAD, Global value chains and development. Investment and value added trade in the global economy, 2013, S. 16, wonach 80% des weltweiten Handels in dieser Gestalt erfolge; ferner: Artndt/Kierzkowski, Fragmentation: new production patterns in the world economy, 2001; Feenstra, Journal of Economic Perspectives 12 (1998), 31 ff.

Produktionsstätten des globalen Südens, teilweise des europäischen Südostens, dienen als Zulieferer oder Subdienstleister für Unternehmen, deren Sitz und Absatzmarkt sich vor allem im globalen Norden bzw. Westen befindet.

Zwar hat dies in den betroffenen Regionen durchaus auch positive Entwicklungen zur Folge, was unter dem Schlagwort „Social Upgrading“ diskutiert wird.<sup>2</sup>

Aus der Perspektive der Unternehmen allerdings liegt der Sinn derartiger Supply-Chains primär darin, billigere Produktionsverhältnisse zu nutzen, als diese in den eigenen Ländern zur Verfügung stehen. Ähnlich wie im Zeitalter der Industrialisierung, die ebenso durch Gewinnmaximierung – manche würden sagen „ungehemmten Kapitalismus“ – geprägt war, zeigen auch heute prominente Fälle nachdrücklich die Schattenseiten dieser globalen Expansion von Wertschöpfungsketten. Eine dieser dunklen Seiten ist die Missachtung der Grundbedürfnisse der Menschen an den Produktionsstandorten, was immer wieder zu Menschenrechtsverletzungen führt.

Zu denken ist etwa an den Einsturz der Rana-Plaza-Fabrik in Bangladesh am 24. April 2013, der 1135 Menschen das Leben kostete, oder den Brand in der Fabrik des Unternehmens Ali Enterprises in Karatschi, Pakistan, das als Zulieferer des deutschen Textilunternehmens KiK tätig war, am 11. September 2012 mit 289 Todesopfern.<sup>3</sup>

Ein weiteres Beispiel ist der Bruch des Staudammes „Barragem I“ in Brasilien, bei dem am 25. Januar 2019 über 270 Menschen ihr Leben verloren und aktuell auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Prüfkonzerns TÜV Süd bzw. seiner Mitarbeiter im Raum steht.<sup>4</sup>

Können die Unternehmen oder verantwortliche Mitarbeiter wegen fahrlässiger oder gar bedingt vorsätzlicher Tötung der Opfer oder wegen der Zerstörung der Infrastruktur und damit der Lebensgrundlage einer ganzen Ortschaft belangt werden?

## 2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Auch und gerade weil die Antwort intuitiv so nahe zu liegen scheint, muss zunächst die Frage gestellt werden, ob und inwieweit das Strafrecht – oder auch das Recht im Allgemeinen – auf Menschenrechtsverletzungen reagieren kann, die eben nicht primär von staatlichen Akteuren vorgenommen werden.

Traditionell beziehen sich Menschenrechte auf das Verhältnis zwischen staatlichen Akteuren und Individuen. Im klassischen – aus der Grundrechtsdogmatik bekannten – Sinne sind die Menschenrechte vor allem Abwehrrechte gegen staatliches Handeln.<sup>5</sup> Dies schlägt sich auch unmittelbar in der Ausgestaltung und Systematik des Grundgesetzes wieder, etwa mit Blick auf die in Art. 1 Abs. 3 GG postulierte Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt sowie die in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ausdrücklich formulierte Grundrechtsbindung privater im Hinblick auf die Gewerkschaftsfreiheit.<sup>6</sup> Gerade im Strafrecht steht damit aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive vor allem der Schutz des Beschuldigten gegenüber dem Eingriffshandeln der Ermittlungsbehörden im Strafverfahren<sup>7</sup> oder die die Frage nach Grund und Grenzen der Kriminalisierung von Verhaltensweisen im Mittelpunkt.<sup>8</sup> Eine unmittelbare Verpflichtung der Grund- und Menschenrechte gegenüber privaten Akteuren („unmittelbare Drittwirkung“) wird insoweit also abgelehnt.<sup>9</sup> Dies sei gerade auch im Lichte der Anerkennung staatlicher Schutzpflichten entbehrlich.<sup>10</sup> Allerdings wird diskutiert und auch anerkannt, inwieweit sich aus der Eigenschaft der Grund- und Menschenrechte als objektive Wertordnung Wirkungen auf das Verhältnis von Privatrechtssubjekten ergeben, etwa bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln (mittelbare Drittwirkung).<sup>11</sup>

Der Gedanke einer unmittelbaren Grundrechtsverpflichtung Privater wurde hingegen auch in der sonstigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nur am Rande diskutiert.

<sup>2</sup> Barrientos/Gereffi/Rossi, International Labour Review 150 (2011), 319; Bernhardt/Pollak, Environment and Planning 48 (2016), 1220; Gimet/Guilhon/Roux, International Labour Review 154 (2015), 303; Milberg/Winkler, International Labour Review 150 (2011), 341; vgl. differenzierend auch die Studie von Oxfam zur Entwicklung der Rolle der Frau: Oxfam (Hrsg.), Trading away our rights. Women working in global supply chains, 2004, S. 17.

<sup>3</sup> Zusammenfassend: <https://www.ecchr.eu/fall/mehr-show-als-sicherheit-zertifikate-in-der-textilindustrie/> (zuletzt abgerufen am 31.10.2019) sowie <https://www.ecchr.eu/fall/kik-der-preis-der-arbeitsbedingungen-in-der-textilindustrie-suedasiens/> (zuletzt abgerufen am 31.10.2019) letzterer Fall war Gegenstand eines – nunmehr durch klageabweisendes Urteil beendeten – Zivilverfahrens vor dem LG Dortmund, vgl. LG Dortmund, Urt. v. 10.1.2019 - Az. 7 O 95/15.

<sup>4</sup> <https://www.ecchr.eu/fall/das-geschaef-mit-der-sicherheit-die-rolle-von-tuev-sued-beim-brumadinho-dammbruch-in-brasilien/> (zuletzt abgerufen am 28.11.2019).

<sup>5</sup> BVerfGE 61, 82 (101); im Anschluss an das klassische Verständnis der Grundrechte als Mittel der Bewahrung des „status negativus“, vgl. grundlegend zu diesem Begriff: Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S. 103; speziell mit Blick auf die Folgewirkungen im internationalen Strafrecht: Ambos, Wirtschafts-völkerstrafrecht, 2018, S. 24.

<sup>6</sup> Stellvertretend: Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, 87. EL (März 2019), Art. 1 Abs. 3 Rn. 99 ff.; was sich auch in der Entstehungsgeschichte dieser Normen nachweisen lässt: Stenogr. Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6.5.1949, Anlage S. 6; zur Entstehungsgeschichte Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2013) Bd. I, Art. 1 Abs. 3 Rn. 2 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. stellvertretend aber umso nachdrücklicher: Beulke/Swoboda, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. (2018), Rn. 5.

<sup>8</sup> Siehe hierzu nur: Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 1 ff.; zur gesellschaftsvertraglichen (und insoweit staats-theoretischen) Fundierung der Kriminalisierung: Momsen, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 34 ff.

<sup>9</sup> Vgl. mit speziellem Schwerpunkt auch zur EU-Grundrechtecharta: Besselink, The Protection of Human Rights post-Lisbon, 2012, S. 63; Emmerich-Fritsche, Archiv des Völkerrechts 45 (2007), 541.

<sup>10</sup> BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 48 u. 59 – Fraport; zu dieser Argumentation auch: Gurlit, NZG 2012, 249 (250) insbesondere unter Hinweis auf die durch Canaris, AcP 184 (1984), 201 (204) betonten Schwierigkeiten einer unmittelbaren Grundrechtsverpflichtung mit Blick auf die Systematik der Grundrechtsschranken.

<sup>11</sup> Grundlegend: BVerfGE 7, 198 – Lüth; umfassend: Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 52 ff; woraus sich aber keine Grundrechtsverpflichtung Privater ergeben soll, abw.: Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (10).

So findet sich etwa in der früheren Rechtsprechung des *BAG* die Überlegung, eine Grund- und Menschenrechtsbindung auch nicht-staatlicher Akteure anzunehmen, wenn sie individuelle Freiheiten auf Grund ihrer sozialen und wirtschaftlichen Macht „quasi-staatlich“ bedrohen (unmittelbare Drittwirkung).<sup>12</sup> Man könnte insoweit von einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ aus Sicht des Individuums sprechen<sup>13</sup> – ein Gedanke der im Schrifttum auch auf das Verhältnis von Unternehmen und Individuen außerhalb des Arbeitsverhältnisses übertragen wird.<sup>14</sup> Ähnliche Ansätze finden sich in der US-amerikanischen verfassungsrechtlichen Diskussion. Bei grundsätzlich dem deutschen Verfassungsrecht nahestehenden Ausgangsfragen folgt die Argumentation dort allerdings einer anderen Struktur.<sup>15</sup> Maßgeblich ergibt sich diese aus der systematisch anders gearteten Stellung der Menschenwürde (human dignity), die in der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* und der meisten *State Constitutional Courts (State Supreme Courts)* eher ein intrinsischer Wert bei der Begründung juristischer Entscheidungen als ein Fundamentalrecht ist.<sup>16</sup> Gerade weil die Menschenwürde keine vergleichbar formal und institutionell das Verhältnis Staat-Bürger dominierende Stellung im US-amerikanischen Verfassungssystem besitzt wie im Grundgesetz, lassen sich Schutzverpflichtungen leichter auf private Akteure übertragen. Die Menschenwürde kann daher bei sich aus anderen Erwägungen speisenden Pflichten leichter als zusätzliche Schutzperspektive mitgegeben werden. Daneben findet eine Öffnung für eine Anerkennung der Bindung nicht-staatlicher Akteure an die Menschenrechte nicht zuletzt auch auf völkerrechtlicher Ebene<sup>17</sup> wachsende Beachtung, etwa durch eine Schaffung einer entsprechenden Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsrats<sup>18</sup> oder auf der Ebene des soft-law mit den UN „Guiding Principles on Business and Human Rights“<sup>19</sup>.

### 3. Übertragung auf das Strafrechtssystem

Auf das Strafrecht übertragen ergibt sich zunächst folgendes Bild: In erster Linie können solche Delikte ihrem Schutzzweck nach auf die Bewahrung der Menschenrechte ausgerichtet sein, die den Staat oder seine Bediensteten selbst adressieren. Dies gilt etwa für die Amtsdelikte.<sup>20</sup>

Man denke etwa an einen Polizeibeamten, der einen Beschuldigten im Rahmen einer Vernehmung durch Gewaltanwendung zur Einlassung bewegt und sich so nach § 340 StGB wegen Körperverletzung im Amt sowie gem. § 343 StGB wegen Aussageerpressung strafbar macht. Denn gerade auf Grund seines Auftretens als Exekutivgewalt liegt hierin ein – ungerechtfertigter – Eingriff in das Grundrecht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aber vor allem auch seine in Art. 1 Abs. 1 GG verdingte Menschenwürde sowie zugleich ein Verstoß gegen die UN-Anti-Folterkonvention und in dieser Perspektive auch eine Menschenrechtsverletzung.

Gegenüber Unternehmen greift dies freilich nicht ohne weiteres durch, denn diese werden nach dem oben dargestellten klassischen Verständnis der deutschen Verfassungsdogmatik nicht durch die Menschenrechte verpflichtet. Begeht also etwa ein Unternehmensmitarbeiter „bei Gelegenheit seiner Tätigkeit“ eine Gewalttat<sup>21</sup> so liegt hierin zwar eine schwere Rechtsgutsverletzung und eine Straftat aber nicht ohne weiteres eine Menschenrechtsverletzung.

Dennoch: gerade mit Blick auf die gesellschaftliche Bedeutung von Unternehmen gegenüber den Individuen erscheint sich der Gedanke der grund- und menschenrechtstypischen Gefährdungslage trotz mangelnder unmittelbarer Beteiligung staatlicher Akteure besonders aufzudrängen. Besonders deutlich wird dies, wenn in manchen Regionen der Welt nahezu flächendeckend Aufgaben der (an sich) öffentlichen Daseinsfürsorge durch private Unternehmen übernommen werden. Der in der Debatte um die Menschenrechtsverantwortlichkeit häufig schon in Frage gestellte Ausgangspunkt einer Verantwortlichkeit von Unternehmen für Menschenrechte wird hierdurch entschieden geprägt.

Konsequenterweise muss denn auch eine strafrechtliche Adressierung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen an dieses Machtgefälle zwischen Unternehmen und Individuum anknüpfen. Zunächst wird man fordern müssen, dass die Straftat in engerem Zusammenhang zur Tätigkeit im Unternehmen steht. Sodann werden wie im Fall der übergriffigen Polizei die Strukturen des Unternehmens so angelegt sein müssen, dass sie gerade nicht

<sup>12</sup> BAGE 1, 195 (191 ff.); 4, 274; 13, 168 (174 ff.); nachdem diese Sichtweise zwischenzeitlich in BAGE 48, 122 aufgegeben wurde, wurden ähnliche Erwägungen bzgl. in Tarifverträgen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG gesetzten Normen wieder aufgegriffen: *BAG*, NZA 2011, 751 (757); vgl. für Betriebsvereinbarungen: BAGE 120, 308.

<sup>13</sup> Eine Begrifflichkeit, die das *BVerfG* vor allem bei der Ablehnung der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts gebraucht, vgl. *BVerfGE* 21, 362 (369); 45, 63 (79); 61, 82 (105).

<sup>14</sup> *Emmerich-Fritsche*, Archiv des Völkerrechts 45 (2007), 541 (544); *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393 (1394 f.); *Spießhofer*, NJW 2014, 2473 (2475); *Teubner*, ZaöRV 63 (2003), 1.

<sup>15</sup> *Mudelinski*, International Affairs 77 (2001), 31; *Paust*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 35 (2002), 81.

<sup>16</sup> *Rao*, Three Concepts of Dignity in Constitutional Law, Notre Dame Law Review 86:1 (2011), 183; vgl. auch *Paust*, Howard Law Journal, Vol. 27, No. 1 (1984), 145; *O'Mahony*, International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 2, 30 (March 2012), 551.

<sup>17</sup> Einen umfassenden Überblick bietet: *Ambos*, Wirtschaftsvölkerrecht, 2018, S. 24 ff.

<sup>18</sup> Die sog. open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, die am 26.6.2014 eingerichtet wurde.

<sup>19</sup> *HRC*, Res. 17/4 v. 16.6.2011.

<sup>20</sup> Umfassend zum spezifischen Unrechtsgehalt der Amtsdelikte: *Ame- lung*, in: FS Dünnebieber, 1982, S. 503 f.; *Dedes*, in: FS Lackner, 1987, S. 791; *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 210 ff.; *Singelstein*, Strafbare Strafverfolgung, 2019, S. 131 ff.; *Sowoda*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2013), Bd. 3, vor § 331 Rn. 12 ff.

<sup>21</sup> Vgl. etwa prominent der „*Oxfam-Skandal*“ im Rahmen dessen Mitarbeiter der Hilfsorganisation Oxfam in Haiti Sexualdelikte bei ihrer Tätigkeit nach dem Erdbeben 2010 vorgeworfen werden, <https://www.theguardian.com/world/2018/jun/15/timeline-oxfam-sexual-exploitation-scandal-in-haiti> (zuletzt abgerufen am 31.10.2019)

geeignet waren, die Begehung derartiger Straftaten zu verhindern. Mit anderen Worten erhalten so gerade Organisationsdefizite im Unternehmen eine entscheidende Bedeutung. Anders kann es nur im Ausnahmefall liegen, dass Menschenrechtsverletzungen zur Durchsetzung geschäftlicher Interessen gewollt waren und andere Zurechnungsmaßstäbe im Raum stehen.

Was macht nun eine *Rechtsgutsverletzung* im bzw. aus dem Unternehmen auf dieser Grundlage zur *Menschenrechtsverletzung*?

Entscheidend dürfte sein, dass das Unternehmen gegenüber den betroffenen Menschen „wie“ ein staatlicher Akteur auftritt:

- einerseits aus einer bestimmten Machtstellung heraus;
- unter Umständen in enger Zusammenarbeit mit Behörden,
- eher aus einem Gleichordnungsverhältnis diesen gegenüber;
- das sich durchaus durch Korruption ergeben kann
- oder aus der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens für den Staat;
- teilweise kann ein multinationales Unternehmen im internationalen sozialen und rechtlichen Kontext auch eine einem (kleineren) Staat vergleichbare Subjektstellung erlangen.

Zusammengefasst steht das Unternehmen, wenn ein Teil dieser Kriterien zutrifft, hierarchisch auf der Ebene staatlicher Autoritäten über den betroffenen Menschen.

Gegenwärtig spiegeln sich diese Erwägungen in den Vorschriften zur Strafbarkeit des Menschenhandels (§§ 232 ff. StGB), den Strafvorschriften des Außenwirtschaftsgesetzes etwa mit Blick auf den Handel mit Waffen – aber eben auch in den Korruptionsdelikten.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Begründung des Referentenentwurfs zu einem VerbandsanktionenG diesen Gedanken aufgreift. Die Verfasser gehen davon aus, dass eine die Sanktionierung des Verbands auslösende Verbandsstraftat auch in einer „mit Strafe bedrohten Menschenrechtsverletzung“ liegen könne. Zur Illustration verweisen sie jedenfalls auf einen Teil der soeben genannten Deliktgruppen.<sup>22</sup>

Zu beachten ist freilich, dass es sich bei den genannten Delikten durchweg um Vorsatzdelikte handelt. Schwere Verletzungen des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens werden hingegen auch gegen

fahrlässige Begehungsweisen i.R.d. §§ 222, 229 StGB geschützt. Aber wie später näher dargelegt wird, finden sich in der Fahrlässigkeitsdogmatik Anknüpfungspunkte für eine umfassendere Begründung einer Zurechnung an Hand einer Organisationspflichtverletzung, welche eine Ursachenreihe in Gang setzt, die in den genannten menschenrechtsrelevanten Folgen mündet.

Aus der strafrechtlichen Perspektive ist die Menschenrechtsverletzung in der Regel eine ohnehin strafrechtlich verbotene Verhaltensweise von bestimmter Schwere, die sich zumindest abstrakt gegen die Lebensgrundlage einer Mehrzahl oder Gruppe von Menschen richtet und in einem bestimmten sozialen und hierarchischen Kontext begangen wird. Sie erfolgt in zurechenbarer Weise für das Unternehmen. So wird denn auch etwa von *Ambos* in den im Kontext der etwa eingangs genannten Beispiele betroffenen Rechtsgütern der wesentliche Überschneidungspunkt zwischen Wirtschafts- und Völkerstrafrecht gesehen, der im Begriff des Wirtschaftsvölkerstrafrecht münde.<sup>23</sup> Allerdings wird dabei gerade auch dem beschriebenen organisationsbezogenen Kontext eine entscheidende Rolle zukommen. Gerade dieser – mit anderen Worten – „menschrechtliche Kontext“ als solcher ist in diesen Konstellationen zwar nicht isoliert straf- bzw. sanktionsbegründend<sup>24</sup>, hat aber eine eigenständige Bedeutung für die Verfolgbarkeit und Sanktionierung.<sup>25</sup>

#### 4. Unternehmensverantwortlichkeit und Strafrecht

So rückt die Organisationsverantwortlichkeit der Geschäftsleitung in den Vordergrund.

##### a) Rechtlicher Rahmen

Wird ein Rechtsgut etwa im Rahmen der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte auch gegen fahrlässige Verletzungen geschützt, so lässt sich die oben beschriebene Organisationsverantwortlichkeit zur Begründung einer individualstrafrechtlichen Zurechnung heranziehen.

Mit Blick auf die oben vorgestellten Fälle der jüngeren Vergangenheit ist die Betroffenheit derartiger Rechtsgüter – ganz im Gegensatz zu anderen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts – wohl auch keine rein akademische Ausnahme.<sup>26</sup>

In den anderen etwa auch soeben genannten Deliktbereichen, die im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen eine Rolle spielen können, finden sich hingegen vorrangig als Vorsatzdelikte ausgestaltete Tatbestände. Dies gilt etwa für die hier näher zu beleuchtenden Korruptionsdelikte.

<sup>22</sup> Vgl. RefE, S. 74.

<sup>23</sup> *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, S. 14; unter Verweis auf *Nauckes* Konzeption eines politischen Wirtschaftsstrafrechts, dass die Bewahrung von Freiheitsräumen vor der Zerstörung durch wirtschaftliche Macht zum Gegenstand habe, vgl. *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, 2012, S. 4.

<sup>24</sup> Davon abgesehen, dass ein Organisationsdefizit selbstverständlich Anknüpfungspunkt der Zurechnung sein kann, wie noch eingehend darzustellen sein wird.

<sup>25</sup> Entsprechend die Arbeitsdefinition im Rahmen des Forschungsprojekts mit dem „Center for International Human Rights“ am John Jay College of Criminal Justice der City University of New York (CUNY).

<sup>26</sup> In vielen Fällen werden auch Menschenrechtsverletzungen in Form von defizitären Arbeitsbedingungen oder Kinderarbeit die strafrechtlich ohnehin gegen fahrlässige Verletzung abgesicherten Auswirkungen auf die Gesundheit u.a. haben. Entsprechend sind auch einige der neueren in einigen europäischen Staaten und in Kanada konzipiert. Dazu *Momsen/Schwarze*, Criminal Law Forum Special Edition 2018, 567 (592) m.w.N.

Die im Rahmen des fahrlässigen Begehungs- und Unterlassungsdelikt auffindbare strafrechtliche Organisationsverantwortlichkeit lässt sich hier nicht ohne weiteres begründen. Vielmehr kommen hier zur Erfassung von Organisationsdefiziten eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Bebußbarkeit des „Inhabers des Betriebs“ (§ 130 Abs. 1 OWiG) aber ferner auch des Unternehmensträgers als eigenständiger Adressat einer Geldbuße (§§ 130 Abs. 1, 30 OWiG) in Betracht. Diese auf den Verband bezogene Zurechnung würde außerdem durch den jüngst vorgelegten Referentenentwurf eines Verbandssanktionengesetzes im Falle seiner Umsetzung tendenziell erweitert. Bei Vorsatzdelikten bleibt auch eine Zurechnung an Hand der sog. Geschäftsherrenhaftung<sup>27</sup> denkbar, die indes aus anderen unten näher zu beleuchtenden Gründen letztlich allerdings an ihre (schuldstrafrechtlich zwingenden) Grenzen stößt.<sup>28</sup>

#### b) Tatsächliche Ausgangslage

Bei rein tatsächlicher Betrachtung der unternehmerischen Tätigkeit unter Zugriff auf Supply-Chains sieht sich die Begründung einer strafrechtlichen Zurechnung allerdings zwei zentralen Schwierigkeiten ausgesetzt.

Erstens werden regelmäßig Sachverhalte zur Frage stehen, bei denen die unmittelbar handelnden Unternehmensmitarbeiter sich außerhalb des deutschen Territoriums aufhalten und zudem keine deutschen Staatsbürger sind. Aufgeworfen sind so Fragen des Strafanwendungsrechts aber aus prozessualer Perspektive selbstverständlich auch der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Letzteres kann im Rahmen dieses Beitrags nicht näher betrachtet werden.

Zweitens ist das Zulieferunternehmen regelmäßig nicht nur gesellschaftsrechtlich vom deutschen Bestellerunternehmen getrennt, sondern ist auch sonst nicht dessen Weisungen unterworfen. Es stellt sich unter diesem Gesichtspunkt also die Frage nach der Reichweite konkreter Organisationspflichten, die über die gesellschaftsrechtlichen Grenzen eines einzelnen Verbandes hinausgehen.

## II. Die Organisationsverantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen

Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Exemplifizierung der Zurechnungsmaßstäbe von Menschenrechtsverletzungen

gen gerade mit Blick auf Organisationsdefizite im Unternehmen an Hand zweier Anknüpfungspunkte erreichen: das Fahrlässigkeitsdelikt speziell mit Blick auf die §§ 222, 229 StGB sowie die Bestechungsdelikte sowohl im geschäftlichen Verkehr als auch unter Beteiligung von Amtsträgern (§§ 299, 331 ff. StGB).

### 1. Die Organisationsverantwortlichkeit im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts

Ansatzpunkte für eine Zurechnungsbegründung aus der Verletzung von Organisationspflichten im Unternehmen im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts finden sich vor allem in der Rechtsprechung zum Produkthaftungsstrafrecht. Dies verwundert insoweit nicht, als dass es sich auch hierbei um einen Teilbereich des Wirtschaftsstrafrechts handelt, bei dem die Verletzung von ebenfalls flächendeckend gegen fahrlässige Angriffe geschützten Rechtsgütern im Raum steht. So hat der 2. Strafsenat des BGH in seiner bekannten Ledersprayentscheidung<sup>29</sup> eine Verantwortlichkeit der Mitglieder der Geschäftsführer des Unternehmen das – jedenfalls nach der insoweit nicht vom Senat beanstandeten Überzeugung der Kammer – ein gesundheitsschädliches Produkt in Verkehr gebracht hat, aus ihrer Stellung als Geschäftsführer abgeleitet.<sup>30</sup> Die eigentlichen – hier produktions- und produktbeobachtungbezogenen – Sorgfaltspflichten treffen dabei im Ausgangspunkt das Unternehmen als solches. Hieraus folgt auf Seiten der Geschäftsleitung jedoch die weitergehende Pflicht, das Unternehmen so zu organisieren, dass in jedem organisatorischen Teilbereich sichergestellt ist, dass diese Pflichten unmittelbar umgesetzt werden. Ungeachtet einer solchen Delegation bleibt die Geschäftsleitung dafür verantwortlich, die Einhaltung der Pflichten in den Teilbereichen zu überwachen.<sup>31</sup> Bei Lichte betrachtet etabliert sich so eine organisationsbezogene Betrachtungsweise bei der Bestimmung und anschließenden Zuweisung der objektiven Sorgfaltspflicht im Fahrlässigkeitsdelikt<sup>32</sup> im Sinne einer „Top Down-Betrachtung“<sup>33</sup> oder „Generalverantwortung“ bei vertikaler Aufgabenverteilung im Unternehmen.<sup>34</sup>

Hatte der Senat in der Ledersprayentscheidung noch die Verantwortungszuschreibung in einem einzelnen Unternehmen zu betrachten, erweitert sich der Betrachtungsmaßstab in den hier diskutierten Fällen erheblich. Denn wie oben schon angedeutet, steht die Pflichtenstellung der Geschäftsleitung eines Bestellerunternehmens im Hinblick auf solche Gesellschaften zur Frage, die ihrerseits

<sup>27</sup> Die nunmehr auch von der höchstrichterlichen Rspr. anerkannt wird: BGH, CCZ 2012, 157; NSTZ 2018, 648.

<sup>28</sup> Bei alledem wird freilich nicht das Unternehmen als solches in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt, sondern es bleibt bei der Frage von Grund und Grenzen einer Zurechnung betriebsbezogener Handlungen der Unternehmensmitarbeiter, vgl. zur Kontroverse zwischen Organisations- und Zurechnungsmodellen insb. mit Blick auch auf das Völkerstrafrecht: *Ambos*, Wirtschaftsölkerstrafrecht, 2018, S. 40 ff.; *Meyer*, ZStR 131 (2013), S. 78 ff.

<sup>29</sup> BGHSt 37, 106 – Lederspray.

<sup>30</sup> BGHSt 37, 106 (114) – Lederspray.

<sup>31</sup> Daneben trifft die Geschäftsleitung betreffend die ihnen obliegenden Entscheidungen etwa zum – vom Senat auf freilich dogmatisch fragwürdiger Grundlage anerkannten – Produktrückruf, vgl. BGHSt 37, 106 (115); kritisch zu Grund und Grenzen dieser strafrechtlichen Pflichtenstellung etwa: *Hilgendorf*, Produzentenhaftung, 1993, S. 139; *Kuhlen*, NSTZ 1990, 566 (568); *Puppe*, JR 1992, 30; *Roxin*, AT II, 2003, § 32 Rn. 199; *Schünemann*, in: FS BGH, Bd. IV, 2000, S. 621 (638).

<sup>32</sup> Vgl. hierzu eingehend schon: *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Bd. I, 2. Aufl. (1988), Rn. 1146 ff.; *ders.*, NJW 1988, 1937 (1940); sowie unter Bezugnahme auf BGHSt 37, 106 – Lederspray etwa: *Hassemer*, Produktverantwortung, 2. Aufl. (1996), S. 62 ff.; *Kuhlen*, in: FS BGH, Bd. IV, S. 647 (663).

<sup>33</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Bd. I, Rn. 1147.

<sup>34</sup> *Bosch*, Organisationsverschulden, 2002, S. 372 f.

nicht nur gesellschaftsrechtlich vom Bestellerunternehmen getrennt sind, sondern eben auch sonst lediglich als deren Vertragspartner im Rahmen der Erfüllung einer werkvertraglichen Verpflichtung auftreten. Diese gesellschaftsrechtliche Trennung zwischen Bestellerunternehmen und Zuliefererunternehmen bereitet allerdings jedenfalls für die abstrakte Anerkennung einer Pflichtenstellung im fahrlässigen Begehungs- bzw. Unterlassungsdelikts geringere Schwierigkeiten. Denn anders als etwa der bereits erwähnte § 130 Abs. 1 OWiG, der seinem Wortlaut nach auf Aufsichtsmaßnahmen *im Betrieb oder Unternehmen* beschränkt ist, gilt dies für Straftatbestände wie § 222 StGB oder § 229 StGB selbstverständlich nicht. Gleichwohl verbleibt damit die Frage nach der konkreten Reichweite der Organisations- und Überwachungspflicht, mag diese auch in ihrem Ausgangspunkt jedenfalls nicht in Widerstreit mit dem gesetzgeberischen Wortlaut treten.

Die strafenwendungsrechtlichen Schwierigkeiten sind unter Zugrundelegung des vom 2. Strafsenat entwickelten „organisatorischen Sorgfaltsmaßstabs“ insoweit vergleichsweise gering. Denn die organisationsbezogene Sorgfaltspflichtverletzung tritt ihrerseits aus der Perspektive der Geschäftsleitung des Bestellerunternehmens auf deutschem Territorium ein. Dass der eigentliche Taterfolg sodann erst im Ausland eintritt, ist mit Blick auf die in § 9 StGB ausgedrückte Ubiquitätstheorie<sup>35</sup> nicht relevant. Denn notwendig, aber auch ausreichend für eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ist gerade, dass jedenfalls die Tathandlung auf deutschem Territorium vorgenommen wird bzw. eine vorzunehmende Handlung unterlassen wurde.

Insgesamt lässt sich damit sagen, dass zumindest eine Anknüpfung der Zurechnung der fahrlässigen Verletzung der Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens dem Grunde nach in Betracht kommt. Freilich ist damit noch nichts über den eigentlichen Zurechnungsgrund gesagt: den tatsächlichen Sorgfaltsmaßstab und seine Verletzung. Wie noch zu zeigen sein wird avanciert dieser zum wesentlichen – auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unverzichtbaren und zurechnungsbeschränkenden – Kriterium.

## 2. Die Organisationsverantwortlichkeit bei Korruptionsdelikten

Auf größere Probleme trifft die Begründung einer Organisationsverantwortlichkeit im Hinblick auf die Begehung von Korruptionsdelikten im Rahmen der geschäftlichen

Tätigkeit der Zuliefererunternehmens des deutschen Bestellerunternehmens.

### a) Korruption und Menschenrechte

Im Ausgangspunkt erscheint dies aus kriminalpolitischer Perspektive gerade mit Blick auf die jedenfalls reflexiven Schädigungsdimensionen der Korruptionsdelikte problematisch. Sowohl die höchstrichterliche Rechtsprechung als auch herrschende Meinung im Schrifttum betonen, dass die Korruptionsdelikte durchweg dem Schutz abstrakter Schutzgüter wie der „Lauterkeit und Reinheit der Amtsführung und das hierin gesetzte öffentliche Vertrauen“<sup>36</sup> oder die „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“<sup>37</sup> dienen. Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass insbesondere die Rechtsgutskonzeption des § 299 StGB vor dem Hintergrund der Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells in § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB vom Gesetzgeber selber in Frage gestellt wurde.<sup>38</sup>

#### aa) Schädigungsdimensionen jenseits der tradierten Rechtsgutsbestimmung

Das Festhalten an dieser tradierten Rechtsgutsbestimmung der Korruptionsdelikte führt indes dazu, dass die weiteren Schädigungsdimensionen der Korruptionsdelikte häufig vollständig ausgeblendet werden oder jedenfalls nur selten Berücksichtigung finden. Denn insbesondere im angloamerikanischen und wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum finden sich Untersuchungen, die die Bedeutung der Korruption beim Auftreten der Verletzung elementarer Grund- und Menschenrechte sowie Umweltschädigungen in überzeugender Weise aufzeigen.<sup>39</sup>

Wie insbesondere wirtschaftswissenschaftliche Ansätze nahelegen, folgt dies zum einen aus den volkswirtschaftlichen Konsequenzen von Korruption sowohl im privatwirtschaftlichen als auch im öffentlichen Sektor.<sup>40</sup> Zum anderen ergibt sich diese Schädigungsdimension allerdings auch aus den Folgen der Herbeiführung nicht länger an objektiven und gemeinwohlgebundenen Maßstäben geleiteten Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung. Dieses Verständnis wurde insbesondere von *Knut Amelung* unter Verweis auf die Systemtheorie *Niklas Luhmanns* entwickelt, der die Legitimationsgrundlage der

<sup>35</sup> Vgl. vertiefend: *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. (2018), § 1 Rn. 17; *Rotsch*, ZIS 2010, 168 (170).

<sup>36</sup> Zu den §§ 331 ff. StGB vgl. etwa: RGSt 72, 237 (241 f.); BGHSt 10, 237 (241 f.); 14, 123 (131); 15, 88 (96); zust. in der Literatur etwa: *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 331 Rn. 2; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 331 Rn. 7; *Sowoda*, in: LK-StGB, vor §§ 331 ff. Rn. 37.

<sup>37</sup> Zu § 299 StGB vgl. etwa: BT-Drs. 13/5584, S. 9, 12; BT-Drs. 18/4350, S. 21; BT-Drs. 18/6389; BGHSt 10, 358 (367); BGHSt 31, 207 (210); BGHSt 49, 214 (229); zust. in der Literatur etwa: *Krick*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 299 Rn. 15 m.w.N.

<sup>38</sup> Vgl. umfassend zum Geschäftsherrenmodell und dessen z.T. kritisch zu betrachtenden Implikationen für die Rechtsgutsbestimmung i.R.d. § 299 StGB: *Grützner/Helms/Momsen*, ZIS 2018, 299.

<sup>39</sup> Dazu zusammenfassend: Final Report of the Human Rights Council – Advisory Committee on the issue of the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights, UN General Assembly, 5.1.2015, A/HRC/28/73; *Sepúlveda Carmona/Bacio-Terracino*, in: Boersma/Nelen (Hrsg.), Corruption & Human Rights: Interdisciplinary Perspectives, 2010, S. 25 ff.; *Hensgen*, Korruption: Ein ungerechtfertigter Eingriff in internationale Menschenrechte, 2017, S. 67 ff., S. 73 ff.

<sup>40</sup> Mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung: *Al-Marhubi*, Economics Letters 66 (2000), 199 (201); *Blackburn/Powell*, Economics Letters 113 (2011), 225 (227); *Keefer/Knack*, Economics and Politics 7 (1995), 207 (226 ff.); *Mauro*, Quarterly Journal of Economics 110 (1995), 681; *Rose-Ackerman/Palifka*, Corruption and Government, 2. Aufl. (2016), S. 29; vgl. vertiefend unter II. 2. a) bb).

Strafbarkeit der Amtsträgerkorruption vor allem mit deren sozialer Funktion erklärt hat.<sup>41</sup>

Plastisch wird dies, wenn man bedenkt, dass die auf Grundlage einer Bestechungszahlung vorgenommene pflichtwidrige Diensthandlung ihrerseits dazu führen kann, dass etwa Baugenehmigungen<sup>42</sup> oder Sicherheitszertifikate<sup>43</sup> ohne entsprechende objektive Grundlage ausgestellt werden. Gerade die bekannten Details zum Sachverhalt des Dammbrochs „Barragem I“ in Brasilien scheinen diesen Fall zu einem exemplarischen Beispiel zu machen.

Selbstverständlich ist dabei zu beachten, dass eine singuläre, auf die pflichtwidrige Diensthandlung oder wettbewerbswidrige Bevorzugungsentscheidung als „Endergebnis“ des Vollzugs der Unrechtsvereinbarung abstellende Rechtsgutskonzeption auf Schwierigkeiten bei der Legitimation der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Korruptionsdelikte stößt.<sup>44</sup>

#### *bb) Die Rolle volkswirtschaftlicher Konsequenzen*

Dabei können insbesondere die volkswirtschaftlichen Konsequenzen von Korruption auch dann auftreten, wenn es nicht zum „Vollzug“ der Unrechtsvereinbarung kommt, was von der gesetzgeberischen Konzeption für eine Strafbarkeit als hinreichend erachtet wird. Dies ergibt sich vor allem aus den Folgewirkungen auf Basis der im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum vertretenen These, dass Korruption und insoweit bereits die (scheinbare) Notwendigkeit der Zuwendung von Vorteilen die Kosten unternehmerischer Tätigkeit im Vergleich zu dessen Nutzen nach oben treibe. Im Ergebnis könne dies einen Einfluss auf die unternehmerische Entscheidung haben, sich in einem bestimmten Gebiet anzusiedeln oder hiervon abzusehen, was sich bei empirischer Betrachtung negativ auf das pro Kopf Brutto-Inlandsprodukt auswirke.<sup>45</sup> Dies entfalte Folgewirkungen hinsichtlich des Lebensstandards der Bevölkerung einer Region und deren Möglichkeiten zur Deckung ihres Lebensstandards im Wege der selbstständigen und insbesondere unselbststän-

digen Erwerbstätigkeit. Im Hinblick auf den Schutzbereich international verdingter Menschenrechte wie das in Art. 6 ICESCR enthaltene Recht auf Arbeit oder das in Art. 11 ICESCR enthaltene Recht auf einen adäquaten Lebensstandard hätte dies eine zentrale Bedeutung.

Ferner findet sich die Überlegung, dass gerade diese korruptionsbedingte Kostensteigerung einen Anreiz dafür setzen könnte, den gesetzlichen Rahmen unternehmerischer Tätigkeit zum Zwecke der Kostensenkung zu überschreiten.<sup>46</sup> Dies könnte im oben dargestellten Sinne auch losgelöst von tatsächlich vorgenommenen pflichtwidrigen Diensthandlungen eines bestochenen Amtsträgers die Sicherheit von Angestellten eines Unternehmens beeinträchtigen, wenn etwa von der z.T. kostenintensiven Einhaltung oder Durchsetzung arbeitssicherheitsbezogener Vorgaben abgesehen wird. Beispielhaft dürfte der eingangs erwähnte Fall Ali Enterprises/KiK sein.<sup>47</sup> Aber auch darüber hinaus finden sich empirische Untersuchungen, die auf Zusammenhänge zwischen – im Ergebnis ebenfalls die Lebenswirklichkeit des Individuums betreffend – Handlungsweisen der Steuervermeidung und -hinterziehung<sup>48</sup> sowie der Inflationsrate hinweisen.<sup>49</sup> Letztlich mündet dies auch in Untersuchungen, die das Auftreten von Korruption mit einer Steigerung der allgemeinen Ungleichheit (gemessen am sog. Gini-Index) in Zusammenhang bringen.<sup>50</sup>

#### *b) Grenzen gegenwärtiger Zurechnungsmodelle zur Erfassung korruptionsbezogener Sorgfaltspflichtverletzungen in transnationalen Wertschöpfungsketten*

Das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht kennt allerdings bereits Zurechnungsparameter, an Hand derer sich solche unternehmerischen Sorgfaltspflichtverletzungen erfassen lassen, durch welche die Begehung von Korruptionsdelikten durch Unternehmensmitarbeiter begünstigt oder jedenfalls nicht verhindert wird. Diese liegen konkret im Zusammenspiel aus den im Kernstrafrecht anzutreffenden Straftatbeständen der Korruptionsdelikte mit den Organisations- und Aufsichtspflichten des OWiG. In

<sup>41</sup> Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 349; unter Verweis auf: Luhmann, Grundrechte als Institution, 6. Aufl. (2019), S. 114; Ders., Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. (1995), S. 445, 449, 470 f.

<sup>42</sup> Ambraseys/Bilham, Nature 469 (2011), 153 ff.

<sup>43</sup> Bertrand/Simeon/Rema/Senhil, The Quarterly Journal of Economics 122 (2007), 1639; Momsen/Schwarze, Criminal Law Forum Special Edition 2018, 567 (592); Ramasastry, Closing the Governance Gap in the Business and Human Rights Arena: Lessons from the Anti-Corruption Movement, in Human Rights Obligations of Business 162-90 (Surya Deva & David Bilchitz eds., Cambridge University Press 2013).

<sup>44</sup> Wobei es zu hinterfragen bleibt, dass abweichende Schutzgutskonzepte häufig vor allem mit dem Argument der Unvereinbarkeit mit der gesetzgeberischen Konzeption zurückgewiesen werden (vgl. etwa: Graupe, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1988, S. 104 ff.; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 331 Rn. 8; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 254 f. in der Auseinandersetzung mit dem Schutzgut der „Unverfälschtheit der Amtsführung“) sollte die Schutzgutskonzeption doch eigentlich zur Grundlage der gesetzgeberischen Konzeption werden und nicht umgekehrt, vgl. zur staatsrechtlichen Fundierung dieser Grundannahme auch: Momsen, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 35 ff.

<sup>45</sup> Vgl. etwa die Untersuchungen von: Gyimah-Brempong, Economics of Governance 3 (2002), 183; Keefer/Knack, Economics and Politics 7 (1995), 207 (226); Mauro, Quarterly Journal of Economics 110 (1995), 681.

<sup>46</sup> Zusammenfassend: Rose-Ackerman/Palifka, Corruption and Government, S. 29 ff.

<sup>47</sup> <https://www.ecchr.eu/fall/kik-der-preis-der-arbeitsbedingungen-in-der-textilindustrie-suedasiens> (zuletzt abgerufen am 4.11.2019); näher Fn.3.

<sup>48</sup> Ghura, IMF Working Paper No. 125, 1998; Imam/Jacobs, IMF Working Paper No. 270, 2007; Tanzi/Davoodi, IMF Working Paper No. 182, 2000.

<sup>49</sup> Adam/Bevan, Journal of Public Economics 89 (2005), 571; Al-Marhubi, Economics Letters 66 (2000), 199 (201); Blackburn/Powell, Economics Letters 113 (2011), 225, (227).

<sup>50</sup> Li/Xu/Zou, Economics and Politics 12 (2), 155 (180 f.), wenn auch unter Relativierung der Ergebnisse von Mauro, Quarterly Journal of Economics 110 (1995), 681.

der Zukunft könnte dies außerdem durch das Sanktionsinstrumentarium des Verbandssanktionengesetzes auf Basis des erwähnten RefE flankiert werden.

#### aa) Strafrecht

Vor allem das Korruptionsstrafrecht hat sich in den letzten Jahren nahezu zum Paradebeispiel für eine internationale Expansion des Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts entwickelt.

So hat der Gesetzgeber 2015 mit dem zweiten „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“<sup>51</sup> den Anwendungsbereich der Vorschriften des deutschen Strafrechts, die Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) sowie von Amtsträgern (§§ 331 ff. StGB) entschieden erweitert. In besonderem Maße betrifft dies allerdings die zweitgenannte Regelungsmaterie und damit die §§ 331 ff. StGB. Insgesamt handelte es sich beim 2. KorrBekG um eine Konsolidierung schon zuvor im IntBestG<sup>52</sup> sowie EU-BestG<sup>53</sup> von 1998 enthaltener Vorschriften im Strafgesetzbuch. Gleichwohl enthielt dieses Gesetz auch einige wesentliche Erweiterungen, die sich vor allem auf eine völkerrechtliche Umsetzungsverpflichtung mit Blick auf das Strafrechtsübereinkommen über Korruption des Europarats zurückführen lassen.<sup>54</sup>

Sowohl die Bestechung im geschäftlichen Verkehr als auch von Amtsträgern ist auf Ebene des Tatbestands auch dann strafbar, wenn ein Auslandsverhältnis zur Frage steht. So kann sich die Unrechtsvereinbarung bei § 299 StGB, wie es vor dem 2. KorrBekG in § 299 Abs. 3 StGB geregelt war und nunmehr unmittelbar in § 299 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgenommen wurde, auch auf eine Bevorzugung gegenüber einem Mitbewerber im ausländischen Wettbewerb beziehen. Gleichzeitig kriminalisiert insbesondere § 335a StGB im Bereich der Bestechung sowohl den einen Bediensteten eines ausländischen Staates aktiv Bestechenden (§ 334 StGB i.V.m. § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB) als auch den ausländischen Amtsträger selber als passiv Bestochenen (§ 334 StGB i.V.m. § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB). Im Gegensatz zur alten Rechtslage des IntBestG (vgl. Art. 2 § 1 IntBestG a.F.) ist eine Strafbarkeit allerdings nicht länger auf Fälle beschränkt, in denen der Bestechende in der Absicht handelt, sich einen Vorteil im internationalen geschäftlichen Verkehr zu verschaffen. Stand die internationale Ausdehnung

der Strafbarkeit im Bereich der §§ 331 ff. StGB unter der alten Rechtslage also noch im Dienste des Schutzes des internationalen Wettbewerbs<sup>55</sup>, muss dies nun – nicht zuletzt auch wegen entsprechend ausdrücklicher Äußerungen des Gesetzgebers<sup>56</sup> – als Hinwendung zum o.g. klassischen Rechtsgutsverständnis der §§ 331 ff. StGB als Mittel zum Schutz der „Lauterkeit der ausländischen Amtsführung“ interpretiert werden.<sup>57</sup> Die Fokussierung auf dieses Rechtsgut ist jedoch auch nicht frei von im Einzelnen durchaus berechtigter Kritik<sup>58</sup> geblieben, die auch für die Einführung von den hier in Rede stehenden Sorgfaltspflichten Relevanz besitzt und unten näher betrachtet wird.

Allerdings ist der effektive Anwendungsbereich dieser Normen durch das Strafanwendungsrecht deutlich eingeschränkt.

Mit dem 2. KorrBekG wurde bezüglich der §§ 331 ff. StGB das Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB modifiziert. Der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts ist dabei – im Lichte eines weit gedachten aktiven Personalitätsprinzips<sup>59</sup> und praktisch hier wohl am relevantesten – unabhängig vom Tatort und der Tatortstrafbarkeit insbesondere dann eröffnet, wenn der Täter seinerseits Deutscher ist, vgl. § 5 Nr. 15 lit. a StGB. Die anderen in § 5 Nr. 15 StGB aufgenommenen Konstellationen<sup>60</sup> haben indes eine praktisch für die hier zu untersuchende Fragestellung geringere Bedeutung. Insgesamt ist damit das deutsche Strafrecht vor allem dann anwendbar, wenn ein Deutscher Unternehmensmitarbeiter im Ausland tätig wird und Bestechungszahlungen gegenüber einem ausländischen Bediensteten vornimmt. Dieser macht sich dann gem. §§ 334 Abs. 1, 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB strafbar, wobei das deutsche Strafrecht gem. § 5 Nr. 15 lit. a StGB auch zur Anwendung gelangt. Sobald allerdings der Bestechende schon kein deutscher Staatsbürger ist, kann das deutsche Strafrecht auch nicht zur Anwendung kommen. Folgerichtig bleibt das deutsche Strafrecht unanwendbar, wenn etwa Mitarbeiter der bzw. des Zulieferunternehmens(s), die regelmäßig keine deutschen Staatsbürger sein werden, eine Bestechungszahlung gegenüber einem ausländischen Amtsträger im Ausland vornehmen. In dieser Hinsicht bleiben die Modifikationen des 2. KorrBekG für die hier untersuchten Sachverhaltsgestaltungen von geringerer Bedeutung.

<sup>51</sup> Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015, BGBl. I, S. 2025.

<sup>52</sup> Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr v. 10.9.1998, BGBl. II 1998, S. 2327 ff.

<sup>53</sup> Gesetz zu dem Protokoll vom 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften v. 10.9.1998, BGBl. II 1998, S. 2340.

<sup>54</sup> Vgl. zusammenfassend hinsichtlich der internationalen Einflüsse auf das Korruptionsstrafrecht: *Korte*, in: MüKo-StGB, § 331 Rn. 27 ff.

<sup>55</sup> Vgl. *Krause/Vogel*, RIW 1999, 488 (491); *Westhoff*, RIW 1999, 950 (951); *Randt*, BB 2000, 1006 (1008); *Schmitz*, RIW 2003, 189 (193).

<sup>56</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 24.

<sup>57</sup> *Haak*, Auslandsbestechung, 2016, S. 181; *Kudlich/Hoven*, ZIS 2016, 345 (350); *Kuhlen*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 335a, Rn. 9; *Walther*, DB 2016, 95; eingehend und im Ergebnis dieser Rechtskonzeption zustimmend: *Hoven*, Auslandsbestechung, 2018, S. 524 ff.

<sup>58</sup> Besonders eindrücklich ist von „Strafrechtsimperialismus“ die Rede: *Horrer*, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland, 2011, S. 252; *Isfen*, JZ 2016, 228 (233); *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 335a Rn. 9; *Schünemann*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 25, 36.

<sup>59</sup> *Ambos*, in: MüKo-StGB, vor § 3 Rn. 28; *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (342); *Schröder*, JZ 1968, 241; *Vogler*, in: FS Maurach, 1972, S. 595, 597 ff.; *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, vor § 3 Rn. 234.

<sup>60</sup> § 5 Nr. 15 b StGB – Europäischer Amtsträger mit Dienststelle im Inland; § 5 Nr. 15 c StGB – Tat wird ggü. deutschem Amtsträger im Ausland begangen; § 5 Nr. 15 d StGB – Tat wird ggü. Europäischer oder nach § 335a StGB gleichgestellten Amtsträger begangen, der seinerseits Deutscher ist (sic!), vgl. eingehend mit Beispielen: *Kudlich/Hoven*, ZIS 2016, 345 (350).

§ 299 StGB wurde im Hinblick auf das Strafanwendungsrecht hingegen nicht modifiziert. Hier ist eine Anwendbarkeit auf Auslandssachverhalte von vorneherein auf Fälle beschränkt, in denen der Täter Deutscher ist und die Tatorstrafbarkeit vorliegt, vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für bestimmte in Deutschland angetroffene Ausländer, die eine Tat im Ausland begangen haben bleibt in ihrer Bedeutung für die hier interessierenden Konstellationen gering. Insofern stellen sich abermals Probleme im Lichte der Staatsbürgerschaft der Unternehmensmitarbeiter im Zulieferunternehmen.

Lösungsansätze unter Einschaltung des *Internationalen Strafgerichtshofes* etwa unter dem Gesichtspunkt einer Subsumtion von Korruptionssachverhalten unter den Begriff des Verbrechens gegen die Menschlichkeit im Sinne der generalklauselartigen Fassung des Art. 7 Abs. 1 lit. k Rom Statut<sup>61</sup> oder im Wege einer „Neukriminalisierung“ im Wege der Anpassung des Rom-Statuts<sup>62</sup> treten auf ihre eigenen und spezifischen Probleme, die allerdings im Rahmen dieses Beitrags nicht näher untersucht werden können.

#### bb) Ordnungswidrigkeitenrecht

Wie oben schon angedeutet verschiebt sich bezüglich der Begehung von Korruptionsdelikten aus dem Unternehmen heraus die Perspektive bei der Betrachtung der Organisationsverantwortlichkeit der Unternehmensleitung aus dem Strafrecht in das Ordnungswidrigkeitenrecht.

Dabei ist § 130 OWiG ein zentrales Instrument zur Erfassung organisationsbezogener Defizite, die die Begehung der Straftat begünstigt haben. Denn die Bebußung knüpft daran an, dass Mitarbeiter eines Unternehmens Straftaten – wie etwa Korruptionsdelikte – begehen, die durch ordnungsgemäße Aufsichtsmaßnahmen hätten verhindert werden können.<sup>63</sup> Vergleichbare genuin strafrechtliche Zurechnungsstrukturen im Hinblick auf Vorsatzdelikte fehlen hierzu derzeit, jedenfalls wenn Korruptionsdelikte aus dem Unternehmen heraus begangen werden. Das bereits erwähnte sog. „Geschäftsherrenmodell“ würde schon insoweit Probleme aufwerfen, als dass die Geschäftsleitung regelmäßig ohne den weiterhin erforderlichen Vorsatz handelt oder dieser jedenfalls nicht festgestellt werden kann.<sup>64</sup> § 130 OWiG ist dabei an den „Inhaber des Betriebs“ adressiert und eröffnet so primär eine Sanktion

von natürlichen Personen. Ist formaler Inhaber des Betriebs eine juristische Person, so erfolgt eine Zurechnung an Hand von § 9 OWiG.<sup>65</sup> Nicht zuletzt im Lichte der jüngst wieder intensivierten Diskussion um die Einführung eines Unternehmensanktionenrechts<sup>66</sup> und des kürzlich vorgelegten Referentenentwurfs eines Verbandssanktionengesetzes hat dabei aber die Möglichkeit einer Sanktionierung der juristischen Person oder Personengesellschaft gem. § 30 OWiG eine zentrale praktische Bedeutung. Denn gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG kann eine Sanktionierung etwa einer juristischen Person erfolgen, wenn deren vertretungsberechtigtes Organ (z.B. der Geschäftsführer einer GmbH, vgl. §§ 6, 35 GmbHG) eine Ordnungswidrigkeit begangen hat, durch die eine Pflichtverletzung auf Seiten der juristischen Person begangen wurde (Bezugstat). Die Verwirklichung des § 130 OWiG durch den Geschäftsführer bildet sodann eine eben solche Bezugstat i.R.d. § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. Auf diese Weise wird § 130 OWiG zum „Transmissionsriemen“ für eine Sanktionierung der juristischen Person.<sup>67</sup> Sieht man nun einen zentralen Anwendungsbereich des § 130 OWiG vor allem bei der Begehung von Korruptionsdelikten durch Mitarbeiter, so geht – bei entsprechenden Aufsichtspflichtverletzungen – hiermit also häufig auch eine Bebußung des Unternehmens einher. Freilich zeichnet sich § 130 OWiG bei rechtstatsächlicher Betrachtung durch eine im Bundesgebiet uneinheitliche Anwendungspraxis aus, was letztlich vor allem durch das gem. § 47 Abs. 1 OWiG im Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Opportunitätsprinzip begünstigt wird.<sup>68</sup> Gerade dies wird etwa von den Verfassern des Referentenentwurfs eines Verbandsanktionengesetzes durch den Vorschlag der bereichsspezifischen Einführung des Legalitätsprinzips (vgl. § 25 VerSanG-E i.V.m. § 152 Abs. 2 StPO) bei der Verhängung einer Verbandssanktion aufgegriffen.

#### (1) Zwischenbetriebliche Arbeitsteilung und § 130 OWiG

Wie oben allerdings schon angedeutet stößt eine Anwendung von § 130 OWiG in den hier diskutierten Fallkonstellationen auf tiefgreifende Probleme, die auf dessen ausdrücklich gesetzgeberischen Zuschnitt auf Aufsichtsmaßnahmen im Betrieb oder Unternehmen zurückgeführt werden können. Denn es entspricht gerade dem organisationsbezogenen Charakteristikum von Supply-Chains, dass es sich bei den beteiligten Unternehmen regelmäßig um solche handelt, die zum einen gesellschaftsrechtlich voneinander getrennt sind und zum anderen zueinander nur im

<sup>61</sup> Dafür etwa: *Bantekas*, Journal of International Criminal Justice, Ed. 466 (2006), 466 (474); *Starr*, Northwestern University Law Review 101 (2007), 1257 (1281).

<sup>62</sup> Für eine Erweiterung des Rom-Statuts etwa: *Ocheje*, Leiden Journal of International Law Ed. 15 (2002), 749; *Eboe-Osuji*, African Perspectives on International Criminal Justice, Ed 132, S. 25; sowie noch vor Inkrafttreten des Rom-Statuts im Sinne einer generellen Anerkennung als Gegenstand des internationalen Strafrechts: *Kofele-Kale*, The International Lawyer, Ed. 34 (2000), 149.

<sup>63</sup> Vgl. umfassend zur Struktur des § 130 OWiG: *Grützner/Leisch*, DB 2012, 787; *Grützner*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 4 Rn. 22 ff.; *Rogall*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 130 Rn. 1.

<sup>64</sup> Dies gilt erst recht, wenn man – mit Blick auf das Schuldprinzip zwingend – daran festhält, im Vorsatz eine justizförmig festzustellende innere Tatsache zu sehen und damit die Vorsatzfeststellung einer vollständigen Normativierung entzieht: vgl. umfassend: *Momsen*, KriPoZ 2018, 76.

<sup>65</sup> *Rogall*, in: KK-OWiG, § 130 Rn. 25.

<sup>66</sup> Vgl. zur jüngeren Diskussion mit unterschiedlichen Akzenten: *Baur*, AG 2018, 457; *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162; *El-Ghazi*, ZStrW 2018, 254; *Fischer/Hoven*, ZIS 2015, 32; *Grützner*, CCZ 2015, 56; *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1; *Kohlhof*, Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe: Eine straftheoretische Untersuchung, 2019; *Kutschatj*, ZRP 2013, 34; *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 Rn. 129; *Schinemann*, ZIS 2014, 1; *Wohlers*, NZWiSt 2018, 421.

<sup>67</sup> Vgl. zu diesem Begriff und insgesamt zur systematischen Einbettung des § 130 OWiG: *Helmrich*, wistra 2010, 331 (332); *Grützner/Leisch*, DB 2012, 787 (788); *Többens*, NStZ 1999, 1 (8).

<sup>68</sup> Vgl. hierzu vor allem die wiedergegebenen Untersuchungen von: *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 (5); siehe auch *OECD*, Phase 4 Report, S. 79 f., abrufbar unter: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Germany-Phase-4-Report-GER.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.11.2019).

Verhältnis grundsätzlich unabhängiger Vertragspartner etwa im Rahmen der Erfüllung einer werk- bzw. werklieferungsvertraglichen Verpflichtung stehen.

Bislang wird eine über eine einzelne Gesellschaft hinausgehende Pflichtenstellung vor allem mit Bezug zu Konzernsachverhalten diskutiert<sup>69</sup> und ist umstritten.<sup>70</sup> Ältere Entscheidungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sind hier eher zurückhaltend.<sup>71</sup> Insbesondere im Kartellrecht begann sich jedoch in der Spruchpraxis sowie auf Seiten des Bundeskartellamts ein Unternehmensbegriff zu etablieren, der sich von einer rein auf den Verband im gesellschaftsrechtlichen Sinne fokussierten Sicht ablöste und stattdessen die Idee des Unternehmens als „wirtschaftliche Einheit“ zur Grundlage nahm.<sup>72</sup>

Gerade dieser Argumentationstopos wurde sodann vom *OLG München* in einer jüngeren Entscheidung für die Anwendung des § 130 OWiG aufgegriffen.<sup>73</sup> So sei auch im Rahmen des § 130 OWiG maßgeblich, inwiefern die Konzernmutter etwa durch Weisungen Einfluss über die Konzerntochter ausüben kann und die beiden an sich getrennten Gesellschaften dann als „wirtschaftliche Einheit“ erscheinen.<sup>74</sup> Ist dies der Fall, so erstrecke sich auch die Pflichtenstellung der Geschäftsleitung der Konzernmutter auf die Konzerntochter.

Für die hier untersuchten Fälle bedeutet das, dass im Grundsatz eine Aufsichtspflicht des deutschen Bestellerunternehmens gegenüber den an der Supply-Chain beteiligten Unternehmen i.R.d. § 130 OWiG in Betracht kommt, da diese jedenfalls nicht an der gesellschaftsrechtlichen Trennung der beiden Akteure scheitert. Zweifelhafte bleibt aber, ob die übrigen in die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung übernommenen Kriterien für eine „übergesellschaftliche“ Anwendung des § 130 OWiG erfüllt sind. Denn von einer Weisungsmacht wird man im Verhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer entlang der Supply-Chain nicht automatisch ausgehen können. Erst Recht gilt das bezüglich der – aus Perspektive des deutschen Auftraggeberunternehmens noch weiter entfernten – Zulieferer des produzierenden Vertragspartners.

Fraglich ist nur, ob in Konstellationen in denen das deutsche Unternehmen hauptsächlicher oder einziger Auftraggeber des Zuliefererunternehmens<sup>75</sup> ist, hieraus auf eine „wirtschaftlich bedingte“ Weisungsmacht kraft Abhängigkeit mit der Konsequenz einer Erstreckung des § 130 OWiG auf das Zuliefererunternehmen zu schließen ist. Trotz der sicherlich bedeutenden Stellung des Auftraggebers erscheint es aber weiterhin zweifelhaft, diese als wirtschaftliche Einheit in dem Sinne zu sehen, dass beide Unternehmen einem gleichen übergeordneten Zweck dienen.<sup>76</sup> Denn bei Lichte betrachtet erfüllt das Zuliefererunternehmen weiterhin nur seine vertraglichen Verpflichtungen als Zulieferer. Dass man hierin einen Konzernsachverhalt mit entsprechendem „Durchgriff der Aufsichtspflicht“ sehen kann, dürfte eine darüberhinausgehende spezifische Verknüpfung voraussetzen. In Betracht käme etwa die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen nicht zuletzt im Bereich der Compliance-Management-System (CMS) oder die vertragliche Übernahme von Sicherheitsstandards oder Zertifizierungsverfahren nach Vorgaben des Auftraggeberunternehmens.

## (2) Geographische Verortung der Zuwiderhandlung und Strafanwendungsrecht

Auch bei unterstellter Bejahung einer solch weitreichenden Aufsichtspflicht für § 130 OWiG ergeben sich (zweitens) Probleme aus der geographischen Verortung der Zuliefererunternehmen und der Staatsbürgerschaft der für sie tätigen Entscheidungsträger. So setzt § 130 OWiG voraus, dass die Zuwiderhandlung (hier: Korruptionsdelikt) dem Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts i.S.d. §§ 3 ff. StGB unterfällt.<sup>77</sup> Wie oben bereits beschrieben scheidet eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts trotz der Modifikationen des 2. KorrBekG vor allem betreffend die §§ 331 ff. StGB in den hier untersuchten Sachverhalten häufig aus. Damit entfällt zugleich eine Anwendbarkeit des § 130 OWiG in Ermangelung einer tatlichen Bezugstat.

## cc) Perspektive des RefE-VerSanG

Gerade diese Problematik greift der Referentenentwurf des Verbandssanktionengesetzes auf, der in § 2 Abs. 2 VerSanG-E ausdrücklich auf die Notwendigkeit einer Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf die Verbandsstraftat verzichtet und damit den Weg zur Zurechnung des

<sup>69</sup> Wo sich die Frage natürlich auch mit Bezug zu den gesellschaftsrechtlichen Geschäftsleiterpflichten stellt, vgl. *Grützner/Leisch*, DB 2012, 787 (790).

<sup>70</sup> kritisch: *Bosch*, ZHR 177 (2013), 454 (462 ff.); *Brettel/Thomas*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016, S. 36 ff. *Bürger*, WuW 2011, 130 (135 f.); *Graf*, in: FS Feigen, 2014, S. 37 ff.; *Hellmann/Beckemper*, WiStR, 5. Aufl. (2018), Rn. 959; *Hermanns/Kleier*, Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, 1987, S. 25; *Koch*, ZHR 171 (2007), 545 (570 ff., 573); *ders.*, AG 2009, 564 ff.; *Petermann*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund, 2014, S. 99 ff., 105 ff.; *Aberle/Holle*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund, S. 117, 118 ff.; v. *Schreitter*, NZKart 2016, 253 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 105 f.; befürwortend: *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 130 OWiG Rn. 52; *Ziegler*, in: HK-OWiG, 2016, § 130 Rn. 16; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 130 Rn. 27.

<sup>71</sup> *BGH*, GRUR 1982, 244 (247).

<sup>72</sup> Vgl. etwa: *EuGH*, EuZW 2009, 816; Fallbericht des Bundeskartellamts zu B1-200/06 (Etex).

<sup>73</sup> *OLG München*, StV 2016, 35 = CCZ 2016, 44.

<sup>74</sup> *OLG München*, StV 2016, 35 = CCZ 2016, 44 m. Anm. *Caracas* unter Übernahme der Konzeption von *Caracas*, Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG, 2014, S. 87 ff.; ähnliche Argumentation auch schon betreffend die Überprüfung einer Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrags wegen unterlassener Aufsichtsmaßnahmen betreffend die Unternehmensstochter: *OLG Jena*, NZG 2010, 226 (228).

<sup>75</sup> Eingehend zu dieser als „captive“ bezeichneten Struktur *Gerrefi/Humphrey/Sturgeon*, Review of International Political Economy 12 (2005), 78 (86-88).

<sup>76</sup> Zu diesem Gedanken, der durchaus auch der Fundierung der Ansicht des *OLG München* dient: *Rogall*, in: KK-OWiG, § 130 Rn. 27.

<sup>77</sup> Vertiefend: *Buchholz*, Der Begriff der Zuwiderhandlung in § 130 OWiG unter Berücksichtigung aktueller Compliance-Fragen, 2013, S. 99 ff.; vgl. aber die abweichende Konzeption bei: *Caracas*, Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG – Am Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr, 2014, S. 90 ff., der zufolge eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf die Zuwiderhandlung entbehrlich sei.

Organisationsverschuldens eröffnet. Dass der Eröffnung der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts trotz ihrer Behandlung als objektive Bedingung der Strafbarkeit<sup>78</sup> gleichwohl eine unrechtskonstitutive Wirkung zukommt, wirkt hierbei indes Probleme auf. Denn auch wenn das Strafanwendungsrecht so systematisch aus dem Unrechtsstatbestand ausgeklammert wird, so trifft dieses dennoch die Grundentscheidung in welchem örtlichen Kontext der Verhaltensapell der Norm des innerstaatlichen Strafrechts legitimerweise den Freiheitsraum des Normadressaten beschränken darf.<sup>79</sup> Gerade hierdurch werden die §§ 3 ff. StGB unabdingbarer Bestandteil des materiellen (Schuld-) Strafrechts.<sup>80</sup> Dies wirkt insoweit besondere Legitimationsprobleme auf, als dass der Referentenentwurf weiterhin auf einer Verbandsverantwortlichkeit kraft eines individualbezogenen Zurechnungsmodells basiert (vgl. § 3 Abs. 1 VerSanG-E).

Die vollständige Entkoppelung der Verbandsanktion von einer Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf die Verbandsstraftat erweist sich damit als ein weiteres Beispiel für eine zwar auf den ersten Blick pragmatische und wohl auch intuitiv<sup>81</sup> naheliegende Problemlösung, die bei Lichte betrachtet allerdings auf rechtsstaatliche Legitimationsprobleme stößt.

Für Konzernsachverhalte allerdings scheidet eine Zurechnung nach VerSanG-E mit Blick auf dessen Fokussierung des einzelnen „Verbands“ aus. Gerade im Hinblick auf Supply Chain Sachverhalte wäre hier eine Nachbesserung im Sinne des effektiven Menschenrechtsschutzes denkbar.

### III. Die Rolle der (bilanz)strafrechtlich-flankierung der nichtfinanziellen Erklärung

Diese beiden Ebenen werden mit den bilanzrechtlichen Straf- und Bußgeldtatbeständen §§ 331 ff. HGB jedoch aus eher unerwarteter Perspektive ergänzt.

Mit dem „Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernberichten (CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz)“<sup>82</sup> ist der deutsche Gesetzgeber im April 2017 seinen unionsrechtlichen Umsetzungsverpflichtungen im Hinblick auf die CSR-Richtlinie (RL 2014/95/EU) nachgekommen. Zwar waren bestimmte Kapitalgesellschaften sowie Muttergesellschaften in Konzernstrukturen schon zuvor dazu

verpflichtet, in ihren Lageberichten Angaben über „nicht-finanzielle Leistungsindikatoren“ zu machen. Diese Verpflichtung war jedoch mit Blick auf § 289 Abs. 3 HGB und § 315 Abs. 3 HGB zum einen regelbeispielhaft auf Angaben zu Umwelt- und Arbeitnehmerbelangen beschränkt sowie zum anderen nur nötig, soweit sie für das Verständnis des Geschäftsverlaufs oder der Lage der Kapitalgesellschaft bzw. des Konzerns von Bedeutung sind. Durch die Einführung der §§ 289b ff. HGB für Kapitalgesellschaften sowie §§ 315b ff. HGB für Muttergesellschaften von Konzernen (§ 290 HGB) wurde diese Pflichtenstellung indes entschieden erweitert und auch von den bisherigen lageberichts-spezifischen Einschränkungen<sup>83</sup> entkoppelt.

Vor allem sind nunmehr etwa ausdrücklich Angaben zur Achtung der Menschenrechte (§ 289c Abs. 2 Nr. 4 HGB) sowie Maßnahmen zur Korruptionsprävention zu machen (§ 289c Abs. 2 Nr. 5 HGB). Die Berichtspflicht erstreckt sich dabei aber auch auf Angaben zu Risiken für Menschenrechte und der Begehung von Korruptionsdelikten die sich aus den Geschäftsbeziehungen ergeben, § 289c Abs. 3 Nr. 4 HGB. Insoweit erfasst die schon jetzt im Gesetz angelegte Berichtspflicht gerade auch die hier untersuchten Konstellationen transnationaler Wertschöpfungsketten.<sup>84</sup> Dies gilt nach § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB auch für Due-Diligence-Prozesse in Bezug auf die Lieferkette.<sup>85</sup> Gem. der Verweisungsnorm des § 315c Abs. 1 HGB gilt dies auch in Bezug auf die Berichtspflicht der Konzernmuttergesellschaft.

Flankiert wird diese bilanzrechtliche Pflichtenstellung sodann durch die Straf- und Bußgeldtatbestände der §§ 331 ff. HGB. So führt die generelle Verletzung der nunmehr erweiterten Berichtspflicht zu einer Bebußbarkeit etwa der Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs (§ 334 Abs. 1 Nr. 3, 4 HGB), woran sich abermals auch eine Bebußbarkeit der Gesellschaft an sich gem. § 30 Abs. 1 OWiG knüpfen kann. Daneben ist auch der tatbestandliche Anwendungsbereich des Straftatbestands der unrichtigen Darstellung gem. § 331 Nr. 1, 2 HGB auf die unrichtige Wiedergabe oder Verschleierung der Verhältnisse der Kapitalgesellschaft bzw. des Konzerns im Hinblick die genannten berichtspflichtigen Tatsachen erweitert.

Insgesamt ergibt sich daraus die Pflicht, die Erstellung der Jahresabschlüsse so zu organisieren, dass auch im Hin-

<sup>78</sup> So die ganz h.M. und Rspr.: BGHSt 27, 30 (34); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. (2018), § 1 Rn. 9; *ders.* in: MüKo-StGB, vor § 3 Rn. 3; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), § 18 V; *Mosiek*, StV 2008, 94 (98); *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, vor § 3 Rn. 453; vgl. aber diff. *Jeffberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 128 ff.; insbesondere unter Hinweis auf eine notwendige Entkoppelung vom subjektiven Tatbestand: *Miller/Rackow*, ZStW 117 (2005), 379 (413 ff.).

<sup>79</sup> Vgl. zur Idee des Strafanwendungsrechts als Entstehungsgrunds des „Bewertungsanspruchs“ nationalstaatlichen Strafrechts: *Zieher*, Das sog. Intern. Strafrecht nach der Reform, 1977, S. 35 ff.

<sup>80</sup> So ausdrücklich auch die Rspr.: *BVerfG*, wistra 2003, 255 (257); BGHSt 20, 22 (25); ferner: *Ambos*, in: MüKo-StGB, vor § 3 Rn. 3 m.w.N.; anders etwa: *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. (2017), vor § 3 Rn. 4, der – mit pragmatischer Begründung – von „Meta-Normen“ spricht oder *Schroeder*, GA 1968, 353 (354) der diese als „Sekundärnormen“ dem Verfahrensrecht zuweist.

<sup>81</sup> Wobei der Griff nach intuitiven, aber eben nicht zwingend rationalen Problemlösungen auch in anderen Zusammenhängen im Wirtschaftsstrafrecht zu verzeichnen ist: vgl. *Momsen*, in: Loos/Jehle (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart, 2007, S. 179.

<sup>82</sup> BGBl. I 2017, S. 802 ff.

<sup>83</sup> D.h. insbesondere zur Notwendigkeit der Angaben zum Verständnis der Geschäftslage.

<sup>84</sup> Vgl. zu diesem Gedanken schon die Begr. RegE CSR-RLUG, BT-Drs. 18/9982, S. 50 f.

<sup>85</sup> Begr. RegE CSR-RLUG, BT-Drs 18/9982, S. 49; vgl. auch DRS 20.270 i.d.F. DRÄS 8.

blick auf die nicht-finanzielle Erklärung wahre und vollständige Angaben gemacht werden. Compliance bedeutet hier nichts anderes als die Einhaltung der bilanzrechtlichen Vorgaben zu gewährleisten. Zum anderen jedoch folgt aus dieser Pflicht, die Jahresabschlüsse im Hinblick auf die Einhaltung der Menschenrechte wahrheitsgemäß auszugestalten, eine Organisations- und Überwachungspflicht dahin, dass das Unternehmen auch tatsächlich und zumindest in dem angegebenen Umfang die selbst gesetzten Maßnahmen in seinem Organisationskreis (bzw. dem der zurechenbaren Unternehmen) tatsächlich vorgenommen hat. Damit lässt sich eine Verpflichtung zu Maßnahmen der Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen der Sache nach begründen. Allerdings ist diese Pflicht sehr schwach ausgestaltet, denn sie wird bestimmt von drei Variablen: Das Unternehmen muss erstens überhaupt i.S.d. § 289b HGB von der Berichtspflicht getroffen werden.<sup>86</sup>

Daneben bestehen zweitens gerade für die Berichtspflicht über geschäftspartnerbezogene Umstände weiterreichende Ausnahmetatbestände. Im Grundsatz besteht diese Berichtspflicht nämlich nur soweit die Angaben von Bedeutung und die Berichterstattung verhältnismäßig ist.<sup>87</sup> Etwas anderes gilt allerdings faktisch bezüglich der Angaben nach § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB (Due Diligence-Maßnahmen). Zwar soll ausweislich DRS 20.270 i.d.F. DRÄS 8 sowie der Begründung des Regierungsentwurfs auch bei diesen das Erfordernis der Bedeutsamkeit und Verhältnismäßigkeit gelten.<sup>88</sup> Gleichwohl wird – da sich die Angaben einzig auf die Due-Diligence-Maßnahmen des Bestellerunternehmens beziehen und nicht, wie es bei § 289c Abs. 3 Nr. 4 HGB denkbar ist – eine Involvierung des Zulieferers zwingend notwendig werden kann, eine Unverhältnismäßigkeit regelmäßig ausscheiden.<sup>89</sup>

Insbesondere steht es aber drittens zumindest teilweise im Ermessen des Unternehmens, welchen Stellenwert es dem Menschenrechtsschutz einräumt. Die CSR-Richtlinie verlangt im Prinzip nur, dass entsprechende Angaben gemacht werden und mit der Realität übereinstimmen. Eine bestimmte Qualität der ergriffenen Maßnahmen folgt daraus noch nicht.<sup>90</sup> Bei Lichte betrachtet erscheint dies als ein weiteres Beispiel für die Flexibilisierung des Wirtschaftsstrafrechts durch Dispositionsakte auf Seiten eines potentiell Beschuldigten.<sup>91</sup>

In den Mittelpunkt wird dabei allerdings auch die – vorrangig wirtschaftswissenschaftliche – Fragestellung rücken, in welchem Zusammenhang die öffentliche Wahrnehmung der *Corporate Social Responsibility* eines Unternehmens mit dessen wirtschaftlicher Potenz insbesondere etwa im Hinblick auf den Absatz seiner Produkte hat. Denn gerade in dieser Hinsicht könnte die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Flankierung von Transparenzverpflichtungen einen besonderen Einfluss auf die tatsächliche Unternehmensorganisation im Hinblick auf die Wahrung der Menschenrechte haben.

Daneben können Äußerungen gegenüber Kunden, die ein Vorstellungsbild von einer besonders „verantwortliche Herstellung“ des Produkts schaffen auch für täuschungsbezogene Straftatbestände relevant sein. Denkbar sind dann Strafbarkeiten wegen Betrugs (§ 263 StGB) oder insbesondere wegen „Betrugsderivaten“ wie insb. strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG), bei denen ein Nachweis eines einem Irrtum zurechenbaren Vermögensschadens nicht notwendig ist.<sup>92</sup> Aktuelle Ermittlungsverfahren bei zahlreichen deutschen Autoherstellern belegen allerdings entsprechende Entwicklungen hin zu einer Erfassung insbesondere produktbezogener Täuschungen, die zudem vor allem auch auf prozessualer Ebene von herabgesetzten Anforderungen an die Reichweite der Amtsaufklärungspflicht bei Massenbetrügen<sup>93</sup> gestützt werden.

#### IV. Anknüpfungspunkte gesetzgeberischen Handelns

Trotz ermutigender Ansätze besteht also Reformbedarf. Dies betrifft zuallererst die Formulierung von (demokratisch legitimierten) Sorgfaltsstandards. Grundsätzlich hätte die gesetzgeberische Konkretisierung dieser Pflichten an sich zwar auch im Rahmen des § 130 OWiG eine Bedeutung, spricht dessen Tatbestand doch lediglich abstrakt von „Aufsichtsmaßnahmen“ die zur Verhinderung einer Zuwiderhandlung im Unternehmen erforderlich sind. Allerdings wurde gezeigt, dass § 130 OWiG in den untersuchten Konstellationen transnationaler Wertschöpfungsketten in anderer Hinsicht an seine Grenzen stößt. Angesichts der Tatsache, dass der Referentenentwurf eines Verbandssanktionengesetzes zwar auch an eine Zurechnung kraft unterlassener oder jedenfalls unzureichender „Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten“ (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E) anknüpft und dabei einer weiteren Konkretisierung entbehrt,<sup>94</sup> würde dies hier ebenso gelten, soweit der Referentenentwurf in dieser Form umgesetzt werden sollte. Allerdings wurde gezeigt,

<sup>86</sup> Vgl. zu den Ausnahmen über den Anwendungsbereich nach § 289b HGB hinaus etwa: *Eickenjäger*, in: Krajewski/Saage-Maaß (Hrsg.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018, S. 243, 250 ff.

<sup>87</sup> Während das erste Erfordernis praktisch von geringer Bedeutung sein wird (vgl. *Winkeljohann/Schäfer*, in: Beck-BilKo, 11. Aufl. (2018), § 289c HGB Rn. 66) dient die Einschränkung an Hand der Verhältnismäßigkeit auch ausweislich der Regierungsbegründung (Begr. RegE CSR-RLUG, BT-Drs. 18/9982, S. 51) vor allem der Restriktion, wenn kleinere und mittlere Zuliefererunternehmen ihrerseits nicht der Berichtspflicht unterfallen.

<sup>88</sup> Begr. RegE CSR-RLUG, BT-Drs. 18/9982, S. 49.

<sup>89</sup> *Winkeljohann/Schäfer*, in: Beck-BilKo, § 289c HGB Rn. 48.

<sup>90</sup> *Momsen/Laudien*, in: *Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Auflage (im Erscheinen), Kap. 6 C Rn. 55.

<sup>91</sup> Ausführlich dazu *Momsen*, Standardisierung im Fahrlässigkeitsrecht und im Verfahrensrecht. Von der generellen Norm zum individuellen Standard bei der Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten; Vortrag auf der Strafrechtslehrertagung 2019 in Hannover, ZStW (im Erscheinen).

<sup>92</sup> Ausf. *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50 ff.

<sup>93</sup> Vgl. (beispielhaft) die Rechtsprechungslinie des 4. Strafsenats zu den (herabgesetzten) Anforderungen an die Beweisaufnahme bei Massenbetrügen: *BGH*, NJW 2014, 2132 (2133); *NStZ* 2019, 40.

<sup>94</sup> Abgesehen von der beispielhaften Nennung der „Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht“ als derartige Vorkehrungen. Insbesondere im Rechtsvergleich etwa zu der vergleichbaren Vorschrift des Section 7 (2) UKBA und den gem. Section 9 UKBA umfassend durch den Secretary of State for Justice zu veröffentlichenden Guidances zur Konkretisierung der „zurechnungsvermeidenden Maßnahmen“ erscheint dies misslich.

dass die Vorschläge des Referentenentwurfs zwar im Hinblick auf die internationale Reichweite des Verbandssanktionenrechts weiter als die gegenwärtige Rechtslage griffen. Gerade die Erfassung transnationaler Wertschöpfungsketten wäre aber weiterhin nicht möglich.

Diese Begrenzungen wirken sich allerdings nicht auf eine Zurechnung im Rahmen des fahrlässigen Begehungs- oder Unterlassungsdelikts aus. Insoweit kommt der Formulierung von Sorgfaltsstandards hier eine entscheidende Bedeutung zu.

Im Ausgangspunkt müsste sich die Pflichtenstellung gerade nicht nur auf Maßnahmen im eigenen Unternehmen erstrecken, sondern auch solche Maßnahmen im Hinblick auf Zuliefererunternehmen und damit die Geschäftspartner nehmen. Stärker als bei Maßnahmen der internen Compliance müsste hierbei die Ermittlung von Risiken für Rechtsgutsverletzungen im beschriebenen Sinne durch die Geschäftstätigkeit des Zulieferers im Mittelpunkt stehen. Damit rücken Fragen der Geschäftspartner-Due Diligence in den Fokus der Betrachtung.

Dies wird etwa umfassend durch die Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct<sup>95</sup> der OECD aus dem Mai 2018 aufgegriffen und findet nicht zuletzt mit den oben beschriebenen bilanzrechtlichen Berichtspflichten auch bereits im positiven innerstaatlichen Recht einen Niederschlag.

### 1. Legitimationsprobleme speziell bei korruptionsbezogenen Sorgfaltspflichten

Wenn bei alledem aber allerdings gerade korruptionsbezogene Sorgfaltspflichten im Raum stehen, spitzen sich Legitimationsprobleme zu. Erst recht gilt das, wenn erwohnt wird, die Verletzung von Sorgfaltspflichten isoliert mit Sanktionen zu belegen. Denn es ist zu bedenken, dass diese Sorgfaltspflichten vorrangig dem Schutz ausländischer Rechtsgüter dienen. Dies betrifft besonders deutlich (aber nicht exklusiv) solche Sorgfaltspflichten, die sich auf die Bestechung von ausländischen Amtsträgern in Sachverhaltskonstellationen beziehen, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist. Auch wenn der Gesetzgeber im Rahmen des 2. KorrBekG davon ausging, die oben beschriebene tradierte Rechtsgutsbestimmung der Korruptionsdelikte ohne weiteres auf Auslandssachverhalte übertragen zu können<sup>96</sup> bleiben die in diesem Zusammenhang vorgetragenen rechtsstaatlichen Bedenken<sup>97</sup> weiter von Bedeutung und stellen die Legitimität der gegenwärtigen Schutzgutskonzeption der Korruptionsdelikte über das oben beschriebene Maß hinaus in Frage.

<sup>95</sup> [http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf#\\_ga=2.20476920.1177007353.1560008710-263230428.1560008710](http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf#_ga=2.20476920.1177007353.1560008710-263230428.1560008710) (zuletzt abgerufen am 31.10.2019).

<sup>96</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 24.

<sup>97</sup> Vgl. nur *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 335a Rn. 9 ff.; *Schünemann*, in: Hoven/Kubicel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 25, 36. Die Legitimationsdefizite sind allerdings eingedenk der Supranationalität der EU geringer, wenn Bestechungszahlungen an Amtsträger in Mitgliedsstaaten der EU im Raum stehen, vgl. *Kuhlen*, in: NK-StGB, § 335a Rn. 11. Dies kann vor allem bei Zulieferern aus Süd(ost)europa relevant werden.

Als wohl eher schwache Hilfs erwägung könnte der mittelbare Schutz deutscher Wettbewerber dienen. Besser, man sucht eine andere Legitimationsbasis für die Einführung derartiger Sorgfaltspflichten. Wesentlich überzeugender ist die eingangs dargestellte, Bedeutung der Korruption für die Verletzung von Menschenrechten.

Insoweit könnten das Verbot der Auslandsbestechung<sup>98</sup> wie auch weitergehende Organisations- und Sorgfaltspflichten gerade der Verhinderung von Menschenrechts- und Umweltverletzungen durch die Geschäftstätigkeit deutscher Unternehmen im Ausland dienen.

Und diese schädlichen Auswirkungen wären auch dann zurechenbar, wenn sie nicht nur durch Bestechungszahlungen durch eigene Unternehmensmitarbeiter im Ausland, sondern auch durch die Beauftragung von Zuliefererunternehmen und deren (Sub-) Zulieferer und Dienstleister herbeigeführt werden, sofern dort derartige Handlungen vorgenommen werden.

„Geschäftstätigkeit“ ist eben auch die Schaffung und Unterhaltung einer Supply-Chain. Die hiermit einhergehenden Anschlussprobleme wird man allerdings nicht als abschließend bewältigt bezeichnen können. Vor allem gilt dies mit Blick auf die eher mittelbare Beziehung zwischen der Tathandlung des Korruptionsdelikts und der – im Übrigen tatbestandlich nicht vorausgesetzten – Menschenrechtsverletzung in Folge der korruptiven Unrechtsvereinbarung. Bei der konkreten Ausgestaltung solcher Sorgfaltspflichten wird es also unerlässlich sein, zwischen korruptionsbedingten Menschenrechtsverletzungen und unmittelbarer Menschenrechtsverletzungen zu differenzieren.

### 2. Rechtsstaatliches Strafrechtssystem und Menschenrechte

Zur Erhaltung eines rechtsstaatlichen und die ebenso Menschenrechte der Normadressaten achtenden Strafrechtssystems dürfen die Augen vor derartigen Legitimationsproblemen nicht verschlossen werden – mögen die im Einzelnen verfolgten kriminalpolitischen Ziele auch mit Blick auf die Opfer sinnvoll erscheinen.

Im Rahmen der prozessualen Durchführung derartiger Verfahren wäre die Unschuldsvermutung selbstverständlich nicht suspendiert. Auch die komplexen Voraussetzungen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen müssen eingehalten werden, sollen verwertbare Beweise beschafft werden. Der teilweise Verzicht hierauf wie er etwa im Kampf gegen den „internationalen Terrorismus“

<sup>98</sup> Generell zu diesem Legitimationsansatz der Kriminalisierung der Auslandsbestechung wenn auch mit unterschiedlichen Akzenten: *Böse*, ZIS 2018, 119 (128); *Hoven*, Auslandsbestechung, 2018, S. 535 f.; *Pieth*, in: Hoven/Kubicel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 19, 22 f.; *Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption – Eine strafrechtliche Theorie, 2018, S. 707 ff.

zu verzeichnen ist, ist aus der Perspektive eines rechtsstaatlichen Schuldstrafrechts kritisch zu bewerten. Es kann nicht empfohlen werden, im Wege der Formulierung extrem weiter Zurechnungsparameter eine vergleichbare Form der Haftung für Geschäftstätigkeit unter dem Verdacht der Korruption zu implementieren wie für Terrorismus. Strafbarkeitsbegründend kann nicht die Nutzung einer Supply-Chain als solche sein. Hierbei muss es zu strafbarem Verhalten mit zurechenbaren Menschenrechtsverletzungen kommen.

Wichtig bleibt auch bei schwersten Verstößen gegen Menschenrechte und/oder die Umwelt die Beachtung rechtsstaatlicher Grundprinzipien. Das bedeutet, ein Verschulden oder eine Verursachung müssen konkret festgestellt werden.

Eine Strafe für zufällige Schäden, auch wenn sie schwer und die Folgen tragisch sind, ist Willkür. Entscheidend ist daher, dass Risiken bei sorgfältiger Organisation und Aufsicht erkennbar und mit zumutbaren Mitteln zu verhindern waren.

### 3. Konzept: Erweiterte Verantwortlichkeit bei Menschenrechtsverletzungen in Risikobereichen

Wie gezeigt ist eine umfassende Verantwortlichkeit für Rechtsgutsverletzung, die je nach ihrem Begehungskontext als Menschenrechtsverletzungen erscheinen, vor allem dort möglich, wo die betroffenen Rechtsgüter auch umfassend gegen fahrlässige Verletzungen geschützt werden.

Konsequent erschiene damit die Schaffung eines Straftatbestands, der auch weitere Schädigungsdimensionen im Hinblick auf Menschenrechtsverletzung zum Gegenstand hätte.

Nicht zuletzt mit Blick auf die oben angesprochenen typischen Rahmenbedingungen von Menschenrechtsverletzungen wie Korruption, Menschen und illegaler Waffenhandel oder auch Kinderarbeit bedarf es definierter Anknüpfungspunkte für diese erweiterte Organisationspflicht. Einerseits um dem Bestimmtheitsgebot und dem Ultima Ratio Gedanken zu genügen.<sup>99</sup> Daneben spiegelt diese Beschränkung der Anknüpfungshandlungen aber auch eine Referenz an die Wahrscheinlichkeit, verwertbare Beweise zu erlangen.

<sup>99</sup> Vgl. dazu *Momsen*, Fn. 91. Ebenso ließen sich hier das strafrechtliche Subsidiaritätsprinzip fruchtbar machen, *Dubber*, 53 Am. J. Comp. L. 679 (2005); *Prittwitz*, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 387 ff.; *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 28 ff.; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011) 660 ff.; wie auch die „Void-of-Vagueness Doctrine“ im US-amerikanischen Recht (Cornell Law School Legal Information Institute, abrufbar unter: [https://www.law.cornell.edu/wex/vagueness\\_doctrine](https://www.law.cornell.edu/wex/vagueness_doctrine) (zuletzt abgerufen am 4.11.2019), *Skilling v. United States*, 130 S.Ct. 2896 (2010).

<sup>100</sup> Insoweit würden die Bedenken aufgegriffen, die schon lange gegen § 130 OWiG hervorgebracht werden und eine Verletzung des Schuldprinzips angesichts der Ausgestaltung der Zuwiderhandlung als bloße objektive Bedingung der Bebußbarkeit rügen, vgl. schon *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1978, S. 117; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 1985, S. 99 f.

Konkret wäre es denkbar, diesen – mit der vor dem Hintergrund des Schuldprinzips gebotenen Zurückhaltung<sup>100</sup> – als Erfolgsqualifikation des Korruptions-, Menschen- oder Waffenhandelsdelikts auszugestalten. Die schweren Folgen könnten im Tod von Menschen, einer schweren Gesundheitsschädigung, einer Gesundheitsschädigung einer Vielzahl von Menschen, einer besonders schweren Beeinträchtigung der Umwelt oder in der Verletzung von zu definierenden Menschenrechten<sup>101</sup> liegen und so insgesamt über den Kreis der bisher an Hand der §§ 222, 229 StGB erfassbaren Sachverhalte hinausgehen. Denkbar wäre es, über § 18 StGB hinaus Leichtfertigkeit bezüglich der schweren Folge zu verlangen, da bereits im Rahmen des „Rumpfatbestands“ eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen müsste und eine Restriktion über den individuellen Fahrlässigkeitsmaßstab hinaus geboten ist.

Entscheidend ist, dass nicht bereits die bloße Einschaltung einer Supply-Chain, sondern erst tatsächlich grob sorgfaltswidriges Verhalten den Boden für eine strafrechtliche Zurechnung bereiten sollte. Insgesamt ist allerdings hinsichtlich der Einführung eines Straftatbestands auch aus systematischen Gründen Vorsicht geboten. Denn bei Zugrundelegung der aktuellen Rechtslage verbliebe für innerbetriebliche Aufsichtspflichtverletzungen<sup>102</sup> nur der Bußgeldtatbestand des § 130 OWiG. Für zwischen- bzw. überbetriebliche Sorgfaltspflichtverletzungen würde hingegen ein Straftatbestand eingeführt (wenn auch als Erfolgsqualifikation ausgestaltet). Dies gilt erst Recht mit Blick auf die Vorschläge des Referentenentwurfs eines Verbandssanktionengesetzes, die gerade noch enger als § 130 OWiG im Hinblick auf die (gesellschaftsrechtliche) Reichweite der Organisationspflichten sind.

Sofern die Vertreter der Bestellunternehmen hingegen vorsätzlich im Hinblick auf die Verletzung der Menschenrechte handeln sollten oder bereits etablierte unmittelbare Fahrlässigkeitstatbestände etwas der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung unmittelbar die Zurechnung begründen, dann führt der menschenrechtliche Konnex lediglich zur Erweiterung der Verfolgbarkeit, nicht aber zur Begründung der Strafbarkeit.

Dies spiegelt sich etwa im Rahmen des in § 6 StGB enthaltenen sog. „Weltrechtsprinzips“ Angriffe gegen potentiell übernational betroffene Rechtsgüter können demgemäß unabhängig von Tatort und Staatsangehörigkeit der Täter nach deutschem Recht verfolgt werden. Die Verfolgung erfolgt dann im Interesse der Staatengemeinschaft

<sup>101</sup> Wobei dann – anders als es etwa für § 289c Abs. 2 Nr. 4 HGB der Fall ist – mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) eine katalogartige Aufzählung etwa der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge etwa im Anhang des Gesetzes geboten wäre.

<sup>102</sup> Wenn einmal die inzwischen in der Rspr. anerkannte (vgl. *BGH*, NSTZ 2012, 142) sog. strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung außer Acht lässt, bei der aber auch nicht die bloße Nichtergreifung von Aufsichtsmaßnahmen die Zurechnung trägt und insbesondere Zweifel am Vorliegen des subjektiven Tatbestands verbleiben.

und nicht des individuell die Strafverfolgung betreibenden Staats.<sup>103</sup> Nr. 4 erfasst bereits den Menschenhandel.<sup>104</sup> Denkbar wäre auch eine parallele Aufnahme von Menschenrechtsverletzungen. Dann aber muss der Begriff der strafrechtlich relevanten Menschenrechtsverletzung bestimmt definiert und konkret kodifiziert werden. Anderenfalls droht eine uferlose Ausweitung des Strafrechts, die ihrerseits die in der Menschenrechtskonvention geschützten Rechte bedroht.

#### 4. Ausblick

Am Beginn des Beitrags stand die Frage, ob das nationale Strafrecht also geeignet ist, Menschenrechtsverletzungen

zu hindern oder ihre Verfolgung im Interesse der Verletzten einerseits und unter Wahrung rechtsstaatlicher Standards andererseits effektiver zu gestalten. Die Antwort ist ein sehr vorsichtiges „ja“. Die realistische Gefahr, als Mitglied einer europäischen oder nordamerikanischen Geschäftsleitung für Verletzung von Menschenrechten an billigen Produktionsstandorten verurteilt zu werden, kann eine gewisse präventive Wirkung gegenüber ungehemmtem Gewinnstreben entfalten und eventuell solvente Haftungspartner der Opfer sicherstellen. Strafrecht ersetzt aber keine verantwortungsvolle Wirtschaftspolitik.

<sup>103</sup> vgl. nur *Ambos*, in: MüKo-StGB, vor § 3 Rn. 45 ff. m.zahlr.w.N.

<sup>104</sup> In der Strafjustiz der Vereinigten Staaten finden sich mit dem „Global Magnitsky Act“ und dem Alien Tort Claims Act (ATCA) entsprechende Instrumente, die eine Verfolgbarkeit nach nationalem (US-) Recht zulassen. Die gegenwärtige Administration unter *D. Trump* misst dem Menschenrechtsschutz jedoch kaum noch Bedeutung bei und beschneidet die Handlungsmöglichkeiten der US-Strafjustiz; unterstützt von der konservativen Mehrheit des US-Supreme Court. Vgl. *Tom Firestone / Kerry Contini*, The Global Magnitsky Act, *Criminal Law Forum* Volume 29, Issue 4, December 2018, Special Issue: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability, Issue Editors: *Ambos/Momsen*, S. 495 ff., 617-628, abrufbar unter: <https://link.springer.com/journal/10609/29/4/page/1> (zuletzt abgerufen am 13.10.2019); *Teitel*, Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Violations – the US in Retreat?, *Verfassungsblog* vom 2.5.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/corporate-liability-for-extraterritorial-human-right-s-violations-the-us-in-retreat/> (zuletzt abgerufen am 13.10.2019).

## Weg mit dem Schwachsinn – zur längst überfälligen Ersetzung der Begriffe „Schwachsinn“ und „Abartigkeit“ in § 20 StGB und der verpassten Chance einer umfassenden Reform der Schuldfähigkeitsfeststellung

von Prof. Dr. Anja Schiemann\*

### Abstract

Der Referentenentwurf des BMJV zur Änderung des Strafgesetzbuches verfolgt drei Anliegen: primär geht es um eine Modernisierung des strafrechtlichen Schriftenbegriffs und eine Erweiterung der Strafbarkeit gem. §§ 86, 86a, 111 und 130 StGB bei Handlungen im Ausland. Die „Modernisierung“ der Begrifflichkeiten im StGB wird drittens auch ausgeweitet auf die veralteten Begriffe des „Schwachsinn“ und der „Abartigkeit“ in § 20 StGB und § 12 OWiG. Allerdings ist mit der Ersetzung der Begriffe ersichtlich keine inhaltliche Änderung beabsichtigt (Referentenentwurf, S. 34).<sup>1</sup> Insofern wird die Chance verpasst, nicht nur unzeitgemäße Begriffe zu ersetzen, sondern auch eine veraltete Regelungstechnik aufzugeben und wissenschaftlichen Erkenntnissen anzupassen. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich nicht mit dem Referentenentwurf in Gänze, sondern ausschließlich mit Implikationen im Hinblick auf die Schuld(un)fähigkeitsfeststellung.

The draft bill of the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) on the amendment of the German Criminal Code (StGB) pursues three objectives: primarily, it aims to modernise the concept of criminal writings and to extend criminal liability in accordance with Sections 86, 86a, 111 and 130 StGB for acts committed abroad. Thirdly, the “modernisation” of concepts within the Criminal Code is also extended to the obsolete terms of “debility” and “abnormality” in Section 20 StGB and Section 12 Act on Regulatory Offences (OWiG). However, the replacement of these terms does clearly not intend any substantive amendment (draft bill, p. 34). In this respect, the opportunity is missed not only to replace obsolete concepts, but also to abandon outdated legal regulation tech-

nique and adapt it to scientific findings. The present article does not address the draft in its entirety, but covers exclusively implications with regard to the ascertainment of (lacking) criminal responsibility.

### I. Einleitung

§ 20 StGB normiert die Voraussetzungen, nach denen eine Person ohne Schuld handelt. Daher geht das Strafgesetzbuch grundsätzlich von der Prämisse aus, dass Personen ab 18 Jahren<sup>2</sup> im Normalfall schuldfähig sind, also die Fähigkeit besitzen, das Unrecht ihrer Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.<sup>3</sup> Die Feststellung der Schuldunfähigkeit erfolgt in zwei Schritten.<sup>4</sup> Im Rahmen der Eingangsmerkmale betrachtet man mögliche psychische Ursachen einer Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit.<sup>5</sup> Als Eingangsmerkmale benennt die aktuelle Gesetzesfassung des § 20 StGB die krankhafte seelische Störung, die tiefgreifende Bewusstseinsstörung, den Schwachsinn oder eine andere seelische Abartigkeit. Bejaht man mindestens eins<sup>6</sup> dieser Eingangsmerkmale, so wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob der Täter infolge dieser psychischen Störung bei Begehung der Tat unfähig war, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Es muss also zwischen der Feststellung eines Eingangsmerkmals und den psychologischen Folgeerscheinungen im Hinblick auf die konkrete Tat ein kausaler Zusammenhang bestehen.<sup>7</sup>

\* Die Autorin ist Universitätsprofessorin und Leiterin des Fachgebiets Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

<sup>1</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland, abrufbar unter <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/09/referen-schriftenbegriff.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.10.2019).

<sup>2</sup> Die Schuldunfähigkeit von Kindern unter 14 Jahren regelt § 19 StGB. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Jugendlichen richtet sich nach § 3 JGG.

<sup>3</sup> S. Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 20 Rn. 1; Schild, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. (2017), § 20 Rn. 2; Streng, in: MK-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. (2017), § 20 Rn. 2 nennt § 20 eine „Sonderregelung für Ausnahmesituationen; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 20 Rn. 2 spricht vom „Postulat normalpsychologischer Motivierbarkeit durch Rechtsnormen“.

<sup>4</sup> Teilweise wird von einem zweistufigen Modell, von Stockwerken oder von einer gemischten oder biologisch-psychologischen bzw. psychisch-normativen Methode gesprochen, vgl. hierzu mit weiteren Nachw. Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 20 Rn. 1; kritisch Streng, in: MK-StGB, § 20 Rn. 13 f. und Fischer, § 20 Rn. 5 f.; ausf. zu „Stockwerken und Gedankengebäuden“ Schiemann, Unbestimmte Schuldfähigkeit, 2012, S. 165 ff.

<sup>5</sup> Fischer, § 20 Rn. 6; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 20 Rn. 1; Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 5 – erfasst werden alle in Betracht kommenden psychischen Defektzustände. S. Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 43. Ed. (Stand: 1.8.2019), § 20 Rn. 11 zu medizinisch-psychiatrische Ursachen.

<sup>6</sup> Auch die Feststellung mehrerer Eingangsmerkmale ist möglich, vgl. Verrel/Linke, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, StGB, 4. Aufl. (2017), § 20 Rn. 5; Fischer, § 20 Rn. 6; Streng, StV 2004, 614 ff.; BGH, NStZ 2013, 519; NStZ-RR 2014, 75.

<sup>7</sup> S. Schöch, in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl. (2007); Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 25; Fischer, § 20 Rn. 44. Zur tatkausalen Bedeutung s. auch BGH, NStZ 1991, 527 (528).

Obwohl eine Beurteilung der psychischen Störung in der Regel durch einen psychowissenschaftlichen<sup>8</sup> Sachverständigen erfolgt, werden die Eingangsmerkmale mit Quantifizierungsbegriffen wie „tiefgreifend“ oder „schwer“ verbunden, die „normativ“<sup>9</sup> verstanden werden. Dabei sind diese Quantifizierungsbegriffe ebenso wie die benannten Eingangsmerkmale mit psychowissenschaftlichen Diagnosen nur bedingt oder gar nicht kompatibel.<sup>10</sup> Dies erschwert eine Zuordnung. Diese Diskrepanz zwischen psychowissenschaftlicher Diagnose und juristischer Subsumtion unter § 20 StGB führt nicht nur zu Verständigungsschwierigkeiten innerhalb der Disziplinen,<sup>11</sup> sondern auch zu unterschiedlichen „normativen“ Bewertungen der Schuld(unfähigkeit) des Angeklagten.<sup>12</sup> Dieses Dilemma ist nicht neu, sondern deutete sich bereits in der Reformdiskussion (1954-1968) an, bevor die geltende Fassung des § 20 StGB durch das 2. StrRG von 1969 geschaffen wurde und 1975 in Kraft trat.

## II. Historischer Rückblick und Kritik an der Regelungssystematik des § 20 StGB

So kommt es auch, dass *Schild* § 20 StGB als „Produkt einer traurigen Geschichte“ bezeichnet.<sup>13</sup> Schaut man sich den Gesetzgebungsprozess näher an, so wird deutlich, dass sich während der Reformgeschichte von 1954 bis 1968 zunehmend Schwierigkeiten ergaben, die u.a. aus der Widersprüchlichkeit der Regelungsmaterie selbst erwachsen.<sup>14</sup>

### 1. Krankhafte seelische Störung

Großes Anliegen der Reformbestrebungen war es, den sog. psychiatrischen Krankheitsbegriff wiederherzustellen. Nach diesem auf *Kurt Schneider* zurückgehenden Krankheitsbegriff werden nur solche psychischen Krankheiten erfasst, die auf nachweisbaren oder jedenfalls postulierten organischen Prozessen beruhen. Sind organische Veränderungen nicht feststellbar, so ist der Krankheitsbegriff nicht erfüllt.<sup>15</sup> Somit ist dieser psychiatrische/somatische Krankheitsbegriff der engste und schärfste der

möglichen Krankheitsbegriffe.<sup>16</sup> Doch schon zur damaligen Reformdiskussion war dieser Begriff keinesfalls unumstritten<sup>17</sup> und wird heute generell als überholt angesehen.<sup>18</sup> Trotz dieser schon damals bestehenden Kritik wollte der Reformgesetzgeber der Ausweitung des Krankheitsbegriffs entgegenwirken<sup>19</sup> und verließ den Weg wissenschaftlich fundierter Begriffsbestimmung zugunsten rein kriminalpolitischer Erwägungen. Dies wird zum Beispiel in einer Bemerkung *Ehrhardts* in der 34. Sitzung des Sonderausschusses Strafrecht am 13.1.1965 deutlich: „Die Einbeziehung der Neurosen als eine der Voraussetzungen von Schuldunfähigkeit würde praktisch eine Auflösung des Strafrechts, zumindest in der Form des Schuldstrafrechts... bedeuten.“<sup>20</sup>

Die kriminalpolitische Ausrichtung des ersten Eingangsmerkmals hat zur Folge, dass psychiatrische Diagnosen dieses Merkmal nicht mehr bedienen können. Denn die moderne Psychiatrie und Psychologie orientiert sich an den Klassifikationssystemen ICD-10 und DSM V, die weitgehend nicht von „Krankheit“, sondern von „psychischer Störung“ sprechen.<sup>21</sup> Eine unmittelbare Einstufung der verschiedenen psychischen Störungen ist daher nicht mehr möglich, so dass sich die Subsumtion an den früheren Konventionen orientieren muss.<sup>22</sup> Dies führt, um es mit den Worten *Schild*s zu formulieren, zu der „peinlichen Konsequenz“, dass die Begrifflichkeiten nicht interpretiert werden können.<sup>23</sup>

### 2. Tiefgreifende Bewusstseinsstörung

Durch das enge Korsett des somatischen Krankheitsbegriffs ist auch die Lesart der anderen Eingangsmerkmale des § 20 StGB festgelegt. So bleiben für das Merkmal der Bewusstseinsstörung nur die nichtkrankhaften seelischen Störungen übrig.<sup>24</sup> Schon im Rahmen der Reformdiskussion war diese Festlegung umstritten, da in der psychiatrischen Krankheitslehre gerade Bewusstseinsstörungen infolge von Intoxikationen oder nach leichteren Hirntraumata den „Kernbereich der Bewusstseinsstörungen“ ausmachten, aber nach dem Willen des Gesetzgebers unter das Merkmal der krankhaften seelischen Störung fallen

<sup>8</sup> In Betracht kommen neben Psychiatern vor allem Psychologen, wobei es zu Problemen bei der Kompetenz-Abgrenzung kommen kann, s. *Maisch/Schorsch*, StV 1983, 32; *Rauch*, NStZ 1984, 497; *Rasch*, NStZ 1992, 257; *Täschner*, NStZ 1994, 221.

<sup>9</sup> Zur Begriffsleere der normativen Auslegung vgl. ausf. *Schiemann*, S. 75 ff.; zur normativen Lesart in § 20 StGB s. *Streng*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 18; *Schild*, in: MK-StGB, § 20 Rn. 33. *Fischer* sieht das Verhältnis zwischen empirischen und normativen Merkmalen als „letztlich ungeklärt“ an, s. *ders.*, § 20 Rn. 5.

<sup>10</sup> Ausf. *Schiemann*, S. 195 ff., S. 205 ff., S. 225 ff., S. 240 ff., S. 288 ff., 306 ff., 320 ff.; s. auch *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 21; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 20 Rn. 11; *Fischer*, § 20 Rn. 6.

<sup>11</sup> Zu den Verständigungsschwierigkeiten s. ausf. *Schiemann*, S. 176 ff.; vgl. auch *Nedopil*, NStZ 1999, 433 (434, 438); *Renzikowski*, NJW 1990, 2905 (2906); ferner die Studie von *Sreng*, in: Festschr. f. Leferenz zum 70. Geb., 1983, S. 397 (400).

<sup>12</sup> Vgl. im Einzelnen die zahlreichen Rspr.-Beispiele bei *Schiemann*, S. 170 ff. Zusammenfassend auch *Schiemann*, R&P 2013, 80.

<sup>13</sup> *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 21 (Überschrift).

<sup>14</sup> So bereits *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 24.

<sup>15</sup> S. *Schneider*, Klinische Psychopathologie, 5. Aufl. (1959), S. 1 ff.; *Schneider*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 1948, S. 3 ff.; zusammenfassend bspw. *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 23 f. sowie *Schiemann*, S. 178 ff.

<sup>16</sup> *Krümpelmann*, ZStW 1976, 6 (15).

<sup>17</sup> Zur Diskussion ausf. *Konrad*, Der sogenannte Schuldenstreit. Beurteilungsmodele in der forensischen Psychiatrie, 1995, S. 18 ff.; s. auch *Venzlaff*, ZStW 1976, 57; *Witter*, in: Festschr. f. Richard Lange z. 70. Geb., 1976, S. 723 (724).

<sup>18</sup> S. *Schreiber/Rosenau*, in: Dreßing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 6. Aufl. (2015), S. 89 (96); *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 69 jew. m.w.N.

<sup>19</sup> S. BT-Dr V/4095, S. 10.

<sup>20</sup> *Ehrhardt*, Protokolle IV, S. 649.

<sup>21</sup> Internationale Klassifikation psychischer Störungen (ICD-10), Diagnostische Kriterien (DSM V). Die Klassifikationssysteme haben ihrerseits keine Verbindlichkeit für die rechtliche Beurteilung der Schuldfähigkeit, s. *Fischer*, § 20 Rn. 7 m.zahlr. Rspr.-Nachw.

<sup>22</sup> So auch *Perron/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 6; *BGH*, NStZ-RR 2013, 309.

<sup>23</sup> *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 69.

<sup>24</sup> Begründung zu § 24 E 1962, S. 139; *Streng*, in: MK-StGB, § 20 Rn. 36; *Perron/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 12; kritisch zum Anwendungsbereich *Schiemann*, R&P 2013, 80 (83 f.); *Fischer*, § 20 Rn. 28.

sollten.<sup>25</sup> Hinzu kam der Streit um die Erforderlichkeit eines eingrenzenden Adjektivs. Während zunächst vorgesehen war, durch das Wort „gleichwertig“ einen Bezug zur krankhaften seelischen Störung herzustellen,<sup>26</sup> entschied man sich während der Ausschussberatung für das Adjektiv „tiefgreifend“, um eine Parallelisierung zum engen Krankheitsbegriff zu verhindern.<sup>27</sup> Durch das Adjektiv tiefgreifend sollte laut Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht werden, dass die Störung über den Spielraum des Normalen hinausgehen und einen solchen Grad erreicht haben müsse, dass dadurch das seelische Gefüge des Betroffenen zerstört oder erschüttert ist.<sup>28</sup> Kritisiert wurde, dass seitens der Sachverständigen unklar bleibe, wie die Quantifizierung methodologisch durchzuführen sei.<sup>29</sup>

Da es sich bei dem Quantifizierungsbegriff jedoch um ein normatives Merkmal handelt, ist die Auslegung der Rechtsprechung vorbehalten. Diese orientiert sich aber – dem historischen Willen des Gesetzgebers widersprechend – an dem Krankheitswert einer Bewusstseinsstörung.<sup>30</sup>

### 3. Schwachsinn

Unter dem Merkmal des Schwachsinn verstand und versteht man einen speziellen Fall der früher in § 51 StGB a.F. normierten „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“. Dies umfasste lediglich die angeborene Intelligenzschwäche ohne nachweisbaren Organbefund, da Intelligenzdefekte infolge hirnganischer Prozesse bereits unter das Merkmal der krankhaften seelischen Störung fallen.<sup>31</sup> Heute erfassen die modernen Klassifikationssysteme den i.S. des § 20 StGB genannten Schwachsinn begrifflich als geistige Behinderung bzw. Intelligenzminderung.<sup>32</sup> Eine – wie nach der Gesetzessystematik erforder-

liche – Differenzierung zwischen organisch bedingten Intelligenzminderungen und solchen ohne bekannte Ursache wird in der forensischen Praxis allerdings nicht vorgenommen.<sup>33</sup> Schon sehr früh nach Inkrafttreten des § 20 StGB wurde zudem darauf hingewiesen, dass allein durch die Formulierung „wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit“ die explizite Benennung des Merkmals des Schwachsinn als Unterfall der Abartigkeit „eigentlich überflüssig“ sei.<sup>34</sup> Unbestritten dürfte wohl sein, dass die Bezeichnung einer Person als schwachsinnig diskriminierend und nicht mehr zeitgemäß ist.<sup>35</sup>

### 4. Schwere andere seelische Abartigkeit

Einen breiten Raum in der Reformdiskussion nahm schließlich das Ringen um das vierte Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit ein. Aufgrund des engen Krankheitsbegriffs wollte man durch ein zusätzliches Merkmal andere Störungen erfassen, also solche, die rein seelisch bedingt sind und solche, die zwar körperlich bedingt, aber sich nicht in Form eines Organprozesses entwickelt haben. Zu ersteren zählte man Neurosen und Psychopathien, zur anderen Alternative zählte man Triebstörungen ohne Organbefund.<sup>36</sup> An der Begrifflichkeit der „Abartigkeit“ stieß man sich zunächst nicht, erst im Alternativentwurf wurde auf die diskriminierende Wirkung aufmerksam gemacht, so dass der Begriff der Abartigkeit durch den Passus „vergleichbare schwere seelische Störung“ ersetzt werden sollte.<sup>37</sup> Letztlich konnte sich eine sprachliche Anpassung aber nicht durchsetzen.

Neben der prinzipiellen Formulierungsfrage ging es in der Reformdebatte grundsätzlich darum, ob die Abartigkeiten nur schuld mindernd oder auch schuldausschließend sein können.<sup>38</sup> Erst „ganz zuletzt“ wurde die schwere andere

<sup>25</sup> Hierzu *Saß*, *Forensia* 1983 (4), S. 3 (4).

<sup>26</sup> Vgl. *Horstkotte*, in: Prot. V, S. 242; *Schwalm*, *JZ* 1970, 492.

<sup>27</sup> S. Protokolle des Sonderausschusses IV, S. 236 f.; sowie V, S. 242 f. Ausf. zur Gesetzgebungsgeschichte *Lenckner*, in: Göppinger/Witter, *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, Bd. I, 1972, S. 116 f., sowie *Schiemann*, S. 231 ff.

<sup>28</sup> BT-Dr V/4095, S. 11.

<sup>29</sup> *Mende*, in: *Festschr. f. Paul Bocklmann z. 70. Geb.*, 1979, S. 311 (313 f.).

<sup>30</sup> So die Auswertung bei *Schiemann*, S. 236 ff. sowie zusammenfassend S. 261. S. auch *Fischer*, § 20 Rn. 29; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 20 Rn. 34 jew. m. Rspr-Nachw. Zur Uneindeutigkeit des Merkmals auch *Perron/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, § 20 Rn. 14; kritisch auch *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 87.

<sup>31</sup> Vgl. *Lenckner*, in: Göppinger/Witter, S. 118; *Schreiber*, *NStZ* 1981, 46 (47).

<sup>32</sup> Vgl. *Lammel*, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Saß*, *Handbuch der Forensischen Psychiatrie*, Bd. 2, 2010, S. 372; zu den unterscheidbaren Graden ausf. *Schiemann*, S. 268 ff. Vgl. auch *Streng*, in: MK-StGB, § 20 Rn. 39; *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 101.

<sup>33</sup> *Günter*, in: *Venzlaff/Foerster*, *Psychiatrische Begutachtung*, 5. Aufl. (2009), S. 295 (297). *Seifert* weist in der Folgeauflage darauf hin, dass angesichts der molekulargenetischen und neurobiologischen Fortschritte für die absehbare Zukunft erwartet werden kann, dass kaum noch ein intelligenzgeminderter Rechtsbrecher dem dritten Merkmal zugeordnet wird (in: *Dreßing/Habermeyer*, *Psychiatrische Begutachtung*, 6. Aufl. [2015], S. 271 [273 f.]; *Lammel*, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Saß*, *Handbuch der Forensischen Psychiatrie*, S. 398 formulierte es so: Dadurch wurde im Rahmen der juristischen Terminologie unter ätiologischen Gesichtspunkten getrennt, was unter phänomenologischen Gesichtspunkten oft nicht zu trennen ist: nämlich die dem Eingangsmerkmal des Schwachsinn zuzuordnende (angeborenen) Intelligenzminderungen ohne bekannte Ursache und die dem Eingangsmerkmal der krankhaften seelischen Störung zuzuordnenden (frühkindlich erworbenen) Intelligenzminderungen infolge verschiedenster Schädigungsmuster“. Durchgreifende praktische Konsequenzen für die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sieht er allerdings nicht.

<sup>34</sup> *Bauer/Thoss*, *NJW* 1983, 305 (308), sprechen von einem Versäumnis des Gesetzgebers; vgl. auch *Schreiber*, *NStZ* 1981, 46 (47).

<sup>35</sup> So *Schiemann*, S. 269. *Steinböck*, in: *Seidel/Hennicke*, *Delinquentes Verhalten von Menschen mit geistiger Behinderung – eine interdisziplinäre Herausforderung*, 2001, S. 28 (29), spricht von einem „Unwort“.

<sup>36</sup> *Schwalm*, Prot. IV, S. 640; *ders.* *JZ* 1970, 493. Vgl. auch *Schwalm*, Protokoll IV, S. 141; *Meyer*, *ZStW* 1976, 46 (52).

<sup>37</sup> *Rasch*, *NStZ* 1982, 177 (178); *Erhardt* jedoch hat den Einwand der Diskriminierung abgelehnt, ausf. hierzu *Stevens/Schneider*, *Handwörterbuch der Kriminologie II*, 1977, S. 344 (385).

<sup>38</sup> *S. Streng*, in: MK-StGB, § 20 Rn. 7; *Schiemann*, S. 276.

seelische Abartigkeit in § 20 StGB aufgenommen.<sup>39</sup> Angemahnt wurde von den Vertretern einer differenzierenden Lösung die sog. Dammbuchgefahr, nach der es zu einer Auflösung des Schuldstrafrechts kommen würde.<sup>40</sup> Dadurch, dass sich der Gesetzgeber gegen die differenzierende Lösung entschieden hat,<sup>41</sup> ist die gesetzgeberisch ohnehin fragwürdige Unterscheidung in organische und nicht organische Störungen letztlich ohnehin überflüssig geworden.<sup>42</sup>

Trotz dieses Bekenntnisses des Gesetzgebers, dass „Abartigkeiten“ auch schuldausschließend sein können, wird doch prinzipiell davon ausgegangen, dass Psychopathien, Neurosen und Triebstörungen in der Regel beherrschbar sind.<sup>43</sup> Es kommt also auf den Ausprägungsgrad der Störung an.<sup>44</sup> Diese Quantifizierung sollte durch das Adjektiv der „schweren“ Abartigkeit zum Ausdruck gebracht werden, wobei der Gesetzgeber hierfür keinen Maßstab an die Hand gegeben hat.<sup>45</sup> Dieser sollte sich erst durch einen Blick auf das Merkmal der krankhaften seelischen Störung ergeben, so dass die Abweichung vom Normalen so erheblich sein muss wie bei den echten Psychosen.<sup>46</sup> Die Schweregradbeurteilung führt letztlich zu einer Überschneidung mit der zweiten Stufe der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, so dass sie nicht nur überflüssig ist,<sup>47</sup> sondern eine klare Trennung der unterschiedlichen Voraussetzungen verhindert.<sup>48</sup> Dies führt – genauso wie bei der „tiefgreifenden“ Bewusstseinsstörung – dazu, dass eine zweistufige Prüfung gerade nicht stattfindet, sondern eine Vermischung der Stufen zu einer Beliebigkeit in der Argumentation führt.<sup>49</sup> Schild spricht zutreffend von einem Argumentieren vom Ergebnis her.<sup>50</sup> Ob eine psychische Störung unter das Merkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit fällt, ist aufgrund der gesellschaftlichen Zuschreibungen und unterschiedlichen Eingruppierungen seitens der Sachverständigen, von erheblichen Unsicherheiten geprägt.<sup>51</sup> Die Konturlosigkeit des Merkmals machen es unvorhersehbar, ob eine psychische Störung von Gutachtern und Gerichten schuld mindernd oder – in seltensten Ausnahmefällen – schuldausschließend wirkt.<sup>52</sup> Blau nannte daher die Entscheidungen über die schwere seelische Abartigkeit nicht „wahrheitsfähig“.<sup>53</sup>

### 5. Zwischenfazit

Insofern verwundert es nicht, dass angesichts dieser aus psychowissenschaftlicher Sicht überholten Regelungssystematik des § 20 StGB über die Unmöglichkeit einer sinnvollen Definition seiner Merkmale viel geschrieben worden ist. Der Vorschrift wird die Unbrauchbarkeit bescheinigt<sup>54</sup> und auf die Unmöglichkeit einer Interpretation hingewiesen.<sup>55</sup> Außerdem wird kritisiert, dass der Wortlaut „eine stimmige Systematik“<sup>56</sup> verhindere und die Quadratur des Kreises erfordere.<sup>57</sup> Insgesamt zeigt sich durch die Inkompatibilität des Gesetzestextes mit psychowissenschaftlichen Erkenntnissen, dass die Vermischung der Grenzen und die Beliebigkeit der Auslegung der Norm durch die Rechtsprechung zu einem Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG führt.<sup>58</sup> Kröber warf dem BGH schon 1998 vor, an einer „Karlsruher Psychiatrie“ zu arbeiten, die „Tatgerichte und Gutachter in den diagnostischen Regionalismus der 50er Jahre“ zurückführt.<sup>59</sup>

### III. Referentenentwurf und die Modernisierung der Begrifflichkeiten des § 20 StGB

Da schon bei Inkrafttreten der Neufassungen der Regelungen zur Schuld(un)fähigkeit die vier Eingangsmerkmale umstritten und der somatische Krankheitsbegriff, der erst zu der Gesetzessystematik geführt hat, bereits überholt war, erstaunt die Feststellung im Referentenentwurf, dass sich die Fassung von 1975 am damaligen psychiatrischen und psychologischen Sprachgebrauch orientierte.<sup>60</sup> Dies ist – wie unter II. aufgezeigt – ersichtlich nicht der Fall.

Recht zu geben ist der Begründung des Referentenentwurfs dahingehend, dass die Begriffe des Schwachsinn und der Abartigkeit nicht mehr zeitgemäß sind.<sup>61</sup> Die stigmatisierende, diffamierende Wirkung ist unbestreitbar.<sup>62</sup> Allerdings wird durch eine reine „Modernisierung“, die ersichtlich keine inhaltliche Änderung verfolgt,<sup>63</sup> die Chance verpasst, eine veraltete, psychowissenschaftlichen Erkenntnissen widersprechende Regelung endlich! in ihrer Gesamtsystematik zu reformieren.

<sup>39</sup> So Lenckner, in: Göpping/Witter, S. 119.

<sup>40</sup> Schneider, Prot. IV, S. 248; BT-Dr. V/4095, S. 10; s. auch Rasch, NSTZ 1982, 177; Schneider, NSTZ 1981, 46 (47).

<sup>41</sup> BT-Dr. V/4095, S. 45; Horstkotte, Prot. V, S. 245.

<sup>42</sup> So bereits Lenckner, in: Göppinger/Witter, S. 119 unter Verweis auf die Begründung zu § 25 E 1962, S. 142; s. auch Schiemann, S. 276.

<sup>43</sup> Unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte Lenckner, in: Göpping/Witter, S. 119; Schiemann, S. 276 f.; vgl. auch Perron/Weißer, in: Schöнке/Schröder, § 20 Rn. 22; Schöch, in: LK-StGB, § 20 Rn. 152.

<sup>44</sup> BGH, NJW 2004, 1810 (1812); Streng, in: MK-StGB, § 20 Rn. 41; Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 20 Rn. 47.

<sup>45</sup> So spricht Lencker, in: Göpping/Witter, S. 119, von einem „Gradbegriff, der noch der Ausfüllung bedarf“. S. auch Schiemann, S. 277.

<sup>46</sup> S. Schiemann, S. 277; vgl. auch Perron/Weißer, in: Schöнке/Schröder, § 20 Rn. 22; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 20 Rn. 11 a.

<sup>47</sup> So Rasch, StV 1991, 126 (127); ders., NSTZ 1982, 177.

<sup>48</sup> So bereits Schiemann, S. 277; s. ebenso Schild, in: NK-StGB, § 20 Rn. 24.

<sup>49</sup> Ausf. Schiemann, S. 328 ff.

<sup>50</sup> Schild, in: NK-StGB, § 20 Rn. 102. Fischer nennt die zur Schweregradbestimmung angewandte Formel „tautologisch“, § 20 Rn. 38a.

<sup>51</sup> Bereits Schünemann, in: Hirsch/Weigend, Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 147 (167); s. auch Schiemann, S. 279 f.

<sup>52</sup> Schiemann, S. 283; zum großen individuellen Ermessensspielraum auch Platz, in: de Boor/Rode/Kammeier, Neue Diskussionen um die „schwere andere seelische Abartigkeit“, § 20 StGB, 2003, S. 49 (59).

<sup>53</sup> Blau, in: Festschr. f. Rasch, 1993, S. 113 (123).

<sup>54</sup> Schild, in: NK-StGB, § 20 Rn. 24.

<sup>55</sup> So ebenfalls Schild, in: NK-StGB, § 20 Rn. 69

<sup>56</sup> Schreiber/Rosenau, in: Dreßing/Habermeyer, Psychiatrische Begutachtung, S. 89 (98).

<sup>57</sup> Schünemann, GA 1986, 293 (297).

<sup>58</sup> Ausf. und mit zahlreichen Rspr.-Nachw. Schiemann, S. 190 ff.; zum Ergebnis auch dies., R&P 2013, 80 (86).

<sup>59</sup> So Kröber nach den einleitenden Worten „So geht es nicht“ in einer Entscheidungsanmerkung, NSTZ 1998, 80.

<sup>60</sup> So der Referentenentwurf auf S. 24.

<sup>61</sup> Referentenentwurf, S. 1.

<sup>62</sup> So Referentenentwurf, S. 24 unter Verweis auf Perron/Weißer, in: Schöнке/Schröder, § 20 Rn. 3 und Schöch, in: LK-StGB, § 20 Rn. 68. Auch schon vorher wurde auf die diskriminierende Wirkung des Begriffs Abartigkeit hingewiesen, s. Rasch, NSTZ 1982, 177 (178).

<sup>63</sup> Ausdrücklich für beide Begriffe Referentenentwurf, S. 47 und 48.

### 1. Intelligenzminderung

Der Referentenentwurf will weder an der Auslegung des Merkmals des Schwachsinn noch an der grundsätzlichen Systematik der Norm etwas ändern, so dass auch der neue Begriff der Intelligenzminderung als Unterart des vierten Merkmals verstanden werden soll.<sup>64</sup> Auch wenn erkannt wird, dass das Merkmal des Schwachsinn aufgrund der Einheitslösung und der Beibehaltung des 4. Merkmals der schweren anderen seelischen Abartigkeit in § 20 StGB, „gewissermaßen überflüssig“ geworden war, möchte man aufgrund der deutlichen Abgrenzbarkeit zu anderen Anomalien und der „gefestigten Auslegung der Merkmale des § 20 StGB durch die Rechtsprechung“ daran festhalten.<sup>65</sup>

Nun ist die Auslegung der Merkmale des § 20 StGB zwar alles andere als gefestigt. Allerdings ist die Auslegung des Merkmals Schwachsinn durch die Rechtsprechung und entsprechende psychowissenschaftliche Literatur in der Tat klar und bestimmt.<sup>66</sup> Unter Schwachsinn werden Stufen angeborener Intelligenzschwäche bzw. -minderung ohne nachweisbare Ursache verstanden, wobei zwischen leichter, mittelgradiger, schwerer und schwerster Intelligenzminderung differenziert wird.<sup>67</sup> Auch wenn die Auslegung dieses einen Merkmals als gefestigt angesehen werden kann, so findet doch aufgrund der durch den somatischen Krankheitsbegriff fehlgeleiteten Gesetzssystematik eine unnatürliche Differenzierung zwischen organisch bedingten Intelligenzminderungen und solchen ohne bekannte Ursache statt, die in der forensischen Praxis ersichtlich nicht vorgenommen wird.<sup>68</sup> Insofern wäre es geboten gewesen, diese unnatürliche Aufspaltung aufzugeben und eine Neuformulierung des § 20 StGB in Angriff zu nehmen.

Hält man entgegen psychowissenschaftlichen Erkenntnissen an den 4 Eingangsmerkmalen fest, so ist die Ersetzung

des Merkmals Schwachsinn durch das Merkmal der Intelligenzminderung zu befürworten. Der Begriff der Intelligenzminderung wird auch in dem Diagnosemanual ICD-10 verwendet.<sup>69</sup> Daneben ist laut Begründung des Referentenentwurfs die Rechtsprechung ebenfalls dazu übergegangen, den Begriff des Schwachsinn durch den Begriff der Intelligenzminderung zu ersetzen.<sup>70</sup> Dies ist so nicht richtig, vielmehr subsumiert die im Referentenentwurf zitierte Rechtsprechung die Intelligenzminderung unter den Begriff Schwachsinn, den sie nach wie vor in den Entscheidungsgründen als Merkmal benennt.<sup>71</sup> Allerdings wird in mehreren Entscheidungen des BGH aufgrund der unnatürlichen Aufspaltung zwischen organischem und nicht organischem Befund in den Eingangsmerkmalen, die diagnostizierte Intelligenzminderung teilweise unter das Merkmal der krankhaften seelischen Störung und teilweise unter das Merkmal des Schwachsinn subsumiert.<sup>72</sup> Insofern wird – sofern man die Systematik beibehalten will – in Zukunft eine festgestellte Intelligenzminderung entgegen des ausdrücklichen Wortlauts bei organischer Ursache weiterhin unter die krankhafte seelische Störung fallen müssen.

Der Referentenentwurf setzt sich zudem noch mit dem am 25.5.2019 im Rahmen der 11. Revision des ICD<sup>73</sup> beschlossenen Oberbegriff „Disorders of intellectual development“ auseinander, der ggf. auch zu einem neuen deutschen Oberbegriff der „Intellektuellen Entwicklungsstörung“ führen könnte.<sup>74</sup> Letztlich kommt man aber zu dem Schluss, diese Veränderung hätte keinen Einfluss auf das Eingangsmerkmal. Es sei zum einen nicht absehbar, wie die notwendige deutsche Modifikation aussehen würde. Zum anderen handle es sich „bei den in § 20 StGB verwendeten Eingangsmerkmalen um eigenständige Rechtsbegriffe, die sich zwar an medizinischen Kategorien ori-

<sup>64</sup> Referentenentwurf, S. 47.

<sup>65</sup> Referentenentwurf, S. 47 unter Verweis auf Ehrhardt, 34. Sitzung des Sonderausschusses „Strafrecht“, 4. Wahlperiode, S. 655; *Wolffslast*, JA 1981, 464.

<sup>66</sup> Schiemann, S. 272.

<sup>67</sup> Vgl. Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 18; Streng, in: MK-StGB, § 20 Rn. 38 f.; Fischer, § 20 Rn. 35 (Debilität, Imezillität, Idiotie). Zur zunehmenden Fragwürdigkeit der Unterscheidungen Kühl, in: Lackner/Kühl, § 20 Rn. 10; zur Relativierung der Einteilung der Intelligenzminderung durch IQ-Werte auch Lammel, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Bd. 2, 2010, S. 372 (388).

<sup>68</sup> Schiemann, S. 272; Günter, in: Venzlaff/Foerster, S. 295 (297).

<sup>69</sup> International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, 10. Revision, German Modification, F70-73, abrufbar unter <https://www.dimdi.de/dynamic/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/> (zuletzt abgerufen am 18.10.2019). Daneben gibt es

<sup>70</sup> Referentenentwurf, S. 47.

<sup>71</sup> Insofern wird der nach wie vor verwendete Begriff des Schwachsinn nur durch die diagnostisch festgestellten Intelligenzminderungen ausgefüllt, s. BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – 1 StR 55/17 = BeckRS 2017, 116350; BGH, Beschl. v. 19.9.2017 – 1 StR 299/17 = BeckRS 2017, 135890; BGH, NSZ-RR 2018, 239. Dagegen subsumiert die Kommentarliteratur unter den Schwachsinn die Intelligenzschwäche, s. Fischer, § 20 Rn. 35; Kühl, in: Lackner/Kühl, 3 20 Rn. 10; Schild, in: NK-StGB, § 20 Rn. 101; Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 18; Streng, in: MK-StGB, § 20 Rn. 38 (beide Intelligenzschwäche); eine unterschiedliche Bedeutung zwischen Intelligenzschwäche und Intelligenzminderung ist damit nicht verbunden, so dass diese Begriffe synonym zu verstehen sind. Aufgrund der Verwendung des Begriffs Intelligenzminderung im ICD-10 und auch in der psychiatrischen Fachliteratur ist aber der Begriff Intelligenzminderung vorzugswürdig, s. auch Lammel, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Bd. 2, S. 373 ff.; Lehmkühl/Sinzig, in: Berger, Psychische Erkrankungen. Klinik und Therapie, 3. Aufl. (2009), 935 ff.; Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, 5. Aufl. (2019), S. 295; Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl. (2017), S. 254; Seifert, in: Dreßing/Habermeyer, S. 271 (271), der daneben noch den Begriff der geistigen Behinderung für geeignet hält.

<sup>72</sup> So BGH, Beschl. v. 24.10.2018 – 1 StR 457/18 = BeckRS 2018, 33321; zu der Schwierigkeit der Einordnung, ob eine hirnorganische oder andere Schädigung vorliegt s. BGH, Besch. V. 22.8. 2012 – 4 StR 308/12 = BeckOK 2012, 21266.

<sup>73</sup> Abrufbar unter <https://www.dimdi.de/dynamic/de/klassifikationen/icd/icd-11/> (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

<sup>74</sup> Referentenentwurf, S. 48; unter Verweis auf Konrad/Huchzermeier, R&P 2019, 84 (87).

entierten, die aber gerade nicht ständig an geänderte medizinische Begrifflichkeiten angepasst werden müssen“.<sup>75</sup> Sicher ist der Begründung im Referentenentwurf Recht zu geben, dass juristische Begriffe nicht „ständig“ geänderten medizinischen Modifizierungen anzupassen sind. Insofern muss man in der Tat keinen Blick in die Zukunft richten, zumal die 11. Revision erst 2022 in Kraft treten und frühestens 2027 allein maßgebend sein soll.<sup>76</sup> Es ist daher sinnvoll, mit der Rechtsprechung und psychiatrisch/psychologischen Fachliteratur von dem Merkmal der Intelligenzminderung auszugehen. Allerdings ist noch einmal zu betonen, dass die neue Begrifflichkeit der Intelligenzminderung die systemwidrige Trennung von Intelligenzschwächen mit und ohne Organbefund nicht auflösen kann.

## 2. Schwere andere seelische Störung

Auch mit der Ersetzung des 4. Merkmals der Abartigkeit durch den Begriff der Störung ist ersichtlich keine inhaltliche Änderung gewünscht. Aufgrund des diskriminierenden und abwertenden Charakters des Begriffs „Abartigkeit“, soll durch die Ersetzung laut Begründung des Referentenentwurfs die Herabwürdigung des Angeklagten im Gerichtssaal vermieden werden.<sup>77</sup> Der Begriff der Abartigkeit findet sich nicht in den Diagnosemanualen, so dass eine Zuordnung zu den dort aufgeführten psychischen Störungen erfolgen muss, wobei durch das 4. Merkmal alle psychischen Störungen erfasst werden, die nicht auf einem postulierten oder nachweisbaren organischen Krankheitsprozess beruhen.<sup>78</sup> Somit setzt sich im 4. Merkmal die willkürliche Differenzierung zwischen „krankhaft“ und „nicht krankhaft“ fort und wird laut Begründung des Referentenentwurfs explizit aufrechterhalten.<sup>79</sup> Die Auffassung nämlich, dass bei den vom 4. Merkmal erfassten Persönlichkeitsstörungen, Triebstörungen, Neurosen, Suchtstörungen etc.<sup>80</sup> biologisch-organische Funktionsstörungen keine Rolle spielen, wird zunehmend als überholt angesehen. *Dreßing* gibt zu bedenken, dass es mit zunehmenden Möglichkeiten neurobiologischer Diagnostik absehbar sei, dass auch bei Persönlichkeitsstörungen eine Vielzahl neurobiologischer Normabweichungen gefunden werden.<sup>81</sup>

Insgesamt wird Seitens der Sachverständigen konstatiert, dass das 4. Merkmal mit dem medizinisch-diagnostischen Begriff der Persönlichkeitsstörung nicht kompatibel ist.<sup>82</sup> Daher ersetzen normative, moralisierende Begründungsmuster die Diagnose und es kommt zu so bizarren Formulierungen in den Urteilsgründen wie „Spielart des menschlichen Wesens unterhalb der für § 21 StGB bedeutsamen Schwelle“<sup>83</sup> oder „moralischer Sehbehinderung“.<sup>84</sup>

Insofern ist es bedauerlich, dass der Referentenentwurf sich nicht an den Kern des Übels herantraut und § 20 StGB einer generellen Revision unterzieht. So bleibt es bei der minimalinvasiven Bereinigung unsäglicher Begrifflichkeiten. Dass die Abartigkeit durch Störung ersetzt wird, ist nachvollziehbar. Orientiert wird sich an dem Alternativentwurf der Strafrechtslehrer, die das 4. Merkmal als vergleichbar schwere seelische Störung bezeichnen wollten.<sup>85</sup> Zudem nimmt man Anleihen am Therapieunterbringungsgesetz. In dessen § 1 Abs. 1 Nr. 1 wird der Begriff psychische Störung verwendet. Dennoch soll es aufgrund der Einheitlichkeit in Bezug auf die krankhafte seelische Störung bei der Bezeichnung „seelische“ Störung bleiben. Laut Referentenentwurf ist der Begriff der psychischen Störung ohnehin gleichbedeutend mit dem Begriff der seelischen Störung.<sup>86</sup> Dennoch ist nicht nachvollziehbar, warum sich nicht für den Begriff der psychischen Störung entschieden wurde, da ausschließlich dieser in den Diagnosemanualen ICD-10 und DSM-V verwendet wird. Daher hat sich der Gesetzgeber bei § 1 ThUG auch explizit bei der Begriffswahl an die psychiatrischen Diagnoseklassifikationssysteme angelehnt.<sup>87</sup>

Durch das Quantifizierungsadjektiv „schwer“ soll deutlich werden, dass nicht jede behandlungsbedürftige psychische Störung auch die Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit der psychisch erkrankten Person zur Folge hat.<sup>88</sup> Dies stimmt überein mit der Rechtsprechung des *EGMR*, der festgestellt hat, dass eine psychische Erkrankung nicht zwingend mit dem Fehlen strafrechtlicher Verantwortlichkeit verbunden sein muss, so dass der Begriff der psychischen Störung über den Begriff der Schuldunfähigkeit hinausgeht.<sup>89</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ohnehin noch die Voraussetzung geprüft

<sup>75</sup> Referentenentwurf, S. 48.

<sup>76</sup> So jedenfalls der Referentenentwurf, S. 48. Das Deutsche Institut für medizinische Dokumentation und Information, nennt zwar den 1.1.2022 als Termin des Inkrafttretens. Zur Einführung in Deutschland wird aber kein spezifischer Zeitpunkt benannt, sondern vage von mehreren Jahren gesprochen, s. unter <https://www.dimdi.de/dynamic/de/faq/faq/Wann-kommt-die-ICD-11/> (zuletzt abgerufen am 18.10.2019). Das Jahr 2027 ergibt sich wohl aus der eingeräumten Übergangsfrist von 5 Jahren, s. hierzu unter [https://www.aok-gesundheitspartner.de/plus/krankenhaus/meldungen/index\\_22187.html](https://www.aok-gesundheitspartner.de/plus/krankenhaus/meldungen/index_22187.html) (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

<sup>77</sup> Referentenentwurf, S. 48. *Schreiber/Rosenau*, in: *Dreßing/Habermeyer*, S. 102 weisen insofern darauf hin, dass in der Praxis zunehmend versucht werde, den Begriff der Abartigkeit im Gerichtssaal zu vermeiden. *Müller/Nedopil*, *Forensische Psychiatrie*, S. 40, weist darauf hin, dass der „unglücklich gewählt(e)“ Begriff von vielen Gutachtern nur als „das vierte Merkmal“ bezeichnet wird; so auch *Schöch*, in: *LK-StGB*, § 20 Rn. 68.

<sup>78</sup> *BGHSt* 34, 22 (24); *Perron/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, § 20 Rn. 19 m. zahlr. Nachw. zu Lit. und Rspr.; s. auch *Fischer*, § 20 Rn. 39; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 20 Rn. 9.

<sup>79</sup> Referentenentwurf, S. 48.

<sup>80</sup> Zu den erfassten Störungen s. ausführlich *Schiemann*, S. 279 ff.; *Schöch*, in: *LK-StGB*, § 20 Rn. 153 ff.; *Streng*, in: *MK-StGB*, § 20 Rn. 41 ff.

<sup>81</sup> *Dreßing*, in: *Venzlaff/Foerster*, S. 309 (312). Zum zunehmenden Organbezug psychischer Erkrankungen vgl. auch *Maier*, in: *Schneider, Entwicklungen der Psychiatrie*, 2006, S. 27 (29).

<sup>82</sup> So *Habermeyer/Saß*, *ForensPsychiatrPsycholKriminol* 2007, 10 (11). Ausf. *Schiemann*, S. 280 ff.

<sup>83</sup> So *BGH*, *StV* 1997, 630.

<sup>84</sup> *BGH*, *NStZ-RR* 2008, 70 (71).

<sup>85</sup> Dieser Vorschlag wurde vom Bundestag im Januar 1968 in erster Lesung beraten, s. *BT-Dr. V/2285*, S. 4.

<sup>86</sup> Referentenentwurf, S. 49.

<sup>87</sup> *BT-Drs. 17/3403*, S. 54; s. auch *Coen*, in: *BeckOK-StPO*, 34. Ed. (Stand 1.7.2019), § 1 ThUG Rn. 28.

<sup>88</sup> Referentenentwurf, S. 49.

<sup>89</sup> *S. EGMR*, *Glien gg. Deutschland*, *Urt. v. 28.11.2013*, *Kammer V*, *Bsw. Nr. 7.345/12*; vgl. auch die *Anm. von Scharnagl*, *NLMR* 2013, 436 (437).

werden muss, ob infolge der „seelischen Störung“ die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit aufgehoben oder erheblich vermindert ist. Dies dürfte bei leichteren psychischen Störungen ohnehin nicht der Fall sein. Von daher setzt sich durch die reine Begriffsglättung die doppelte Gewichtung der Erheblichkeit der Störung einmal beim Merkmal der Schwere und einmal bei der Prüfung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit fort.<sup>90</sup>

#### IV. Regelungen zur Schuldfähigkeit im Ausland

##### 1. Österreich

In dem Referentenentwurf wird Bezug genommen auf § 11 des österreichischen Strafgesetzbuchs, der die Schuldunfähigkeit (dort als Zurechnungsunfähigkeit bezeichnet) wie folgt regelt:

„Wer zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, wegen einer geistigen Behinderung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, handelt nicht schuldhaft.“

Der österreichische Gesetzgeber hat sich also für den Passus „wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung“ entschieden. Der Referentenentwurf sieht hierin eine „ähnliche Formulierung“ wie die von ihm getroffene.<sup>91</sup> In der Tat kann auf die nähere Ausführung der den anderen Zuständen gleichwertigen Störungen ohne weiteres verzichtet werden, ergibt sich dies doch ohnehin aus der Gesetzessystematik und vor allem aus der vorliegenden Auslegung durch die Rechtsprechung.<sup>92</sup> Zudem ist der Wortlaut des österreichischen Paragraphen durch diese Verdeutlichung der Parallelisierung sehr sperrig. Eine Präzisierung ist daher entbehrlich.

Das diskriminierende Merkmal des Schwachsinn hat der österreichische Gesetzgeber bereits 2009 durch den Begriff der geistigen Behinderung ersetzt.<sup>93</sup> Bezug genommen wurde auf den Psyhyrembel. Auch hier ging es aber lediglich darum, einen veralteten Begriff zu ersetzen.<sup>94</sup> Inhaltliche Änderungen waren mit der Begriffsmodernisierung auch in Österreich nicht verbunden.

##### 2. Schweiz

Zu einer grundlegenden Reform anlässlich einer „Totalrevision des allgemeinen Teils“<sup>95</sup> entschloss man sich in der Schweiz. Zuvor war für die Beurteilung der „Zurechnungsfähigkeit“ so wie in Deutschland auch ein zweistufiges Verfahren vorgesehen, nach dem eines oder mehrere der benannten Eingangsmerkmale die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit aufheben mussten.<sup>96</sup> Im Vorentwurf war daher das einheitliche Eingangsmerkmal der „erheblichen psychischen Störung“ vorgesehen. Bezogen wurde sich auf die Klassifikation der WHO und der Begriff der psychischen Störung als eindeutig genug definiert erachtet. Auch die Arbeitsgruppe der Forensischen Psychiatrie der Schweiz empfahl die Verwendung dieses Begriffs.<sup>97</sup>

Letztlich ist in der Endphase der parlamentarischen Beratung die erhebliche psychische Störung als Eingangsmerkmal vollständig weggefallen. *Dittmann* spricht insofern von einem ganz offensichtlichen gesetzestechnischen Versehen. Eine dogmatische Kehrtwende sei damit nicht verbunden.<sup>98</sup> Die Formulierung des Art. 19 Abs. 1 chStGB lautet seit dem 1.1.2007 wie folgt:

„War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar.“

Das schweizerische Bundesgericht hat trotz dieser gesetzlichen Neuausrichtung an seiner langjährigen Rechtsprechungspraxis festgehalten und auf das Erfordernis hingewiesen, dass eine Störung, die zu einer Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit führen kann, eine qualifizierte Erheblichkeit aufweisen muss.<sup>99</sup> Die erhebliche psychische Störung wird demnach nach wie vor in Art. 19 Abs. 1 chStGB mit hineingelesen.

#### V. De lege ferenda Vorschlag

Insofern ist zu überlegen, ob nicht die Einführung eines einheitlichen Eingangsmerkmals nach Vorbild der zunächst geplanten schweizerischen Regelung der Schuldunfähigkeit auch für die deutsche Regelung sinnvoll wäre. Würde man die 4 Eingangsmerkmale durch den alleinigen Begriff der psychischen Störung ersetzen, so würde die unnatürliche Spaltung zwischen organisch bedingten Erkrankungen und solchen ohne erkennbare organische Ursache aufgegeben. Zudem würde eine Anpassung an die

<sup>90</sup> So spricht auch *Schild*, in: NK-StGB, § 20 Rn. 33, davon, dass bei der Bewusstseinsstörung und der Abartigkeit die Zweistufigkeit aufgegeben werde; ausf. auch *Schiemann*, S. 277 ff.

<sup>91</sup> Referentenentwurf, s. 49.

<sup>92</sup> Zur in Bezug auf eine krankhafte seelische Störung vergleichbaren Schwere der „Abartigkeit“ s. *BGH*, NJW 1986, 2893 (2895); NJW 1991, 2975 (2977); vgl. m. zahlr. Rechtspr.-Nachw. auch die Kommentarliteratur: *Fischer*, § 20 Rn. 37; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 20 Rn. 47; *Perron/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 20 Rn. 19; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 20 Rn. 11a.

<sup>93</sup> 678 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIII. GP, S. 5, abrufbar unter: [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/II\\_00678/fname\\_141842.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/II_00678/fname_141842.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2019).

<sup>94</sup> S. 678 der Beilage XXIII GP Regierungsvorlage, Beilage, S. 22, abrufbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/II\\_00678/fname\\_141844.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/II_00678/fname_141844.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2019).

<sup>95</sup> So *Dittmann/Graf*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, S. 691 (693).

<sup>96</sup> Zunächst sollte an dieser Methode auch festgehalten und nur die von der Psychiatrie als überholt angesehenen Begriffe Geisteskrankheit, Schwachsinn oder mangelnde geistige Entwicklung ersetzt werden, s. *Graf*, in: Dreßing/Habermeyer, S. 767 (769); *Dittmann/Graf*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, S. 691 (693).

<sup>97</sup> S. *Dittmann*, in: *Venzlaff/Foerster*, S. 919 (921); *Dittmann/Graf*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, S. 691 (693 f.).

<sup>98</sup> *Dittmann*, in: *Venzlaff/Foerster*, S. 919 (921); *Dittmann/Graf*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, S. 691 (694).

<sup>99</sup> Hierzu *Dittmann/Graf*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, S. 691 (694); so auch die neuere Rspr., s. Bundesgericht, Urt. v. 23.8.2017 – 6 B 202/2017, abrufbar unter: [https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F23-08-2017-6B\\_202-2017&lang=de&type=show\\_document&zoom=YES&](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F23-08-2017-6B_202-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&) (zuletzt abgerufen am 20.10.2019).

Diagnosemanuale ICD-10 und DSM-5 erfolgen, in denen ebenfalls der Begriff der psychischen Störung verwendet wird.

Allerdings ist zu bedenken, dass es sich auch bei dem im Rahmen von Gesetzen verwendeten Begriff der psychischen Störung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt.<sup>100</sup> Nußstein geht sogar so weit, aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs der psychischen Störung in § 1 THUG verfassungsrechtliche Bedenken an der Vorschrift zu äußern.<sup>101</sup> Darüber hinaus machen die Revisionen von DSM und ICD deutlich, dass auch im psychowissenschaftlichen Kontext die Definition von psychischer Störung nichts Statisches oder Stabiles ist, sondern Terminologie und Kriterien zur Bestimmung einem stetigen Wandel unterworfen sind.<sup>102</sup>

Der Begriff der psychischen Störung ist angelehnt an den Begriff der psychischen Krankheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK an. Auch dort wird der Begriff nicht definiert. Schon sehr früh wies der EGMR darauf hin, dass sich die Bedeutung des Terminus mit dem Fortschritt der psychiatrischen Forschung ändert.<sup>103</sup> Angesichts der fortschreitenden Entwicklung der psychiatrischen Erkenntnismethoden wurde daher auf eine abschließende Begriffsbestimmung verzichtet.<sup>104</sup> Dies trägt aber nur der Offenheit des Rechts für wissenschaftlichen Fortschritt Rechnung, lässt aber doch eine – diesem Fortschritt angepasste – konkrete Auslegung zu.

Auch der Begriff der psychischen Störung in § 1 ThUG orientiert sich an diesen weiten konventionsrechtlichen Vorgaben und lehnt sich an die psychiatrischen Diagnosemanuale an, ohne mit diesen deckungsgleich zu sein.<sup>105</sup> So gesehen ist ein in § 20 StGB verwendeter Rechtsbegriff der psychischen Störung auslegungsfähig und offen, kann aber durch die Inbezugsetzung zu der Terminologie in den Diagnosemanualen die diagnostische Zuordnung und Verständigung von Psychosachverständigen und Richtern erleichtern.

Juhász macht den Vorschlag, nicht nur den Begriff der psychischen Störung zu verwenden, sondern auch den der krankhaften Störung beizubehalten. In ihrer Dissertation spricht sie sich für eine europaweite Rechtsangleichung auch im Hinblick auf den Allgemeinen Teil des Strafrechts aus.<sup>106</sup> Die rechtsvergleichende Studie nimmt dabei die Schuldfähigkeit in den Blick<sup>107</sup> und formuliert folgenden de lege ferenda Vorschlag: „Wer bei Begehung der Tat aufgrund einer krankhaften oder sonstigen schweren

psychischen Störung nicht fähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, handelt nicht schuldhaft.“<sup>108</sup> Dem Vorschlag ist nicht zuzustimmen. Zum einen hält er an der unglücklichen Differenzierung zwischen organischen und nicht organisch bedingten psychischen Störungen fest.<sup>109</sup> Zum anderen findet durch das Quantifizierungsmerkmal „schwer“ eine Vermischung der Prüfungsebenen bzw. eine doppelte Gewichtung der Erheblichkeit der psychischen Störung statt.<sup>110</sup>

Die Quantifizierung i.S. einer „erheblichen“ oder „schweren“ psychischen Störung ist nicht nur entbehrlich, sondern bedingt Unschärfen in der diagnostischen und rechtlichen Würdigung. Zwar hat der EGMR darauf hingewiesen, dass der mit der psychischen Störung vergleichbare Begriff der psychischen Krankheit nicht zwingend mit einer fehlenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit einhergehen muss und tendenziell über den Begriff der Schuldfähigkeit hinausgeht.<sup>111</sup> Dies wird jedoch schon dadurch erreicht, dass nur eine solche psychische Störung zur fehlenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit führt, die die Unfähigkeit des Täters zur Folge hat, bei Begehung der Tat das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Führt eine psychische Störung zur Aufhebung oder erheblichen Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit, so bedeutet dies zwangsläufig, dass sie auch erheblich ist – sonst hätte sie ja nicht solche Ausmaße und wäre nicht handlungsleitend für den Täter. Würde man die Erheblichkeit schon auf der ersten Ebene berücksichtigen, so hätte auch die Eingrenzung auf ein Merkmal das Problem zur Folge, dass sich die Ebenen vermischen und beliebig austauschbar wären. Die Kritik, die schon in Bezug auf die Quantifizierungsbegriffe „tiefgreifend“ und „schwer“ geübt wurde, würde sich fortsetzen. Insofern ist der Begriff der psychischen Störung als Eingangsmerkmal ausreichend.

Rössner spricht sich ebenfalls gegen eine Vermischung der Ebenen aus und verzichtet auf ein Quantifizierungskriterium.<sup>112</sup> Er konkretisiert die psychische Störung allerdings durch den Passus „psychiatrisch klassifiziert“.<sup>113</sup> Meiner Meinung nach ist diese Spezifizierung einer „psychiatrisch klassifizierten psychischen Störung“ nicht notwendig. Dass die psychischen Störungen gutachterlich festgestellt werden müssen, liegt auf der Hand. Indem man eine psychiatrische Klassifizierung fordert, könnte das Merkmal aber dahingehend missgedeutet werden, dass nur noch psychiatrische Sachverständige eine solche Beurteilung vornehmen können – der alte Streit um die Frage des richtigen Psychosachverständigen könnte ohne

<sup>100</sup> So zu § 1 ThUG Coen, in: BeckOK-StPO, § 1 ThUG Rn. 27.

<sup>101</sup> S. Nußstein, NJW 2011, 1194; kritisch auch Mahler/Pfäfflin, R&P 2012, 130 (132, 136).

<sup>102</sup> Mahler/Pfäfflin, R&P 2012, 130 (132); Hoff/Saß, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß, S. 1 (144)

<sup>103</sup> EGMR, EuGRZ 1979, 650 – Winterwerp.

<sup>104</sup> So auch EGMR, NJW 2014, 369; s. auch Coen, in: BeckOK-StPO, § 1 ThUG Rn. 27.

<sup>105</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 54; s. auch Coen, in: BeckOK-StPO, § 1 ThUG Rn. 28; BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11 = BeckRS 2011, 54839 m. Anm. Krehl, StV 2012, 25.

<sup>106</sup> S. Juhász, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit, 2013, S. 6: „Wer BT sagt, muss auch AT sagen“.

<sup>107</sup> Hier wird sich beschränkt auf Deutschland, Österreich, Schweiz, Frankreich und England, vgl. dies., S. 91 ff.

<sup>108</sup> Juhász, S. 333.

<sup>109</sup> Auch wenn sie den juristischen Krankheitsbegriff ablehnt, so hält sie es für zweckmäßig, hier weiterhin zwischen Krankheiten im medizinischen Sinn und sonstigen psychischen Störungen zu unterscheiden, vgl. Juhász, S. 341 f.

<sup>110</sup> Vgl. zuvor unter III. 2.

<sup>111</sup> S. nochmals EGMR, Glien gg. Deutschland, Urt. v. 28.11.2013, Kammer V, Bsw. Nr. 7.345/12; hierzu auch Coen, in: BeckOK-StGB, § 1 ThUG Rn. 27.

<sup>112</sup> Rössner, in: Schöch/Jehle, Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit, 2004, S. 391 (402 f.).

<sup>113</sup> Rössner, a.a.O., S. 391 (403).

Not wieder aufkeimen.

Ein gänzlicher Entfall des Eingangskriteriums, wie es Art. 19 chStGB vorsieht, ist dagegen meines Erachtens nicht zielführend. Da die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit psychische Funktionen sind, können sie auch nur aufgrund einer psychischen Störung beeinträchtigt sein.<sup>114</sup> Benennt man das Eingangskriterium nicht, so steckt man in dem Dilemma, nach einer Ursache für die Einsichts- und Steuerungsunfähigkeit zu suchen, ohne hierfür vom Gesetz aufgefordert worden zu sein. Eine solche Vorgehensweise – wie sie ersichtlich in der Schweiz erfolgt – würde hier in Deutschland einen Verstoß gegen das Analogieverbot darstellen und wegen Verletzung des § 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig sein.

Daher schlage ich folgende Formulierung des § 20 StGB vor: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer psychischen Störung unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“

## VI. Fazit und Ausblick

Der Referentenentwurf begnügt sich im Rahmen des § 20 StGB mit einer sprachlichen Modernisierung. Dass die unsäglichen Begriffe des Schwachsinn und der Abartigkeit endlich aus der Terminologie der Schuldfähigkeitsfeststellung gelöscht werden, ist höchste Zeit. Allerdings verpasst der Referentenentwurf die Chance, eine längst überfällige umfassende Reform des § 20 StGB in Angriff zu nehmen. Dennoch wird durch die sprachlichen Anpassungen der Blick wieder auf eine Vorschrift gelenkt, die trotz bestehender vielfältigster Kritik schon 40 Jahre unverändert fortbesteht. Vielleicht wird dieser Kritik im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens doch noch Gehör geschenkt. Wenn nicht, sollte sie zumindest Anlass sein, über eine Expertenkommission klären zu lassen, ob die Auslegung der Merkmale des § 20 StGB durch die Rechtsprechung tatsächlich so gefestigt ist, wie in der Begründung zum Referentenentwurf behauptet.<sup>115</sup> Daneben ist zu prüfen, ob die Eingangskriterien nicht vereinheitlicht werden oder zumindest in ihrer unnatürlichen Aufspaltung nach psychischen Erkrankungen mit oder ohne Organbefund aufgegeben werden können.

<sup>114</sup> So auch *Dittmann*, in: *Venzlaff/Foerster*, S. 919 (921).

<sup>115</sup> Referentenentwurf, S. 47.

## Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung

von Moritz Denzel und  
Renato Kramer da Fonseca Calixto, Master of  
Law (Faculdade Damas, Brasilien).\*

### Abstract

Mit der jüngsten Sexualstrafrechtsreform des Jahres 2016 wurde der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung deutlich erweitert. Im Zuge der Neukonzeption des § 177 StGB hat der Gesetzgeber das „Nein heißt Nein“-Modell in geltendes Recht überführt und damit das Ziel einer stärkeren Beachtung des sexuellen Willens verfolgt. Nach der Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB macht sich nunmehr strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt, von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Im Zuge der Reform hat sich ein neues Problemfeld eröffnet: Die Strafbarkeit der sexuellen Täuschung. Zwar hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit von Fällen, in denen eine Person durch Täuschung – etwa die Vorspiegelung bestimmter persönlicher Eigenschaften – zu einer sexuellen Handlung veranlasst wurde, nicht explizit geregelt, indes schließt der Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB eine Subsumtion unter die Norm prima facie nicht aus. In diesem Sinne finden sich nunmehr auch Stimmen im Schrifttum welche (zumindest in einigen Fallgruppen) eine Strafbarkeit de lege lata befürworten, während die vormalige Fassung des § 177 StGB sexuelle Täuschungen hingegen unstreitig nicht erfasste. Befürwortet wird insbesondere eine Strafbarkeit des Stealthings – des non-konsensualen, heimlichen Entfernens des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs. Mit einer kürzlich erfolgten Verurteilung in einem derartigen Fall durch das AG Tiergarten hat sich nunmehr auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung jüngst dieser Ansicht angeschlossen. Obergerichtliche Stellungnahmen zu dieser Frage sind allerdings bislang noch ausgeblieben. Wie die Autoren belegen werden ist indes nach geltendem Recht die sexuelle Täuschung in keinem Fall nach § 177 StGB strafbar. Da allerdings, wie weiter aufgezeigt werden wird, die Vornahme sexueller Täuschungen in manchen Fallkonstellationen strafwürdiges Unrecht verwirklicht ist de lege ferenda die Statuierung einer entsprechenden Strafbarkeit in den Blick zu nehmen.

*The most recent reform of criminal law governing sexual offences in 2016 significantly extended the protection of sexual self-determination. With the new conception of*

*Section 177 of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch, „StGB“) the legislator transferred the "no means no" model into applicable law, thereby aiming at a stronger observance of sexual will. According to the new wording of Section 177(1) StGB it is punishable to engage in sexual acts against the recognisable will of another person, to have such acts engaged in by another person against the recognisable will of that person or to designate another person to engage in or tolerate sexual acts on or by a third person against the recognisable will of that person. The reform has raised a new issue: The punishability of sexual deception. Although the legislator has not explicitly regulated the punishability of cases in which a person has been induced to engage in sexual acts as a result of deception - e.g. the false pretence of certain personal characteristics - the wording of § 177(1) StGB does not exclude a subsumption under the norm prima facie. For this reason, there are now some voices in the legal literature which, at least in some groups of cases, affirm a punishability de lege lata, while the former version of Section 177 StGB undisputedly did not cover sexual deceptions. In particular the punishability of stealthing - the nonconsensual, condom removal during sexual intercourse - is advocated. With the first conviction in such a case, the Local Court Tiergarten (Amtsgericht Tiergarten) recently joined this view. Up to now, there have been no statements from higher courts on this question. However, as the authors will show, sexual deception is in no case punishable under Section 177 StGB de lege lata. Since, however, as will be shown, the conduct of sexual deceptions in some case-groups constitutes a punishable unjust, the implementation of a corresponding criminal provision has to be considered de lege ferenda.*

### I. Einleitung

#### 1. Ein neues Problem: sexuelle Täuschung

Mit Urteil vom 11.12.2018 hat das AG Berlin-Tiergarten einen 36-jährigen Polizeiobermeister wegen „Stealthings“ – dem non-konsensualen, heimlichen Entfernens des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs – zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt.<sup>1</sup> Damit hat sich die deutsche Gerichtsbarkeit erstmals zur Strafbarkeit der sexuellen Täuschung unter dem neugefassten § 177 StGB geäußert. Die Frage um die Strafbarkeit der sexuellen

\* Der Autor Moritz Denzel ist Doktorand bei Prof. Dr. Luis Greco (LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Linklaters L.L.P. Berlin. Der Autor Renato Kramer da Fonseca Calixto, Master of Law (Faculdade Damas, Brasilien) ist Doktorand bei Prof. Dr. Luis Greco (LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Autoren danken Prof. Dr. Luis Greco (LL.M.) für seine hilfreichen Anmerkungen

<sup>1</sup> AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); Anmerkungen bei, Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5.

Täuschung hat sich im Zuge der Neufassung des § 177 StGB durch die Sexualstrafrechtsreform des Jahres 2016<sup>2</sup> ergeben. Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen verhält sich das Gesetz, ebenso wie die Gesetzesbegründung, nicht explizit hierzu. In Großbritannien etwa wird durch den Sexual Offences Act von 2003 nicht nur, ähnlich wie nunmehr im deutschen Strafrecht, geregelt, dass alle Sexualkontakte ohne Einverständnis strafbar sind; sondern es werden auch explizite Regelungen, unter welchen Voraussetzungen kein wirksames Einverständnis vorliegt, statuiert.<sup>3</sup> Im Falle der Täuschung ist dies der Fall. Auch in der ausländischen Judikatur ist die Thematik breiter aufgearbeitet: Es finden sich einige Verurteilungen wegen Sexualdelikten im Falle der sexuellen Täuschung.<sup>4</sup> Wie das Urteil des *AG Tiergarten* zeigt, kommt der Fallgruppe auch in Deutschland durchaus praktische Relevanz zu, es handelt sich keineswegs nur um ein rein dogmatisches Glasperlenspiel. Dennoch ist hierzulande die Problematik noch weitgehend ungeklärt. Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt ebenso wenig vor, *genauso* wie sich im Allgemeinen höchstrichterliche Entscheidungen, die sich mit einzelnen Detailfragen der Neuregelungen auseinandersetzen, (noch) überwiegend missen lassen.<sup>5</sup> Zumindest dem Wortlaut nach scheint es prima facie möglich, Fälle der sexuellen Täuschung unter § 177 StGB zu subsumieren. Der vorliegende Beitrag geht dem nach. Geklärt wird zunächst die Frage, ob die sexuelle Täuschung bereits jetzt vom Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB erfasst und damit strafbar ist. Anschließend wird die Strafwürdigkeit sexueller Täuschungen erörtert. Zunächst soll aber, in der gebotenen Kürze, auf die Sexualstrafrechtsreform des Jahres 2016 eingegangen werden.

## 2. Die Sexualstrafrechtsreform von 2016

Durch die Reform des Sexualstrafrechts des Jahres 2016 wurde die Reichweite des § 177 StGB signifikant ausgeweitet. Der Gesetzgeber hat damit auf einen breiten gesellschaftlichen Diskurs über die Rolle des Strafrechts auf dem Gebiet der Sexualität reagiert. Anstoßpunkte der Reform waren nicht nur eine allgemein gesteigerte gesellschaftliche Sensibilität im sexuellen Bereich, sondern auch die medienwirksam kolportierten Ereignisse der Silvesternacht 2015/2016 auf der Kölner Domplatte – obwohl diese mit der Reform des § 177 StGB nicht das Geringste zu tun hatten<sup>6</sup> – sowie der Fall *Gina Lisa Lohfink*, durch welche die Diskussion nochmals erheblich an Fahrt gewann.<sup>7</sup> Zudem bestand Unsicherheit, ob das deutsche Sexualstrafrecht vor dem Hintergrund der internationalen Verpflichtungen aus Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention<sup>8</sup> die sexuelle Selbstbestimmung hinreichend schützt.<sup>9</sup> Mit dem 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – „Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ vom 4.11.2016<sup>10</sup> – hat der Gesetzgeber das „Nein-heit-Nein Modell“ in geltendes Recht implementiert und damit einen Paradigmenwechsel vollzogen.<sup>11</sup> Es macht sich strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt, von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Mit dem Wechsel zu diesem Modell ist die früher bestehende Dichotomie zwischen sexuellem Missbrauch und sexueller Nötigung aufgehoben. Die Grundtatbestände in § 177 Abs. 1 und 2 StGB sind nunmehr nicht mehr als Nötigungsdelikt, sondern als neuartiges Delikt des sexuellen Übergriffs konzipiert.<sup>12</sup> Dem einer sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen des Opfers wird eine zentrale Bedeutung zugewiesen, ohne dass es noch auf die Anwendung von Zwangsmitteln ankommt. Die Novelle ist mit dieser Orientierung (allein)

<sup>2</sup> 50. StrÄndG „Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“, BGBl. I 2016, S. 2460 ff.

<sup>3</sup> Gem. Section 74 Sexual Offences Act 2003 (UK) (SOA) muss der Sexualpartner seine Zustimmung aus freien Stücken erteilen sowie die Freiheit und die Fähigkeit haben, diese Entscheidung zu treffen. Nach Section 76 SOA fehlt es an einer strafbarkeitsausschließenden Zustimmung, wenn der Täter den anderen absichtlich über Natur und Zweck der sexuellen Handlung täuscht (Abs. 2 lit. a) oder sich als eine andere Person ausgibt, die dem Opfer persönlich bekannt ist (Abs. 2 lit. b).

<sup>4</sup> Ein Überblick über die israelische, US-amerikanische und britische Judikatur in Fällen der sexuellen Täuschung findet sich bei *Gross*, Tul. J. L. & Sex., Volume 24 (2015).

<sup>5</sup> *Spillecke*, StraFo 2018, 361 (368), welcher auch einen Überblick über die bisher ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Neuregelungen bietet.

<sup>6</sup> *Renzikowski*, NJW 2016, 3553.

<sup>7</sup> Vgl. zur Rolle der Medien für die (Sexual-)Strafrechtspolitik: *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 ff.; sowie zur Dramatisierung auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts durch Politik und Medien *Ame-lung/Funcke-Auffermann*, StraFo 2004, 114 (114 f.).

<sup>8</sup> Dieses Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der Rechtsnormen gegen Gewalt an Frauen und häusliche Gewalt schafft. Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention verpflichtet die Vertragspartner alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen. Das Abkommen ist seit dem 1.8.2014 in Kraft. Der deutsche Gesetzgeber hat die Zustimmung mit dem Gesetz zum dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 17.7.2017 (BGBl. II 2017, S. 1026 ff.) beschlossen. Die Ratifizierung erfolgte zum 12.10.2018.

<sup>9</sup> Einen Reformbedarf durch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Istanbul-Konvention sahen etwa *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (363); *Clemm*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 2; *Eisele*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 7; *Drohse*, NJOZ 2018, 1521; *Eisenhuth*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208); *Hörnle*, ZRP 2015, 190; *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133 (134); *Renzikowski*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1; Ablehnend: *Cirullies*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1; *Fischer*, ZIS 2015, 312 (318); *ders.*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 17. Indes gab es auch Stimmen, die eine Schließung von Lücken im Bereich des Sexualstrafrechts ohne eine Gesetzesänderung für möglich hielten vgl. dazu *Frommel* in: FS Ostendorf, 2015, S. 321 (326 f.); *Gerhold*, JR 2016, 122 (123).

<sup>10</sup> BGBl. I 2016, S. 2460 ff.

<sup>11</sup> *Hoffman*, NStZ 2019, 16; *Hörnle*, NStZ 2017, 13; *Spillecke*, StraFo 2018, 361 (362).

<sup>12</sup> *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (14).

am erkennbaren Willen des Opfers, über welchen der Täter sich hinwegsetzt, strafrechtliches Neuland.<sup>13</sup>

## II. Keine Strafbarkeit de lege lata

Nach der h.M. im Schrifttum ist die sexuelle Täuschung de lege lata nicht strafbar. Ein größerer Teil der Autoren stützt sich dazu auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz.<sup>14</sup> Diese thematisiert die sexuelle Täuschung nicht. Daraus wird hergeleitet, dass die Einführung einer entsprechenden Strafbarkeit nicht beabsichtigt war.<sup>15</sup> Lediglich *Vavra*, welche allerdings selbst einräumt, dass dies unwahrscheinlich ist, hält einen gesetzgeberischen Willen zur Einführung der Täuschung in § 177 Abs. 1 StGB zumindest für möglich.<sup>16</sup> Der h.M. ist in dieser Frage zu folgen. Hierfür streiten die folgenden Gesichtspunkte.

### 1. Der Wille des Gesetzgebers

Schon nach dem (erkennbaren) Willen des Gesetzgebers ist die Strafbarkeit der sexuellen Täuschung nicht gewünscht. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass die sexuelle Täuschung nach alter Rechtslage nach einhelliger Ansicht in Rspr. und Schrifttum nicht tatbestandsmäßig war.<sup>17</sup> Da dies auch dem Gesetzgeber bekannt gewesen sein dürfte, müssten sich, hätte der Gesetzgeber die Intention gehegt, die Strafbarkeit auszuweiten, dazu Ausführungen in den Gesetzesmaterialien finden lassen. Konsultiert man die Gesetzesmaterialien zum 50. StrÄndG, ist indes festzustellen, dass diese keine solchen enthalten.<sup>18</sup> Belegt wird der (historische) Wille des Gesetzgebers durch einen weiteren Umstand: Bis zum Jahr 1969 gab es den Straftatbestand der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs in § 179 StGB. Die Abschaffung dieses Spezialfalls der sexuellen Täuschung belegt die Intention des Gesetzgebers, die sexuelle Täuschung nicht unter Strafe stellen zu wollen. Dieser Sichtweise scheint auch die Reformkommission zum Sexualstrafrecht zu folgen, wenn sie ihre Ablehnung eines „Nur Ja heißt Ja“-Modells mit den zu befürchtenden Unklarheiten im Umgang mit einem „durch Täuschung erschlichenen Einverständnis“ begründet.<sup>19</sup>

Weiterhin legen die Gesetzesmaterialien eine restriktive Auslegung des „erkennbaren Willens“ nahe. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es: „Ob der entgegenstehende Wille erkennbar ist, ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Für diesen ist der entgegenstehende Wille erkennbar, wenn das Opfer ihn zum Tatzeitpunkt (...) ausdrücklich (...) oder konkludent (...) zum Ausdruck bringt.“<sup>20</sup> Eine Strafbarkeit der Täuschung scheidet aber aus, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen für einen objektiven Dritten erkennbar kommuniziert haben muss. Stellt man auf die für den objektiven Dritten nachvollziehbare Kommunikation ab, ist § 177 Abs. 1 StGB sogar nicht einschlägig, wenn der Täuschende über Sonderwissen verfügt (und deshalb die Ablehnung des Opfers kennt).<sup>21</sup> Stimmt das Opfer der sexuellen Handlung täuschungsbedingt zu, so empfindet es zum Zeitpunkt der Tat keine Ablehnung, die es zum Ausdruck bringen könnte.<sup>22</sup> Die sexuelle Täuschung als solche ist damit nach dem Willen des Gesetzgebers stets straflos.

### 2. Die Tatbestandsbezeichnung: „sexueller Übergriff“

Zudem weist auch die Tatbestandsbezeichnung des § 177 StGB „sexueller Übergriff“ in diese Richtung. Ein „Übergriff“ erfordert dem Wortsinn nach einen Widerspruch gegen den natürlichen Willen des Sexualpartners.<sup>23</sup> Die Vornahme einer sexuellen Handlung unter einem durch Täuschung erschlichenen Einverständnis steht ersichtlich nicht im Widerspruch zu dessen *natürlichem* Willen.

### 3. Die Gesetzssystematik

Auch die Gesetzssystematik bestärkt diese Argumentation. Es ist zu konstatieren, dass nicht nur die Straftatbestände des StGB (in der Regel) — so sie denn die Täuschung erfassen wollen, ausdrücklich den Begriff „Täuschung“ oder ein Synonym verwenden<sup>24</sup>, vgl. die §§ 108a, 152a, 267 StGB, sondern dies auch im Zivilrecht — etwa in §§ 123, 1314 Abs. 2 Nr. 3, 1760 Abs. 2c, 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB — so gehandhabt wird. Dass der Wortlaut des § 177 StGB n.F. weder den Terminus Täuschung noch ein Synonym verwendet, streitet gegen eine Einführung der Strafbarkeit der sexuellen Täuschung durch das 50. StrÄndG.

<sup>13</sup> *Hoffman*, NStZ 2019, 16.

<sup>14</sup> Gegen eine Strafbarkeit der sexuellen Täuschung (oftmals nur am Beispiel des „Stealthings“) de lege lata: *El-Ghazi*, ZIS, 2017, 157 (166); *Frommel*, in: NK-StPO, 5. Aufl. (2017), Bd. 2, § 177 Rn. 124; (wohl) *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 5; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158); *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch Studienkommentar, § 177 Rn. 2; (wohl) *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133 (134 f.); (wohl) *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Bd. 3, Vor § 174 Rn. 11, für den das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht lückenlos geschützt wird, etwa vor Angriffen durch Täuschung; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2019), § 13 Rn. 106a. Für eine Strafbarkeit de lege lata: *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356 f.); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (19); (wohl) *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).

<sup>15</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>16</sup> *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).

<sup>17</sup> Zur Straflosigkeit der sexuellen Täuschung nach alter Rechtslage vgl. *Ebel*, NStZ 2002, 404 (407).

<sup>18</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 21 ff.

<sup>19</sup> Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.7.2017, S. 50, 392f.

<sup>20</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 23. Ebenso für eine Beurteilung aus Sicht eines objektiven Dritten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 19; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 177 Rn. 5; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 47.

<sup>21</sup> *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187).

<sup>22</sup> *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

<sup>23</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a.

<sup>24</sup> Damit soll allerdings nicht behauptet werden der Gesetzgeber erfasse Täuschungsfälle immer explizit, was nicht stimmt — man denke etwa an die §§ 253, 255 StGB, wo die täuschende Drohung selbstverständlich anerkannt wird.

#### 4. Die Gesetzeshistorie

Ferner deutet die Gesetzeshistorie in diese Richtung. Bis zum Jahr 1969 stellte der Straftatbestand der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs (§ 179 StGB a.F.) sexuelle Täuschungen zumindest partiell unter Strafe. Die Abschaffung dieses Spezialfalls der sexuellen Täuschung belegt allerdings die Intention des historischen Gesetzgebers sexuelle Täuschungen in keinem Fall unter Strafe stellen zu wollen. Konsultiert man nun die Gesetzesmaterialien zum 50. StrÄndG, sind diesen keinerlei Ausführungen, die für eine (Wieder)Einführung der Strafbarkeit sexueller Täuschungen plädieren, zu entnehmen. Da die sexuelle Täuschung vor der Reform nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nicht tatbestandsmäßig war – was auch dem Gesetzgeber bekannt gewesen sein dürfte – spricht viel dafür, dass sich, wollte der Gesetzgeber die Strafbarkeit dementsprechend erweitern, dazu Ausführungen in den Gesetzesmaterialien finden lassen dürften. Das dem nicht so ist belegt, dass der Gesetzgeber des 50. StrÄndG die sexuelle Täuschung nicht (erneut) unter Strafe stellen wollte.

### III. Die Strafwürdigkeit de lege ferenda

Wie aufgezeigt wurde, ist die sexuelle Täuschung de lege lata nicht strafbar. Somit stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Strafbarkeit de lege ferenda zu statuieren ist. Um dem nachzugehen, muss zunächst, in der gebotenen Kürze, auf die Bestimmung strafrechtlichen Unrechts eingegangen werden.

#### 1. Die Bestimmung strafwürdigen Verhaltens

Die h.M. beantwortet die Frage „was bestraft wird“<sup>25</sup> bzw. werden soll(te) mit der Anwendung der Rechtsgutstheorie.<sup>26</sup> „Die Straftat ist Rechtsgutsbeeinträchtigung (...)“<sup>27</sup> Unabhängig von der Debatte um Details und Inhalt des Rechtsgutsbegriffs<sup>28</sup> folgt daraus für die vorliegende Problematik, dass nur Täuschungen, die das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung verletzen, mit Strafe bedroht werden dürfen und somit strafwürdig sind.

#### 2. Keine generelle Strafwürdigkeit

Vor diesem Hintergrund sollte de lege ferenda nicht jede sexuelle Täuschung strafbar sein.<sup>29</sup>

#### a) Bizarre Ergebnisse

Erstens würde eine stete Strafbarkeit zu bizarren Ergebnissen führen: Es mutet absurd an, dass derjenige, welcher lediglich über seinen Beziehungsstatus oder seine Vergangenheit die Unwahrheit sagt, eine Sexualstraftat begeht. Grotteske Ergebnisse würden auch im Hinblick auf die Versuchslehre produziert werden: Derjenige, welcher in der irrigen Annahme, dieses wäre für seinen Sexualpartner *conditio sine qua non* für die Vornahme sexueller Handlungen, ein bestimmtes Faktum verfälscht, wäre wegen untauglichen Versuchs zu bestrafen.<sup>30</sup> Insbesondere die Strafbarkeit der Täuschung über jede beliebige (erkennbare) subjektiv notwendige Bedingung produziert bizarre Ergebnisse.<sup>31</sup> Es würde beispielsweise eine 1,79m große Person, welche dem Sexualpartner wahrheitswidrig eine Körpergröße von 1,80m vorspiegelt, ein Sexualdelikt begehen, sofern nur für diesen – aufgrund einer persönlichen Eigenheit – eine „Mindestgröße“ von 1,80m *conditio sine qua non* für die Vornahme sexueller Handlungen ist.<sup>32</sup> Dem mag man mit guten Gründen entgegenhalten, dass es im Falle einer erkennbar kommunizierten *notwendigen* Bedingung – sei diese auch so merkwürdig, ungewöhnlich oder verschroben – problemlos möglich, ja sogar erforderlich ist, von der Vornahme einer sexuellen Handlung Abstand zu nehmen, sofern diese Bedingung (in der *eigenen* Person) nicht erfüllt ist. Begründet wird *dieses* etwa damit, dass jede Täuschung über eine beliebige notwendige Bedingung die Ausübung wahrhaft selbstbestimmten Handelns verhindere.<sup>33</sup> Zuzugeben ist dieser Ansicht, dass es zunächst im Belieben der individuellen Person steht, welche Tatsachen sie für sich zur notwendigen Bedingung für die Vornahme sexueller Handlungen macht – sog. „Dealbraker“. *Das* Strafrecht kann, ja darf dieser Wertung indes nicht in jedem Fall ohne Weiteres folgen.<sup>34</sup> Dies führt auch nicht zu einer moralisierenden Beurteilung dieser autonomen Entscheidung durch das Strafrecht. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gestattet zwar dem *Einzelnen* die Freiheit zur Diskriminierung auf sexuellem Gebiet. Diese kann der *Staat* aber nicht in jedem Fall nachvollziehen: Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts alle persönlichen – unter Umständen auch rassistischen oder intoleranten – Vorbehalte zu schützen.<sup>35</sup> Dem Staat, der (freilich im Bereich von Arbeitsverhältnissen) in § 1 GG Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität grundsätzlich für unzulässig erklärt, würde es

<sup>25</sup> *Dubber*, ZStW 117 (2005), 485.

<sup>26</sup> *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Bd. 1, Vor. § 1 Rn. 67 ff., 108 ff. Ablehnend: *Maas*, NSZ 2015, 305 (306); Kritisch in Bezug auf den Begriff Rechtsgut *Weigend*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), Bd. 1, Einleitung Rn. 4 ff. Nach gänzlich anderer Perspektive ist der Zweck des Strafrechts nicht der Schutz von Rechtsgütern, sondern der Schutz der Geltung der bestehenden Rechtsnormen. Vgl. dazu etwa: *Jakobs*, in: FS Saito, 2003, S. 21. Das *BVerfG* hat das Rechtsgüterschutzkonzept (als Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen) dagegen wiederholt abgelehnt und beurteilt die Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen vielmehr am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, womit es dem Gesetzgeber weitgehend zugesteht Strafzwecke und zu schützende Güter festzulegen. Vgl. etwa *BVerfGE* 23 133; 50 162; 120, 224 (242); 90, 145 (187 ff.).

<sup>27</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 13 ff. Rn. 68.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (619 ff.).

<sup>29</sup> Klarstellend soll bemerkt werden, dass die überwiegende Anzahl des unter diesem Gliederungspunkt zitierten deutschsprachigen Schrifttums bereits de lege lata gegen die Strafbarkeit sexueller Täuschungen plädiert. Nichtsdestotrotz können die vorgebrachten Argumente auch de lege ferenda fruchtbar gemacht werden.

<sup>30</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a.

<sup>31</sup> *So Vavra*, ZIS 2018, 611, (618).

<sup>32</sup> Beispiel entlehnt von *Pudnik*, The Law of Deception, Notre Dame Law Review Online 93 (2018), abrufbar unter: [http://ndlawreview.org/2018/04/the-law-of-deception/#\\_ftn13](http://ndlawreview.org/2018/04/the-law-of-deception/#_ftn13) (zuletzt abgerufen am 6.7.2019).

<sup>33</sup> *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

<sup>34</sup> Anders *Vavra*: Gesellschaft und Recht müssten sich einer moralisierenden Bewertung dieser Bedingung enthalten. Vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611, (618).

<sup>35</sup> *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160 f.).

schlecht zu Gesicht stehen, für die Täuschung über die Religion bei Vornahme von sexuellen Handlungen wegen eines Sexualdelikts zu bestrafen. Die Bedenken im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 GG können an dieser Stelle nur angedeutet werden.

#### b) Gesetzssystematik

Zweitens spricht hierfür der Vergleich mit der übrigen Strafrechtsordnung: Allein Lügen und Manipulationen als solche sind nicht strafbar. Es muss stets ein weiterer individueller oder gesellschaftlicher Schaden hinzutreten. Im Bereich der Vermögensdelikte ist eine Täuschung etwa nur dann als Betrug strafbar, wenn zur Täuschung noch ein Vermögensschaden des Irrrenden hinzutritt. Allein die persönliche Enttäuschung des Getäuschten begründet dagegen keine Strafbarkeit. Ebenso wenig wird eine Person bestraft, die einen anderen durch Täuschung dazu bringt, sich mit ihr zu verloben. Zwar verhält sich der Täuschende nach vorwiegender gesellschaftlicher Anschauung unmoralisch. Allein deswegen kann ihm aber noch kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden.<sup>36</sup> Es gehört zum allgemeinen Lebensrisiko, sich auf bestimmte Informationen zu verlassen, auch wenn sie falsch und *conditio sine qua non* für eine sexuelle Handlung sind.<sup>37</sup> Dies beruht darauf, dass die für eine liberale Gesellschaft notwendige Anerkennung des Rechts zur allgemeinen Ausübung der eigenen Freiheit für das Individuum auch gleichzeitig die notwendige Konsequenz mit sich bringt, die Risiken der Ausübung jener als Kehrseite dieser Freiheit zu akzeptieren.<sup>38</sup> Ein sozialetischer Makel ist indes eine häufige, keinesfalls aber eine hinreichende Voraussetzung für Strafbarkeit.<sup>39</sup> Dieses Verständnis unterminiert auch nicht den gebotenen strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. Im Falle der sexuellen Täuschung erleidet der Betroffene zwar unter Umständen eine, auch schwerwiegende, menschliche Enttäuschung, ein darüber hinaus gehender Schaden liegt aber im Regelfall nicht vor. Bei (drohenden) gesundheitlichen Schäden besteht eine Strafbarkeit nach den (bei entsprechendem Tatentschluss versuchten) Körperverletzungsdelikten.<sup>40</sup> Das Strafrecht bietet somit für Rechtsbegründungen, welche über bloße menschliche Enttäuschung hinausgehen, schon einen ausreichenden Schutz. Liegen solche Rechtsbegründungen nicht vor, ist kein Grund für eine Strafbarkeit ersichtlich: Letztlich hat der Getäuschte nicht einmal gegen seinen ihm zur Tatzeit bewussten Willen die sexuellen Handlungen

eines anderen ertragen müssen. Die sexuelle Handlung als solche war im Moment ihrer Vornahme nicht nur sensorisch gewollt, sondern auch als selbstbestimmt erlebt.<sup>41</sup> Das bloße retrospektive Bedauern einer sexuellen Handlung ist mit dem Erleben eines aufgezwungenen Sexualaktes nicht vergleichbar.<sup>42</sup> Weiterhin würde ein Abstellen auf den hypothetischen Willen eines informierten Sexualpartners, wodurch jede Täuschung, welche für die Zustimmung des Opfers zu sexuellen Handlungen ursächlich ist, den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllen würde, der Gesetzssystematik widersprechen. Denn genügt die Kenntnis des Täters von einem entgegenstehenden „wahren“ Willen des anderen, wäre § 177 Abs. 2 StGB überflüssig, da § 177 Abs. 2 StGB gerade Situationen erfasst, in denen das Opfer in der Tatsituation einen entgegenstehenden Willen nicht bilden oder äußern kann.<sup>43</sup>

#### c) Kriminalpolitische Einwände

Drittens bestehen kriminalpolitische Bedenken hinsichtlich der Strafbarkeit jeder sexuellen Täuschung. Es droht in manchen Fällen eine zu weitgehende Kriminalisierung sozialadäquaten Verhaltens. Bei der Anbahnung und Vornahme sexueller Handlungen sind Übertreibungen und Beschönigungen gelebter Alltag.<sup>44</sup> Zumindest bei Bagatelangriffen ist eine stete Kriminalisierung mit Blick auf die *Ultima-Ratio-Funktion* des Strafrechts bedenklich. Es sollen nicht alle Lebensbereiche mit strafrechtlichen Normen durchsetzt, nicht alle unerwünschten Verhaltensweisen mit strafrechtlichen Mitteln bekämpft werden.<sup>45</sup> Eine gewisse Lückenhaftigkeit ist dem rechtsstaatlichen Strafrecht immanent und stellt als solche nicht bereits einen Mangel dar, der bereinigt werden muss. Eine umfassende Lückenlosigkeit des Strafrechts ist nur denkbar, wenn das gesamte menschliche Verhalten grundsätzlich als strafbar angesehen würde. Eine solche Sichtweise würde indes auf eine glatte Umkehrung des Rechtsstaatsprinzips hinauslaufen.<sup>46</sup> Das Strafrecht weist deswegen systembedingt fragmentarischen Charakter auf.<sup>47</sup> Weiterhin erscheint bei steter Strafbarkeit auch die Strafhöhe befremdlich<sup>48</sup>: In vielen Konstellationen – und stets in der des *Stealthings* – wird *prima facie* der besonders schwere Fall des § 177 Abs. 6 Nr. 1 Var. 1 StGB vorliegen. Es droht im Regelfall eine Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren.<sup>49</sup> Eine solche Strafe wird regelmäßig nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt. Bei einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren ist eine Aussetzung zur Bewährung überhaupt nicht mehr

<sup>36</sup> A.a.O.

<sup>37</sup> A.a.O.

<sup>38</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a.

<sup>39</sup> *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (644).

<sup>40</sup> *Frommel*, in: NK-StGB, Bd. 2, § 177 Rn. 124.

<sup>41</sup> *Schulhofer*, *Unwanted Sex*, 1998, S. 156.

<sup>42</sup> *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160 f.); anders *Vavra*, ZIS 2018, 611 (615 f.) nach der in Täuschungsfallen eine per se strafwürdige Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts gegeben ist, des Vorliegens eines weiteren physischen oder psychischen Schadens bedürfe es nicht.

<sup>43</sup> *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

<sup>44</sup> *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (520).

<sup>45</sup> *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 (5 ff.).

<sup>46</sup> *Fischer*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1. *Hörnle* betont den fehlenden Eigenwert eines fragmentarischen Strafrechts, vgl. *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (207).

<sup>47</sup> Vgl. dazu etwa: *Kuhlhanek*, ZIS 2014, 674; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660.

<sup>48</sup> Dies zumindest, wenn man davon ausgeht, dass sich ein entsprechender Straftatbestand *de lege ferenda* in den § 177 StGB einfügen, bzw. zumindest an dessen Strafrahmen orientieren würde.

<sup>49</sup> Eben solche Bedenken in Hinblick auf die Verwirklichung des Regelbeispiels des § 177 Abs. 4 Nr. 1 Var. 1 StGB sieht *Hoffmann*. Nach ihm ist im „Regelfall“ des *Stealthings* aber im Rahmen einer Gesamtschau ein Absehen von der Regelwirkung indiziert. Vgl. *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (18). Das *AG Berlin-Tiergarten* ist in seiner *Stealthing-Entscheidung* zwar vom Vorliegen der Voraussetzungen des Regelbeispiels der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB ausgegangen, hat allerdings die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels im Rahmen einer Gesamtabwägung verneint. Vgl. *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls.) 284 Js 118/18 (14/18); Kritisch dazu *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5.

möglich.<sup>50</sup> Nach dem gesetzlichen Normalfall wäre ein 26-Jähriger, der seiner flüchtigen Disco-Bekanntheit vorspiegelt, er wäre 35 Jahre alt, und mit ihr den Geschlechtsverkehr vollzieht, ein mit unbedingter Freiheitsstrafe zu sanktionierender Vergewaltiger, sofern sein Alter für seine Bekanntheit eine (für ihn erkennbare) notwendige Bedingung zur Vornahme der sexuellen Handlung ist. Die Verhängung einer solchen Strafe wegen der Täuschung über das eigene Alter erscheint nicht mehr angemessen. Auch in praktischer Hinsicht vermag die stete Strafbarkeit nicht zu überzeugen. Wegen der Vielzahl der Fälle würde eine konsequente Verfolgung Strafverfolgungsbehörden und Justiz an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit bringen. Eine deswegen praktizierte schlechende Verfolgung und Aburteilung derartiger Fälle würde § 177 StGB zum bloßen symbolischen Strafrecht degradieren und damit das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege unterminieren.<sup>51</sup>

### 3. Differenzierung nach der Rechtsgutsbezogenheit des Irrtums

Die sexuelle Selbstbestimmung verdient keinen geringeren, aber auch keinen höheren Schutz als andere Rechtsgüter, etwa die körperliche Integrität. Vielmehr bietet es sich an, bezüglich der Auswirkungen von Täuschungen auf die Wirksamkeit des Einverständnisses zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht rechtsgutsbezogenen Irrtümern zu unterscheiden. Nach dieser von *Arzt* begründeten Lehre liegt ein relevanter, rechtsgutsbezogener Irrtum vor, wenn sich der Einwilligende über Art, Ausmaß oder Gefährlichkeit der Rechtsgutspreisgabe irrt. Dagegen sind nichtrechtsgutsbezogene Irrtümer etwa hinsichtlich einer erwarteten Gegenleistung oder der Motive für die Einwilligung für die Wirksamkeit der Einwilligung irrelevant.<sup>52</sup> Dem kann auch nicht mit der Argumentation entgegengetreten werden, dass im Bereich der Sexualdelikte eine solche Differenzierung nicht immer „trennscharf zu vollziehen“ ist.<sup>53</sup> Ebenso wie der Einwand, die sexuelle Selbstbestimmung schütze gerade die Entscheidung darüber, welche sexuellen Handlungen wann, mit wem und unter welchen Bedingungen vorgenommen bzw. geduldet werden,<sup>54</sup> beruht dies im Kern, wie aufgezeigt werden wird, auf einem falschen Verständnis der Reichweite des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Dessen genauere Bestimmung ist daher nicht nur zur Entkräftung obiger Argumentation notwendig, sondern auch, weil dies selbstverständliche Voraussetzung einer, nicht lediglich zirkulären, Anknüpfung an die Rechtsgutsbezogenheit eines Irrtums ist.

### 4. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung

§ 177 StGB schützt die sexuelle Selbstbestimmung.<sup>55</sup> Es handelt sich dabei, jedenfalls im deutschen Schrifttum, um einen „erstaunlich untertheoretisierten Begriff“.<sup>56</sup> Vertiefte *Ausführungen* etwa zur Bedeutung der Selbstbestimmung in diesem Zusammenhang oder den Voraussetzungen einer *strafbarkeitsausschließenden* Zustimmung finden sich nur vereinzelt.<sup>57</sup> Eine fundierte Ausarbeitung von Reichweite und Gehalt der sexuellen Selbstbestimmung kann im vorliegenden Zusammenhang nicht geleistet werden. Man wird hier deshalb bescheidenere Ziele verfolgen und sich damit begnügen müssen, bei der Bestimmung der Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung die anerkannten Definitionen zugrunde zu legen und diese behutsam im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung zu konkretisieren.

Für die strafrechtlich relevante Ausschlussfunktion der sexuellen Selbstbestimmung ist es jedenfalls anerkannt, dass diese in ihrer Funktion als Abwehrrecht davor schützt, zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden. Es sollen diejenigen in ihrer negativen Freiheit geschützt werden, die nicht in einen Sexualkontakt involviert werden wollen.<sup>58</sup> Geschützt ist die Freiheit jeder Person, über Zeitpunkt, Partner und Form eines sexuellen Geschehens frei zu entscheiden. Damit wird ein umfassender Schutz bezüglich des „Ob“, „Wann“, „Wie“ und „mit Wem“ einer sexuellen Begegnung statuiert.<sup>59</sup>

Entscheidend für Reichweite und Gehalt dieses Rechts im Zusammenhang mit sexuellen Täuschungen ist aber die folgende Überlegung: Geschützt wird das Recht, nicht unerwünscht in einen sexuellen *Kontakt*, in ein sexuelles *Geschehen* involviert zu werden. Dabei kann dieses Recht nicht dahingehend verstanden werden, umfassend und alleinig jeden Umstand in Anbahnung und Vollzug der sexuellen Handlung sowie der Person des Sexualpartners über das eigene Einverständnis determinieren zu können. Vielmehr wird dieses Recht nur bezüglich des Ob, der Art und Weise, des Partners und des Zeitpunkts der sexuellen Handlungen *als solcher* gewährleistet. Eine andere Sichtweise dehnt das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht nur über die Vornahme der sexuellen Handlung in andere Lebensbereiche aus, sondern beruht auch auf einem falschen Verständnis dieses Rechts. Ein umfassendes Bestimmungsrecht bezüglich aller Umstände eines Sexualkontakts, ob *im Vorfeld* oder in jedem Detail der sexuellen Handlung *als solcher* sowie in der Person des Sexualpartners, propagiert ein nicht der Lebensrealität entsprechendes solipsistisches Verständnis des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Sexuelle Selbstbestimmung bzw. Autonomie ist nicht die isolierte, unabhängige, willkürliche

<sup>50</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 56 Rn. 18 ff.

<sup>51</sup> Zum symbolischen Strafrecht *Hassmer*, NStZ, 1989, 553 (559).

<sup>52</sup> *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 15 ff.

<sup>53</sup> *Vavra*, ZIS 2018, 611 (614).

<sup>54</sup> A.a.O.

<sup>55</sup> Zu den verschiedenen Ausprägungen der sexuellen Selbstbestimmung und der jeweils korrespondierenden Schutznorm des 13. Abschnitts vgl. *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, S. 32f.

<sup>56</sup> *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (851).

<sup>57</sup> A.a.O.

<sup>58</sup> Demgegenüber ist es, da der Staat die wünschenswerte Gestaltung des eigenen Sexuallebens nicht umfassend garantiert kann, nicht Sache des Strafrechts, die positive Seite der sexuellen Selbstbestimmung sicherzustellen. Vgl. *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (860).

<sup>59</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6; *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, S. 13; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, Vor § 174 Rn. 8.

Selbst-Gesetzgebung des Ich, sondern vollzieht sich in ihrer Ausübung gerade im Miteinander.<sup>60</sup> Der Einzelne kann daher nicht umfassend über alle Umstände einer sexuellen *Begegnung*, wohl aber über das „Ob“, „Wann“, „Wie“ und „mit Wem“ einer sexuellen *Handlung*, soweit diese Faktoren in der sexuellen Handlung *als solcher* angelegt sind, bestimmen. Legt man ein solches Verständnis zugrunde, ist de lege ferenda zumindest nicht jede sexuelle Täuschung strafwürdig.

### 5. Fallkonstellationen

Wie unter B aufgezeigt, ist zudem die sexuelle Täuschung in keinem Fall vom Wortlaut des § 177 StGB erfasst und damit de lege lata nie strafbar. Anknüpfend an die bisher unter III. angestellten Überlegungen zur Strafwürdigkeit sexueller Täuschungen und *die* Definition der sexuellen Selbstbestimmung gilt es nun im Folgenden zu klären, ob und in welchen Fällen die sexuelle Selbstbestimmung von einer Täuschung betroffen ist. In diesen Fällen wäre eine Strafbarkeit de lege ferenda zu statuieren. Differenziert wird hierbei nach der Rechtsgutsbezogenheit der Täuschung.

#### a) Nicht rechtsgutsbezogene Täuschungen

Nicht rechtsgutsbezogen ist die Täuschung über sonstige Umstände, etwa Eigenschaften, Motive und Absichten des Täters.<sup>61</sup> Erläutert wird dies an einem in Israel abgeurteilten Fall.<sup>62</sup> Dort wurde ein verheirateter arabischstämmiger Mann, der sich gegenüber einer jüdischen Frau, für welche dies *conditio sine qua non* für eine sexuelle Handlung war, als alleinstehender Jude ausgab und mit dieser sexuelle Handlungen vollzog, wegen eines Sexualdelikts verurteilt. Entsprechende Fälle sind indes nicht strafwürdig.<sup>63</sup> Derjenige, der über seine Religion oder seinen Beziehungsstatus täuscht, verübt keine rechtsgutsbezogene Täuschung. Die (retrospektive) Ablehnung der sexuellen Handlung beruht auf externen Umständen, welche keinen Bezug zum Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung haben. Die sexuelle Handlung als solche war nicht nur konsentiert, sondern sogar erwünscht.

Ebenso liegt der Fall bei der Täuschung über die Identität. Auch diese Täuschung ist nicht rechtsgutsbezogen. Dazu folgendes Fallbeispiel: X hat einen Zwillingbruder, welchen er um dessen Frau beneidet. Als sein Bruder eines Tages, von seiner Frau unbemerkt, das Haus verlässt, gibt er sich gegenüber seiner Schwägerin als sein Zwillingbruder aus und nimmt sexuelle Handlungen mit dieser vor. Wiederum ist die sexuelle Handlung als solche erwünscht, ihre (retrospektive) Ablehnung beruht lediglich auf Umständen, welche keinerlei Bezug zur sexuellen Handlung haben.

Wegen der besonderen Praxisrelevanz soll an dieser Stelle auf das Stealthing gesondert eingegangen werden. Auch die Täuschung über die (durchgehende) Verwendung eines Kondoms ist nicht rechtsgutsbezogen. Die (offengelegte) Nichtverwendung eines Kondoms würde die sexuelle Handlung zwar verhindern, da der Sexualpartner in diesem Fall sexuelle Handlungen ablehnen würde. Diese Ablehnung entspränge aber nicht aus der Ablehnung einer sexuellen Handlung per se – ein sexueller „Wunsch“ ist durchaus vorhanden – sondern wäre lediglich im Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten bzw. in der Verhinderung einer unerwünschten Schwangerschaft begründet.<sup>64</sup> Genau betrachtet geht es in dieser Konstellation somit nicht um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, sondern um den Schutz der körperlichen Unversehrtheit. Der Kerngehalt der sexuellen Selbstbestimmung ist nicht berührt. Damit kommt eine Strafbarkeit wegen Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht in Betracht. Vielmehr ist, sofern eine sexuell übertragbare Krankheit vorliegt, eine Strafbarkeit wegen (versuchter) gefährlicher Körperverletzung denkbar. Bezüglich der sexuellen Selbstbestimmung liegt hingegen ein wirksames Einverständnis vor. Selbst ohne Rückgriff auf die rechtsgutsbezogene Lehre ist in der Konstellation des Stealthings eine Strafbarkeit zu verneinen. Deutlich wird dies, wenn man die für das Stealthing typischen Sachverhaltsumstände einmal umdreht: Die Frau wünscht *expressis verbis* den Geschlechtsverkehr ohne Kondom, er stimmt scheinbar zu, streift dann aber heimlich aus Angst vor sexuell übertragbaren Krankheiten oder Vaterschaft ein Kondom über.

<sup>60</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a; Vgl. zur Selbstbestimmung bzw. -verantwortung im (Straf)Recht: *Hollerbach*, Selbstbestimmung im Recht, 1996, S. 21; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 170.

<sup>61</sup> Vgl. zur Unbeachtlichkeit durch Täuschung erregter *Motivirrtümer* bei der Vornahme sexueller Handlungen für die Strafbarkeit wegen Beleidigung (andere (Sexual-)Delikte kamen nicht in Betracht): *OLG Stuttgart*, NJW 1962, 62. Dieses stellt aber im Ergebnis auf eine in dogmatischer Hinsicht wenig hilfreiche, Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ab.

<sup>62</sup> *CrimA 5734/10 Kashur v. State of Israel* [2012]. § 345(a)(2) des israelischen Penal Law statuiert ausdrücklich eine Strafbarkeit wegen Vergewaltigung durch den Vollzug des Geschlechtsverkehrs mit einer Frau unter einer durch Täuschung über die Identität der Person oder die Art der Handlung erlangten Einwilligung. Im geschilderten Fall erfolgte in der Rechtsmittelinstanz aber eine Verurteilung wegen eines weniger schwerwiegenden Delikts. Bemerkenswert sind die tatsächlichen Umstände des Falls: Täter und Geschädigte hatten sich erst wenige Minuten zuvor auf der Straße kennengelernt und die sexuellen Handlungen im Fahrstuhl bzw. der obersten Etage eines näheren Gebäudes vorgenommen. Fraglich bleibt auch, warum die Geschädigte, wenn ihr Nationalität und Beziehungsstatus des Sexualpartners derart wichtig waren, spontan Geschlechtsverkehr mit einer Zufallsbekanntschaft von der Straße vollzog.

<sup>63</sup> In Israel erfolgte in der ersten Instanz eine Verurteilung zu einer 18-monatigen Freiheitsstrafe in Verbund mit einer 30-monatigen Bewährungsstrafe. Die Strafe wurde in der Rechtsmittelinstanz auf 8 Monate Freiheitsstrafe reduziert.

<sup>64</sup> Zur sexualstrafrechtlichen Irrelevanz von Täuschungen, wenn der Täter lediglich eine Gesundheitsgefahr *verheimlicht*, welche das Opfer nicht eingehen will, setzt: *Frommel*, in: NK-StGB, Bd. 2, § 177 Rn. 124. *Herzog* weist hinsichtlich des Stealthings darauf hin, dass die Verwendung eines Kondoms bei einmaligen und unverbindlichen sexuellen Begegnungen oftmals nicht nur sexuell übertragbaren Krankheiten und Schwangerschaft vorbeugen, sondern auch in einem mentalen Sinn vor zu enger Intimität schützen soll. Vgl. *Herzog*, in: FS Fischer, S. 351 (354).

Dass in diesem Fall – trotz an sich sonst identischer Umstände – eine Strafbarkeit nicht angebracht wäre, liegt auf der Hand.<sup>65</sup>

Freilich streiten prima facie auch einige Gesichtspunkte für die Strafwürdigkeit. Mit deren Bejahung befindet man sich nicht nur im Gefolge einiger Stimmen aus dem Schrifttum,<sup>66</sup> sondern auch auf einer Linie mit der jüngsten (bisher singulären) instanzgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>67</sup> Nicht von der Hand zu weisen ist etwa das Argument, dass im Falle des Stealthings für die sexuelle Handlung „*ungeschützten* Geschlechtsverkehrs“ gerade kein, d.h. auch kein durch Täuschung erschlichesenes Einverständnis, gegeben sei. Denn der ungeschützte Geschlechtsverkehr stelle im Verhältnis zum geschützten Geschlechtsverkehr mit Kondom eine andere sexuelle (Form der) Handlung dar, weil es anders als bei Verwendung eines Kondoms zum direkten Kontakt der Genitalien komme.<sup>68</sup> Dies ist bei genauer Betrachtung nicht nur eine Frage der Wirksamkeit eines durch Täuschung erschlichenen Einverständnisses, sondern berührt vielmehr auch die Definition der sexuellen Handlung. Letzterem kann hier freilich nicht im Detail nachgegangen werden. Die obige Argumentation überzeugt allerdings dennoch nicht: Durch das Abstreifen des Kondoms eine Zäsur anzunehmen und damit den Beginn einer neuen, ersichtlich nicht dem Willen des Sexualpartners entsprechenden sexuellen Handlung zu propagieren würde einen einheitlichen Lebenssachverhalt in allzu konstruierte Art und Weise aufspalten.<sup>69</sup> Zuzugeben ist der obigen Argumentation im Hinblick auf die Wirksamkeit des Einverständnisses aber, dass sich der erkennbar entgegenstehende *Wille* nicht allgemein auf alle sexuellen Handlungen beziehen muss, sondern auch (nur) einzelne Handlungen – etwa analem statt vaginalem Verkehr – betreffen und damit ausschließen kann. Allerdings muss er sich auf eine sexuelle Handlung als solche beziehen. Deswegen reicht es gerade nicht aus, dass das Opfer keinen Widerwillen gegen den Geschlechtsverkehr an sich hegt, der Täter aber bei dessen Vornahme den Wunsch nach Nutzung eines Kondoms ignoriert, bzw. dieses heimlich entfernt.<sup>70</sup> Es ist nicht das „Wie“ der sexuellen Handlung als solchen berührt, denn die Penetration ist in derartigen Fällen konsentiert. Durch die Entfernung des Kondoms wird das Wesen der sexuellen Handlung „Penetration“ nicht verändert, mag sich auch unter Umständen die Benutzung sensorisch auf die Intensität der sexuellen Handlung auswirken.<sup>71</sup> Vielmehr sind lediglich die äußeren Umstände bzw. die Rahmenbedingungen der sexuellen Handlung betroffen. Hier ein

weiteres Verständnis der Art und Weise der sexuellen Handlung anzulegen, würde ferner erhebliche Abgrenzungsprobleme mit sich bringen. Während man noch leicht akzeptieren kann, dass eine Person, die der vaginalen Penetration zustimmt, damit nicht auch die anale Penetration konsentiert, bestehen schon Zweifel, dass jemand, der der Berührung seiner linken Brust zustimmt, der Berührung der rechten nicht zustimmt.<sup>72</sup> Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint Stealthing nicht strafwürdig.

#### b) Rechtsgutsbezogene Täuschungen

Allein die Täuschung über die sexuelle Natur der Handlung ist rechtsgutsbezogen. Hier ist die Strafwürdigkeit gegeben. Unter diese Fallgruppe sind Fälle zu fassen, in denen der Täter den sexuellen Charakter seiner Handlung verschleiert, etwa wenn ein Gynäkologe seiner Patientin wahrheitswidrig vorspiegelt die medizinische Behandlung erfordere eine Stimulation ihrer Vagina.<sup>73</sup> Es liegt eine rechtsgutsbezogene und damit relevante Täuschung vor: Die Patientin will keinerlei *sexuellen* Handlungen ausgesetzt werden. Ein sexueller Wunsch ist schon im Ansatz nicht vorhanden, denn die Patientin möchte allein zu therapeutischen Zwecken berührt werden.<sup>74</sup> Somit ist ihr nicht bewusst, dass sie das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung preisgibt. Das Einverständnis ist unwirksam. De lege ferenda ist hier die Statuierung einer entsprechenden Strafbarkeit in den Blick zu nehmen.

#### IV. Zusammenfassung

Auch unter dem neugefassten § 177 Abs. 1 StGB ist die sexuelle Täuschung nicht strafbar. Dies beruht auf einer an Wortlaut, Historie und Systematik des Gesetzes orientierten Auslegung. Hinsichtlich der Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung ist auf die, von *Arzt* entwickelte, rechtsgutsbezogene Lehre zurückzugreifen. Rechtsgutsbezogene Täuschungen bedingen die Unwirksamkeit des Einverständnisses und stellen eine strafwürdige Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts dar. Allein die Täuschung über die sexuelle Natur der Handlung ist rechtsgutsbezogen. De lege ferenda ist die Einführung einer entsprechenden Strafbarkeit in den Blick zu nehmen. Alle anderen Täuschungen sind nicht rechtsgutsbezogen, sodass das Einverständnis von der Täuschung unberührt bleibt. Derartige Täuschungen sollten auch künftig nicht unter Strafe gestellt werden.

<sup>65</sup> Hoffmann, NStZ 2019, 17 (18).

<sup>66</sup> Etwa: Herzog, in: FS Fischer, S. 351 (356 f.); Hoffmann, NStZ, 2019, 16 (17).

<sup>67</sup> AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18).

<sup>68</sup> So die Argumentation bei AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18) –, Rn. 37, juris. Vgl. dazu auch Brodsky, Colum. J. Gender & L. Issue 32 (2017), 183 (190 f.).

<sup>69</sup> Hoffmann, NStZ 2019, 16 (17), der aber gleichzeitig Stealthing de lege lata für strafbar hält. Für eine solche Aufspaltung plädiert Herzog in: FS Fischer, S. 351 (357).

<sup>70</sup> Heger in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 177 Rn. 5.

<sup>71</sup> Brodsky, Colum. J. Gender & L. Issue 32 (2017), 183 (190).

<sup>72</sup> Brodsky, Colum. J. Gender & L. Issue 32 (2017), 183 (191).

<sup>73</sup> Beispiel entlehnt von Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (157).

<sup>74</sup> Nach Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (158 ff.) und Astrid, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 233 ist in dieser Fallgruppe (wohl) schon § 174c StGB erfüllt, sodass die Diskussion um eine (bloße) Strafbarkeit im Ergebnis fruchtlos bliebe.

## Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch\*

### Abstract

*Schlechte Gesetze beschädigen das Ansehen des Rechts und des Rechtsstaats. Sie diskreditieren die Legislative und zwingen die Rechtsanwendenden zu Entscheidungen auf Grundlage von Gesetzen, denen – weil sie so schlecht sind – kein Respekt entgegengebracht wird. Adressaten solcher Gesetze, die diese übertreten, Mangel an Normtreue und Gesetzesgehorsam vorzuwerfen, ist nur mit schlechtem Gewissen möglich. § 184i StGB und § 184j StGB sind zwei Anschauungsobjekte aus der neueren Produktion der Legislative, die besser so nicht das Licht der Welt erblickt hätten. Im Folgenden wird die Mängelliste, die sich bereits in StGB-Kommentaren und anderen Publikationen findet, um einige Punkte erweitert.*

*Ill-written laws damage the reputation of the law and of the rule of law. They discredit the legislature and force the practitioners of the law to make decisions based on laws that, because they are so poorly written, are not met with respect. To accuse addressees of such laws, who transgress them, of a lack of adherence to the norm and disobedience to the law is only possible with a bad conscience. Sections 184i and 184j of the German Criminal Code (StGB) are two showpieces of recent legislative work which, as they are, should not have seen the light of day. In the following, the list of defects which can already be found in commentaries on the StGB and other publications is extended by several points.*

### I. Einleitung

Die neuen Sexualstrafrechtstatbestände sind nicht nur kriminalpolitisch umstritten. Ihre im StGB geltende Recht gewordene gesetzestechnische und sprachliche Gestalt wirft auch zahlreiche Zweifelsfragen auf, die in der bisherigen Debatte bei weitem noch keiner Klärung zugeführt worden sind. Es ist verständlich, dass die Verärgerung über gesetzgeberische Schnellschüsse die Bereitschaft sachkundiger Autoren zur fundierten Kommentierung der Vorschriften und gegebenenfalls Unterbreitung von Verbesserungsvorschlägen nicht gerade anstachelt.<sup>1</sup> Das gilt zumal dann, wenn – wie sogleich auszuführen sein wird – die erforderlichen Korrekturen tendenziell einen strafbarkeitserweiternden Effekt haben würden. Aber es versteht sich von selbst, dass in Kraft befindliches Strafrecht der wissenschaftlichen Kontrolle ausgesetzt ist, die Wissenschaft diese Prüfaufgabe wahrnehmen und dabei auch als

mögliche Konsequenz ihrer kritischen Analyse eine unerwünschte Ausdehnung der Strafbarkeit in Kauf nehmen muss. Denn nur auf dieser Basis kann mit konkreten Forderungen – z. B. nach Entkriminalisierung oder zumindest Klarstellung – an die Gesetzgebenden in Berlin herangetreten werden. Im Folgenden werden die m.E. neuralgischen Stellen von § 184i StGB und § 184j StGB aufgezeigt und Vorschläge zum Textverständnis und zur Korrektur de lege ferenda gemacht.

### II. Sexuelle Belästigung, § 184i StGB

#### 1. Opfer

Die sexuelle Belästigung muss sich gegen eine „andere Person“ richten. Diese kann männlich, weiblich oder divers sein. Eine Altersgrenze zieht das Gesetz nicht. Gleichwohl wird man bezweifeln müssen, dass die körperliche Berührung eines Neugeborenen, eines sechs Monate, ein Jahr oder drei Jahre alten Kindes eine sexuelle Belästigung sein kann. Bei dem Neugeborenen und dem sechs Monate alten Säugling ist die Frage gewiss zu verneinen,<sup>2</sup> beim Dreijährigen fällt die Entscheidung nicht so leicht. Was uns das zeigt: es gibt offenbar auf der Opferseite eine Altersuntergrenze, oberhalb derer erst der tatbestandsmäßige Bereich beginnt. Wo diese Grenze liegt, lässt sich dem Gesetz ebenso wenig entnehmen wie den ersten Kommentierungen des noch recht neuen § 184i StGB. In Ermangelung einer expliziten gesetzlichen Grenzmarkierung lautet die Aufgabe, zunächst einmal das Tatbestandsmerkmal des § 184i Abs. 1 StGB zu finden, dessen Auslegung den Kreis tauglicher Opfer sichtbar macht. Recht rätselhaft ist schon die „sexuell bestimmte Weise“, die möglicherweise nur gegenüber Personen möglich ist, die ein Mindestmaß sexueller Reife besitzen. Das hängt davon ab, ob dieses Merkmal auf objektive Zweckbarkeit oder subjektive Intentionalität abstellt. Jedenfalls das Merkmal „belästigt“ trägt an das taugliche Opfer der Tat Anforderungen heran, die man als „passive Belästigungsfähigkeit“ bezeichnen kann und die ohne Zweifel nicht aufweist, wer überhaupt nicht weiß, was Sexualität ist.<sup>3</sup> So wenig man einen Gehörlosen durch Lärm oder einen seines Geruchssinns verlustig gegangenen Menschen durch Gestank belästigen kann, so wenig kann man einen Menschen sexuell belästigen, dem das Verständnis für den belästigenden Charakter der körperlichen Berührung fehlt. Bestätigung findet diese Sichtweise in

\* Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184j Rn. 1: „Die Erläuterung dieser Vorschrift erfordert daher eigentlich keine Kommentierung, sondern eine Parodie.“

<sup>2</sup> Wolters/Noltenius, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 10 zum sexuellen Übergriff.

<sup>3</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184i Rn. 8: „Die Belästigung erfordert daher eine auf die sexuelle Selbstbestimmung bezogene negative Gefühlsempfindung – wie Schock, Schrecken, Angst, Ekel, Abscheu, Entrüstung, Ärger oder Verletzung des Schamgefühls – von einigem Gewicht.“

der Lehre von der Beleidigung, die von der Belästigung nicht weit entfernt ist. Bei § 185 StGB konstruiert die klar h.M. ebenfalls einen Empfängerhorizont und verlangt, dass der ehrverletzende Sinn der Äußerung verstanden worden ist.<sup>4</sup> Die Vertreter der Gegenmeinung betonen das Bedürfnis nach strafrechtlichem Ehrenschatz von Behinderten oder Kleinkindern.<sup>5</sup> Die Parallele zum Thema im Kontext des § 184i StGB ist offensichtlich. Wer Sexualität noch gar nicht kennt, kann nicht sexuell belästigt werden und ist insoweit strafrechtlich nicht geschützt. Aber dass hier überhaupt ein Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz besteht, ist doch zu bezweifeln.

## 2. Tathandlung

Zum Handlungsmerkmal „körperlich berührt“ ist in allen Veröffentlichungen – insbesondere StGB-Kommentaren – die Bemerkung zu lesen, es handele sich um ein eigenhändiges Delikt.<sup>6</sup> Begründungen dafür werden nicht gegeben.<sup>7</sup> Den Satz „Es handelt sich um ein eigenhändiges Delikt, wie § 184i Abs. 2 zeigt“ von *Monika Frommel* im Nomos-Kommentar<sup>8</sup> verstehe ich nicht. Ich kann § 184i Abs. 2 StGB keinen Hinweis auf die Eigenhändigkeit des Delikts entnehmen. Diese Behandlung des Themas ist eigenartig. Ist doch die Figur des eigenhändigen Delikts alles andere als unumstritten und keineswegs restlos geklärt, welche Delikte eigenhändig sind und welche nicht.<sup>9</sup> Beispielsweise berichtet *Fischer*, der selbst die Eigenhändigkeit des § 184i StGB begründungslos behauptet: „Kriminalpolitische Berechtigung und Anwendungsbereich dieser Delikte sind im einzelnen umstritten“.<sup>10</sup> Daher darf bei der Aufnahme einer neuen Strafvorschrift in die Gruppe der eigenhändigen Delikte schon ein wenig Argumentation erwartet werden. Straftaten sind grundsätzlich in der Form der mittelbaren Täterschaft begehbar. Die weitaus meisten Delikte im geltenden Strafrecht sind keine eigenhändigen Delikte. Das Eigenhändigkeitserfordernis ist eine Ausnahme, die der Begründung bedarf.<sup>11</sup> Die Begründungslast liegt daher nicht bei dem, der die Tatbestandsrestriktion qua Eigenhändigkeit bestreitet.<sup>12</sup> Vor allem muss die Behauptung vom eigenhändigen Delikt mit einer Erklärung dazu stabilisiert werden, wieso die Fälle, die aus der Strafbarkeit fallen, nicht strafwürdig sein sollen. Aus der wichtigsten Quelle juristischer Erkenntnisse, dem Gesetzeswortlaut, ist jedenfalls für § 184i StGB keine Klärung zu gewinnen. Der Tatbeschreibung ist eine Beschränkung des Tatbestandes auf eigenhändige Belästigungshandlungen nicht zu entnehmen. Ein teleologisch fundierter Restriktionsgrund ist ebenfalls nicht zu erkennen. Ein Beispiel mag das verdeutlichen: Veranlasst jemand einen Schuldunfähigen, eine Frau in einer Weise

körperlich zu berühren, die „sexuell bestimmt“ und „belästigend“ wäre, wenn der Veranlassende es selbst täte, schließt die h.M. eine Strafbarkeit wegen mittelbarer Täterschaft aus. Das ist im Ergebnis nicht schlimm, solange § 26 StGB greift. Das funktioniert aber nicht mehr, wenn der Veranlasste nicht oder nicht nur schuldunfähig ist, sondern vorsatzlos bezüglich der sexuellen Bestimmtheit oder des Belästigungscharakters. Mangels vorsätzlicher Haupttat scheidet Strafbarkeit des Tatveranlassers als Anstifter aus. Nach h.M. bleibt der Hintermann straflos. Man fragt sich, wo der strafwürdigkeitsrelevante Unterschied zur unmittelbar körperlichen Berührung mit sexueller Belästigungskomponente liegen soll. Der Belästigungscharakter ist aus der Opferperspektive zu bestimmen. Die betroffene Person muss sich belästigt fühlen. Das ist in dem Fall der mittelbar-täterschaftlich ausgeführten Belästigung nicht weniger der Fall, als im Fall unmittelbar belästigender Berührung. Die berührte Person wird in der Regel nicht erkennen, ob der Mensch, der ihren Körper mit seinen Händen oder einem anderen Körperteil berührt, vorsätzlich oder unvorsätzlich, schuldfähig oder schuldunfähig handelt. Der Belästigungserfolg kann von solchen Differenzierungen also nicht abhängen. Mehr als die objektiv zurechenbare Verursachung des Belästigungserfolgs verlangt das Tatbestandsmerkmal „belästigt“ nicht. Auch die körperliche Berührung ist nichts anderes als die Herbeiführung der Berührung des Opferkörpers durch ein Körperteil eines anderen Menschen, also die Verursachung eines Erfolges. Dass der den anderen Körper berührende Körper nur der des Menschen sein kann, der dafür aus § 184i StGB zu bestrafen ist, lässt sich weder aus dem Wortlaut des § 184i StGB noch einer anderen auslegungsrelevanten<sup>13</sup> Erkenntnisquelle ableiten.

Keine klare Linie in der Behandlung der Eigenhändigkeits-Thematik ist erkennbar, wenn weitere verwandte Tatbestände in den Blick genommen werden: Exhibitionistische Handlungen iSd 183 StGB sollen nur eigenhändig möglich sein,<sup>14</sup> Erregung öffentlichen Ärgernisses durch öffentlich vorgenommene sexuelle Handlungen (§ 183a StGB) hingegen nicht.<sup>15</sup> Beide Ansichten sind nicht unumstritten. Sachlich gibt es für die Tatbestands-einschränkung keinen zwingenden Grund. Sowohl § 183 StGB als auch § 183a StGB beschreiben Taten, deren Erfolgsonrecht die vom Täter geschaffene Situation ist, in der andere gegen ihren Willen exhibitionistische oder sonstige sexuelle Handlungen wahrnehmen müssen.<sup>16</sup> Wieso es ausgeschlossen sein soll, demjenigen, der den eigenhändig die Handlung vollziehenden als „Werkzeug“ benutzt, dieses Erfolgsonrecht gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zuzurechnen, ist nicht einzusehen.

<sup>4</sup> *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 16.

<sup>5</sup> *Schramm*, in: FS Lenckner, 1998, S. 539 (561).

<sup>6</sup> *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 3. Aufl. (2018), § 184i Rn. 10; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 184i Rn. 3; *Renzikowski*, in: MK-StGB, § 184i Rn. 13; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 11; *Noltenius*, in: SK-StGB, § 184i Rn. 9.

<sup>7</sup> Zirkulär *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 184i Rn. 2: „Weil der Täter selbst das Opfer körperlich berühren muss, ...; es handelt sich um ein eigenhändiges Delikt.“

<sup>8</sup> *Frommel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 184i Rn. 3.

<sup>9</sup> *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896; *Roxin*, AT II, 2003, § 25 Rn. 288; *Wohlers*, ZStR 1998, 95.

<sup>10</sup> *Fischer*, StGB, vor § 13 Rn. 42a.

<sup>11</sup> *Satzger*, Jura 2011, 103.

<sup>12</sup> *Gerhold/Kuhne*, ZStW 124 (2012), 943 (980).

<sup>13</sup> Ob man Gesetzesbegründungen als beachtlich anerkennen kann, wenn in dem zugrunde liegenden Gesetzgebungsverfahren das Thema nicht reflektiert erörtert wurde, ist zweifelhaft.

<sup>14</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 7.

<sup>15</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183a Rn. 7; a.A. *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 183a Rn. 10.

<sup>16</sup> *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 1, § 183a Rn. 1; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 1, § 183a Rn. 1.

Die Beschränkung, die die h.M. der Justiz bei der Anwendung des § 184i StGB auferlegt, beschwört unweigerlich Abgrenzungsprobleme im Verhältnis zu § 177 StGB herauf. Dass die Handlungsmerkmale des § 177 Abs. 1 StGB keine eigenhändige Tatbestandsverwirklichung verlangen, ist offensichtlich. In den Kommentierungen des § 177 StGB finden sich deshalb entweder keine Äußerungen zur Eigenhändigkeit oder die ausdrückliche Feststellung, dass ein Eigenhändigkeitserfordernis nicht bestehe.<sup>17</sup> Schließlich ist explizit die „Duldung sexueller Handlungen von einem Dritten“ erfasst. Dies entspricht exakt unserem Beispiel des vorsatzlos oder schuldunfähig den Körper des Opfers Berührenden, den ein „Hintermann“ zu dieser Handlung bestimmt hat. Fälle im Grenzbereich zwischen „Belästigung“ und „Übergriff“ spitzen sich also auf eine schwierige Entscheidung zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit zu, wenn der Täter den Körper des Opfers nicht selbst berührt, sondern von einem Dritten berühren lässt. Diese Belastung des Verfahrens ist unnötig. Da die Differenz zwischen sexuellem Übergriff und sexueller Belästigung keine qualitative, sondern eine quantitative ist, besteht kein Grund, die Eigenhändigkeitsthematik bei § 184i StGB anders zu behandeln als bei § 177 StGB. Die Verwirklichung des Tatbestandes „sexuelle Belästigung“ in mittelbarer Täterschaft ist möglich.

### 3. Konkurrenzen

Die Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung ist subsidiär gegenüber Delikten, die mit schwererer Strafe bedroht sind. Das betrifft in erster Linie Taten, bei denen die Belästigung Teil eines Angriffs auf die sexuelle Selbstbestimmung ist, der als sexueller Übergriff gem. § 177 StGB strafbar ist. Der Gesetzeswortlaut scheint aber auch Konstellationen zu erfassen, wo der Straftatbestand mit der schwereren Strafdrohung nicht die sexuelle Selbstbestimmung,<sup>18</sup> sondern ein anderes Rechtsgut schützt.<sup>19</sup> Begeht der Täter mit der sexuell belästigenden Handlung zugleich eine vorsätzliche Körperverletzung, scheint § 184i StGB hinter § 223 StGB zurückzutreten. Wenn das richtig wäre, müsste man fragen, warum nicht generell Delikte mit geringerer Strafdrohung hinter Delikten mit höherem Sanktionsniveau zurücktreten, also z. B. Sachbeschädigung (§ 303 StGB) hinter der Körperverletzung (§ 223 StGB) oder hinter Totschlag (§ 212 StGB). Das ist zweifellos nicht der Fall, wofür es einen überzeugenden Grund gibt: träte jedes leichtere Delikt hinter jedem schwereren Delikt zurück, verlöre der Urteilstenor einen Teil seiner klarstellenden Funktion. Das Urteil brächte den Unrechtsgehalt der abgeurteilten Tat qualitativ nur noch fragmentarisch zum Ausdruck und würde insbesondere die Tatsache unterschlagen, dass der Angeklagte mit seiner Tat noch andere Rechtsgüter verletzt hat, als diejenigen, die den im Urteil verlautbarten Tatbeständen zugrunde liegen. Wer mit einem einzigen Faustschlag ins Gesicht die Gesundheit des Opfers verletzt und dessen Brille beschädigt, ver-

letzt die Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Eigentum. Würde der Täter allein aus § 223 StGB schuldig gesprochen, bliebe der eigentumsverletzende Charakter seiner Tat unerwähnt. Daher muss das Urteil auf Körperverletzung in Tateinheit mit Sachbeschädigung lauten. Es ist nicht einzusehen, dass dieser Grundsatz für das Zusammentreffen von § 184i StGB mit einem Tatbestand, der nicht die sexuelle Selbstbestimmung schützt, nicht gelten soll. In gleicher Weise wie bei dem von demselben Problem betroffenen Unterschlagungstatbestand<sup>20</sup> ist daher auch bei § 184i StGB der Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel auf Straftaten zu beschränken, die die sexuelle Selbstbestimmung angreifen und mit höherer Strafe bedroht sind.<sup>21</sup> Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG liegt darin nicht. Die Konkurrenzform gehört nicht zu den Bedingungen der gesetzlich bestimmten Strafbarkeit eines Verhaltens. Der Angeklagte steht nicht schlechter, wenn das Urteil zum Ausdruck bringt, dass er auch den Straftatbestand sexuelle Belästigung verwirklicht hat, als er stünde, wenn dieser Tatbestand wegen Subsidiarität im Urteil unerwähnt bliebe.

### 4. Besonders schwere Fälle

Das einzige Regelbeispiel des § 184i Abs. 2 StGB stellt auf gemeinschaftliche Begehung ab, § 184i Abs. 2 S. 2 StGB. Die h.M. bürdet sich mit ihrer Eigenhändigkeitsbehauptung hier nicht ganz einfache Auslegungsprobleme auf. Gilt das Eigenhändigkeitserfordernis auch für den mindestens erforderlichen zweiten Mitwirkenden? Scheidet also z.B. ein Fall aus, in dem der zweite das Opfer selbst nicht berührt, aber durch einschüchterndes Verhalten seinem Tatgenossen die Tatbegehung erleichtert? Respektiert man die Wortlautgrenze, ist diese Restriktion des Regelbeispiels unumgänglich. Denn „Tat (...) begangen“ bedeutet nichts anderes als tatbestandsmäßig gehandelt zu haben. Erforderlich ist also mittäterschaftliches Handeln, wobei jeder Mittäter eigenhändig das Opfer berühren muss.<sup>22</sup> Der zweite Mitwirkende, der zwar dabei ist, aber selbst nicht so handelt, dass man ihm vorhalten könnte, er habe die Tat „sexuelle Belästigung“ begangen, trägt also zur Regelbeispielserfüllung nichts bei. Trotz nahezu identischer Formulierung ist demnach der Sinngehalt des „Gemeinschaftlichen“ in § 184i Abs. 2 S. 2 StGB wesentlich enger als in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Dort ist nicht einmal mittäterschaftliche Beteiligung erforderlich.<sup>23</sup> Praktisch steht diese Enge des Regelbeispiels der Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls gem. § 184i Abs. 2 S. 1 StGB nicht entgegen. Der Begründungsaufwand des Gerichts, dessen Reduzierung die Regelbeispielstechnik dient, ist allerdings höher. Wird zutreffend die Eigenhändigkeitsbehauptung fallen gelassen, entfallen auch die hier skizzierten Probleme des § 184i Abs. 2 S. 2 StGB.

<sup>17</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 171.

<sup>18</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 1.

<sup>19</sup> Fischer, StGB, § 184i Rn. 16; Lackner/Kühl, StGB, § 184i Rn. 6; Noltenius, in: SK-StGB, § 184i Rn. 13.

<sup>20</sup> Hoyer, in: SK-StGB, § 246 Rn. 46.

<sup>21</sup> Valerius, in: BeckOK-StGB, § 184i Rn. 11; Hörnle, NStZ 2017, 13 (20); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 14.

<sup>22</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 13; a.A. Valerius, in: BeckOK-StGB, § 184i Rn. 12.

<sup>23</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 224 Rn. 11a.

### III. Straftaten aus Gruppen, § 184j StGB

#### 1. Straftat

Die in der Fachliteratur mächtig kritisierte Strafvorschrift ist wahrlich kein Musterbeispiel hochentwickelter Gesetzgebungskunst.<sup>24</sup> Die technischen Mängel sind zahlreich und nicht alle werden in den bisherigen Kommentierungen angesprochen. Wahrscheinlich fehlendes Bewusstsein für die exakte Sprachverwendung ist dafür verantwortlich, dass mit dem im Gesetzestext an drei Stellen erscheinenden Wort „Straftat“ der Anwendungsbereich in einem Maße verkleinert wird, das nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen dürfte. „Straftat“ ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Tat.<sup>25</sup> Wenn ein Gesetzestext dieses Wort enthält, werden also Taten, die im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) begangen worden sind, ausgegrenzt. Sollen tatbestandsmäßige und rechtswidrige Taten, die von einem schuldunfähigen Täter begangen worden sind, Norminhalt sein, darf also nicht das Wort „Straftat“ verwendet werden. Stattdessen verwendet man die Bezeichnung „rechtswidrige Tat“. Beispiele für diese Technik gibt es im StGB genug, siehe etwa §§ 26, 27 StGB oder §§ 63, 64, 69, 70 StGB. Diese Vorschriften bekräftigen die Annahme, dass überall dort, wo die StGB-Terminologie auf „Straftat“ abstellt, eine schuldhaft rechtswidrige Tat gemeint sein muss. Ist die Tat, durch die die Strafbarkeit aus § 184j StGB begründet werden könnte, weil sie den Tatbestand des § 177 StGB oder des § 184i StGB erfüllt, im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) begangen worden, ist keiner der an der „Personengruppe“ Beteiligten aus § 184j StGB strafbar. Denn die Tat ist keine Straftat. Daran könnte auch nichts ändern, dass die an der Personengruppe Beteiligten selbst nicht schuldunfähig gewesen sind. Führt man sich vor Augen, dass die Ereignisse in der „Kölner Silvesternacht“ am 31.12.2015 und 1.1.2016 den Anstoß zur Schaffung der neuen Strafvorschrift gegeben haben,<sup>26</sup> dann sieht man auch, dass Alkohol bei derartigen Vorkommnissen keine unerhebliche Rolle spielen dürfte. Umso unverständlicher ist es, dass durch die enge Fassung des Gesetzes dem Alkoholmissbrauch die Wirkung zugeschrieben worden ist, die Strafbarkeit aus § 184j StGB zu „kippen“. Sobald nämlich an der Personengruppe auch nur einer beteiligt ist, dessen Alkoholisierung den für § 20 StGB erforderlichen Grad – von ca. 3,0 ‰ Blutalkoholkonzentration – aufweist und sich nicht feststellen lässt, wer aus der Gruppe das Opfer in strafbarer Weise angegriffen hat, ist nach „in dubio pro reo“ zu unterstellen, dass der alkoholbedingt Schuldunfähige dies getan hat. Daraufhin kommen sämtliche Beteiligte straflos davon (näher unten 3.). Der Gesetzgeber hat übersehen, dass zu-

mindest die Fälle nach § 323a StGB strafbaren Vollrauschs, bei denen die Rauschtat § 184i StGB oder § 177 StGB erfüllt, in den Gesetzestext des § 184j StGB hätten einbezogen werden müssen.

#### 2. Straftatfördernde Beteiligung

Die Strafbarkeit aus § 184j StGB basiert der Sache nach auf einer in Nebentäterschaft begangenen vermuteten Beihilfe, wobei Vorsatz in Bezug auf die „Haupttat“ nicht erforderlich ist.<sup>27</sup> „Beteiligung“ setzt lediglich aktives Dabeisein voraus,<sup>28</sup> die streng dogmatischen Anforderungen der §§ 25 ff. StGB sind nicht der Maßstab für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals.<sup>29</sup> Deshalb wird auch nicht danach gefragt, ob von den übrigen Gruppenmitgliedern wenigstens einer sich vorsätzlich beteiligt hat. Ein sich vorsätzlich Beteiligender kann auch dann strafbar sein, wenn es zwar weitere Beteiligte gibt, diese sich aber nicht vorsätzlich strafatfördernd betätigt haben. Außer demjenigen, der die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt, brauchen die anderen gar keine aktive Aggression zu entfalten, die sie ihrerseits dem Vorwurf aussetzen könnte, sich vorsätzlich „beteiligt“ zu haben. Sie müssen nur dazu beitragen, dass so viele Personen anwesend sind, wie erforderlich ist, um von einer „Personengruppe“ sprechen zu können und sie müssen durch ihr Verhalten dafür sorgen, dass die Personengruppe eine andere Person „bedrängt“. Da „bedrängen“ ein objektives Tatbestandsmerkmal ist,<sup>30</sup> kann es auch unvorsätzlich verwirklicht werden. Dies kann gewiss in Form einer „Einkesselung“, „Umringung“ oder „Blockade“ durch Menschen geschehen, die die bedrängte Person gar nicht wahrnehmen, also auch keinen Bedrängungsvorsatz dieser Person – sondern vielleicht einer anderen Person – gegenüber haben. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit sind hier – nimmt man einmal als Maßstab zum Vergleich § 27 StGB – extrem gelockert. Diese Lockerung wird jedoch weitgehend neutralisiert durch die ungewöhnlich hohe Hürde, die durch das Erfordernis einer „Straftat“ im Rahmen der objektiven Strafbarkeitsbedingung aufgebaut worden ist.

Neben der täterschaftlichen Beteiligung gibt es – wie bei § 231 StGB – auch die allgemeine Beteiligung auf der Grundlage der §§ 26, 27 StGB. Anstiftung oder Förderung eines sich im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) Beteiligenden reicht aus, sofern ein anderer Beteiligter die objektive Strafbarkeitsbedingung „Straftat“ erfüllt hat. In dieser Beziehung ist noch weniger verständlich, dass die objektive Strafbarkeitsbedingung die Strafbarkeitschwelle so hoch setzt. *Tatjana Hörnle* schlägt vor, dass eine Vorschrift wie § 184j StGB passender im Allgemeinen Teil des StGB im Abschnitt über „Täterschaft und Teilnahme“ platziert werden sollte.<sup>31</sup> Das ist zu begrüßen,

<sup>24</sup> *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184j Rn. 1: „(...) Straftatbestand, der aufgrund seiner inneren Widersprüchlichkeit unanwendbar ist.“

<sup>25</sup> Ungenau daher *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184j Rn. 14: „Die Begehung einer solchen Straftat durch ein Mitglied der Gruppe muss in allen Voraussetzungen als tatbestandsmäßig und rechtswidrig [Warum nicht auch „schuldhaft“? W.M.] nachgewiesen worden sein.“; richtig *Lackner/Kühl*, StGB, § 184j Rn. 6.

<sup>26</sup> *Fischer*, in: FS Neumann, 2017, S. 1089 (1090); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184j Rn. 1.

<sup>27</sup> *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (21): „Der Sache nach wird Gehilfenstrafbarkeit in subjektiver Hinsicht erweitert.“

<sup>28</sup> Nach *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 184j Rn. 8; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184j Rn. 16; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB § 184j Rn. 15 ist Beteiligung in mittelbarer Täterschaft ausgeschlossen.

<sup>29</sup> *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 184j Rn. 5; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (21); *Noltenius*, in: SK-StGB, § 184j Rn. 7.

<sup>30</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184j Rn. 5.

<sup>31</sup> *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (21).

zumal dann vielleicht auch den Gesetzgebenden die Augen dafür geöffnet würden, dass die aus der Gruppe heraus begangene Einzeltat nur eine „rechtswidrige Tat“ und keine „Straftat“ sein muss.

Die scharfe Kritik, § 184j StGB sei eine Vorschrift, die ihrer inneren Widersprüchlichkeit wegen unanwendbar ist,<sup>32</sup> ist jedenfalls in einem Punkt berechtigt: unanwendbar ist § 184j StGB gegenüber der Person, die die „Straftat nach den §§ 177 oder 184i“ begangen hat und damit die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt. Denn dieser Täter kann den objektiven Tatbestand des § 184j StGB nicht erfüllen. Dazu müsste er nämlich durch seine Beteiligung an der Personengruppe eine Straftat „fördern“. Diese Straftat ist nicht irgendeine Tat, sondern die Tat, die er selbst begangen hat. Es wäre aber kompletter Unsinn zu sagen, der Täter habe seine eigene Tat durch seine Beteiligung an der Personengruppe „gefördert“. Er hat die Tat nicht gefördert, sondern „begangen“. Daher ist er Täter dieser Tat. Förderung ist ein Synonym für Beihilfe.<sup>33</sup> Kein Täter kann sein eigener Gehilfe sein. Dieser Täter ist aus § 177 StGB oder aus § 184i StGB strafbar, nicht aber aus § 184j StGB. Das ist nicht Konsequenz der gesetzlich angeordneten Subsidiarität des § 18 j StGB (dazu unter 4.). Anders verhält es sich vielleicht, wenn es mehrere Täter gibt. Die jeweilige Tatbegehung könnte zugleich Förderung der Tatbegehung des anderen Täters ein.

### 3. Objektive Strafbarkeitsbedingung

Die „Straftat nach den §§ 177 oder 184i“ ist nach ganz h.M. eine objektive Strafbarkeitsbedingung.<sup>34</sup> Das Gesetz<sup>35</sup> macht dies dadurch kenntlich, dass es diese Strafbarkeitsvoraussetzung in der Struktur der Vorschrift in einen mit „wenn“ beginnenden Konditionalsatz hinter die Strafdrohung „wird ... bestraft“ stellt. Diese Technik wird auch z.B. bei § 231 Abs. 1 StGB und § 323a Abs. 1 StGB praktiziert. Bei § 186 StGB und § 283 Abs. 6 StGB ist zwar die Satzstellung eine andere, der Nebensatz wird aber mit „wenn“ eingeleitet, was offenbar ein Indiz für eine objektive Strafbarkeitsbedingung sein soll.<sup>36</sup> Bestätigung findet diese Annahme im Ordnungswidrigkeitenrecht durch § 130 Abs. 1 OWiG. Die „Zuwerhandlung“ ist eine objektive Ahndbarkeitsbedingung der Ordnungswidrigkeit „Aufsichtspflichtverletzung“.<sup>37</sup> Dass man sich auf das sprachliche Erkennungszeichen „Wenn“ nicht immer verlassen kann, bestätigt § 14 Abs. 2 des Brandenburgischen Pressegesetzes: Die einleitenden Worte „Ist durch

ein Druckwerk der Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht worden“ beschreiben nach ganz h.M. eine objektive Strafbarkeitsbedingung, von deren Erfüllung die Sonderstrafbarkeit des verantwortlichen Redakteurs oder Verlegers abhängig ist.<sup>38</sup> Um einen Konditionalsatz handelt es sich dabei aber gleichwohl, denn man könnte auch das Wort „ist“ ans Halbsatzende verschieben und müsste dann am Anfang das Wort „Wenn“ einfügen. Die Tatsachen, durch die objektive Strafbarkeitsbedingungen erfüllt werden, gehören nicht zum objektiven Tatbestand. Vorsatz und Fahrlässigkeit brauchen sich auf diese Tatsachen nicht zu beziehen.<sup>39</sup> Damit wird die Strafbarkeit ausgedehnt. Zudem wird durch die konkrete Ausgestaltung der objektiven Strafbarkeitsbedingung in § 184j StGB die Herstellung der Urteilsgrundlage im Verfahren erleichtert, weil es im Idealfall nicht notwendig ist, aufzuklären, welche Person das Opfer sexuell belästigt oder angegriffen hat. Das Gesetz verlangt nur, dass diese Tat „von einem Beteiligten der Gruppe“ begangen worden ist. Diesen Entlastungseffekt hat jedoch die Anhebung der Strafbarkeitsschwelle durch Verwendung des Wortes „Straftat“ weitgehend zunichte gemacht. Wäre „Straftat“ durch die Bezeichnung „rechtswidrige Tat“ ersetzt worden, würde im Prozess die Feststellung genügen, dass irgendein Beteiligter der Gruppe eine sexuelle Belästigung oder einen sexuellen Übergriff begangen hat. Eine Identifikation des konkreten Täters wäre nicht notwendig. Da aber nach dem Gesetz strafbares Verhalten erforderlich ist, muss ausgeschlossen werden, dass die Tat von einem Gruppenbeteiligten begangen worden ist, der schuldunfähig gewesen ist. Ist unter den Beteiligten auch nur einer, der sich möglicherweise im Zustand der Schuldunfähigkeit befunden hat, muss zumindest geklärt werden, dass entweder er doch schuldfähig oder er nicht der Täter war. Lassen sich beachtliche Zweifel nicht ausräumen, ist in dubio pro reo das Strafverfahren auf der Grundlage der Annahme zu beenden, dass das Sexualdelikt einem Schuldunfähigen zuzurechnen und deshalb keine „Straftat“ ist. Man kann sich die Schwierigkeiten vorstellen, die im nicht unrealistischen Fall einer Vielzahl von erheblich alkoholisierten Gruppenbeteiligten die praktische Anwendung des § 184j StGB belasten.

### 4. Subsidiarität

Die Strafbarkeit aus § 184j StGB steht unter dem Vorbehalt, dass die „Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Diese Subsidiarität scheint am eindeutigsten den Beteiligten zu betreffen, der durch

<sup>32</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184j Rn. 1.

<sup>33</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184j Rn. 13.

<sup>34</sup> Valerius, in: BeckOK-StGB, § 184j Rn. 6; Hörnle, NSTZ 2017, 13 (21); Lackner/Kühl, StGB, § 184j Rn. 6; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184j Rn. 13; Noltenius, in: SK-StGB, § 184j Rn. 13.

<sup>35</sup> Nach Eisele/Heinrich, Strafrecht AT, 2017, Rn. 93 sind objektive Strafbarkeitsbedingungen „im Gesetz festgeschriebene Voraussetzungen“ der Strafbarkeit, auf die sich der Vorsatz nicht beziehen muss. Woran genau man das im Text der jeweiligen Vorschrift erkennt, wird aber nicht erklärt. Das ist ein Manko, zumal die Autoren zutreffend hervorheben, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen „von den objektiven Tatbestandsmerkmalen strikt zu unterscheiden“ sind. Studierende werden nichts anderes tun können als die einschlägigen Fälle auswendig zu lernen.

<sup>36</sup> Rönnau, JuS 2011, 697.

<sup>37</sup> Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 130 Rn. 77.

<sup>38</sup> Kühl, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. (2015), § 20 LPG Rn. 144.

<sup>39</sup> Hörnle, NSTZ 2017, 13 (21); Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), § 53 III 1; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 13 Rn. 126; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 48. Aufl. (2019), Rn. 214.

seine Straftat die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt hat. Ist die Straftat ein sexueller Übergriff i.S.d. § 177 StGB, liegt der Sanktionierung ein erheblich höherer Strafrahmen zugrunde. Aber auch im Falle einer sexuellen Belästigung i.S.d. § 184i StGB wird die „schwerere Strafe“ ihren Rechtsgrund in dieser Vorschrift haben, da wegen der Mitwirkung der anderen Gruppenangehörigen ein besonders schwerer Fall i.S.d. § 184i Abs. 2 S. 2 StGB vorliegen wird. Oben wurde aber schon erklärt, wieso die Subsidiaritätsklausel bei dem Täter der Straftat ins Leere geht, sofern es nicht wenigstens noch einen zweiten Täter gibt. Der Täter fördert die begangene Straftat nicht, er hat sie begangen. Das hat jedoch zur Folge, dass sein Verhalten den objektiven Tatbestand des § 184j StGB nicht erfüllt. Wer „nur“ als Beteiligter die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 184j StGB erfüllt hat, ist qua Subsidiarität ausschließlich aus dem wegen seines höheren Strafniveaus vorrangigen Straftatbestand strafbar. Dabei spielt es nach h.M. keine Rolle, ob dieser Straftatbestand die sexuelle Selbstbestimmung oder ein anderes Rechtsgut schützt. Wenn also ein Gruppenmitglied in dem Gedränge einem anderen Gruppenmitglied die Geldbörse stiehlt, tritt § 184j StGB hinter § 242 StGB zurück.<sup>40</sup> Diese An-

sicht zu vertreten ist zumindest dann inkonsequent, wenn zugleich die „sexuelle Selbstbestimmung“ als das von § 184j StGB geschützte Rechtsgut angegeben wird.<sup>41</sup> Vorzugswürdig ist daher wie bei § 184i StGB (oben II. 4) eine Beschränkung der Subsidiarität auf die Konkurrenz mit Tatbeständen, die den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung bezwecken. Erfüllt jemand die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 184j StGB und des § 242 StGB, ist er aus § 184j StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit § 242 StGB strafbar.

#### IV. Schluss

Die Berechtigung der Klage über die Zunahme schlecht gemachter Gesetze wird sowohl durch § 184i StGB als auch durch § 184j StGB belegt. Der Grund dafür dürfte auch darin zu sehen sein, dass an den Universitäten im Jura Studium nicht gelehrt und nicht gelernt wird, wie man Gesetze entwirft und herstellt. Gesetzgebungslehre müsste neben anderen Grundlagenfächern wieder größere Bedeutung in den Lehrprogrammen der Rechtsfakultäten gewinnen. Dann wird es bestimmt irgendwann mehr gute Gesetze geben.

<sup>40</sup> Fischer, StGB, § 184j Rn. 22; Lackner/Kühl, StGB, § 184j Rn. 8; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184j Rn. 16; Noltenius, in: SK-StGB, § 184j Rn. 18.

<sup>41</sup> So Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184j Rn. 1.

## Schon wieder: Der „Gaffer“ im Blickpunkt des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums vom 9. September 2019

von Dr. Maximilian Lenk\*

### Abstract

Das Bundesjustizministerium hat am 9. September 2019 einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes von Verstorbenen“ veröffentlicht, mit dem erneut dem Phänomen des „Gaffens“ begegnet werden soll. Der folgende Beitrag beleuchtet die geplanten Neuerungen, arbeitet die damit einhergehenden Probleme heraus und zeigt zum Schluss einen alternativen Regelungsvorschlag auf.

On 9 September 2019, the Federal Ministry of Justice published a draft bill for an "Act Amending the Criminal Code - Improving the Protection of the Personality of the Deceased", which is intended to counter the phenomenon of "gaffing" once again. The following article examines the planned innovations, points out the associated problems and finally presents an alternative regulatory proposal.

### I. Einleitung

Der ehemalige Bundesjustizminister *Heiko Maas* wird wohl nicht als ministerialer Wahrer eines subsidiären Rechtsgüterschutzes und der fragmentarischen Natur des Strafrechts in die Geschichte eingehen. Schenkt man seinem Leitspruch „Modernes Recht für eine moderne Gesellschaft“ Glaube, muss konstatiert werden, dass die moderne Gesellschaft in besonderer Weise auf das Strafrecht angewiesen ist, dieses also das besagte „moderne Recht“ darstellt.<sup>1</sup> Die nunmehr amtierende Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* scheint seine Nachfolge in dieselbe Richtung antreten zu wollen, indem sie die von *Maas* offengelassenen strafrechtlichen Schutzlücken nun schließt.

Mit dem Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften aus dem Jahr 2017 wurde § 323c Abs. 2 StGB neu eingefügt.<sup>2</sup> Durch die Strafvorschrift soll schaulustigen „Gaffern“ das Handwerk gelegt werden, indem bestraft wird, wer bei einem Unglücksfall, einer gemeinen Gefahr oder Not eine hilfeleistende Person behindert.<sup>3</sup> Der neuen *Justizministerin*

scheint das nicht zu reichen. Nach dem Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes von Verstorbenen“ ihres Ministeriums vom 9. September 2019 soll der postmortale Persönlichkeitsschutz effektiviert werden, indem das Strafrecht Bildaufnahmen Verstorbener unter bestimmten Voraussetzungen untersagt. Anlass ist wiederum, dass Schaulustige bei Unfällen immer häufiger entsprechende Bildaufnahmen anfertigen.<sup>4</sup> Dieser Referentenentwurf hat inhaltlich unverändert – und angereichert um die Strafbarkeit des sog. Upskirtings – inzwischen bereits Eingang in einen Gesetzentwurf der Bundesregierung gefunden.<sup>5</sup>

Der folgende Beitrag beschäftigt sich einzig mit dem angestrebten effektiveren Persönlichkeitsschutz Verstorbener.

### II. Gesetzgebungsgeschichte des postmortalen Persönlichkeitsschutzes durch Strafrecht

Die Forderung nach einem solchen Straftatbestand ist keineswegs neu. Bereits bei der Einführung des § 201a StGB im Jahr 2004 wurde die Einbeziehung Verstorbener in den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz angeregt, damals aber nicht weiter verfolgt.<sup>6</sup> Im Gesetzgebungsverfahren, welches schließlich in § 323c Abs. 2 StGB mündete, schlug der Bundesrat eine ähnliche Regelung vor, mit der dem Persönlichkeitsschutz Verstorbener Rechnung getragen werden sollte.<sup>7</sup> Nachdem der Bundestag § 323c Abs. 2 StGB noch verabschiedete, fiel das übrige Gesetzgebungsverfahren – und damit auch der Vorstoß zu § 201a StGB – der sachlichen Diskontinuität des Bundestags zum Opfer. Der Bundesrat bekräftigte inzwischen sein Anliegen durch eine neue, inhaltlich gleichbleibende Initiative.<sup>8</sup>

Der Bundesrat schlägt darin vor, bei § 201a Abs. 1 StGB eine neue Nr. 3 einzufügen, wonach bestraft wird, wer von einer verstorbenen Person eine Bildaufnahme, die diese zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt. Die bislang in Nr. 3 und Nr. 4 geregelten Tatbestandsvarianten sollten angepasst und bzgl. der neu einzufügenden Nr. 3 ausgedehnt werden. Absatz 2 soll entsprechend ergänzt

\* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Bernd Hecker an der Universität Tübingen.

<sup>1</sup> Vgl. zur so überschriebenen rechtspolitischen Bilanz für die 18. Legislaturperiode *Maas*, ZRP 2017, 130.

<sup>2</sup> BGBl. I 2017, S. 1226.

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa *Lenk*, JuS 2018, 229.

<sup>4</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 1 (abrufbar: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personlichkeitsschutz\\_Verstorbene.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personlichkeitsschutz_Verstorbene.html) (zuletzt abgerufen am 22.10.2019)).

<sup>5</sup> Im Folgenden RegE, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/RegE\\_Verbesserung\\_Personlichkeitsschutz.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/RegE_Verbesserung_Personlichkeitsschutz.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

<sup>6</sup> Hierzu *Kühl*, AfP 2004, 190 (195), von dem ebenjene Anregung stammt.

<sup>7</sup> Vgl. BR-Drs. 226/16; BT-Drs. 18/9327;

<sup>8</sup> Zur erneuten Einbringung BR-Drs. 41/18 und BR-Drs. 142/19; BT-Drs. 19/1594.

werden, indem nach dem Wort „anderen“ die Wörter „oder verstorbenen“ eingefügt werden. Mit einem neuen Absatz 4 möchte der Bundesrat überdies die Versuchsstrafbarkeit einführen.<sup>9</sup> Er begründet den Gesetzesvorstoß damit, dass der strafrechtliche Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs nur dann umfassend gewährleistet sei, wenn nicht nur der „Tod“ als Sterbevorgang selbst, sondern auch der Verstorbene vor unbefugten Bildaufnahmen geschützt ist.<sup>10</sup> Während die Bundesregierung zunächst nur die sorgfältige Prüfung des Gesetzentwurfs zusagte,<sup>11</sup> gab sie zwischenzeitlich zu verstehen, dass sie das Anliegen unterstütze, den strafrechtlichen Schutz Verstorbener vor der Herstellung und Verbreitung bloßstellender Aufnahmen zu verbessern und prüfe, wie dies rechtstechnisch am besten umgesetzt werden könne.<sup>12</sup> Im jüngsten Referentenentwurf und dem darauf folgenden Gesetzentwurf hat diese Prüfung ihr vorläufiges Ende gefunden.

### III. Die Pläne des Referentenentwurfs im jüngsten Gesetzentwurf der Bundesregierung

Die Pläne des Referentenentwurfs haben sich im Gesetzentwurf wie folgt niedergeschlagen:<sup>13</sup>

- Änderung der Überschrift von § 201a StGB: „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen“.
- Einführung eines neuen § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB: Danach wird derjenige bestraft, wer „eine Bildaufnahme, die in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt“.
- Die bislang in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB geregelte Strafbarkeit des Gebrauchs oder Zugänglichmachens einer solchen Bildaufnahme soll in § 201a Abs. 1 Nr. 5 E-StGB verschoben werden und ebenso den neuen Straftatbestand in Nr. 3 mitumfassen.
- § 201a Abs. 1 Nr. 6 E-StGB erweitert die – bislang in Nr. 4 – geregelte Strafbarkeit entsprechend auf die neu einzuführende Nr. 3. Damit wird die wissenschaftlich unbefugte Zugänglichmachung einer zunächst befugten Bildaufnahme der in Nr. 3 bezeichneten Art strafbar. Insoweit – nur bezogen auf die neue Nr. 3 – kommt es auf die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs nicht an.
- Absatz 2, der bislang denjenigen bestraft, der unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abge-

bildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht, wird um einen Satz 2 ergänzt, wonach dies unter den gleichen Voraussetzungen auch für eine Bildaufnahme einer verstorbenen Person gilt.

- Die neuen Straftatbestände finden schließlich Eingang in den Tatbestandsausschluss bzw. Rechtfertigungsgrund (str.) des § 201a Abs. 4 StGB.
- Da § 201a StGB ein relatives Antragsdelikt ist (vgl. § 205 Abs. 1 S. 2 StGB), spricht ein neu einzufügender § 205 Abs. 2 S. 4 E-StGB für die Fälle des § 201a Abs. 1 Nr. 3 und § 201a Abs. 2 S. 2 E-StGB das Antragsrecht den in § 77 Abs. 2 StGB bezeichneten Angehörigen zu.

Wie bereits angesprochen, sieht sich das Bundesjustizministerium zu dieser Regelung veranlasst, weil die zunehmende Verfügbarkeit von Kameras (insb. verbaut in Smartphones) immer häufiger dazu führt, dass Schaulustige bei Unfällen oder Unglücksfällen Bildaufnahmen vom Geschehen und dabei verletzten und verstorbenen Personen anfertigen und diese zudem über soziale Netzwerke verbreiten oder mitunter an die Medien weitergeben.<sup>14</sup> Ähnlich wie der Bundesrat erachtet das Bundesjustizministerium bislang einen effektiven postmortalen Persönlichkeitsschutz auch im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen des Angehörigen, das Andenken der verstorbenen Person zu bewahren, für nicht hinreichend gewährleistet, weshalb es den Schutz des § 201a StGB auf verstorbene Personen ausweiten will.<sup>15</sup> Dabei geht der Referentenentwurf zutreffend davon aus, dass der persönliche Schutzbereich der Vorschrift bislang auf lebende Personen begrenzt ist.<sup>16</sup> Richtig ist auch, dass § 33 Kunst-UrhG nur die Verbreitung des Bildnisses eines Verstorbenen ohne die Einwilligung der Angehörigen (vgl. § 22 S. 3 KunstUrhG), nicht aber die bloße Fertigung der Aufnahme unter Strafe stellt.<sup>17</sup>

In der Tat erscheint die bisherige Rechtslage im Ausgangspunkt wenig sinnig, die denjenigen bestraft, der das noch lebende (Unfall-)Opfer abfotografiert, hingegen andere straffrei stellt, deren Kameras auf das bereits verstorbene (Unfall-)Opfer gerichtet waren. Nicht zuletzt im Hinblick auf makabre Verteidigungsstrategien (etwa: „Ich dachte, das Opfer sei schon tot“) erscheinen die unterschiedlichen strafrechtlichen Konsequenzen kaum nachvollziehbar.

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/9327, S. 7; BT-Drs. 19/1594, S. 5.

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/9327, S. 11; BT-Drs. 19/1594, S. 8.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9327, S. 12.

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 19/1594, S. 10.

<sup>13</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 3; Änderungen zum Referentenentwurf ergeben sich im RegE nur insoweit, als die (ebenso) neu einzufügende Nr. 4 das sog. Upskirting unter Strafe stellen soll, wodurch die übrigen Ziffern um eine Stelle nach hinten versetzt werden.

<sup>14</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 1; ganz ähnlich bereits in BT-Drs. 18/9327, S. 1; BT-Drs. 19/1594, S. 1.

<sup>15</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 1.

<sup>16</sup> Dazu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 201a Rn. 6; *Kargl*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 201a Rn. 22; näher *Sauren*, ZUM 2005, 425 (430 f.); krit. anerkennend auch *Kühl*, AfP 2004, 190 (195). Anders aber beispielsweise in der Schweiz, wo das Schweizerische Bundesgericht (BGE) die Verurteilung wegen Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (§ 179quater StGB) des Stern- Fotografen aufrechterhielt, der den ehemaligen Ministerpräsidenten *Uwe Barschel* tot in der Badewanne seines Genfer Hotelzimmers auffand, vgl. BGE, NJW 1994, 504.

<sup>17</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 1; ebenso RegE, S. 1.

## IV. Kritik

### 1. Grundsätzliches

Ob die Aufnahme verstorbener Personen in den Schutzbereich des § 201a StGB im Grundsatz begrüßenswert ist oder nicht, hängt in erster Linie von der (eher akademischen) Streitfrage ab, welche Aufgabe man einem solchen Straftatbestand zuschreibt. Verortet man diese beim Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts, lässt sich leicht argumentieren, dass verstorbene Personen erst recht „hilflos“ und daher eines solchen strafrechtlichen Schutzes bedürftig sind; zumal ein schutzwürdiges Interesse an entsprechenden Aufnahmen regelmäßig nicht besteht.<sup>18</sup> Der Gesetzgeber vermittelt aber zunehmend den Eindruck, dass es ihm weniger um den Individualschutz als vielmehr darum geht, bestimmte medial skandalisierte Verhaltensweisen einzufangen und zu unterbinden.<sup>19</sup> In soweit betont der vorliegende Entwurf vor allem auch die generalpräventive Wirkung, die einem solchen Straftatbestand im Hinblick auf das Phänomen Schaulustiger und deren Verhalten bei Unglücken zukommt.<sup>20</sup> Die Kritik eines symbolischen Zeichen-Setzens, mit dem das Strafrecht den moralischen Zeigefinger über anstößiges, widerliches oder unmoralisches Verhalten erhebt, trifft damit in gewisser Weise auch den Referentenentwurf.<sup>21</sup> Dem Gesetzgeber deshalb seinen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum abzusprechen, scheint aber vermessen, weshalb es sich mehr lohnt, den einzelnen Tatmodalitäten auf den Grund zu gehen.

### 2. Änderung der Überschrift

Mit der beabsichtigten Einbeziehung verstorbener Personen sehen sich die Entwurfsschreiber dazu veranlasst, die Überschrift hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte zu erweitern. Grund hierfür ist, dass zum höchstpersönlichen Lebensbereich zwar die Phasen der Krankheit bis hin zum Tod zählen. Die Bildaufnahme Verstorbener soll hingegen den höchstpersönlichen Lebensbereich nicht mehr tangieren.<sup>22</sup> Mit dem umfassenden Begriff der „Persönlichkeitsrechte“ will der Referentenentwurf sowohl dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das nur lebenden Personen zusteht, wie auch dem postmortalen Persönlichkeitsschutz als einem Kernbereich dessen, was den Verstorbenen in seinem Leben ausmachte und prägte, Rechnung tragen.<sup>23</sup> Was zunächst als reine Gesetzeskosmetik

erscheint, hat für die Neuerungen der Vorschrift durchaus Konsequenzen, weil der höchstpersönliche Lebensbereich nicht nur Rechtsgut, sondern darüber hinaus explizit genannter tatbestandlicher Erfolg des § 201a Abs. 1 StGB ist.<sup>24</sup>

### 3. Zu § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB

Kernstück des Entwurfs ist § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB. Anders als der Bundesrat, der lediglich das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme von einer verstorbenen Person, die diese zur Schau stellt, für die Strafbarkeit ausreichen lassen möchte, plädiert der Referentenentwurf und darauf aufbauend der RegE für das einschränkende Kriterium, wonach die Bildaufnahme die verstorbene Person „in grob anstößiger Weise“ zur Schau stellt. In der Begründung heißt es dazu, dass andernfalls auch die Bildaufnahme einer im Rahmen einer Trauerfeier aufgebahrten Leiche erfasst sein könnte, was als über die Regelungsin-tention hinausgehend abzulehnen sei.<sup>25</sup>

Die Intention einer tatbestandlichen Einschränkung ist nachvollziehbar und begrüßenswert. Ob das mit einem solch äußerst unbestimmten Rechtsbegriff gelingt, ist zweifelhaft, obgleich sich das begriffliche Pendant in § 219a StGB (Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft) – oder auch in § 119 OWiG (Grob anstößige und belästigende Handlungen) – wiederfindet. Substanzieller Gewinn folgt daraus nicht: so wird bei § 219a StGB grob anstößiges Werben damit umschrieben, dass sie die nach den allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des Anstands weit überschreitet<sup>26</sup> oder geeignet ist, das Empfinden anderer Menschen zu verletzen.<sup>27</sup> Auch von „anreißerischem“ Werben ist die Rede.<sup>28</sup> Der Kontext ist bei § 201a StGB freilich ein anderer. Der Referentenentwurf präzisiert die „grob anstößige“ Bildaufnahme dann auch wie folgt:

„Grob anstößig ist eine Bildaufnahme, wenn der Inhalt der Aufnahme unter Missachtung des postmortalen Achtungsanspruchs den über den Tod hinauswirkenden sittlichen Geltungswert der verstorbenen Person verletzt. Zu denken ist hier beispielsweise an Fälle, in denen eine Person verunglückt und ihr lebloser Körper verletzt und blutend oder entblößt am Boden liegend mittels Bildaufnahme zur Schau gestellt wird, ohne dass dies zwingend geeignet sein muss, ihrem Ansehen erheblich zu schaden.“

<sup>18</sup> So etwa *Graf*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 201a Rn. 20, der den Schutz gegen bloßstellende Aufnahmen verstorbener Personen für „sehr wünschenswert“ hält.

<sup>19</sup> Vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, § 201a Rn. 9, der von einem „reflexhaften, auf mediale Skandalisierung hyperaktiv reagierenden Strafrechts“ spricht.

<sup>20</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 5; RegE, S. 6.

<sup>21</sup> Vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, § 201a Rn. 9; überaus kritisch bereits *Nehm*, ZRP 2016, 158 („Härtere Strafen für Gaffer?“): „Verschonene wir Staatsanwälte und Richter. Sie haben Wichtigeres zu tun. Bewahren wir sie vor dem aussichtslosen Unterfangen, über menschlichen Anstand richten zu müssen. Bestrafen wir die Gaffer mit sozialer Missachtung!“. Das aber durchaus befürwortend (wenngleich in anderem Zusammenhang) *Kühl*, AfP 2004, 190 (194): „Es geht beim Persönlichkeitsschutz nicht nur um die Überwindung äußerer Hindernisse, sondern auch um ideelle („Anstands“-) Grenzen, deren Einhaltung nicht nur die Moral, sondern auch das (Straf-)Recht fordern sollte.“

<sup>22</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 8.

<sup>23</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 8.

<sup>24</sup> So instruktiv *Kühl*, AfP 2004, 190 (195 f.).

<sup>25</sup> So BMJV, Referentenentwurf, S. 6 (ferner S. 9); RegE, S. 11.

<sup>26</sup> Vgl. dazu *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 219a Rn. 5.

<sup>27</sup> Hierzu *Merkel*, in: NK-StGB, § 219a Rn. 15.

<sup>28</sup> Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 219a Rn. 5.

Maßgeblich ist dabei die objektive Eignung der Bildaufnahme hierzu, nicht die Vorstellung des Täters. Kennt der Täter die Umstände, aus denen sich die grobe Anstößigkeit ergibt, handelt er auch dann vorsätzlich, wenn er selbst keinen Anstoß nimmt.<sup>29</sup>

Wenngleich maßgeblicher Anlass des Referentenentwurfs die Bildaufnahmen Schaulistiger bei Verkehrsunfällen bildet, stellt das Gesetz nicht auf die „grob anstößigen“ Umstände der Aufnahme Verstorbener ab, sondern auf den „grob anstößigen“ Inhalt der Abbildung. Vom Schutzzut ist das freilich verständlich und richtig; die „grob anstößige“ von der nur „anstößigen“ und damit grds. legitimen Abbildung zu unterscheiden bleibt jedoch außerordentlich schwierig. Insbesondere wird es im Einzelfall – wie bei lebenden Personen – darauf ankommen, inwieweit der/die abgebildete Verstorbene identifizierbar ist.<sup>30</sup> Von daher darf bezweifelt werden, dass die Bild- und Videoaufzeichnungen vorbeifahrender Autofahrer oder Mitfahrer an Verkehrsunfallgeschehen häufig dem Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB unterfallen. Die Unschärfe der bewegten Bilder, die Entfernung zum Unfallort, die Unfallstelle abschirmende Fahrzeuge von Rettungskräften etc. verhindern die Identifizierbarkeit zu meist.

Bemerkenswert mutet weiterhin an, dass § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB anders als alle bisherigen Tatvarianten des § 201a Nr. 1-4 StGB keinen Verletzungserfolg in der Form erfordert, dass durch die Tathandlungen der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt wird.<sup>31</sup> Der Referentenentwurf geht (wohl) davon aus, dass der höchstpersönliche Lebensbereich eines Verstorbenen nicht mehr verletzt werden kann und bewertet deshalb einen solchen Tatbestandserfolg als sowohl inhaltlich wie begrifflich ungeeignet.<sup>32</sup> Demnach stellt § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar.

An dieser Stelle soll zu bedenken gegeben werden, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz graduell weniger schutzwürdig als das allgemeine Persönlichkeitsrecht lebender Personen ist, da Gegenstand des postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht mehr die zukünftige Entfaltung der Persönlichkeit sein kann.<sup>33</sup> Zwar findet der postmortale Persönlichkeitsschutz seine Begründung unmittelbar in Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>34</sup> Er bewahrt den Verstorbenen davor, erniedrigt und herabgewürdigt zu werden und schützt den sittlichen, personalen und sozialen Geltungswert, den die Person durch ihre Lebensleistung erworben hat.<sup>35</sup> Für die Annahme, dass der Gebrauch eines Grundrechts aber

tatsächlich auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt, sie also nicht nur berührt, sondern „treffend verletzt“<sup>36</sup>, fordert das *BVerfG* eine umso sorgfältigere Begründung.<sup>37</sup> Der Zweck des § 201a StGB liegt gerade auch im präventiven Schutz der Persönlichkeit, als entsprechende Bildaufnahmen erst gar nicht entstehen sollen, um dem Einzelnen (spätere) Unannehmlichkeiten zu ersparen. Dieser Grund trägt beim Verstorbenen nicht, weil Beeinträchtigungen seines zukünftigen sozialen Wirkens nicht mehr möglich sind. Mit Blick auf die Wertungskohärenz der Norm erscheint deshalb kaum gerechtfertigt, dass innerhalb derselben das weniger schutzwürdige Rechtsgut durch abstraktes Gefährdungsdelikt, das stärkere hingegen (nur) durch Erfolgsdelikt geschützt wird; dies zumal der Strafraum derselbe ist.

Es liegt nicht fern, dass die (ohnehin zahlreichen) Kritiker des Verletzungserfolgs in § 201a Abs. 1 StGB darin ihre Chance wittern, eine umfängliche Reform des Absatzes 1 anzustoßen, um den tatbestandlichen Verletzungserfolg gänzlich aus der Vorschrift zu streichen.<sup>38</sup>

#### 4. Zu § 201a Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 E-StGB

Redaktionell angepasst werden sollen die bislang in Nr. 3 und Nr. 4 gelisteten Straftatbestände und in diesem Zug auf die Bildaufnahmen Verstorbener erweitert werden. Hinsichtlich der Tatmodalitäten gelten die bisherigen Auslegungsgrundsätze. Durch eine etwas umständliche Umformulierung wird § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB vom Erfordernis des Verletzungserfolgs bei § 201a Abs. 1 Nr. 6 E-StGB ebenfalls freigestellt (vgl. oben). Nachvollziehbar will der Referentenentwurf damit ein gleiches Schutzniveau für alle Bildaufnahmen gewährleisten;<sup>39</sup> zwingend erscheint aber auch dies – wiederum vor dem Hintergrund unterschiedlich gewichtiger Schutzgüter (vgl. oben) – nicht.

#### 5. Zu § 201a Abs. 2 E-StGB

Der durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr eingefügte § 201a Abs. 2 StGB<sup>40</sup> soll nach der Intention des Entwurfs ebenfalls auf Bildaufnahmen Verstorbener erweitert werden. Gesetzestechnisch weicht der Vorschlag der Bundesregierung von dem des Bundesrats ab. Letzter schlug vor, nach dem Wort „anderen“ die Wörter „oder verstorbenen“ einzufügen.<sup>41</sup> Der jetzige Entwurf schlägt einen Satz 2 vor, wonach dies unter den gleichen Voraussetzungen auch für eine Bildaufnahme einer verstorbenen Person gilt. Die Abweichung hat (wohl) rein praktikable

<sup>29</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 9; RegE, S. 11.

<sup>30</sup> Vgl. *BGH*, NStZ 2015, 391; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 7.

<sup>31</sup> Dass § 201a Abs. 1 StGB durch den vorausgesetzten tatbestandlichen Erfolg Verletzungsdelikt ist, entspricht jedenfalls der h.M.: *OLG Koblenz*, NStZ 2009, 268; vgl. *Eisele*, JR 2005, 6 (9); *ders.*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 14; *Kühl*, AfP 2004, 190 (195); *ders.*, in: Lackner/Kühl, § 201a Rn. 3 m.w.N.; *Valerius*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 201a Rn. 29; diff. hingegen *Graf*, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 15.

<sup>32</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 9; RegE, S. 11.

<sup>33</sup> Vgl. *Leipold*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1922 Rn. 127 f.

<sup>34</sup> Vgl. bereits *BVerfGE* 30, 173 (194); *BVerfG*, NJW 2001, 2957 (2959).

<sup>35</sup> So *BVerfG*, NJW 2001, 2957 (2959).

<sup>36</sup> A.a.O.

<sup>37</sup> *BVerfGE* 93, 266 (293); *BVerfG*, NJW 2001, 2957 (2959).

<sup>38</sup> Hierfür bereits *Kühl*, AfP 2004, 190 (195), nicht zuletzt angesichts des (oft angestellten) Vergleichs zu § 201 StGB, der keinen entsprechenden Erfolg verlangt. Ferner (im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot) krit. *Bergmann*, NJW 2004, 2133 (2134); vgl. auch *Eisele*, JR 2005, 5 (9) „immer noch zu unscharfen Begriffs“; *ders.*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 14.

<sup>39</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 9.

<sup>40</sup> Vgl. BGBl. I, S. 10.

<sup>41</sup> S. BT-Drs. 19/1594, S. 5.

Gründe für die einfachere Verweisung innerhalb der Strafantragsvorschrift § 205 StGB. Dem Entwurf folgend kommt es auch insoweit auf ein lebendenden Personen gegenüber angeglichenes Schutzniveau an.<sup>42</sup> Ein Anwendungsbereich verbleibe der Vorschrift deshalb, weil nicht jede Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten verstorbenen Person erheblich zu schaden, diese auch in grob anstößiger Weise zur Schau stelle.<sup>43</sup>

Zur rechtspolitischen Diskussion steht aber, ob es der Regelung in § 201a Abs. 2 E-StGB tatsächlich bedarf oder ob dem postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht bereits durch § 201a Abs. 1 Nr. 3 (Nr. 5 und Nr. 6) E-StGB hinreichend Rechnung getragen ist. Mit dem bestehenden § 201a Abs. 2 StGB wollte der Gesetzgeber insbesondere ein Signal gegen das Phänomen des sog. Cybermobbing setzen.<sup>44</sup> Zuvorderst geht es darum, der allgegenwärtigen Diffamierung, Belästigung, Bedrängung und Nötigung mithilfe elektronischer Medien gegenüber (lebenden) Personen – insb. Kinder und Jugendlichen – entgegenzuwirken. Damit setzt die Vorschrift im Ausgangspunkt eine Gefahrenlage voraus, wie sie bei verstorbenen Personen so gar nicht besteht. Inkonsequent erscheint weiterhin, dass der Entwurf im Rahmen des Absatzes 2 auf das bei § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB für notwendig befundene Eingrenzungsmerkmal der groben Anstößigkeit der Bildaufnahme verzichtet. Kompensiert wird dies freilich teils dadurch, dass die Bildaufnahme die Eignung aufweisen muss, dem Ansehen der abgebildeten (verstorbenen) Person erheblich zu schaden. Die bereits bestehenden Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Vorschrift reduzieren sich jedenfalls nicht dadurch, dass dann auch die Schädigungseignung von Bildaufnahmen bzgl. des Ansehens verstorbener Personen rechtlich bemessen werden muss.<sup>45</sup>

#### 6. Ergänzung § 201a Abs. 4 StGB

Die Ergänzung des § 201a Abs. 4 StGB um Bildaufnahmen Verstorbener ist als Kehrseite des strafrechtlichen Schutzes folgerichtig.

#### 7. Keine Versuchsstrafbarkeit

Der Referenten- und nunmehr auch der Regierungsentwurf folgen dem Bundesrat nicht darin, für § 201a StGB die Versuchsstrafbarkeit aus der Taufe zu heben. Im Entwurf heißt es dazu, eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung sei aufgrund des (teilweisen) Gefährdungsdeliktscharakters und der niedrigen Höchststrafe nicht geboten.<sup>46</sup> Im Übrigen verweist der Entwurf auf die mangels einer Bildaufnahme entstehenden Nachweisschwierigkeiten.<sup>47</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen, zumal die Diskussion keine neue ist.<sup>48</sup>

## V. Fazit und Alternativvorschlag

Der Referentenentwurf kommt der Forderung nach einem effektiveren postmortalen Persönlichkeitsschutz nach, wie er bislang – jedenfalls verglichen mit dem Schutz lebender Personen vor Bildaufnahmen – nicht besteht. Folgt der Bundestag diesem durchaus berechtigten Anliegen, sollte das Gesetzgebungsverfahren Anlass dafür geben, seine konkrete gesetzliche Ausgestaltung zu überdenken. Fragwürdig erscheint insbesondere, ob der Referentenentwurf den Gerichten mit dem konturenlosen Erfordernis einen Gefallen tut, wonach die Bildaufnahme eine verstorbene Person „in grob anstößiger Weise“ zur Schau stellen muss; gegen ein eingrenzendes Kriterium ist freilich nichts einzuwenden. Wertungsinkohärent erscheint, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz durch das Strafrecht bereits bei abstrakten Gefährdungen greift, wohingegen der strafrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lebender Personen einen Verletzungserfolg voraussetzt, wo doch Letzteres aufgrund der anhaltenden sozialen Belastungen für lebende Personen schutzwürdiger ist. Schließlich muss dem Gesetzgeber klar sein, dass der Gesetzentwurf gegen die skandalösen Bild- und Videoaufzeichnungen vorbeifahrender Autofahrer oder Mitfahrer bei Verkehrsunfällen kein probates Mittel darstellt, sofern die aufgezeichneten Verstorbenen nicht identifizierbar sind. Hinsichtlich der angestrebten Änderung des Absatzes 2 steht die Notwendigkeit eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes insgesamt infrage. Begrüßenswert ist, dass der Entwurf – anders als die Initiative des Bundesrats – weiterhin von einer Versuchsstrafbarkeit absieht.

Alternativ wäre zu überlegen, den postmortalen Persönlichkeitsschutz entsprechend seinem Rangverhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht „schlanker“ auszugestalten. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere verstorbene Unfallopfer vor Bildaufnahmen zu schützen, legt es nahe, hierfür allein an die Regelung des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB anzuknüpfen. Dieser stellt bzgl. lebender Personen die unbefugte Herstellung oder Übertragung einer Bildaufnahme unter Strafe, welche die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt und dadurch den höchstpersönlichen Schutzbereich der abgebildeten Person verletzt. Die Tatvariante umfasst demnach vor allem Bildaufnahmen von Unfallopfern.<sup>49</sup> Zwar wird die Hilflosigkeit nur einer noch lebenden Person zugeschrieben werden können, weil sie auf bestehende Gefahren für Leib oder Leben einer Person abstellt,<sup>50</sup> die sich im Fall ihres Ablebens bereits im Tod realisiert haben. Gerade diese Unterscheidung scheint aber wegen der Zufälligkeit, ob das Unfallopfer noch lebt oder bereits verstorben ist, nicht sachgerecht (vgl. oben III.). Gleiches gilt für eine Verletzung des höchstpersönlichen Schutzbereichs, die im Fall der durch nicht nur unerhebliche Gefahren hervorgerufenen

<sup>42</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 9 f; RegE, S. 12.

<sup>43</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 10; RegE, S. 12.

<sup>44</sup> Vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 37; dazu jüngst *Jülicher*, NJW 2019, 2801 (2802).

<sup>45</sup> Zu den bereits bestehenden Bedenken bzgl. der Bestimmtheit s. *Busch*, NJW 2015, 977 (978); auch *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (314) m.w.N.

<sup>46</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 2; RegE, S. 8

<sup>47</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 2, unter Verweis auf *Eisele*, JR 2005, 5 (11).

<sup>48</sup> Vgl. zur Diskussion einer Versuchsstrafbarkeit bei Einführung des § 201a StGB *Eisele*, JR 2005, 5 (11).

<sup>49</sup> So ausdrücklich *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (314).

<sup>50</sup> Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 20; hierzu auch *ders./Sieber*, StV 2015, 312 (313 f.); vgl. auch im RegE, S. 11.

Hilflosigkeit ohnehin nur noch selten zu einer Einschränkung des Tatbestands führt.<sup>51</sup>

Eine solch „schlanke“ Lösung könnte in einen neuen § 201a Abs. 1 S. 2 E-StGB münden, der § 201a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 E-StGB für entsprechend anwendbar erklärt, wenn die (abgebildete) Person bereits verstorben ist. Mithilfe der Entsprechungsklausel würden die Merkmale der Hilflosigkeit und der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, die ansonsten ausschließlich bei lebenden Personen einschlägig sind, einzig für den Bereich des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB auf verstorbene Personen ausgeweitet: Dabei wäre den Merkmalen ein Verständnis zu-

grunde zu legen, wie wenn die verstorbene Person noch lebte. Eine solche Lösung wahrte die oben bemängelte Wertungskohärenz, vermied das mit dem Bestimmtheitsgebot konfligierende Merkmal der „groben Anstößigkeit“ und beschränkte den strafrechtlichen Schutz der postmortalen Persönlichkeit auf das Wesentliche. Mit einer die „Hilflosigkeit zur Schau stellenden Bildaufnahme“ würden Merkmale für die Neuregelung übernommen, die zum einen durch Wissenschaft und Praxis bereits hinreichend konkretisiert sind und zum anderen einschränkend wirkten, wie es der Gesetzentwurf – auf andere Weise – ebenso beabsichtigte.

---

<sup>51</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 23; ders./Sieber, StV 2015, 312 (314).

# Strafbarkeit der Bildaufnahmen des Intimbereichs durch sog. Upskirting

von Prof. Dr. Jörg Eisele und  
Wiss. Mit. Maren Straub\*

## Abstract

Die Strafbarkeit des Anfertigens von Bildaufnahmen des Intimbereichs durch sog. Upskirting ist ein Phänomen, das in jüngerer Zeit aufgrund medialer Berichterstattung zum Thema breiter öffentlicher Debatten wurde. Inzwischen wurden über den Bundesrat sowie durch die Bundesregierung zwei Gesetzentwürfe für einen neuen Straftatbestand vorgelegt. Der nachfolgende Beitrag setzt sich nicht nur kritisch mit diesen Gesetzentwürfen auseinander, sondern bettet solche Verhaltensweisen in einen größeren Kontext ein.

*The criminal liability of taking pictures of the genital area (Upskirting) is a phenomenon that has recently become a topic of a broad public discussion due to media reporting. In the meantime, two draft laws have been introduced by the German Bundesrat and the German Federal Government. The following article critically reviews these draft laws and embeds the behaviours in a larger context.*

## I. Einleitung

Ein Gesetzesantrag der Länder Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland<sup>1</sup> sowie ein Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>2</sup> möchten Bildaufnahmen des Intimbereichs und damit ein im anglo-amerikanischen Rechtskreis als „Upskirting“ bezeichnetes Verhalten unter Strafe stellen. Gemeint ist mit dem Begriff des Upskirtings das Herstellen von Bildaufnahmen, die (von unten) nach oben unter den Rock des Opfers erfolgen. Anlass für diese Gesetzesinitiative sind mediale Berichte über Bildaufnahmen, die dadurch angefertigt werden, dass den weiblichen Opfern – etwa mit Hilfe eines Selfiesticks – unter die Bekleidung fotografiert wird. In Großbritannien wurde in diesem Jahr ein entsprechender Tatbestand eingeführt,<sup>3</sup> nachdem die 27-jährige Aktivistin *Gina Martin* auf einem Musikfestival Opfer eines Upskirtings wurde und anschließend erfolgreich eine Petition für die Strafbarkeit solcher Handlungen in das Leben rief.<sup>4</sup> Die

Begründung des Länderentwurfs zum Vorschlag für einen neuen Straftatbestand weist freilich explizit darauf hin, dass für Deutschland keine empirisch verlässlichen Zahlen existierten, aber in England und Wales von einem „erheblichen“ Anstieg berichtet werde.<sup>5</sup> Der nachfolgende Beitrag möchte die Frage der Pönalisierung des Upskirtings unter Berücksichtigung der bestehenden Strafvorschriften über unbefugte Bildaufnahmen näher analysieren und in einen größeren inhaltlichen Kontext einordnen.

## II. Inhalt der Gesetzesvorschläge

Der Vorschlag der Länder sieht vor, in § 184k StGB-E einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der konstruktiv an die Regelung des § 201a StGB angelehnt ist.<sup>6</sup> Der Regelungsvorschlag eines Abs. 1 Var. 1 erfordert in objektiver Hinsicht das Herstellen einer Bildaufnahme, indem der Täter unter der Bekleidung des Opfers fotografiert oder filmt. Neben den allgemeinen Vorsatz – insoweit ist Eventualvorsatz ausreichend – hinsichtlich der Anfertigung einer Bildaufnahme unter der Bekleidung muss die zielgerichtete Absicht (*dolus directus* I. Grades) hinsichtlich der Herstellung einer Bildaufnahme des Intimbereichs treten. Es genügt also nicht, dass der Täter zwar vorsätzlich unter die Bekleidung fotografiert, hierbei aber nicht die Absicht hat, den Intimbereich abzubilden. Ergänzt werden soll die Strafbarkeit in Var. 2 dadurch, dass auch die Übertragung einer „derartigen Aufnahme“ einbezogen ist. Erforderlich ist also, dass eine Aufnahme nach Var. 1 vorliegt, d.h. unter die Bekleidung fotografiert oder gefilmt wird.<sup>7</sup> Abs. 2 soll entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB die Tathandlungen erweitern und möchte auch das Gebrauchen und das einem Dritten Zugänglichmachen einer nach Abs. 1 hergestellten Bildaufnahme unter Strafe stellen. In Abs. 3 und Abs. 4 wird – in Parallele zu § 201a Abs. 5 StGB und § 205 Abs. 1 S. 2 StGB – das Strafantragserfordernis sowie die Einziehung geregelt.

\* Der Autor *Eisele* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Universität Tübingen; die Autorin *Straub* ist Akad. Mitarbeiterin am vorgenannten Lehrstuhl.

<sup>1</sup> BR-Drs. 443/19.

<sup>2</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Verbesserung\\_Personlichkeitsschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Personlichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>3</sup> Dazu unten IV.

<sup>4</sup> Vgl. <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/upskirting-grossbritannien-verbietet-fotografieren-unter-frauenroecke/23877438.html> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019); eine entsprechende Online-Petition in Deutschland wurde mehr als 110.000 Mal unterschrieben; vgl. <https://www.merkur.de/welt/fotografieren-unter-rock-upskirting-soll-dank-petition-strafbar-werden-zr-12862454.html> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>5</sup> BR-Drs. 443/19, S. 6 und S. 12.

<sup>6</sup> Die Vorschrift soll wie folgt lauten:

(1) Wer absichtlich eine Bildaufnahme des Intimbereichs einer anderen Person unbefugt herstellt, indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt, oder eine derartige Aufnahme überträgt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

<sup>7</sup> Näher dazu unten VII 2 a).

Der zeitlich später vorgelegte Vorschlag der Bundesregierung möchte das Upskirting in § 201a Abs. 1 StGB als neue Nummer 4 integrieren. Bestraft werden soll demnach, wer „von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“. Durch Verweis soll dann auch hier das Gebrauchen und einem Dritten Zugänglichmachen erfasst werden. Für Strafantrag und Einziehung gelten die bereits in § 201a StGB getroffenen Regelungen.

### III. Begründung der Gesetzesvorschläge

Der Länderentwurf sieht durch das Upskirting das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Allgemeinen und das hieraus fließende Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Besonderen, das verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet wird, gefährdet.<sup>8</sup> Er verweist auf das Abwehrrecht des Einzelnen, nicht gegen seinen Willen zum Objekt sexuellen Begehrens anderer gemacht zu werden.<sup>9</sup> Dabei wird ähnlich wie bei der Einführung des § 201a StGB darauf Bezug genommen,<sup>10</sup> dass es mittels moderner Smartphones ein Leichtes sei, Bilder vom Intimbereich einer anderen Person anzufertigen.<sup>11</sup> Hinzukomme häufig eine Vertiefung der Rechtsgutsverletzung durch das Zugänglichmachen via Internet, zumal es oft nicht möglich sei, solche Aufnahmen wieder gänzlich zu löschen.<sup>12</sup> Auch im Übrigen zeigten sich Parallelen zu § 201a StGB, weil – ähnlich wie in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem gegen Einblick besonders geschützten Raum – der mit dem Kleidungsstück bezweckte Sichtschutz und damit ein vom Betroffenen gesetztes optisches Hindernis überwunden werden muss.<sup>13</sup> Der Entwurf der Bundesregierung bringt dies schon nach dem Wortlaut zum Ausdruck, wenn die entsprechenden Körperteile gerade gegen Anblick geschützt sein müssen.<sup>14</sup>

### IV. Blick auf ausländische Rechtsordnungen

Das Upskirting wird in anderen Staaten bereits teilweise pönalisiert.<sup>15</sup> Dabei lassen sich diejenigen Staaten, die solche Handlungen bestrafen, in zwei Gruppen gliedern. Die erste Gruppe umfasst diejenigen Staaten, die als Tathandlung explizit das Fotografieren unter die Bekleidung sanktionieren. Die zweite Gruppe stellen diejenigen Staaten dar, in denen das Upskirting unter bereits bestehende, weiter gefasste Straftatbestände subsumiert werden kann. Für erstere Gruppe ist die seit 2010 bestehende Strafvorschrift in Schottland<sup>16</sup> sowie die neue Strafnorm für England und Wales zu nennen.<sup>17</sup> Auch in Frankreich existiert ein entsprechender Straftatbestand, der darauf abstellt, dass der Intimbereich einer Person sichtbar gemacht wird, der durch die Kleidung vor den Augen Dritter verborgen ist.<sup>18</sup>

Eine umfassendere Strafbarkeit, die auch das Upskirting erfasst,<sup>19</sup> besteht etwa in der Schweiz mit Art. 179quater des schweizerischen StGB.<sup>20</sup> Erfasst werden Fälle, in denen der Täter eine nicht jedermann ohne Weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt. Hier wird das Upskirting demnach bereits von einem allgemeinen Straftatbestand erfasst, der die unbefugte Bildaufnahme regelt. In Belgien wird die Problematik dagegen ganz unabhängig von einer Bildaufnahme als sexistische Handlung pönalisiert.<sup>21</sup>

Im Gegensatz zu den deutschen Gesetzgebungsvorschlägen beinhalten die meisten ausländischen Strafvorschriften eine zusätzliche subjektive Voraussetzung, die einen sexuellen Bezug fordert. So wird in Australien das Filmen von sogenannten „private parts“ nur dann unter Strafe gestellt, wenn die Handlung in der Absicht vorgenommen wird, sich selbst oder einem Dritten eine sexuelle Befriedigung zu ermöglichen.<sup>22</sup> Durch diese Erweiterung des subjektiven Tatbestandes lässt sich die Handlung zugleich

<sup>8</sup> BR-Drs. 443/19, S. 4.

<sup>9</sup> BR-Drs. 443/19, S. 4 f. mit Verweis auf *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 174 ff. Rn. 1b.

<sup>10</sup> BR-Drs. 15/1891, S. 6.

<sup>11</sup> BR-Drs. 443/19, S. 4.

<sup>12</sup> BR-Drs. 443/19, S. 5 f.

<sup>13</sup> BR-Drs. 443/19, S. 4.

<sup>14</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Verbesserung\\_Persoellichkeitsschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoellichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 4 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>15</sup> Siehe dazu das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, WD 7 – 3000 – 106/19, mit Ausführungen zu Australien, England und Wales, Frankreich, Indien, Belgien, Neuseeland und Schottland.

<sup>16</sup> § 9 (Voyeurismus) Sexual Offences Act (Scotland), abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>17</sup> Voyeurism (Offences) Act 2019, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>18</sup> Vgl. Art. 226-3-1 Code pénal: „Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.“

<sup>19</sup> <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/upskirting-ist-in-england-neu-strafbar-so-ist-die-situation-in-der-schweiz-133972708> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>20</sup> Art. 179quater: Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegerät

*Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, ausgewertet oder einem Dritten bekannt gibt, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

<sup>21</sup> Art. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung des Sexismus im öffentlichen Raum, abrufbar unter: [https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/loi\\_sexisme\\_fr.pdf](https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/loi_sexisme_fr.pdf) (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>22</sup> § 91L Crimes Act; Unter private parts, wird nach § 91I Crimes Act der Genital- sowie der Analbereich bezeichnet, unabhängig davon, ob diese durch Unterwäsche bedeckt sind. Des Weiteren werden in Australien auch die Brust einer weiblichen Frau, eines Transsexuellen oder intersexuellen Person, welche sich als weibliche Person fühlt dazugezählt. Dabei ist unerheblich, ob die Brust als sexuell entwickelt anzusehen ist.

dem Bereich des Sexualstrafrechts zuordnen. Auch die angesprochenen Regelungen in England, Wales und Schottland sehen eine solche subjektive Komponente vor, weil das Filmen unterhalb der Bekleidung einer anderen Person nur dann sanktioniert wird, wenn dies aufgrund eines sexuellen Anreizes geschieht oder um die betroffene Person zu erniedrigen, beängstigen oder zu erschrecken. Geschützt ist demnach der Intimbereich vor unbefugter Bildaufnahme nur, wenn eine entsprechende Absicht nachweisbar ist. Ausgeklammert wären beispielsweise Konstellationen, in welchen der Filmende heimliche Aufnahmen zu künstlerischen oder journalistischen Zwecken anfertigt.

## V. Strafbarkeitslücken

Die Frage, ob es in Deutschland überhaupt einer Strafvorschrift bedarf, ist zunächst mit Blick auf bestehende Strafvorschriften zu erörtern.<sup>23</sup> Die spezifische Regelung des § 33 KUG über die Verletzung des Rechts am eigenen Bild erfasst von vornherein nur Fälle, in denen der Täter entgegen §§ 22, 23 KUG ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt. Daraus folgt, dass das bloße Herstellen, Übertragen oder einem Dritten Zugänglichmachen einer Bildaufnahme und damit auch das Upskirting selbst nicht erfasst wird.<sup>24</sup> Zudem fehlt es regelmäßig an der nach den Vorschriften des KUG erforderlichen Identifizierung oder Identifizierbarkeit der aufgenommenen Person, da mit dem Intimbereich nur ein einzelner Körperteil aufgenommen wird.<sup>25</sup> Auch § 201a Abs. 1 StGB vermag solche Konstellationen nur selten zu erfassen, da der räumliche Schutzbereich von Abs. 1 Nr. 1 gerade dann nicht betroffen ist, wenn die Bildaufnahme in der Öffentlichkeit erfolgt. Einen Verstoß gegen das von Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Analogieverbot dürfte es jedenfalls darstellen, wenn ein Rock als besonders geschützter Raum im Sinne dieser Vorschrift qualifiziert wird.<sup>26</sup> Zudem wird auch insoweit überwiegend eine Identifizierbarkeit der betroffenen Person über die Bildaufnahme verlangt,<sup>27</sup> zumal andernfalls der höchstpersönliche Lebensbereich kaum verletzt sein wird.<sup>28</sup>

Dem Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB kommt gegenüber Sexualstraftaten grundsätzlich keine Auffangfunktion zu.<sup>29</sup> Denn erforderlich ist stets die Herabsetzung der Ehre durch Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung einer Person. Das ist in Fällen des Upskirtings ebenso wie bei der nunmehr in § 184i StGB geregelten sexuellen

Belästigung nicht per se der Fall. Vielmehr fehlt es beim heimlichen Herstellen einer Bildaufnahme gerade an einer Kundgabe gegenüber dem Opfer oder einem Dritten.<sup>30</sup> Auch der eben genannte § 184i StGB vermag diesen Fall nicht als sexuelle Belästigung zu erfassen, da es hierfür einer körperlichen Berührung in sexuell bestimmter Weise bedarf.<sup>31</sup> Im Einzelfall mag zwar eine Ordnungswidrigkeit nach § 118 OWiG wegen Belästigung der Allgemeinheit vorliegen.<sup>32</sup> Ungeachtet der Problematik der kurzen Verjährungsfrist verfolgt diese Vorschrift mit dem Schutz des Allgemeininteresses am Bestand der öffentlichen Ordnung<sup>33</sup> einen ganz anderen Schutzzweck als das Abwehrrecht hinsichtlich der sexuellen Selbstbestimmung.<sup>34</sup>

Eine davon zu trennende Frage ist, ob diese Lücke durch eine Strafvorschrift zu schließen ist, weil es sich um ein strafwürdiges Verhalten handelt oder diese Strafflosigkeit gerade dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts entspricht. Die vom Entwurf der Länder hierzu genannte Begründung ist gleichermaßen inhaltsleer wie zirkelschlüssig und vermag für sich genommen die Legitimation einer solchen Strafnorm nicht zu begründen, da sich diese praktisch für jedes Verhalten nennen ließe. Dass durch eine Strafnorm Täter bestraft werden können, ist zwangsläufige Folge der Strafbarkeit, nicht aber deren Begründung: „Mit einer das Phänomen des >Upskirtings< erfassenden Strafnorm kann und soll erreicht werden, dass – das Unrecht derartiger Taten in das Bewusstsein der Bevölkerung gebracht wird, – potentielle Täter abgeschreckt werden, – ein wirksamerer Schutz der Opfer bewirkt wird und – Täter auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.“<sup>35</sup>

Ungeachtet der Frage einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden tatbestandlichen Ausgestaltung einer solchen Strafvorschrift spricht für eine Pönalisierung immerhin, dass solche Bildaufnahmen und deren Zugänglichmachung einen Eingriff in die Intimsphäre darstellen. So ist anerkannt, dass die Nacktheit zum intimsten Bereich eines Menschen gehört,<sup>36</sup> die ausschließlich zur Disposition des Betroffenen steht. Da der Betroffene stets mit der Möglichkeit der Aufdeckung der Anonymität rechnen muss, kommt es für die Frage des Eingriffs in die Intimsphäre auch nicht darauf an, ob der Betroffene auf dem Bild selbst erkennbar oder identifizierbar ist.<sup>37</sup> Ungeachtet der Regelungen des KUG über die Verbreitung, besteht der Eingriff in die Intimsphäre

<sup>23</sup> Dazu BR-Drs. 443/19, S. 7 ff.; *OLG Nürnberg*, NSTZ 2011, 217 f.

<sup>24</sup> BT-Drs. 15/1891, S. 6; *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. (2019), § 22 KUG Rn. 8; *Eisele*, JR 2005, 6 (7).

<sup>25</sup> Zu diesem Erfordernis BT-Drs. 15/1891, S. 6; *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 24), § 22 KUG Rn. 7.

<sup>26</sup> So aber *Flechsig*, ZUM 2004, 605 (610); dagegen zutreffend *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (469); *Valerius*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 201a Rn. 17; *Rahmlo*, HRRS 2005, 84 (88).

<sup>27</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 7; *Hoyer*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 201a Rn. 15; *Bosch*, in: SSW-StGB, 4. Aufl. (2019), § 201a Rn. 5; dagegen *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 201a Rn. 11; *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 201a Rn. 2; *Kargl*, ZStW 115, 324 (340); *Koch*, GA 2005, 589 (595); *Linkens*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugter Bildaufnahme, 2005, S. 108.

<sup>28</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 7; *OLG Koblenz*, NSTZ 09, 268 (269); *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 27), § 201a Rn. 15; *Valerius* in: LK-StGB (Fn. 26), § 201a Rn. 11.

<sup>29</sup> BGHSt 16, 58 (63); *Fischer* (Fn. 27), § 185 Rn. 11; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 27), § 185 Rn. 10.

<sup>30</sup> BR-Drs. 443/19, S. 7.

<sup>31</sup> BR-Drs. 443/19, S. 7 und S. 12; BT-Drs. 18/9097, S. 30; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 184i Rn. 4.

<sup>32</sup> *OLG Nürnberg*, NSTZ 2011, 217; ferner BR-Drs. 443/19, S. 10 mit Verweis auf *VGH München*, BeckRS 2009, 43260.

<sup>33</sup> RGSt 25, 405; *BayObLG*, JZ 1977, 277; *Senge*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 118 Rn. 2.

<sup>34</sup> BR-Drs. 443/19, S. 10 f.

<sup>35</sup> BR-Drs. 443/19, S. 12.

<sup>36</sup> *BGH*, NJW 1985, 1617 (1618); *OLG Frankfurt*, NJW 2000, 594 (595); *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 24), § 23 KUG Rn. 26.

<sup>37</sup> *BGH*, NJW 1974, 1947 (1948 f.).

aber bereits in der Abbildung selbst.<sup>38</sup> Daher ist auch anerkannt, dass gegen das unbefugte Anfertigen einer Bildaufnahme Notwehr gemäß § 32 StGB geübt werden darf.<sup>39</sup> Angesichts dessen wird man dem Gesetzgeber kaum die verfassungsrechtliche Legitimation absprechen können, über die bestehenden Strafvorschriften hinaus bestehende Lücken zu schließen, um strafrechtlichen Schutz zu gewähren.

## VI. Einordnung in den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs

Die neue Strafvorschrift soll nach dem Gesetzentwurf der Länder als § 184k StGB bei den Sexualstraftaten in den 13. Abschnitt des StGB eingeordnet werden, während der Gesetzentwurf der Bundesregierung eine Ergänzung des § 201a Abs. 1 StGB vorsieht, der der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs im 15. Abschnitt zugeordnet ist. Insoweit vermisst man beim Entwurf der Länder jedoch eine klare Linie. Denn dieser Entwurf ist inhaltlich ebenfalls eng an § 201a StGB angelehnt.<sup>40</sup> Zwar lässt sich bei Bildaufnahmen der Intimsphäre durchaus sagen, dass das Recht der sexuellen Selbstbestimmung auch dann betroffen ist, wenn der Tatbestand keine sexuelle Motivation des Täters voraussetzt.<sup>41</sup> Das gilt jedoch auch für den in § 201a Abs. 3 StGB geregelten Fall der Nacktaufnahme von Minderjährigen, der gerade von den Vorschriften der Kinder- und Jugendpornografie im Sexualstrafrecht abgeschichtet und nicht in den 13. Abschnitt aufgenommen wurde. So verwundert es auch nicht, dass sich in der Begründung des Gesetzgebers aus dem Jahre 2014 zu § 201a Abs. 3 StGB die Formulierung findet „ist (...) davon auszugehen, dass davon der höchstpersönliche Lebensbereich, ja sogar die Intimsphäre verletzt wird“.<sup>42</sup>

Insoweit ist bei den weiteren Überlegungen mit zu bedenken, wie das Upskirting im Verhältnis zu Nacktaufnahmen zu bewerten ist.<sup>43</sup> § 201a Abs. 3 StGB pönalisiert nämlich nur Nacktaufnahmen von Personen unter 18 Jahren und nur im Zusammenhang mit einer entgeltlichen kommerziellen Vermarktung.<sup>44</sup> Daraus folgt, dass das Herstellen von Nacktaufnahmen erwachsener Personen außerhalb des räumlichen Schutzbereichs des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB derzeit auch dann nicht strafbar ist, wenn die Aufnahme heimlich oder gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt. Insofern ist es dann aber zumindest erklärungsbedürftig, warum das Abbilden der bloßen Unterbekleidung beim Upskirting strafbar sein soll,<sup>45</sup> während Saunalandschaften oder FKK-Bäder nach

h.M. nicht mehr zum geschützten Rückzugsbereich gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB gehören<sup>46</sup> und daher dort Bilder von unbedeckten Personen samt fokussierten Großaufnahmen des Intimbereichs straflos angefertigt werden können.

## VII. Tatbestandliche Fassung in den beiden Entwürfen

### 1. Objektiver Tatbestand und insbesondere Erfordernis eines Sichtschutzes

Entscheidendes Kriterium der Strafbarkeit ist nach dem Entwurf der Länder – in Parallele zu § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB – letztlich die Umgehung des Sichtschutzes, der durch die Kleidung des Opfers bewirkt wird. Insoweit enthalten beide Vorschläge eine viktimodogmatische Komponente. Denn wer sich etwa unbedeckt an einen See zum Baden legt und hierbei fotografiert wird, ist nur im Rahmen des § 33 KUG hinsichtlich des Verbreitens oder Zurschaustellens in der Öffentlichkeit geschützt, weil er es selbst in der Hand hat, durch Tragen der Kleidung das Herstellen solcher Aufnahmen zu vermeiden.<sup>47</sup> Dementsprechend soll die Strafbarkeit nach Ansicht des Länderentwurfs dadurch gerechtfertigt sein, dass der durch die Kleidung verborgene Intimbereich – anders als es bei einem „normalen Betrachter“ der Fall wäre – trotz Sichtschutz in den Blick gerät und abgebildet wird.<sup>48</sup>

a) Zur Intimsphäre gehören nach Auffassung des Länderentwurfs bei Frauen und Männern der Bereich „der Genitalien, des Gesäßes oder unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“, nicht aber „Knie oder Unterschenkel“.<sup>49</sup> Auf die Identifizierbarkeit der Person soll es dabei – nunmehr anders als bei § 201a StGB<sup>50</sup> – nicht ankommen, da diese bei solchen Aufnahmen typischerweise nicht möglich ist und die Beeinträchtigung nicht in der Abbildung der Person, sondern deren Intimsphäre liegt.<sup>51</sup> Den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten entgeht der Entwurf der Bundesregierung, der explizit auf die Genitalien und das Gesäß sowie – insoweit weiter als der Entwurf der Länder – die weibliche Brust abstellt.

b) Geschützt werden soll der Intimbereich nur, wenn dieser durch Kleidung verborgen bzw. gegen Anblick geschützt ist. Dabei soll als Kleidung im Sinne des Länderentwurfs nicht nur ein Rock oder Kleid, sondern auch eine luftige Hose gelten,<sup>52</sup> während das umhüllende Handtuch zwar einen Schutz gegen Anblick im Sinne des Entwurfs der Bundesregierung,<sup>53</sup> nicht aber eine Bekleidung

<sup>38</sup> BGHZ 24, 200 (208 f.); *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1987, 1434 (1435).

<sup>39</sup> *BGH*, NJW 1994, 1971 f.; dazu näher *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 32 Rn. 5a.

<sup>40</sup> BR-Drs. 443/19, S. 13.

<sup>41</sup> Insoweit zutreffend BR-Drs. 443/19, S. 13 f.

<sup>42</sup> BT-Drs. 18/2601, S. 37.

<sup>43</sup> Dazu unten VIII 2 b) dd).

<sup>44</sup> Zur Einfügung dieser Beschränkung während des Gesetzgebungsverfahrens vgl. BT-Drs. 18/3202, S. 28.

<sup>45</sup> Zur Einbeziehung dieser Fälle BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>46</sup> So *OLG Koblenz*, NStZ 2009, 268 (269); *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 27), § 201a Rn. 5; krit. *Murmann*, FS Maiwald, 2010, S. 585 (598 f.).

<sup>47</sup> So schon zu § 201a StGB BT-Drs. 15/1891, S. 7 und BT-Drs. 15/2466, S. 5; *Eisele*, JR 2005, 6 (8); vgl. aber *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

<sup>48</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>49</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>50</sup> Dazu bereits oben V.

<sup>51</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>52</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>53</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Verbesserung\\_Persoenelichkeitsschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2, S. 11 \(zuletzt abgerufen am 27.11.2019\).](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 11 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).)

darstellen dürfte. Der Wortlaut des Entwurf der Länder soll nach seiner Begründung jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass eine Strafbarkeit aufgrund der Worte „unter der Bekleidung“ nur dann in Betracht kommt, wenn eine Fotografie „von unten nach oben“ hergestellt wird.<sup>54</sup> Diesbezüglich ist auch die Bezeichnung „Upskirting“ (engl. „up“ für „nach oben“ und „skirt“ für „Rock“) irreführend, da diese eine Richtungsangabe suggeriert. Daher soll auch eine sitzende Person in einem öffentlichen Verkehrsmittel, bei welcher die Fotografie des Intimbereichs aus einer waagrechten Position heraus hergestellt wird, durch die strafrechtliche Norm geschützt werden. Entsprechendes soll gelten, wenn beim Aussteigen aus einem Fahrzeug der Intimbereich (für jeden Betrachter) sichtbar wird.<sup>55</sup> Dies dürfte entsprechend auch für den Gesetzentwurf der Bundesregierung gelten, da es auf den Blickwinkel bzw. den Standort des Aufnehmenden nicht ankommen kann. Kein Sichtschutz besteht aber konsequenterweise, wenn bei einem Windstoß der Rock hochgeweht wird; in diesem Fall wird gerade nicht unter den Rock fotografiert. Nach dem Entwurf der Bundesregierung dürfte es an dem erforderlichen Schutz gegen Anblick fehlen. Dafür spricht auch, dass dieser Entwurf explizit Bildaufnahmen bei sportlichen Ereignissen ausklammern möchte, wenn wie beim Eiskunstlauf bei regelkonformer Ausführung die Unterbekleidung sichtbar ist.<sup>56</sup> Ob der Begriff der Unterbekleidung unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten wirklich geeignet ist, strafwürdige Fälle einzugrenzen, erscheint fraglich. Denn es ist nicht plausibel, warum etwa das Fotografieren einer Leggings, Radlerhose oder Jeans, die ersichtlich unter einem Rock getragen wird, als Unterbekleidung erfasst sein sollte. Gemeint sein kann nur Unterbekleidung bzw. Unterwäsche, die gerade selbst durch ein anderes Kleidungsstück geschützt ist.

c) Beide Entwürfe sehen entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Tathandlungen das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme vor. Herstellen meint alle Handlungen, mit denen optische Informationen auf einem Bild- oder Datenträger abgespeichert werden.<sup>57</sup> Das Merkmal des Übertragens erfasst hingegen sog. Echtzeitübertragungen auf informationstechnische Geräte oder ins Internet – z.B. mittels Web- oder Spycams – ohne dauerhafte Speicherung der Bilder.<sup>58</sup> Dagegen bleibt das bloße Beobachten, d.h. der sog. „freche Blick“, ebenso wie bei § 201a StGB straflos.<sup>59</sup> Die Tathandlung muss jeweils unbefugt vorgenommen werden. Es handelt sich richtigerweise lediglich um einen deklaratorischen Verweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, insbesondere auf eine rechtfertigende Einwilligung des Betroffenen.<sup>60</sup> Dem ent-

spricht es, wenn das Merkmal insbesondere in Fällen entfallen soll, „in denen ausnahmsweise die (vorherige) Zustimmung der abgebildeten Person vorliegt“.<sup>61</sup>

d) Beide Entwürfe erweitern auch nach dem Vorbild des § 201a Abs. 2 StGB die Tathandlungen und möchte auch das Gebrauchen und das einem Dritten Zugänglichmachen einer nach Abs. 1 hergestellten Bildaufnahme pönalisieren. Ein Gebrauchen liegt vor, wenn die technischen Möglichkeiten eines Bildträgers, etwa durch Speichern, Archivieren, Kopieren, Fotomontage oder durch Sichtbarmachen bzw. Ansehen, genutzt werden, wobei dies durch den Hersteller der Aufnahme oder durch einen Dritten erfolgen kann.<sup>62</sup> Ein Zugänglichmachen ist hingegen anzunehmen, wenn einem Dritten der Zugriff auf das Bild – etwa durch Übersenden einer Datei oder Ablegen auf einem Server – ermöglicht wird.<sup>63</sup> Eine tatsächliche Kenntnisnahme oder die Möglichkeit eines „physischen Zugriffs“ ist dabei nicht erforderlich.<sup>64</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand und Erfordernis einer besonderen Absicht

a) Die entscheidende Einengung soll nach dem Gesetzentwurf der Länder durch ein Absichtserfordernis im subjektiven Tatbestand erreicht werden. Demnach muss der Täter mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich des unbefugten Herstellens einer Bildaufnahme des Intimbereichs handeln.<sup>65</sup> Bildaufnahmen, bei denen der Intimbereich nur anlässlich einer Fotografie zu anderen Zwecken mit abgebildet wird, sind demgemäß nicht ausreichend. Hinsichtlich des Merkmals des Übertragens bleibt die subjektive Komponente jedoch ungenau. Nach dem Wortlaut muss eine „derartige“, d.h. absichtlich hergestellte Aufnahme übertragen werden, das Übertragen selbst aber nicht absichtlich erfolgen. Allerdings setzt das Übertragen als Echtzeitübertragung gerade kein vorheriges Herstellen, d.h. Abspeichern der Bildaufnahme voraus.<sup>66</sup> Gemeint sein dürfte vielmehr, dass absichtlich eine Bildaufnahme der Intimsphäre, die durch Fotografieren oder Filmen unter den Rock zustande kommt, übertragen wird.

b) Unabhängig von der Formulierung wird sich diese Absicht in der Praxis jedoch nicht ohne Weiteres erweisen lassen, wenn später lediglich die Bildaufnahme den Strafverfolgungsbehörden vorliegt. Lediglich wenn der Fokus der Bildaufnahme ganz auf den Intimbereich gelegt ist, mag vieles dafür sprechen.<sup>67</sup> Allerdings ist immer zu erwägen, ob die Aufnahme nicht ganz anders entstanden ist und der Ausschnitt des Intimbereichs nur einen Teil der ursprünglichen Aufnahme darstellt, welcher vergrößert wurde. Im Vergleich zu ausländischen Regelungen ist der

<sup>54</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>55</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17.

<sup>56</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Verbesserung\\_Persoenelichkeitsschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 12 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>57</sup> BR-Drs. 443/19, S. 16; ferner BT-Drs. 15/2566, S. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 13.

<sup>58</sup> BT-Drs. 15/2466 S. 5; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 201a Rn. 5; Heuchemer/Paul, JA 2006, 616 (617).

<sup>59</sup> Zu § 201a StGB BT-Drs. 15/1891, S. 6; BT-Drs. 15/2466, S. 4; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 13.

<sup>60</sup> Zur streitigen Einordnung bei § 201a StGB näher Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 17.

<sup>61</sup> BR-Drs. 443/19, S. 18.

<sup>62</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 28; Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 58), § 201a Rn. 6.

<sup>63</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5; Valerius, in: LK-StGB (Fn. 26), § 201a Rn. 25.

<sup>64</sup> Altenhain, in: Matt/Renzikowski (Fn. 27), § 201a Rn. 10; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 29.

<sup>65</sup> BR-Drs. 443/19, S. 18.

<sup>66</sup> Vgl. oben II.

<sup>67</sup> BR-Drs. 443/19, S. 18.

Vorschlag dennoch recht weit, da etwa in England, Wales und Schottland das Bild mit der Intention hergestellt worden sein muss, sich oder einem Dritten sexuelle Befriedigung zu ermöglichen oder die aufgenommene Person zu erniedrigen, zu beängstigen oder zu erschrecken.<sup>68</sup> Im Ergebnis dürfte es aber konsequent sein, auf eine solche subjektive Komponente zu verzichten. Dies folgt daraus, dass der Intimbereich unabhängig davon schutzwürdig ist, welche Intention der Täter mit der Bildaufnahme verfolgt.<sup>69</sup> In den Fällen des Gebrauchs und Zugänglichmachen soll auch nach dem Gesetzentwurf der Länder Eventualvorsatz genügen,<sup>70</sup> sodass anders als bei Abs. 1 keine spezifische Absicht vorliegen muss. Allerdings muss es sich stets um eine nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme handeln, sodass das Gebrauchen und Zugänglichmachen nicht erfasst wird, wenn die Aufnahme nicht mit der spezifischen Absicht des Abs. 1 hergestellt wurde, was mit weiteren Nachweisschwierigkeiten verbunden sein kann.

c) Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verzichtet hingegen auf jegliches Absichtserfordernis und lässt Eventualvorsatz ausreichen. Dies dürfte hinsichtlich der gegen Anblick geschützten Genitalien und des Gesäßes keine größeren Schwierigkeiten bereiten, da hier regelmäßig der Sichtschutz überwunden werden muss. Problematisch ist dies aber hinsichtlich Aufnahmen der weiblichen Brust, die vom Opfer bewusst nur teilweise bedeckt sein kann. Insoweit ist es sicherlich nicht erfasst, den unbedeckten Teil zu fotografieren, da dieser nicht gegen Anblick geschützt ist. Im Übrigen ist freilich nur schwer eine Grenze zu ziehen, da der nicht gegen Anblick geschützte Bereich im Wesentlichen eine Frage des Standorts und des Blickwinkels ist und insoweit die Einbeziehung des Eventualvorsatzes zu einer zu weiten Ausdehnung der Strafbarkeit führen kann. Auch aus materiellen Gründen überzeugt es nicht, dieses sog. Downblousing miteinzubeziehen. So hat der Gesetzgeber zu Recht auch bei der Kinderpornografie darauf verzichtet, neben den Genitalien und dem Gesäß die – bei älteren Kindern bereits entwickelte – weibliche Brust miteinzubeziehen.<sup>71</sup> Der recht weiten Strafbarkeit wird nur insofern entgegengewirkt, als der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung überwiegend berechtigter Interessen nach § 201a Abs. 4 StGB zur Gewährleistung der Pressefreiheit Anwendung finden soll.<sup>72</sup> Dies dürfte freilich sehr selten der Fall sein, da Upskirting zu Zwecken der Bildaufnahme auch bei prominenten Persönlichkeiten kaum je der Wahrnehmung überwiegend berechtigter Interessen dienen dürfte.

<sup>68</sup> Siehe oben IV.

<sup>69</sup> Dazu unten VIII 2 a).

<sup>70</sup> BR-Drs. 443/19, S. 19.

<sup>71</sup> Der Referentenentwurf zum Schriftenbegriff möchte für die Jugendpornografie eine entsprechende Vorschrift einführen, die ebenfalls nur Genitalien und Gesäß schützt [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Schriftenbegriff.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Schriftenbegriff.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand 27.11.2019); siehe auch unten VII b) bb).

<sup>72</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Verbesserung\\_Persoenelichkeitsschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 12 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>73</sup> Näher oben IV.

<sup>74</sup> <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/upskirting-ist-in-england-neu-straftbar-so-ist-die-situation-in-der-schweiz-133972708> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>75</sup> S. oben IV.

## VIII. Kritik und Gegenvorschlag

Wie bereits ausgeführt, berücksichtigen die Vorschläge nicht ausreichend den Bezug zu anderen Straftatbeständen. Zu nennen ist insbesondere § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB, der Abbildungen der Genitalien und des Gesäßes erfasst, sowie § 201a Abs. 3 StGB, der kommerzielle Nacktaufnahmen von Personen und 18 Jahren pönalisiert. Beide Entwürfe klären nicht hinreichend, warum Bildaufnahmen unter der Kleidung stets, Großabbildungen der Geschlechtsorgane bei nackten Personen jedoch straflos sein sollen. Der nachfolgende Vorschlag entfernt sich daher von einer Anlagesgesetzgebung oder gar einem symbolischen Strafrecht, da er die Problematik von Bildaufnahmen der Intimsphäre in einen größeren Kontext einordnet. Der Blick auf die Vorschriften ausländischer Rechtsordnungen hat insoweit gezeigt, dass zwei grundsätzliche Regelungsmöglichkeiten bestehen.<sup>73</sup> Teilweise wird das Phänomen des Upskirtings mit spezifischen Vorschriften, teils mit weiter gefassten Vorschriften erfasst, die allgemein auf eine Verletzung der Intimsphäre abstellen.

### 1. Die Verletzung der Privatsphäre als Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit

Eine umfassendere Strafbarkeit, die auch das Upskirting erfasst,<sup>74</sup> ist etwa – wie bereits angesprochen<sup>75</sup> – in der Schweiz mit Art. 179quater des schweizerischen StGB vorgesehen.<sup>76</sup> Erfasst werden Fälle, in denen eine nicht jedermann ohne Weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufgenommen wird. Zu beachten ist diesbezüglich ferner, dass bereits der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs aus dem Jahre 1971 eine entsprechende Regelung über unbefugtes Abhören und Abbilden vorsah.<sup>77</sup> Die Notwendigkeit einer Regelung sah man schon damals in Zeiten analoger Bildaufnahmen in der „durch die in der gegenwärtigen Gesellschaft auftretende Tendenz zur Missachtung fremden privaten Lebens.“ Demnach sollte mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden, „wer 1. von einer fremden Person in ihren Privaträumen oder 2. von einem anderen oder von dessen Privaträumen unter Verletzung des Anspruchs auf Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ohne Einwilligung Bildaufnahmen herstellt oder überträgt.“ Damit

<sup>76</sup> Art. 179quater: Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte

*Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

<sup>77</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband, 1971, S. 32 ff.

sollten gerade Eingriffe in den Intimbereich der betroffenen Person sanktioniert werden,<sup>78</sup> wobei neben Privaträumen – die aktuell bereits von § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst sind – die Person auch im „sozialen Außenraum“ vor Verletzungen geschützt werden sollte.<sup>79</sup> Die Problematik des Entwurfs lag freilich im recht unbestimmten Begriff des Anspruchs auf Wahrung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“. Der Begriff wird derzeit zwar auch bei § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwendet. Er wird jedoch – obgleich nur als zusätzliches einschränkendes Merkmal ausgestaltet – auch dort als unscharf angesehen.<sup>80</sup> Entsprechend bereitet der sehr weite Begriff des Privatbereichs in Art. 179quater des schweizerischen StGB erhebliche Schwierigkeiten im Hinblick auf seine Bestimmtheit, so dass aus deutscher Sicht die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG bei der Verwendung eines solchen Begriffs durchaus bezweifelt werden könnte.<sup>81</sup>

## 2. Beschränkung auf bestimmte Bildaufnahmen

a) Der nachfolgende Vorschlag berücksichtigt den Rahmen, der durch §§ 184b und 184c StGB im Bereich der Kinderpornografie und Jugendpornografie sowie durch § 201a Abs. 3 StGB im Bereich von Nacktaufnahmen von Minderjährigen gezogen wird. Systematisch sollte die Strafbarkeit mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung im 15. Abschnitt des StGB verortet werden und nicht bei den Sexualdelikten. Dies folgt daraus, dass bereits § 201a StGB den Bereich der Intimsphäre schützt und der Kern der Strafbarkeit – ungeachtet dessen, dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ebenfalls mitbetroffen ist – auf der unbefugten Bildaufnahme und nicht einer sexuellen Handlung liegt. Der Intimbereich stellt insoweit den Kernbereich der Privatsphäre dar<sup>82</sup> und sollte bereits unabhängig von einer möglichen sexuellen Komponente geschützt werden. Gerade damit verträgt sich auch der Verzicht auf ein spezielles Absichtserfordernis hinsichtlich eines sexuellen Interesses des Aufnehmenden. Strafbar ist vielmehr die Missachtung der persönlich gezogenen Grenze der betroffenen Person, indem ein Sichtschutz umgangen wird, welcher die Intimsphäre vor der Öffentlichkeit verbergen soll. Um die Übersichtlichkeit der einzelnen Regelungen zu wahren, sollte in einem § 201b StGB „die Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen“ geregelt werden und in diese Regelung der bisherige § 201a Abs. 3 StGB integriert werden. Zu beachten ist auch, dass es sich hierbei nicht zwingend um pornografische Aufnahmen handeln muss, so dass eine Abschichtung zu §§ 184 ff. StGB gewährleistet ist. Das Strafantragserfordernis und die Einziehung sind – ggf. durch Verweis – parallel zu § 201a StGB zu regeln. Hierauf soll im Folgenden nicht weiter eingegangen werden.

b) Aus dem Gesagten ergibt sich folgender Regelungsvorschlag

*(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, die*

*1. die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat.*

*2. die Wiedergabe der durch Unterwäsche bedeckten Genitalien oder des Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat, soweit diese Bereiche durch Anblick geschützt sind.*

*(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht.*

*(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

*1. unbefugt eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen, oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft.*

*2. unbefugt eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person zum Gegenstand hat, verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.*

aa) In § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB soll das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme, die die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat, erfasst werden. Die Formulierung lehnt sich an § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB an, so dass auf die hierfür entwickelten Grundsätze weitgehend zurückgegriffen werden kann. Es muss sich jedoch nicht um eine pornografische Aufnahme handeln, sodass hier bereits die bloße Wiedergabe genügt, d.h. diese gerade anders als bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB nicht zwingend als „sexuell aufreizend“ zu qualifizieren sein muss, mag auch die sexuelle Motivation häufig Anlass einer solchen Aufnahme sein. Wie bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB müssen Genitalien oder Gesäß jedoch in den Vordergrund der Bildaufnahme gerückt sein, sodass aus Sicht des Betrachters der Fokus hierauf liegt; dies ist etwa bei Aufnahmen von nackten Personen am FKK-Strand oder von nackt im Garten spielenden Kindern nicht ohne Weiteres der Fall.<sup>83</sup> § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB stellt dabei für den Bereich der Kinderpornografie die speziellere Strafvorschrift dar, deren höherer Strafrahmen auf

<sup>78</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Fn. 77), S. 33.

<sup>79</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Fn. 77), S. 34.

<sup>80</sup> Zu den Unschärfen des Begriffs *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn.14.

<sup>81</sup> *Trechsel/Pieth*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 179quater, Rn. 4; *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl. (1995), § 12 Rn. 54: „Dem Straftatbestand hinreichend bestimmte deutliche Konturen zu geben, bleibt in jedem Fall, entgegen dem Bestimmtheitsgebot (...), praktisch allein dem Richter überlassen.“

<sup>82</sup> BVerfGE 109, 279 (313); BVerfGE 34, 238 (245); *Lang*, in: BeckOK, Grundgesetz, 41. Aufl. (2019), Art. 2 GG Rn. 39.

<sup>83</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 184b Rn. 16; *Krause*, MMR 2016, 665 (668 f.).

das kindliche Opfer und den pornografischen Charakter der Abbildung zurückzuführen ist. Soweit unbekleidete Genitalien oder das Gesäß durch eine Fotografie unter der Bekleidung abgebildet werden, wird das Upskirting also bereits von dieser Regelung erfasst, sofern ein entsprechender Vorsatz vorliegt. Für das Merkmal der Unbekleidetheit ist insofern die Wiedergabe auf der Bildaufnahme entscheidend. Die weibliche Brust wird entsprechend den Regelungen im Bereich der Pornografie nicht erfasst.<sup>84</sup>

bb) Mit Nr. 2 soll sodann das Upskirting erfasst werden, d.h. das Abbilden der durch Unterwäsche<sup>85</sup> bekleideten Genitalien oder des Gesäßes. Sofern die Bildaufnahme hergestellt wird, sollen hier – anders als in § 184k des Länderentwurfs – entsprechend der ultima ratio-Funktion des Strafrechts und zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes nur die Genitalien und das Gesäß, nicht aber angrenzende Bereiche wie Oberschenkel erfasst werden. Insofern bleibt auch die Parallele zu Nr. 1 des hiesigen Vorschlags gewahrt. Erforderlich ist, dass der Intimbereich durch Unterwäsche bedeckt ist. Das Fotografieren unter einen Rock, der über einer Jeans, Leggings oder Radlerhose getragen wird, genügt nicht.<sup>86</sup> Erst recht nicht erfasst wird das Herstellen von Aufnahmen reiner Badebekleidung oder der Unterwäsche, wenn diese ohne entsprechende Oberbekleidung getragen werden.

cc) Entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB (und § 184k Abs. 2 des Entwurfs) werden in Abs. 2 die Tathandlungen des Gebrauchs und einem Dritten Zugänglichmachen erfasst.<sup>87</sup>

dd) In § 201b Abs. 3 Nr. 1 StGB soll die bisherige Regelung des § 201a Abs. 3 StGB über entgeltliche Nacktauf-

nahmen von Minderjährigen unverändert integriert werden. Zur Klarstellung soll hier aufgenommen werden, dass die Bildaufnahme unbefugt erfolgen muss.<sup>88</sup> Anders als in den Fällen des § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB (und auch bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB) liegt hier der Fokus auf der Aufnahme der nackten Person als Ganzes und nicht auf den Genitalien bzw. dem Gesäß; auf eine pornografische Komponente kommt es nicht an.

§ 201b Abs. 3 Nr. 2 StGB soll die Strafbarkeit auf alle Nacktaufnahmen unabhängig von einem kommerziellen Zweck und dem Alter des Tatopfers erweitern. Allerdings soll das bloße Herstellen einer Nacktaufnahme nicht strafbar sein, mag auch hier die Intimsphäre mitbetroffen sein. Vielmehr wird hier die Strafbarkeit nach § 33 KUG integriert und nur das Verbreiten oder das der Öffentlichkeit Zugänglichmachen unter Strafe gestellt. Zwar sah der Gesetzentwurf zum 49. Strafrechtsänderungsgesetz aufgrund der Verletzung der Intimsphäre ursprünglich auch das unbefugte Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme einer (minder- oder volljährigen) unbekleideten Person als Straftat vor.<sup>89</sup> Jedoch wurde darauf letztlich verzichtet und nur die kommerzielle Bildaufnahme von Minderjährigen aufgenommen, weil ansonsten die Gefahr bestanden hätte, bei Aufnahmen von Kindern im Freundes- und Familienkreis auch nicht strafwürdige Fälle zu erfassen.<sup>90</sup> Entsprechendes würde für Aufnahmen gelten, bei denen eine nackte Person nur anlässlich eines anderen Aufnahmeweckes am Rande abgebildet wird. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur fokussierten Abbildung der Intimsphäre nach § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Bei Nacktaufnahmen in geschlossenen Räumen wäre auch schon jetzt § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht, wenn der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt wird.

<sup>84</sup> Zu einer entsprechenden Forderung zur Einbeziehung des sog. „Downblousing“ jedoch *Wersig/Steinl*, Zur Strafbarkeit des „Upskirting“ Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes v. 11.7.2019, <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

<sup>85</sup> Zum Begriff oben VII 1 b).

<sup>86</sup> Dazu schon oben VII 1 b).

<sup>87</sup> Zu diesen näher oben VII 1 d).

<sup>88</sup> Zum Fehlen dieses Merkmals bei § 201a Abs. 3 StGB näher *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 51.

<sup>89</sup> BT-Drs. 18/2601, S. 10 und S. 37 f.

<sup>90</sup> BT-Drs 18/3202 (neu), S. 28.

# Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung audio-visueller Aufzeichnungen in Strafprozessen (BT-Drs. 19/11090)

von RA und FA für Strafrecht

Prof. Dr. Jan Bockemühl\*

## Abstract

Das über eine Sitzung in Strafsachen zu erstellende Hauptverhandlungsprotokoll entfaltet gemäß § 274 StPO sowohl negative als auch positive Beweiskraft. Inhaltlich werden nach der *lex lata* allerdings lediglich die wesentlichen Förmlichkeiten protokolliert. Eine (wörtliche) Dokumentation des Inhalts von Zeugenaussagen oder Sachverständigengutachten findet nicht statt. Nunmehr liegen zwei Gesetzesentwürfe vor, die eine wörtliche Protokollierung der strafrechtlichen Sitzungen zumindest in erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten vorschlagen.

*The trial protocol to be prepared about a meeting in criminal cases unfold both negative and positive evidential value according to § 274 StPO. In terms of content, however, according to the *lex lata*, only the essential formalities are recorded. A (literal) documentation of the content of testimonies or expert opinions does not take place. Now there are two draft laws that propose a verbatim logging of criminal proceedings, at least in first-instance proceedings before the District and Higher Regional Courts.*

## I. Einleitung

Das Thema einer tatsächlichen und verlässlichen Dokumentation der Hauptverhandlung im Strafprozess ist in Deutschland erneut in den Focus geraten. Zwar schreibt die Strafprozessordnung die Erstellung eines Hauptverhandlungsprotokolls zwingend vor. Dieses wird allerdings entsprechend der gesetzlichen Regelungen – welche im Wesentlichen seit der Rechtsstrafprozessordnung unverändert gelten – nicht als **Wort**protokoll, sondern vor den Land- und Oberlandesgerichten als **Ereignis**protokoll und vor den Amtsgerichten als **Inhalts**protokoll geführt.

Die Strafprozessordnung in Deutschland hinkt in diesem Punkt fast allen Ländern in Europa (und der Welt) hinterher. Nunmehr lagen (wieder einmal) Entwürfe<sup>1</sup> für eine audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung vor. Der Bundestag hat in seiner Sitzung vom 15.11.2019 diesen Gesetzentwurf bedauerlicherweise abgelehnt.<sup>2</sup>

## II. „Dokumentation der Hauptverhandlung im Strafprozess“ de lege lata

Das *BVerfG* hat in seinem Urteil vom 19.3.2013<sup>3</sup> zum Verständigungsgesetz den hohen Stellenwert von Transparenz sowie die schützende Kraft von Dokumentationspflichten betont:

„Eine ‘vollumfängliche’ Kontrolle (...) setzt umfassende Transparenz des Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung sowie eine vollständige Dokumentation im Verhandlungsprotokoll voraus.“

Eine transparente Dokumentation in diesem Sinne findet in der deutschen Strafprozesswirklichkeit weder im Ermittlungsverfahren,<sup>4</sup> noch im Hauptverfahren statt. Das geltende deutsche Strafprozessrecht sieht eine **wörtliche** Protokollierung von Aussagen der Verfahrensbeteiligten, Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung<sup>5</sup> nicht vor.<sup>6</sup> Das gilt ausnahmslos, unabhängig, ob die Hauptverhandlung vor dem Amts-, Land- oder Oberlandesgericht stattfindet. Gemäß § 271 Abs. 1 S. 1 StPO ist über die Hauptverhandlung ein Protokoll aufzunehmen. Während § 271 StPO die Aufnahme eines Protokolls grundsätzlich vorschreibt, regeln die §§ 272 und 273 StPO den Inhalt des zu erstellenden Hauptverhandlungsprotokolls.<sup>7</sup> § 272 StPO schreibt den Inhalt, genauer: die ins Protokoll auszunehmenden Formalien vor, § 273 StPO regelt die weiteren Protokollinhalte unter der Überschrift *Beurkundung der Hauptverhandlung*. Gemäß § 273 Abs. 1 StPO sind lediglich der „Gang und die Ergebnisse

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Regensburg, Mitglied im Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer und Honorarprofessor für Strafprozessrecht an der Universität Regensburg.

<sup>1</sup> Genau genommen liegen ein Entwurf (BT-Drs. 19/11090) und ein Antrag (BT-Drs. 19/13515) vor.

<sup>2</sup> <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw46-de-modernisierung-strafverfahren-freitag-667248> (zuletzt abgerufen am 15.11.2019).

<sup>3</sup> *BVerfG*, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 96, StV 2013, 353 (366).

<sup>4</sup> Vgl. zu den Möglichkeiten einer audio-visuellen Fixierung von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren de lege lata: *Altenhain*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren? Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 2016, S. 181 ff.; *Bockemühl*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Der Schrei nach Strafe, Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages Bremen, 2017, S. 97, 98 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zur Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren, *Bockemühl*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Der Schrei nach Strafe, Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages Bremen, 2017, S. 97, 98 ff.

<sup>6</sup> *Bockemühl*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 52 f.; *ders.*, Österreichisches Anwaltsblatt, 2016, 344; vgl. den interessanten europäischen Vergleich von v. *Galen*, StraFo 2019, 309 ff.

<sup>7</sup> *Frister*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 273 Rn. 3.

der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiederzugeben und die Beachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich zu machen“. Die Beurkundung bzw. Protokollierung der Hauptverhandlung beschränkt sich somit auf die Fertigung eines sogenannten **Ereignisprotokolls**.<sup>8</sup> Insbesondere findet eine Niederschrift bzw. sonstige Dokumentation des Inhalts der Angaben des Zeugen oder Sachverständigen nicht statt.

Auch in Verfahren vor den Amtsgerichten ist gemäß § 273 Abs. 2 S. 1 StPO lediglich die Herstellung eines **Inhaltsprotokolls** über die „wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen“ vorgesehen.<sup>9</sup> § 273 Abs. 2 S. 1 StPO verlangt, dass der Inhalt der Aussage in verkürzter Form, zusammengefasst wiederzugeben ist.<sup>10</sup> Ein Wortprotokoll ist auch das nicht!

Von der Möglichkeit, dass gemäß § 273 Abs. 3 StPO eine (partielle) Protokollierung (einzelne) Aussagen erfolgen kann, wird in der Praxis so gut wie kein Gebrauch gemacht.<sup>11</sup> Anträge auf „vollständige Protokollierung einer Aussage oder Äußerung“ wird in deutschen Gerichtssälen in dem allermeisten Fällen mit der Bemerkung abgelehnt: „Herr Verteidiger, wir haben doch alle die Äußerung des Zeugen gehört. Da bedarf es doch keiner Protokollierung. Es kommt nicht auf den Wortlaut, sondern den Inhalt der Aussage an“.<sup>12</sup> Die tatsächliche „Scheu zur Protokollierung“ in deutschen Gerichtssälen ist umso weniger erklärlich, wenn man beobachtet, dass sämtliche Prozessbeteiligte selbst sämtliche Vorgänge mitschreiben.

### III. Reformidee

Die Forderung nach einer zeitgemäßen Dokumentation der Hauptverhandlung durch eine audio-visuelle Aufzeichnung ist nicht neu,<sup>13</sup> wurde allerdings immer wieder von verschiedenen Interessengruppen verhindert. Auch die *Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens* konnte sich in ihrem Bericht im Jahr 2015 lediglich auf einen Prüfauftrag einigen.<sup>14</sup>

Nunmehr liegt ein (erster)<sup>15</sup> Vorschlag für ein Gesetz zur audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung für erstinstanzliche Hauptverhandlungen – zumindest vor den Land- und Oberlandesgerichten – vor. Ergänzend sieht der Entwurf eine zwingende Aufzeichnung sämtlicher Beschuldigtenvernehmungen vor.

Der vorliegende Entwurf eines *Gesetzes zur Nutzung audiovisueller Aufzeichnungen in Strafprozessen* benennt ausdrücklich die vielfachen Defizite der bestehenden strafprozessualen Regelungen und der Strafprozesspraxis. Zum einen betont der Gesetzentwurf, dass mangels verlässlicher Dokumentation des Gangs und insbesondere des Inhalts der Hauptverhandlung das Urteil ausschließlich „auf Erinnerungen oder Mitschriften der beteiligten Richterinnen und Richter“ beruht. Solche Erinnerungen oder Mitschriften bergen die Gefahr der Fehlerhaftigkeit und der Unvollständigkeit. Dieses insbesondere, da die beteiligten Richter mit einer „Doppelaufgabe konfrontiert“ seien; namentlich mit der Durchführung der Beweisaufnahme auf der einen und der Dokumentation der selbigen auf der anderen Seite.

Der Entwurf konstatiert in einen weiteren Schritt, dass die aktuellen Dokumentationsmöglichkeiten „weder dem heutigen Stand der Technik, noch den Erfordernissen des modernen Strafverfahrens, die Hauptverhandlung transparent und objektiv möglichst umfassend zu dokumentieren“, entspricht.

Die verpflichtende audio-visuelle Aufzeichnung sämtlicher Vernehmungen des Beschuldigten soll der „besseren Wahrheitsfindung“ dienen. Durch die Aufzeichnung ist die Dokumentation des genauen Inhalts dessen möglich, „was der Beschuldigte inhaltlich gesagt hat und ob alle Förmlichkeiten der Beschuldigtenvernehmung eingehalten wurden“.

<sup>8</sup> Bockemühl, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 52 f.

<sup>9</sup> Geschuldet ist mithin lediglich die **inhaltliche** Protokollierung der Vernehmungen, keine wortwörtliche; vgl. nur Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 273 Rn. 15; Meyer-Mews, NJW 2002, 105 weist zutreffend darauf hin, dass das Inhaltsprotokoll beim Amtsgericht durch den Protokollführer, welcher keinerlei Aktenkenntnis hat, erstellt wird, ohne dass der Inhalt des Protokolls durch die jeweilige Beweisperson genehmigt werden muss.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu nur Frister, in: SK-StPO, § 273 Rn 25.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Bockemühl, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Der Schrei nach Strafe, Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages Bremen, 2017, S. 97, 102 f.

<sup>12</sup> Diese ablehnenden Vorabverfügung des Vorsitzenden oder Beschlüsse des Gerichts nach § 273 Abs. 3 S. 2 StPO, sind in deutschen Strafprozessen Legion. Sie werden dadurch nicht richtiger! Gerade die Protokollierung des tatsächlichen Wortlauts hat immer die Wiedergabe des Inhalts der Äußerung zum Gegenstand, mithin geht eine (angebliche) Differenzierung zwischen Inhalt und Wortlaut schon vom Prinzip her fehl; so schon Bockemühl, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 56; ebenso Stuckenberg, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2002), § 273 Rn. 50 m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. insofern schon den „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 3. Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hatte bereits im Jahr 1971 in: Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß, 1971, S. 40, ein **Wortprotokoll** „mit welchen technischen Mitteln auch immer“ gefordert; vgl. zuletzt Strafverteidigervereinigungen, Regensburger Thesen zum Strafprozess – Rechtspolitische Forderungen des 43. Strafverteidigertages, Berlin/Regensburg 24. März 2019, These 6.

<sup>14</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 21 (Empfehlung 13.1), 128 ff. (Begründung).

<sup>15</sup> Unter dem 24.9.2019 haben Abgeordnete und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN einen gleichgelagerten Vorstoß unternommen und einen Antrag zur „Modernisierung des Strafverfahrens durch digitale Dokumentation der Hauptverhandlung“ in den Bundestag eingebracht, BT-Drs. 19/13515.

#### IV. Einzelne Regelungen

##### 1. Zwingende Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen

§ 136 Abs. 4 S. 1 StPO soll wie folgt gefasst werden: „Die Vernehmung des Beschuldigten ist in Bild und Ton aufzuzeichnen“. Satz 2 soll ersatzlos gestrichen werden.

##### 2. Bild- und Tonaufzeichnungen für erstinstanzliche Verhandlungen vor dem LG und OLG

Der bisherigen Regelung des § 273 StPO sollen zwei Absätze, 5 und 6, angefügt werden.

Absatz 5 soll wie folgt gefasst werden:

*„Im ersten Rechtszug vor den Landgerichten oder den Oberlandesgerichten ist der Gang der Hauptverhandlung auf Bild und Ton aufzuzeichnen. Die gemäß Satz 1 angefertigte Aufzeichnung ist zu den Akten zu nehmen oder wenn sie sich nicht dazu eignet bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren. § 58a Absatz 2 Satz 1 bis 5 StPO sind entsprechend anzuwenden.“*

Dieser Regelung soll ein Absatz 6 folgen:

*„§ 271 bleibt unberührt.“*

##### 3. Änderung des § 274 StPO – Beweiskraft durch Protokoll und Aufzeichnung

Eine eher „kosmetische“, aber klarstellende Änderung soll § 274 StPO erfahren. Nach dem Wort „Protokoll“ sollen die Wörter „oder durch die Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 273 Abs. 5“ eingefügt werden.<sup>16</sup>

##### 4. Umfang der Urteilsüberprüfung – Ergänzung des § 352 StPO

Den beiden Absätzen des § 352 StPO soll ein Absatz 3 angefügt werden:<sup>17</sup>

*„1Zur Überprüfung der Beachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten oder zu behaupteten Abweichungen zwischen den Urteilsgründen und der gemäß § 272*

*Abs. 5 angefertigten Bild-Ton-Aufnahme, kann die angefertigte Aufnahme als Grundlage für die Entscheidung des Revisionsgerichts dienen, soweit dies in Bezug auf die getroffene Entscheidung von Relevanz ist. 2Im übrigen ist ihre Heranziehung im Revisionsverfahren unzulässig.“*

#### V. Stellungnahme

Der nunmehr vorliegende Entwurf ist ein (erster) Schritt in die richtige Richtung!

##### 1. § 136 Abs. 4 StPO – neu

Die obligatorische Aufzeichnung sämtlicher Beschuldigtenvernehmungen ist ausdrücklich zu begrüßen!

Die fakultative audiovisuelle Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung ist seit November 2013 zulässig. Für polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Beschuldigtenvernehmungen ergibt sich das aus §§ 163a Abs. 1 S. 2, 58a Abs. 1 S. 1 StPO, für die richterliche Vernehmung auf Antrag der Staatsanwaltschaft (!) aus §§ 163a, 162, 58a Abs. 1 S. 1 StPO. In der Praxis hat sich diese Möglichkeit überwiegend nicht etabliert, da in jedem Fall neben der Videodokumentation eine Transkription in ein schriftliches Protokoll zu erfolgen hat.<sup>18</sup>

§ 136 StPO wurde mit Wirkung ab dem 1.1.2020 ein Absatz 4 angefügt, welcher in Satz 1 die fakultative und in Satz 2 für bestimmte Deliktsbereiche die obligatorische Bild-und-Ton-Aufzeichnung vorsieht.<sup>19</sup>

Die lediglich in Fällen vorsätzlicher Tötungsdelikte und in Fälle besonderer schutzbedürftiger Beschuldigten verpflichtende audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten ist unzureichend.<sup>20</sup> Der Begründung des Entwurfs ist nichts hinzuzufügen:

„Von der fakultativen Möglichkeit der audio-visuellen Aufzeichnung, welche auch nach der bisherigen Rechtslage bereits möglich ist (§ 163a Abs. 1 S. 2, § 58a Abs. 1 S. 1 StPO), wird in der Praxis nur wenig Gebrauch gemacht. Insgesamt ist weder die bestehende Regelung noch die Neuregelung ausreichend, um den Beschuldigten vor verbotenen Vernehmungsmethoden hinreichend zu schützen, da diese nur schwer nachweisbar sind. Ferner lässt

<sup>16</sup> Nachdem in § 274 StPO sowohl in Satz 1 als auch in Satz 2 das Wort Protokoll vorkommt, wird dieses wohl zwingend in beiden Sätzen ergänzt werden müssen, so dass § 274 StPO wie folgt lauten muss: „Die Beweiskraft der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll oder die Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 273 Absatz 5 bewiesen werden. 2Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls oder der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 273 Absatz 5 ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.“ Gesetzestextlich ist wohl sauberer von „Absatz“ als von „Abs.“ auszugehen.

<sup>17</sup> Nicht ganz klar ist die Position der vorgesehenen Änderung; Während im vorgesehenen Gesetzestext die Änderung als neuer Absatz 3 vorgesehen ist, spricht die Begründung von einer Verankerung als neuer „§ 352 Abs. 1 Satz 2“. Der Entwurf spricht in der vorgesehenen Änderung von „Aufnahme“. Die Nomenklatur sollte aber sicherlich einheitlich sein, so dass „Aufzeichnung“ vorzuziehen sein wird! Ebenso ist gesetzestextlich sauberer von „Absatz“ denn von „Abs.“ zu sprechen!

<sup>18</sup> Vgl. nur Bockemühl, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Der Schrei nach Strafe, Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages Bremen, 2017, S. 97, 100

<sup>19</sup> Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017, BGBl. I 2017, S. 3202 (3208, 4213).

<sup>20</sup> Die Bundesrechtsanwaltskammer bezeichnet diese Regelung in ihrer Stellungnahme Nr. 17/2017, S. 4, noch als „einen Einstieg in eine zeitgemäße Vernehmungsdokumentation“.

sich der Inhalt der Vernehmung des Beschuldigten nur schwer rekonstruieren. Widersprüche zwischen dem Vernehmungsprotokoll und den Aussagen des Beschuldigten lassen sich so nur schwer aufklären. Es besteht die Gefahr, dass das Protokoll die Angaben eines Beschuldigten (teilweise) unrichtig wiedergibt. Die Begrenzung der Verpflichtung zur audio-visuellen Aufnahme der Vernehmung des Beschuldigten auf vorsätzliche Tötungsdelikte und auf Fälle besonderer Schutzbedürftigkeit der Beschuldigten ist weder zeitgemäß noch ausreichend, um diese Probleme zu lösen. Auch andere Delikte können für den Beschuldigten erhebliche persönliche Konsequenzen haben, wie beispielsweise eine Freiheitsstrafe.<sup>21</sup>

## 2. Überfällige, zeitgemäße Dokumentation der Hauptverhandlung

Die wesentliche Stoßrichtung des Gesetzentwurfs ist ohne Zweifel die geforderte audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung. Zur Begründung wird angeführt:

„Nummer 1 ordnet die audio-visuelle Aufnahme von allen Verfahren im ersten Rechtszug vor den Landgerichten oder den Oberlandesgerichten an. In diesen Verfahren gibt es nur eine Tatsacheninstanz, das heißt eine fehlerfreie Beweisaufnahme ist von besonderer Bedeutung. Um die Persönlichkeitsrechte der Aussagepersonen und des Angeklagten zu schützen, ist die Aufzeichnung nur zu den Akten zu nehmen und nicht öffentlich zugänglich zu machen. Der Verweis auf § 58a Abs. 2 S. 1 bis 5 StPO regelt die Verwendung der Aufzeichnung. Die Regelung stellt sicher, dass den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können. Diese Kopien dürfen jedoch nicht weitergegeben/vervielfältigt werden und müssen nach dem Ende des Verfahrens in der Regel vernichtet werden. Der Hinweis auf § 271 StPO stellt klar, dass unberührt durch die audio-visuelle Aufzeichnung auch weiterhin ein Hauptverhandlungsprotokoll erstellt werden soll. Die audio-visuelle Aufzeichnung soll dem Protokollführer und Vorsitzenden dabei helfen, etwaige Protokollierungsfehler zu überprüfen und gegebenenfalls zu berichtigen.“<sup>22</sup>

Die Forderungen nach einer verlässlichen Dokumentation der Hauptverhandlung sind Legion und seit Jahrzehnten nie wirklich verebht.<sup>23</sup> Erfreulich sind nunmehr die Versuche einer Regelung einer entsprechenden, zeitgemäßen technikgestützten wirklichen (!) Aufzeichnung der Hauptverhandlung im Strafprozess, welche sowohl den Gang als auch den Inhalt der Hauptverhandlung nachvollziehbar macht.<sup>24</sup>

Die Vorteile einer solchen Regelung liegen auf der Hand: sowohl die Hauptverhandlung selbst als auch die Urteilsabsetzung (in längeren Verfahren) werden durch technische Aufzeichnungen erheblich beschleunigt.<sup>25</sup> Streitigkeiten über den Inhalt einzelner Zeugen- oder Sachverständigenangaben werden obsolet sein. Die Nachbereitung von Hauptverhandlungstagen wird für sämtliche Verfahrensbeteiligte enorm erleichtert.<sup>26</sup>

Zudem können sich sämtliche Verfahrensbeteiligte im Rahmen der Hauptverhandlung sich auf diese konzentrieren; dieses gilt zuvorderst für die Richter.<sup>27</sup>

Es ist insofern v. *Galen* beizupflichten:

„Nichts spricht gegen den Einsatz der heutigen Technik. Alles spricht dafür und es gilt ein Rechtsstaatsdefizit zu beheben.“<sup>28</sup>

Der Verweis auf § 58a Abs. 2 S. 1 bis 5 StPO in § 273 Abs. 5 S. 3 StPO-neu stellt klar, dass Kopien der Aufzeichnungen den zur Akteneinsicht Berechtigten überlassen werden können. Die Weitergabe an Dritte nicht gestattet, die Kopien sind nach Beendigung des Verfahrens herauszugeben oder zu vernichten.

Bedauerlich ist, dass der Entwurf diese erfreulichen Tendenzen für eine zeitgemäße, rechtsstaatlich zwingende Dokumentation (lediglich) für die Hauptverhandlungen erster Instanz vor den Land- und Oberlandesgerichten vorsieht. Die Notwendigkeit einer verlässlichen Dokumentation von Gang und Inhalt der Hauptverhandlung besteht selbstredend nicht nur für Verfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht!

Der Gesetzesentwurf meint mit der Einführung einer audio-visuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung für die Verfahren auszukommen, die eine Tatsacheninstanz haben.<sup>29</sup> Für die große Zahl an Verfahren vor den Amtsgerichten ist eine entsprechende Regelung dem Entwurf nicht zu entnehmen. Insbesondere kann die Begründung nicht überzeugen. Es ist zwar richtig, dass die Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten ausschließlich mit der Revision anfechtbar sind und insofern nur eine Tatsacheninstanz zur Verfügung steht. Allerdings sind mit Blick auf die Regelung der Sprungrevision nach § 335 StPO auch amtsgerichtliche Verfahren denkbar, bei denen gerade eine verlässliche Dokumentation des Ganges und des Inhalts der Hauptverhandlung wünschenswert wäre. Unabhängig von den Fällen der Sprungrevision sollte

<sup>21</sup> BT-Drs. 19/11090, S. 2.

<sup>22</sup> BT-Drs. 19/11090, S. 7.

<sup>23</sup> *Wilhelm*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren?, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 2016, S. 165 ff; *Bockemühl*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 52 f.; *ders.* Österreichisches Anwaltsblatt, 2016, 343 ff.

<sup>24</sup> Vgl. nur *Bockemühl*, Österreichisches Anwaltsblatt, 2016, 343 (346).

<sup>25</sup> v. *Galen*, StraFo 2019, 309 (318).

<sup>26</sup> v. *Galen*, StraFo 2019, 309 (318). Die Zeiten von Audio-Mitschnitten der Hauptverhandlung lediglich „zu senatsinternen Zwecken“, welche ausschließlich der „Kontrolle der gerichtlichen Mitschriften, zur Herstellung des Protokolls als Gedächtnisstütze, zur Vorbereitung der Beratung und des Urteils“ dienen, wie *Rottländer*, NStZ 2014, 138, es für die Praxis des *OLG Düsseldorf* beschreibt, sind damit ebenfalls obsolet; vgl. hierzu bereits *Bockemühl*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 57.

<sup>27</sup> v. *Galen*, StraFo 2019, 309 (318).

<sup>28</sup> A.a.O.

<sup>29</sup> So die Begründung BT-Drs. 19/11090, S. 7: „In diesen Verfahren gibt es nur eine Tatsacheninstanz, das heißt eine fehlerfreie Beweisaufnahme ist von besonderer Bedeutung.“

auch die Beweisaufnahme vor den Amtsgerichten fehlerfrei geführt werden!<sup>30</sup>

Die geforderte Ergänzung der Regelung in § 274 StPO ist folgerichtig und zumindest klarstellend. Die Beweiskraft kann nicht nur das weiterhin schriftlich zu führende Protokoll für sich in Anspruch nehmen, sondern umfasst zwingend auch die „objektivere“ Aufzeichnung der Hauptverhandlung.

Nachdem in § 274 StPO sowohl in Satz 1 als auch in Satz 2 das Wort Protokoll vorkommt, wird dieses wohl zwingend in beiden Sätzen ergänzt werden müssen, so dass § 274 StPO wie folgt lauten muss:

*„<sup>1</sup>Die Beweiskraft der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll oder die Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 273 Absatz 5 bewiesen werden. <sup>2</sup>Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls oder der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 273 Absatz 5 ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.“*

### 3. Revisionsinstanz – Rekonstruktionsverbot

Die Aufzeichnung der Hauptverhandlung soll nicht nur sämtlichen Verfahrensbeteiligten im Hauptverfahren dienen, sondern auch „der Revision dienlich“ sein.<sup>31</sup> Ausdrücklich sollen Staatsanwaltschaft und Verteidigung die Aufzeichnungen für die Revisionsbegründung nutzen können. Das Revisionsgericht soll „sich (...) einen eigenen unmittelbaren Eindruck von der Hauptverhandlung machen und die Verletzung von Verfahrensnormen konkret anhand der Aufzeichnungen überprüfen.“<sup>32</sup> Richtiger Weise betont der Entwurf, dass durch die Aufzeichnung der Hauptverhandlung Gesetzesverstöße besser und transparenter aufgeklärt werden können und dadurch das Risiko für Fehlurteile sinken werde.

Nicht ganz klar ist die Position der vorgesehenen Änderung. Während im vorgesehenen Gesetzestext die Änderung als neuer Absatz 3 vorgesehen ist, spricht die Begründung von einer Verankerung als neuer „§ 352 Abs. 1 Satz 2“ StPO.

Die in § 352 StPO vorgesehene Änderung ist ein „Zugeständnis“ an all diejenigen Kritiker einer audio-visuellen

Dokumentation der Hauptverhandlung, die eine Auswirkung im Revisionsverfahren „befürchten“. Auch der Gesetzesentwurf betont, dass die „Abgrenzung zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz weiterhin sichergestellt“ werden soll.<sup>33</sup> Hier geht es offensichtlich um das sogenannte Rekonstruktionsverbot.<sup>34</sup> In der Begründung heißt es wie folgt:

„Das Revisionsgericht soll keine grundsätzlich neuen Aufgaben übernehmen und insbesondere keine eigene Beweismwürdigung vornehmen oder den gesamten Inhalt der Hauptverhandlung anhand der audio-visuellen Aufzeichnung zur Überprüfung von Revisionsrügen nachvollziehen müssen. Daher soll die Nutzung der Aufnahme im Revisionsverfahren auf die Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten oder Widersprüche zwischen Urteil und Aufzeichnung beschränkt werden, soweit dies für die Entscheidung relevant ist.“

Die revisionsrechtliche Relevanz ist durch die Regelung klar umrissen: Die audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung soll Verletzungen der wesentlichen Förmlichkeiten transparent und objektiv aufdecken und zudem Widersprüche zwischen den Urteilsfeststellungen und der Aufzeichnung dokumentieren. Darüber hinaus soll der Bild-Ton-Aufzeichnung keinerlei weitere Relevanz im Revisionsverfahren zukommen. Damit ist die Überprüfung z.B. der Beweismwürdigung des Tatgerichts im Revisionsverfahren ausgeschlossen.

## VI. Fazit

Der durch die FDP-Fraktion in die Diskussion um eine Dokumentation der Hauptverhandlung eingebrachte Gesetzesentwurf war ausdrücklich zu begrüßen! Die nicht zeitgemäße Dokumentation der Hauptverhandlung de lege lata ist (abermals) in den Focus gelangt. Leider hat der Gesetzgeber die abermalige Chance verpasst! Der Bundestag hat in seiner Sitzung vom 15.11.2019 diese Chance für eine tatsächliche Modernisierung des Strafprozesses durch die Ablehnung des Gesetzesentwurfs vertan! Eine (Neu-)Regelung des § 273 StPO – zumindest für die Hauptverhandlungen vor den Landes- und Oberlandesgerichten – wäre ein erster Schritt zu einem modernen Strafprozesssystem und würde den deutschen Strafprozess revolutionieren.

<sup>30</sup> Der Antrag in BT-Drs. 19/13515 sieht erfreulicherweise unter Ziffer 9 eine Evaluation der „Wirkungen der Einführung der digitalen Dokumentation der strafrichterlichen Hauptverhandlung“ vor. Sollten die Erfahrungen mit der audiovisuellen Aufzeichnung positiv verlaufen, ist eine Ausweitung auf sämtliche Strafverfahren anzustreben.

<sup>31</sup> So BT-Drs. 19/13515, S. 2.

<sup>32</sup> A.a.O.

<sup>33</sup> So BT-Drs. 19/13515, S. 7.

<sup>34</sup> Krit. zum sog. Rekonstruktionsverbot im Zusammenhang mit der Dokumentation der Hauptverhandlung nur *Bockemühl*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), *Der Schrei nach Strafe, Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages Bremen*, 2017, S. 97, 104; *ders.*, *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2016, 346.

## BUCHBESPRECHUNG

***Sächsisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg): Vollzug für das 21. Jahrhundert.  
Symposium anlässlich des 300-jährigen Bestehens  
der Justizvollzugsanstalt Waldheim***

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-4787-0, S. 129, Euro 42,00.

Der Tagungsband gibt die Vorträge wieder, die anlässlich des Symposiums „Vollzug für das 21. Jahrhundert“ in der JVA Waldheim gehalten worden sind.

*Kerner* widmet sich im ersten Beitrag dem Strafvollzug in seiner gesellschaftlichen Funktion (S. 11 ff.). Hierzu geht er einleitend zunächst im speziellen auf den geschichtlichen Hintergrund der heutigen Justizvollzugsanstalt Waldheim ein, um dann allgemein die „Meilensteine“ in der historischen Entwicklung des Maßregelvollzugs zu beleuchten. Es folgt ein kurzer Überblick über den gegenwärtigen Stand von Kriminalstrafe, Strafvollstreckung und Strafvollzug in Deutschland, der auch eine rechtsvergleichende Perspektive aufzeigt.

Abschließend folgt die konzeptionelle Beschreibung eines modernen Strafvollzugs für das 21. Jahrhundert. *Kerner* beantwortet dafür zunächst die Frage, was ein humaner Strafvollzug im 21. Jahrhundert sein kann. Er kommt zu dem Ergebnis, dass moderner Strafvollzug eine besonders intensive Art der Strafvollstreckung sei, nämlich die Umsetzung von nach wie vor staatlich und gesellschaftlich notwendige Reaktion, um als ultima ratio die Rechtsordnung zu verteidigen. Dabei sei das Ziel zu verfolgen, am Vollzugsende die Gefangenen dabei unterstützt zu haben, wieder ein selbstverantwortliches Leben in Freiheit zu führen, ohne dabei neue oder jedenfalls ohne schwere Straftaten zu begehen (S. 23).

Neben dem Begriff der Resozialisierung verwendet *Kerner* ergänzend den Begriff der Rehabilitation. Die entscheidende Phase für eine auf Dauer gelingende strafrechtliche Rehabilitation setze nach der Entlassung aus der Justizvollzugsanstalt ein. Wichtig sei hier eine möglichst integrierende Wiedereingliederung, so dass dem „Übergangsmanagement“ eine große Bedeutung zukomme (S. 24). Der gegenwärtige Strafvollzug sei daher gekennzeichnet durch ein auf Rationalität und Humanität basierendes Strafen (S. 26).

Abschließend formuliert *Kerner* – auch als provozierende Anregung verstandene – Thesen. Zum einen habe es der Vollzug strukturell und im Allgemeinbetrieb desto schwerer, den Normalisierungsgrundsatz wirksam werden zu lassen und beibehalten zu können, je rationaler, humaner

und insgesamt liberal aufgeschlossen die Kriminalpolitik allgemein und die Strafgesetzgebung speziell ausgerichtet sind. Vergleichbares gelte, je rationaler, humaner und liberal aufgeschlossen die Staatsanwaltschaft und die Strafgerichte in ihren „Erledigungs-Präferenzen“ agieren können und wollen und je rationaler, humaner und liberaler aufgeschlossen die Strafvollstreckungsbehörden sowie Gnadenbehörden in der Umsetzung rechtskräftiger Kriminalstrafen flexibel mit neuen Entwicklungen und unerhofften Ereignissen vorgehen können und wollen. Zum anderen habe dies zur konkreten Folge, dass sich am Ende einer solch rationalen, humanen und insgesamt liberal aufgeschlossenen Politik, Policy und Praxis in den Anstalten die „Übrig-Gebliebenen“ häuften (S. 28 f.).

Dennoch sei die Schlussfolgerung, insoweit wieder auf die unbedingten freiheitsentziehenden Sanktionen zu setzen, keine kluge Reaktion. Denn es konnte von *Sheldon* und *Glueck* aufgezeigt werden, dass und wie es im Leben der meisten ehemaligen Jugendstraftäter auch im Falle von weiteren Straffälligkeiten im Erwachsenenalter noch typische Wendepunkte und Auswege von Dauer gegeben hätte. Insofern solle gegen alle Widrigkeiten im Alltag insgesamt zu anhaltender Re-Integration von „Ehemaligen“ in der Freiheit beigetragen werden (S. 29 f.).

Im zweiten Aufsatz geht *Feest* der Frage nach, ob der Freiheitsentzug als Sanktionsmaßnahme im 21. Jahrhundert noch zeitgemäß ist (S. 33 ff.). Dazu nimmt er zunächst die Begrifflichkeiten „Besserung“, „Schutz der Bevölkerung“ und „Generalprävention“ in den Blick. Der Autor bezweifelt, dass der Strafvollzug sein selbst gestecktes Ziel der Besserung erreichen kann. Auch wenn es Einzelfälle gibt, nach denen Menschen aus dem Strafvollzug geläutert hervorgehen bzw. keine weiteren Interventionen der Strafsjustiz benötigen, so besagten diese nichts über die Effizienz der Institution als solcher. Vielmehr müsse im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass der Aufenthalt in Strafanstalten in der Regel die Lebenschancen der Inhaftierten und damit deren Sozialprognose verschlechtere (S. 37).

Die Antwort auf die Frage, ob die Bevölkerung durch die Inhaftierung des Straftäters geschützt wird, fällt zweigeteilt aus. Zwar sei nicht zu leugnen, dass der Täter selbst für die Zeit seiner Inhaftierung die Straftaten, derentwegen er verurteilt wurde, außerhalb des Gefängnisses in der Regel nicht mehr begehen kann. Deswegen ginge aber noch lange nicht die entsprechende Kriminalität zurück,

da die entstandenen ökologischen Lücken schnell durch bisher der Polizei unbekannte Täter aufgefüllt würden.

Der Verfasser bezweifelt zudem, dass der Strafvollzug de facto abschreckende Wirkung hat, zumindest sei diese durch empirische Forschung keineswegs belegt (S. 38). Auch der Gedanke der positiven Generalprävention, wonach die Bestrafung zur Bestätigung der Normgeltung beitrage, sei empirisch schwer prüfbar. Jedenfalls ließen sich die hohen Kosten des Strafvollzugs in keiner Weise durch seinen Nutzen rechtfertigen, zumal das Einsperren von Menschen den menschenrechtlichen Standards widerspräche (S. 40).

Dabei gehe es um grundlegende Charakteristika der Haftbedingungen, deren Beseitigung in diesem institutionellen Rahmen schwierig bis unmöglich sei. Dies gelte z.B. für die Zwangsarbeit, die zwar in einigen Bundesländern bereits abgeschafft sei, an denen andere Bundesländer aber nach wie vor festhalten. Ebenfalls sei von einer Zwangsarmut auszugehen, da die Gefangenen derzeit eine Arbeitsentlohnung von neun Prozent des Durchschnittslohns erhalten, die insoweit erheblich unter dem gegenwärtigen Mindestlohn liegt. Zudem erfolgen für arbeitende Gefangene keine Abgaben an die Sozialversicherung, so dass Altersarmut vorprogrammiert sei. Auch werden die Jahre der Arbeit im Gefängnis nicht als Wartezeit für die Rentenversicherung anerkannt. Weiterhin führe die Geschlechtertrennung im Strafvollzug zu einer „Zwangsenthaltsamkeit“. Dies könne auch durch spätere Lockerungen des Vollzugs nicht ausgeglichen werden. Schließlich bewirke die Bestrafung eines Menschen zugleich die Mitbestrafung anderer, nämlich von Kindern, Partnern und Freunden. So verhindere die Einsperrung von Menschen ein normales Sozialleben – nicht nur für den Eingesperrten, sondern eben auch für seine Familie, allen voran die Kinder, deren zukünftige Entwicklung dadurch beeinflusst werde.

Nach Benennung dieser negativen Einflussfaktoren wirft *Feest* die Frage auf, ob auf Strafanstalten ganz verzichtet werden kann (S. 44 ff.). Eine solche Forderung haben in den 1970er und 80er Jahren die Abolitionisten erhoben, auch in der neueren öffentlichen Diskussion mehren sich die Stimmen von Vollzugspraktikern, die eine erhebliche Reduktion der Gefangenenzahlen fordern und den Strafvollzug als von Grund auf absurdes System bezeichnen. *Feest* verweist an dieser Stelle auf Bücher von *Maelicke* (Das Knast-Dilemma), *Wagner* (Das absurde System) und *Galli* (Die Schwere der Schuld), die auch die Verfasserin der Rezension nur jedem empfehlen kann, der über unser Strafvollzugssystem und Reformen nachdenken möchte. *Feest* ist der Überzeugung, dass man auf Gefängnisse als Sanktionsinstrumente (fast) ganz verzichten könnte und das zukünftig auch tun wird. Er ist weiter davon überzeugt, dass ein Verzicht auf Strafanstalten nicht zu einem Anwachsen der Kriminalität führen würde (S. 45).

Als Alternative zum Strafvollzug führt *Feest* folgende, auch von anderen Autoren vorgeschlagenen, Optionen auf (S. 46):

- Freistätten für Straftäter

- Entkriminalisierung möglichst vieler Deliktgruppen
- Außerstrafrechtliche Streitschlichtung
- Restorative Justice/Reintegrative Shaming
- Verzicht auf einzelne Segmente des Strafvollzugs
- Verzicht auf kurze Freiheitsstrafen
- Vermehrte Strafaussetzung zur Bewährung
- gemeinnützige Arbeit
- elektronisch überwachter Hausarrest
- Untersuchungsausschüsse
- abolitionistische Fortentwicklung des Strafvollzugs durch immer stärkere Angleichung der Haftbedingungen an die allgemeinen Lebensverhältnisse

Daneben habe sich ein prominenter Abolitionist namens *Thomas Mathiesen* für eine ersatzlose Abschaffung der inhumanen Institution der Strafvollzugsanstalten ausgesprochen (S. 47). *Feest* ist der Auffassung, mehr konkrete Utopie zu wagen und einen weitgehenden Abbau, wenn nicht sogar eine komplette Abschaffung der Strafanstalten im 21. Jahrhundert voranzutreiben (S. 48).

Im nächsten Beitrag widmet sich *Czerner* dem Schuldgedanken in Strafvollstreckung und Strafvollzug, insbesondere bei (lebens-)langen Freiheitsstrafen in der Justizvollzugsanstalt Waldheim (S. 49 ff.). Er beginnt mit einer literarischen Einführung zu „Schuld und Sühne“ oder „Verbrechen und Strafe“ von *Dostojewski* und grenzt seinen Vortrag auf den individuellen Schuldvorwurf ein, der dem Straftäter im Rahmen eines Strafverfahrens gemacht wird (S. 53). Mit dem ersten Begriffspaar „Schuld und Sühne“ rekurriert der Verfasser auf den subjektbezogenen Vorwurf eines Fehlverhaltens, mit dem zweiten Begriffspaar „Verbrechen und Strafe“ auf einen sehr weit gefassten, extensiven Straf-Begriff, der den gesamten Prozess des Sanktionierens vom Beginn des Erkenntnisverfahrens bis zum anschließenden Vollstreckungsverfahren erfasst.

Während der Schuld im Erkenntnisverfahren eine Grundlagen- und Limitierungsaufgabe zukomme, komme der Schuld im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Strafrestausssetzung zur Bewährung nach § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB Bedeutung zu. Hiernach kann eine lebenslange Freiheitsstrafe nach 15 Jahren zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn neben Sicherheitsinteressen nicht die besondere Schwere der Schuld die weitere Strafvollstreckung gebiete. Die Schuld-schwereklausele ist laut Verfasser eine Konzession und eine Kompensation des Gesetzgebers hinsichtlich der Vergeltung für begangenes Unrecht im Sinne der absoluten Straftheorie.

*Czerner* geht sodann der Frage nach, ob Schuldberücksichtigung innerhalb des Strafvollzugs möglich ist und ob der Staat Reue von seinen Straftätern erzwingen darf (S. 65). Hierzu wird auf einer ersten Ebene untersucht, inwieweit Schuldvergeltung auch innerhalb des Strafvollzugs zulässig ist. Laut h.M. in der Literatur wird als alleiniger legitimer Strafzweck innerhalb des Vollzugs die positive Individualprävention sowie die negative Individualprävention gesehen. Die Einbeziehung des Schuldausgleichs in

bzw. mit § 2 StVollzG (Bund) zu begründen sei, so *Müller-Dietz*, schwierig, auch die Anleihen bei der Strafzumessungsklausel des § 46 StGB stützten die Einbeziehung der Schuldschwere in § 2 StVollzG nicht (S. 68). Dagegen vertritt das *BVerfG* und Teile des Schrifttums, dass eine Berücksichtigung des Schuld- und Vergeltungsgedankens auch im Rahmen des Strafvollzugs geboten sei, weil der Schuldausgleich in den Vollzug hineinwirke (S. 69). Außerdem könne nach Auffassung des Verfassers die Resozialisierung nicht alleiniger Strafzweck sein. Die Vergeltung als Schuldausgleich sei notwendig, weil sozial integrierte Täter, Konflikttäter und frühere nationalsozialistische Täter, die jahrzehntelang sozial unauffällig gelebt hätten, bei alleiniger Berufung auf die Resozialisierung überhaupt nicht zu Freiheitsstrafen verurteilt werden dürften (S. 69 f.).

Nach dieser Feststellung geht *Czerner* auf die zweite Ebene, die Schuldverarbeitung, also den Umgang mit Reue und Sühne im Strafvollzug, ein. Einigkeit bestehe im Schrifttum darüber, dass „Schuld und Sühne“ als eine freiwillige Leistung im Strafvollzug nicht erzwingbar und Schuldverarbeitung daher nicht zwangsläufig eine notwendige Voraussetzung für eine gelingende Resozialisierung sei. Dennoch habe, so der Verfasser, der Strafvollzug die Aufgabe, den Gefangenen zur Einsicht in seine Schuld und zur aktiven Auseinandersetzung mit ihr zu befähigen. Der Täter solle die Möglichkeit bekommen, zu Selbsteinsicht und persönlicher Sühne zu finden (S. 75). Während Vergeltung ein von außen an den Täter herangetragenem Vorgang sei, beruhe Sühne auf einem persönlichen Akt. So enthalte auch § 3 SächStVollzG explizit eine Schuldauseinandersetzung im Kontext der Vollzugsgestaltung, in dem der Vollzug auf die Auseinandersetzung der Gefangenen mit ihren Straftaten und deren Folgen auszurichten ist (S. 80). Insofern stellten sich künftig für den Vollzug im 21. Jahrhundert wichtige Forschungsfragen zur sinnvollen Behandlung und Behandelbarkeit auch von denjenigen Straftätern, die keinen oder noch keinen Zugang zu ihren eigenen Anteilen im Rahmen einer Straftat gefunden hätten (S. 83).

Im Anschluss folgt ein Beitrag von *Rettenberger* zu Behandlungsansätzen im Strafvollzug und deren Wirksamkeit (S. 89 ff.). Zunächst wird der aktuelle Stand der internationalen Wirksamkeitsforschung dargestellt. Neben denjenigen, die der Wirksamkeit der Behandlung von Straftätern im intramuralen Kontext skeptisch gegenüberstehen, geht die Mehrheitsmeinung davon aus, dass eine Wirksamkeit zumindest dann gegeben ist, wenn bestimmte Prinzipien bei der Implementierung und Durchführung von Behandlungsprogrammen berücksichtigt werden (S. 90). Der Verfasser geht im Folgenden den Skeptikern nach. Insbesondere das Prinzip der Nullhypothese sei im Zusammenhang mit der Prüfung der Wirksamkeit einer Interventionsmaßnahme bei straffällig gewordenen Personen von zentraler Bedeutung. Danach wird ausgehend von der Annahme, eine Intervention habe keinerlei Effekt, der Stand der empirischen Erkenntnis dahingehend geprüft, ob die Nullhypothese zurückgewiesen und eine Alternativhypothese, nämlich die Intervention

sei wirksam, angenommen werden kann (S. 92). Der Königsweg zur Zurückweisung der Nullhypothese bestünde darin, ein Experiment durchzuführen, in dem eine Stichprobe von Patienten entweder in die Behandlungsgruppe oder in die Vergleichsgruppe gelost und dann die jeweiligen Resultate in Bezug auf den Rückfall zu überprüfen sind (S. 93). Solche unter dem englischen Begriff als *Randomized Controlled Trials (RCTs)* bezeichnete Experimente erbrachten häufig aber keinen statistisch signifikanten Unterschied zwischen behandelten und unbehandelten Straftätern, ganz im Gegenteil finden sich Beispiele, anhand denen nachgewiesen werden konnte, dass die bis dato gängige Interventionspraxis eher Schaden verursacht als Nutzen bringt (S. 96).

Allerdings kritisiert der Verfasser, dass eine Reihe von Interventionspraktiken weitergeführt wurden und werden, obwohl die fehlenden positiven Effekte sowie die negativen Nebeneffekte bekannt seien. Allerdings gäbe es auch positive Ergebnisse der Wirksamkeitsforschung. Beispielfähig geht *Rettenberger* auf die Wirksamkeit der Behandlung von Sexualstraftätern ein. Hier kämen Studien zu dem Ergebnis, dass die Rückfallgefahr sowohl einschlägiger Taten als auch deliktunspezifischer Taten bei Behandlung sank. Zudem seien aktuellere Behandlungsangebote erfolgreicher als die Therapieprogramme früherer Dekaden. Zur Reduzierung der Rückfallgefahr trage bei, dass Sexualstraftätern mit einem vergleichsweise hohen Rückfallrisiko mehr Behandlung und Aufmerksamkeit zukomme, als Probanden mit niedrigem Rückfallrisiko. Dazu sei eine reliable und valide Erfassung des Rückfallrisikos notwendig, die anhand standardisierter Prognoseinstrumenten erfolge. Die Behandlung und Betreuung sollte dann gezielt und systematisch vor allem solche Inhalte berücksichtigen, die tatsächlich empirisch mit der Rückfälligkeit in Zusammenhang steht (S. 100).

*Rettenberger* betont, dass die Rückfallraten von Sexualstraftätern ohnehin sehr niedrig sind und verweist hierbei auf eine aktuelle empirische Studie von *Rettenberger/Birken/Turner/Eher* (S. 102). Eine umfassende Meta-Analyse von *Schmucker/Lösel* zur Wirksamkeit psychosozialer Behandlungsprogramme bei Sexualstraftätern belege zudem einen positiven Behandlungseffekt (S. 104 f.). Dennoch seien weitere Forschungen erforderlich, um Erkenntnisse über die differentielle Wirksamkeit zu gewinnen (S. 107).

Weiterhin referiert *Rettenberger* noch Studien zur Wirksamkeit von Behandlungen bei jungen straffällig gewordenen Personen und anderen Tätergruppen wie Gewaltstraftätern, um dann zwei Beispiele aus der Evaluationspraxis vorzustellen. Er kommt abschließend zu dem Ergebnis, dass Strafe allein nicht besonders gut oder besonders nachhaltig wirkt. Dagegen könnten bestimmte Interventionen als wirksam eingestuft werden, sofern sie gewisse inhaltliche Voraussetzungen erfüllen. Für die Rehabilitation von Straftätern sei besonders entscheidend, dass verbesserte Lebensbedingungen an psychologisch fundierte Interventionen geknüpft sein sollten, um wirklich nachhaltig positiv wirken zu können (S. 114). Der Verfasser versteht den Beitrag als ein Plädoyer für eine evidenz-

basierte Interventionspraxis im Strafvollzug. Die psychosoziale Intervention solle einen zentralen Bestandteil einer evidenz-orientierten Justiz im Allgemeinen darstellen. Dabei müsse eine wissenschaftlich fundierte Evaluation fester Bestandteil jeder Intervention sein (S. 115).

Im letzten Beitrag des Bandes erläutert *Dopp* die Erwartungen an einen menschenwürdigen Justizvollzug in Deutschland (S. 121 ff.). Hierzu stellt er zunächst die Tätigkeit der Nationalen Stelle im Justizvollzug vor, die aus einer Bundesstelle und einer Länderkommission besteht und für Besuche in allen etwa 13.000 Orten der Freiheitsentziehung in Deutschland zuständig ist. Dadurch habe sie als einzige Institution in Deutschland eine kontinuierliche Übersicht über die Vollzugspraxis in allen Bundesländern. Neben den Besuchen vor Ort besteht die weitere Aufgabe darin, zu Gesetzen oder Gesetzentwürfen Stellung zu nehmen. Der Beitrag zeigt die menschenrechtlich besonders relevanten Bereiche im Vollzug auf, die im Fokus der Aufmerksamkeit der Nationalen Stelle stehen.

Vordringliche Aufgabe sei es, auf eine Verbesserung der Behandlung und der Bedingung von Straftätern im Freiheitentzug hinzuwirken. Besonders im Fokus stünden hier Bereiche, in denen die Rechte der Gefangenen über die Freiheitsentziehung hinaus beschränkt werde, wie bspw. durch besonders gesicherte Hafträume, Fixierungen u.ä. Im Rahmen der Würdigung der allgemeinen Unterbringungsbedingungen seien hauptsächlich der Zustand der Hafträume, deren Grundfläche, die Größe und Beschaffenheit der Fenster sowie die Einsehbarkeit des Toilettenbereichs von Interesse. Insgesamt beschäftige die Nationale Stelle immer wieder die Wahrung der Intimsphäre in Vollzugsanstalten.

Da die Nationale Stelle wegen der dünnen Personaldecke von zehn ehrenamtlichen Mitgliedern nicht in der Lage sei, alle 13000 Orte der Freiheitsentziehung regelmäßig zu besuchen, agiere sie in erster Linie über Empfehlungen, die von allen Einrichtungen zur Kenntnis genommen und umgesetzt werden sollten. Hauptsächlich Erkenntnisquellen für die Arbeit der Nationalen Stelle seien zunächst die deutschen Gesetze und völkerrechtlichen Rechtsvorschriften. Eine teilweise noch wichtigere Quelle sei die Rechtsprechung der deutschen und europäischen Ge-

richte. Hier spricht der Verfasser die Fixierungsentscheidung des *EGMR* an. Aktuell kann hier zudem auf die Fixierungsentscheidung des *BVerfG* Bezug genommen werden, die schon zu einem entsprechenden Referentenentwurf des BMJV zwecks Neufassung des § 127 StVollzG geführt hat.

*Dopp* kommt zu dem Fazit, dass sowohl die Befunde der Nationalen Stelle als auch die Berichte anderer internationaler Besuchsinstitutionen zeigen, dass der Vollzug in Deutschland insgesamt gut aufgestellt sei. Der grundsätzlich positive Eindruck werde aber dadurch getrübt, dass in Einzelfällen auch in Deutschland menschenunwürdige Haftbedingungen herrschen. Auch in anderen, weniger einschneidenden Bereichen gebe es Verbesserungspotenzial im deutschen Strafvollzug, so beispielsweise bei der Videoüberwachung von Toiletten in besonders gesicherten Hafträumen.

Durch die regional sehr unterschiedlich ausgeprägten Sicherheitsbedürfnisse könne die Nationale Stelle durch ihre Basisarbeit in allen Bundesländern praktische Impulse für die Verbesserung der Situation von Gefangenen geben. Es sei nicht Ziel der Tätigkeit der Nationalen Stelle, eine Komplettreform des Vollzugs auf den Weg zu bringen, sondern in erster Linie über einen „best practice approach“ gute Erfahrungen zu verbreiten (S. 128).

Der Band bietet einen differenzierten Blick nicht nur auf den heutigen Strafvollzug, sondern denkt Strafvollzug weiter in vielfältigster Perspektive – was auch durch die Interdisziplinarität der Beiträge gefördert wird. Die Lektüre lohnt sich für alle, die sich Gedanken über einen modernen Strafvollzug machen und der Meinung sind, dass die Möglichkeiten aktuell noch lange nicht ausgeschöpft sind. Ob der Weg des Vollzugs für das 21. Jahrhundert dann radikal in einer Abschaffung des Strafvollzugs der heutigen Form mündet, wie von *Feest* angedacht, scheint zwar fraglich. Ganz sicher aber ist viel Luft nach oben, um den Strafvollzug menschenwürdiger und effektiver zu machen und durch wirksame Behandlungsmethoden das zu bewirken, was durch den reinen Verwahrvollzug ganz sicher nicht erreicht wird, nämlich eine Resozialisierung und Wiedereingliederung des straffällig gewordenen Menschen in ein straffreies Leben zu ermöglichen.

## TAGUNGSBERICHTE

## Tagungsbericht, Defence Counsel at the International Criminal Tribunals, Berlin, am 26. Januar 2019

von Rain Pia Bruckschen

Am 26. Januar 2019 fand auf Einladung des „ICDL Germany e.V.“, einem Zusammenschluss von Strafverteidigern und Wissenschaftlern mit Interesse für das Wirken der internationalen Strafjustiz, die bereits 13. Auflage der Konferenz „Defence Counsel at the International Criminal Tribunals“ in den Räumlichkeiten des Hotels Intercontinental in Berlin statt. Die Veranstaltung wurde gefördert von der RAK Berlin. Wissenschaftler und Praktiker aus dem In- und Ausland fanden sich zur Diskussion und Analyse aktueller Probleme und Erfahrungen in Zusammenhang mit den Entwicklungen und Verfahren vor den Internationalen Gerichtshöfen zusammen. Auch dieses Jahr war die Konferenz von einem intensiven Erfahrungsaustausch mit an den Tribunalen praktizierenden Juristen als auch von der Diskussion erheblicher verfahrensrechtlicher und tatsächlicher Problematiken – neuer oder altbekannter Art – geprägt.

Nach einer Begrüßung durch den Vize-Präsidenten des Vereins, Rechtsanwalt *Christian Kemperdick*, widmete sich *RiStGH Prof. Dr. Bertram Schmitt* in seinem Vortrag „The Rome Statute between Common Law and Civil Law – A Personal View“, der ausführlichen Analyse der Verfahrensordnung des Internationalen Strafgerichtshofs (*IStGH*). *Schmitt*, seit März 2015 deutscher Richter am *IStGH* in Den Haag (dort u.a. in den Verfahrenskammern VII, VIII, IX), analysierte pointiert die Besonderheiten im Regelungsansatz des Römischen Statuts im Hinblick auf dessen Zusammenspiel von Regelungen und verfahrensrechtlichen Strukturen sowohl der „Common Law“- als auch der „Civil Law“-Rechtssysteme. Er brachte dabei seine persönlichen Erfahrungen als langjähriger Instanz- und Revisionsrichter in Strafsachen ein – eine Erfahrung, die in der Richterschaft des *IStGH* leider keine Selbstverständlichkeit ist. Er beleuchtete hierfür zunächst einige zentrale Unterschiede in beiden Rechtssystemen. Der Rolle, die dem Richter in Gerichten kontinentaleuropäischer Prägung bei der Wahrheitsfindung zukomme, sei eine größere Vielfalt und damit auch einhergehende Widersprüchlichkeit inhärent (Ermittlungstätigkeit/objektive Entscheidungsfindung). Damit befinde sich der Civil-Law-Richter regelmäßig in einer komplexeren Situation als RichterInnen im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Dort sei es an Strafverfolgungsbehörde und Verteidigung, ihre jeweiligen Fälle (Cases) zu präsentieren, während das Gericht beides betrachte und – einem Schiedsrichter ähnlich – zu entscheiden habe, welche Partei zu überzeugen

vermag. Die Verfahrens- und Beweisregeln des *IStGH* (Rules of Procedure and Evidence<sup>1</sup>) kombinierten beide Verfahrenssysteme miteinander, so *Schmitt*. Dies zeige sich beispielsweise an der Möglichkeit einer Einigung zwischen der Verteidigung und der Anklagebehörde mit der Folge, dass das Gericht bestimmte behauptete Tatsachen als erwiesen anzusehen habe – ähnlich wie im Common Law. Das Gericht müsse sich dieser Einigung allerdings nicht unterwerfen, was der eigenständigen und verantwortungsvollen Rolle des Gerichts im Civil Law gleiche. Die Auswahl der Beweismittel und die Art und Weise der Beweisaufnahme könnten zwar grundsätzlich die Parteien mitgestalten (Common Law), jedoch könne das Gericht auch eigene Beweise erheben, die es für notwendig erachte (Civil Law). Die Kombination der Rechtssysteme zeige sich auch, so *Schmitt*, im Umgang mit Zeugenbefragungen in Verfahren vor dem *IStGH*. Das Gericht habe aus seiner Sicht etwa die Aufgabe, bei zu ausschweifenden Befragungen von Zeugen, die aus Sicht der Richter offensichtlich unerhebliche Tatsachen zum Gegenstand hätten, einzuschreiten und dadurch ein effektiveres Verfahren zu gewährleisten, was von den Verteidigern und Staatsanwälten, die eine derart aktive Rolle des Richters nicht gewohnt seien, nicht immer geschätzt werde. Als problematisch stufte *Schmitt* zudem die Möglichkeit ein, Zeugen vor der tatsächlichen Befragung in der Hauptverhandlung, intensiv vorzubereiten. Dies würde den Beweiswert der Aussage der Zeugen erheblich in Frage stellen.<sup>2</sup> Die Kombination der Rechtssysteme, so resümierte *Schmitt*, fordere es sämtlichen Richtern am *IStGH* ab, die eigenen Gewohnheiten, Glaubenssätze und Erfahrungen zu hinterfragen.

Im Anschluss hieran brachte *Benjamin Gumpert*, Q.C., Anklagebehörde des *IStGH* (Office of the Prosecution), den Teilnehmern der Konferenz in seinem Vortrag „A view from the courtroom: the advocate before the ICC“ die Probleme der Effektivität der Verfahren am *IStGH* näher. *Gumpert*'s Erfahrungen als Barrister in England und Wales sowie dessen Tätigkeit für die Anklagebehörde und die Verteidigung vor internationalen Strafgerichtshöfen waren sicherlich mitursächlich dafür, dass die Analyse der Praxisprobleme frei von pauschalen Verantwortungszuweisungen war und pointiert auf die praktischen Hürden in internationalen Verfahren einging. Als besonders gravierend unterstrich *Gumpert* die überlange Verfahrensdauer, die u.a. durch das Überschreiten von prozessual

<sup>1</sup> Rules of Procedure and Evidence, 2002, abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.2.2019).

<sup>2</sup> S. auch *Babucke*, ZIS 12/2017, S. 782 mwN.

festgelegten Fristen verursacht würde, aber auch der Tatsache geschuldet sei, dass die Kammern zu häufig langwierige, schriftliche Verfahren anordneten. Würden Anträge verstärkt mündlich gestellt, könnte das Gericht, zumindest über einfache Verfahrensfragen und Anträge, sofort und nicht im schriftlichen Verfahren entscheiden. Bedauerlicherweise sei es an der Tagesordnung, dass prozessuale Fragen in etlichen Schriftsätzen, Erwidern und Repliken diskutiert würden. Gegen die Entscheidung, die erst Wochen später schriftlich erfolge, könne Beschwerde eingelegt werden, wozu wiederum Stellungnahmen der Gegenseite abgegeben werden könnten etc. Ein weiteres Problem sah *Gumpert* bei der Auswahl und Einbindung von Sachverständigen. Diese würden derzeit von den Parteien ausgewählt und befragt, brächten teilweise jedoch nur begrenzt gewinnbringende Expertise zu den rechtlich und tatsächlich erheblichen Fragen in das Verfahren ein. Zudem würden häufig mehrere Sachverständige vernommen, ohne dass das Gericht vor der Vernehmung herausgearbeitet habe, zu welchen Fragen die Sachverständigen in ihren Ansichten divergierten. Dies habe langwierige Vernehmungen zu unstreitigen Themen zur Folge. Das In-die-Länge-ziehen der Verfahren sei sowohl ein Überstrapazieren finanzieller Ressourcen als auch eine extreme Belastung für die Angeklagten, die unter Umständen wegen der langen Verfahrensdauer über viele Jahre in Haft säßen, obwohl sie am Ende – was bereits häufiger der Fall gewesen ist – freigesprochen würden.

*Michelle Jarvis*, stellvertretende Leiterin des International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011 (IIIM)<sup>3</sup>, einer durch Beschluss der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 21.12.2016 ins Leben gerufenen neuen internationalen Institution, gab in ihrem Vortrag „The UN International Impartial Independent Mechanism on Syria – Innovating International Criminal Justice“ einen persönlichen Einblick in die Aufgaben und Ziele des „Mechanismus“. IIIM habe insbesondere das Ziel, trotz der vorhandenen politischen Blockaden, zur juristischen Aufarbeitung der Verbrechen in Syrien beizutragen. Zwar habe der „Mechanismus“ keinerlei Möglichkeit, Anklage zu erheben geschweige denn Urteile auszusprechen, allerdings könne er umfassende Beweismittelsammlungen und Informationspools sowie ausführliche Analysen zu vermeintlichen Tätern, zu Betroffenen, Zeugen und Tatsachen durchführen und dadurch einen gemeinschaftlichen Interessenansatz von nationalen und internationalen Strafverfolgungsbehörden ermöglichen. Dabei ging *Jarvis* insbesondere auf die Verbindungen des „Mechanismus“ zur nationalen Strafverfolgung ein, die sich gerade nicht von der internationalen Strafverfolgungsebene abspalten solle. Vielmehr sei es mit dem „Mechanismus“ möglich, die zum Teil eingeschränkten Möglichkeiten nationaler Strafverfolgungsbehörden auszugleichen, indem diesen durch konkrete Anfragen oder Unterstützungsersuchen, Zugang zu bestimmten kollektiv gesammelten Informationen und Daten des IIIM gewährt

werden könne. Dies erfolge selbstverständlich unter Beachtung der „Fair Trial“-Standards. Es gebe bereits viele Anfragen, so *Jarvis*, zum Zeitpunkt ihres Vortrages seien es bereits 14 gewesen. Generell hätten sie insbesondere Anfragen der nationalen Zentralstellen für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen erhalten, so auch von der „War Crimes Unit“ des GBA. Beschränkungen im Hinblick darauf, von wem Informationen und Daten vom „Mechanismus“ erhoben werden könnten, gebe es bislang nicht. *Jarvis* betonte auch die Rolle der Zivilgesellschaft und von zahlreichen Nichtregierungsorganisationen (NGOs), die sich zur Aufgabe gemacht hätten, in Syrien begangene Verbrechen zu dokumentieren. Ziel des IIIM sei es u.a., dieser so wichtigen und wertvollen Arbeit der NGOs eine Bedeutung zu geben und eingehend zu prüfen, welche Informationen übernommen werden können. Die Frage der Seriosität und Authentizität der Quelle werde dabei nicht aus den Augen verloren und es dürfe auch keine Rolle spielen, auf welcher „Seite“ des Konfliktes die NGO stünde. Der „Mechanismus“ achte sehr darauf, eine eigene Analyse und eigene Schlüsse aus dem übergebenen Material zu ziehen. Selbst könnten die NGOs keine direkten Rechtshilfeanfragen an den IIIM stellen, dies stehe nur nationalen/internationalen Strafverfolgungsbehörden zu. Vorgesehen sei laut *Jarvis* außerdem eine spezielle Stelle für geschlechterspezifische Straftaten, die Zusammenarbeit mit Experten sei geplant. Abschließend machte sie deutlich, dass die Einführung neuer Ideen und Mechanismen der Strafverfolgung naturgemäß mit neuen Herausforderungen verbunden sei.

*Paolina Massida* (IStGH, Principal Counsel within the Office of Public Counsel for Victims), die als Rechtsbeistand für Opfer am IStGH tätig ist, gab in ihrem Vortrag „Representing victims before the ICC: an innovation not without challenges“ einen sehr plastischen Einblick in die Schwierigkeiten und begrenzten Möglichkeiten der Teilnahme von Opfern an Verfahren beim IStGH. Im Gegensatz zu den „Parteien“ des Verfahrens hätten die beteiligten Opfer früher nur Einsicht in öffentliche Dokumente, Beweise und sonstigen Unterlagen gehabt. Da aber insbesondere die Dokumentationen über Zeugen und ihre Aussagen zumeist als vertraulich eingestuft würden, hätten die Opfervertreter nur einen begrenzten Einblick in den gesamten Verfahrensstand gehabt. Es habe insofern auch kaum Sinn gemacht, Zeugen der Anklagevertreter zu befragen oder die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben zu hinterfragen. Es habe ganze drei Jahre gedauert, so *Massida*, um diese Regelung zu ändern. Ferner unterstrich sie, dass die sprachliche Differenzierung zwischen Parteien und Beteiligten („parties“ und „participants“) konstruiert und fast nirgends in den Verfahrensregeln zu lesen sei. Damit werde die Rolle der Opfer im Verfahren reduziert. Grundsätzlich hätten die Opfervertreter nach Art. 68 Abs. 3 des Rom-Statuts beispielsweise das Recht zu vernehmen, zu kontrollieren und Beweise zu präsentieren. Diese Rechte würden häufig als Risiko für das die Verfahren bestimmende Prinzip der „Waffengleichheit“ (equality of arms) angesehen. Der Umfang der Teilnahme am Verfahren werde jedoch durch die RichterInnen entschieden, die sich

<sup>3</sup> Weitere Informationen abrufbar unter: <https://iiim.un.org/> (zuletzt abgerufen am 30.1.2019).

auch über die möglicherweise entstehende Waffenungleichheit hinwegsetzen könnten. Ihrer Ansicht nach gebe es zudem ohnehin genug Regelungen im *IStGH*-Statut, die eine Waffengleichheit zwischen den Parteien sicherstelle. Was sie für besonders bedenklich und nennenswert halte, sei die Tatsache, dass den beteiligten Opfern kein Recht auf Anfechtung einer Entscheidung des Gerichtes zustünde – noch nicht einmal, wenn es in dieser Entscheidung gerade um die Frage der Beteiligung der Opfer am Verfahren ginge. *Massida* bewertete sodann ihre persönlichen Erfahrungen im Hinblick auf das Verhältnis von Rechtsbeiständen zu Opfern. Insbesondere im Hinblick auf die Kommunikation, den zeitlichen Aufwand, die Distanz zu den Mandanten, die von ihnen gesprochenen Sprachen und die speziellen Bedürfnisse der Mandanten, befänden sich gerade die Opferbeistände in einer sehr herausfordernden Position. Auf die Frage, warum die Opfer ein so besonderes Interesse an der Teilnahme an den Verfahren hätten, erklärte *Massida*, ihrer Erfahrung nach hätten bei den von ihr vertretenen Opfern bislang insbesondere zwei Gründe im Vordergrund gestanden: Allen voran, das Bedürfnis die Wahrheit herauszufinden. Aber natürlich auch das Verlangen nach einer Entschädigung (bei 7% der Befragten).

*Peter Haynes Q.C.*, war der Lead Counsel im Verfahren gegen Jean-Pierre Bemba<sup>4</sup> am *IStGH* und ist zurzeit Legal Representative of Victims am Special Tribunal for Lebanon (STL) in Den Haag. *Haynes* widmete sich in seinem Vortrag „The Appeal Judgement in Bemba: fallout and future directions“ sehr detailliert den aus seiner Sicht (erheblichen) prozessualen Fehlern, die der Verfahrenskammer des *IStGH* während des Hauptverfahrens unterlaufen waren und letzten Endes zum Freispruch *Bembas* durch die Berufungskammer am 8. Juni 2018 geführt hatten. Nach einer umfassenden Einführung in den Konflikt in der Zentralafrikanischen Republik, erläuterte *Haynes* die Ursprünge des Verfahrens gegen *Jean-Pierre Bemba*, welches rund 10 Jahre (Untersuchungshaft) später mit dem Freispruch endete. Im Kern habe sich das Verfahren um die Frage gedreht, ob Bemba, ein kongolesischer Politiker, für Straftaten verantwortlich sei, die kongolesische Einheiten, die eher dem damaligen Präsidenten der Zentralafrikanischen Republik unterstellt gewesen seien, begangen haben sollen. Die Beweislage sei, so *Haynes*, von Anfang an dünn gewesen und habe zunächst auch dazu geführt, dass eine Eröffnung des Verfahrens durch die Vorverfahrenskammer abgelehnt worden sei. Dennoch habe die Anklagebehörde damals mit aller Macht auf ein Verfahren gedrängt. Schlussendlich sei das Verfahren genau an diesem Punkt gescheitert. Daneben habe das Verfahren besondere Schwierigkeiten aufgeworfen. So habe die Anklagebehörde gegen einige Mitarbeiter des Verteidigungsteams den Vorwurf der Zeugenbestechung erhoben. Die Verfahrenskammer sei in diesem Zusammenhang – ohne Kenntnis der Verteidigung – über einen län-

geren Zeitraum über Interna des Verteidigungsteams informiert worden.<sup>5</sup> Die Verfahrenskammer habe weiterhin im Urteil an zentralen Stellen unsauber gearbeitet und Sachverhaltsbehauptungen aufgestellt, die in den referierten Quellen nicht enthalten waren. Dies dokumentierte *Haynes* als ein Beispiel für die mangelhafte Qualität der Arbeit der Kammer. Daneben habe die Anklagebehörde den Arrest von erheblichen Vermögenswerten von Jean-Pierre Bemba durchgesetzt, die Verwertung oder Instandhaltung sei indes vernachlässigt worden, was den *IStGH* zu erheblichen Schadensersatzzahlungen verpflichten könnte. Zusammenfassend stehe das Verfahren sinnbildlich für die derzeitigen Probleme am *IStGH*.

Rechtsanwältin *Natalie von Wistinghausen*, die seit März 2016 als Co-Verteidigerin beim *STL* in dem Verfahren *The Prosecutor vs. Ayyash et. al*<sup>6</sup> im Verteidigerteam für den Angeklagten *Hussein Hassan Oneissi* tätig ist, berichtete im Vortrag „Defending an Absent Accused at the STL“ über ihre Erfahrungen aus dem Prozess. Das Besondere am *STL* sei, dass alle Angeklagten des Hauptverfahrens unbekanntem Aufenthaltsortes seien, also in der Hauptverhandlung nicht anwesend. Ein Verfahren *in absentia* sei jedoch nach libanesischem Recht vorgesehen, weshalb diese prozessuale Verfahrensweise auch im Statut des *STL* adoptiert wurde. Die Verteidiger der Angeklagten hätten bislang in der Tat keinen Kontakt zu ihren „Mandanten“ gehabt und dürften dies auch nicht. In der Rolle des Verteidigers sei man deshalb mit neuartigen Verfahrenskonstellationen und prozessualen Besonderheiten konfrontiert, über die *von Wistinghausen* bereits in den letzten Jahren sehr ausführlich referiert hatte. Im diesjährigen Vortrag widmete sie sich von daher den aktuellen Geschehnissen im Verfahren. Nachdem nunmehr die Beweisaufnahme (nach über 4 ½ Jahren!) geschlossen worden sei, warte man derzeit auf ein Urteil. Dabei kam in einer Diskussion mit den Teilnehmern der Konferenz die spannende Frage auf, inwiefern bei einer Verurteilung des Angeklagten *in absentia* überhaupt eine Revision eingelegt werden könne und sollte. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei Auftauchen des Angeklagten dieser ohnehin ein Recht auf ein neues Verfahren habe. *Von Wistinghausen* vertrat jedoch die Ansicht, dass das Statut des *STL* das Einlegen einer Revision durch den Verteidiger des abwesenden Angeklagten vorsehe. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut und der Tatsache, dass der Verteidiger einem Angeklagten beigeordnet worden sei, um dessen „Rechte und Interessen“ zu vertreten, eine Aufgabe, die nicht mit dem Urteil in erster Instanz beendet sein könne.

Rechtsanwalt *Jens Dieckmann*, unter anderem Mitglied des geschäftsführenden Vorstands der International Criminal Court Bar Association (ICCBA)<sup>7</sup> und als Vize-Präsident zuständig für den Bereich Opfervertretung, gab in seinem Beitrag „The ICCBA 2019 – challenges ahead“ einen kurzen Überblick über die Herausforderungen, denen

<sup>4</sup> Weitere Informationen zu diesem Verfahren am *IStGH* abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba> (zuletzt abgerufen am 31.1.2019).

<sup>5</sup> Siehe dazu auch *Hieramente*, ZIS 2014, 123.

<sup>6</sup> Mehr Informationen zu diesem Verfahren am *STL* abrufbar unter: <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01> (zuletzt abgerufen am 31.1.2019).

<sup>7</sup> Weitere Informationen abrufbar unter: <https://www.iccba-abcp.org/home> (zuletzt abgerufen am 31.1.2019).

sich die im Juli 2016 ins Leben gerufene Vereinigung derzeit stellen muss. Er berichtete über die Entstehungsgeschichte und die Herausforderungen der Anwaltschaft vor internationalen Strafgerichten. So sei für eine effektive Verteidigung neben den zahlreichen Fortbildungsmöglichkeiten, die auch die ICCBA biete, auch eine geordnete Interessenvertretung erforderlich. Ein zentrales Problem bestehe derzeit u.a. im Bereich des Steuerrechts. So for-

dere der niederländische Staat als Sitzstaat der meisten internationalen Strafgerichte von international tätigen Strafverteidigern und deren Mitarbeitern – teilweise für mehrere Jahre – die rückwirkende Zahlung von Steuern. Eine Privilegierung, wie sie für Angestellte einer internationalen Organisation existiert, gilt für die Verteidigung nicht. Dieser Umstand stellt nun einige Verteidigerteams vor massive Schwierigkeiten.

## „Demokratie und Polizei – Wir brauchen einander!“ Bericht von einer Veranstaltung der GdP Rheinland-Pfalz

von *Ass. iur. Maren Wegner, M.A.*  
*Marcus Papadoulos, M.A.*

### I. Der 9. November – ein Tag vielfältigen Gedenkens

Der „9. November“ stellt ein für die Geschichte der Bundesrepublik Deutschlands ereignisträchtiges Datum dar, wobei gleich mehrere historisch bedeutsame Ereignisse auf diesen Kalendertag fallen, die als politische Wendepunkte betrachtet werden können.

Am 9. November 1918 verkündete Philipp Scheidemann das Ende des Kaiserreichs - die Novemberrevolution leitete damit eine neue Ära der Deutschen Geschichte ein, indem die konstitutionelle Monarchie des Deutschen Reiches durch die parlamentarische Demokratie der Weimarer Republik abgelöst wurde.<sup>1</sup>

Am 9. November des krisengeprägten Jahres 1923 der jungen Demokratie scheiterte Adolf Hitler, Parteiführer der NSDAP, damit, durch einen bewaffneten Putsch die Regierung in Berlin abzusetzen und selbst die Macht in einer nationalen Diktatur zu erringen.<sup>2</sup> 15 Jahre später, am 9. November 1938, entlud sich im Rahmen der durch die nationalsozialistischen Diktatur initiierten Reichspogrome die antisemitische Gewalt erstmals offen in solch unfassbarem Ausmaß, indem unzählige Synagogen und jüdische Geschäfte zerstört wurden und mehr als 1300 Menschen ums Leben kamen.<sup>3</sup> Zum 30. Mal jährte sich 2019 der Fall der Berliner Mauer vom 9. November 1989, der das Ende einer friedlichen Revolution symbolisiert und zur Wiedervereinigung Deutschlands führte.<sup>4</sup>

Anhand der Ereignisse wird deutlich, dass der „9. November“ sowohl einen Tag des Gedenkens, des Mahnens und des Erinnerns darstellt. Sie führen in der Gesamtheit eindrücklich vor Augen, dass die Demokratie eine wesentliche Errungenschaft einer freiheitlichen Gesellschaft ist – gleichzeitig zeigen sie auf, wie fragil dieser Wert in krisenhaften Zeiten sein kann und rufen dazu auf, die Demokratie zu achten und zu schützen. Dies gilt insbesondere

vor dem Hintergrund der Veränderung der parlamentarischen Landschaft durch die Wahlerfolge der AfD, einer Partei, der teilweise bereits eine rechtsradikale Programmatik und Demokratiegefährdung attestiert wurde.<sup>5</sup>

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des 30. Jubiläums des Mauerfalls organisierte der rheinland-pfälzische Landesverband der Gewerkschaft der Polizei am 2. November 2019 eine Gedenkveranstaltung unter dem Motto „DEMOKRATIE und POLIZEI – Wir brauchen einander!“ in den Räumlichkeiten der Gedenkstätte des ehemaligen Konzentrationslagers Osthofen.

Den Fokus bildete dabei die Rolle der Polizei und insbesondere der Gewerkschaften im historischen Kontext der Weimarer Republik und der Machtübernahme durch die NSDAP. Anknüpfend an diesen historischen Rückblick sollte der Frage nachgegangen werden, welchen Beitrag die Polizei und die Gewerkschaft der Polizei als Teil der Gesellschaft zur Stabilisierung der Demokratie leisten können.

### II. Die Gedenkveranstaltung im Geiste von Weimar

Die Veranstaltung begann in den Räumlichkeiten der Gedenkstätte des ehemaligen KZ Osthofen. Den Teilnehmer\*innen wurde beim Eintreffen der Raum zum persönlichen Austausch und die Möglichkeit geboten, einer Führung beizuwohnen.

Im Rahmen eines einstündigen Vortrags berichteten die Mitarbeiter\*innen der Gedenkstätte zu Hintergründen der Einrichtung und der Geschichte des Konzentrationslagers Osthofen. Das KZ war in den Räumen einer ehemaligen, beschlagnahmten Papierfabrik mitten im Zentrum der rheinland-pfälzischen Stadt Osthofen errichtet worden und diente bereits kurz nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten dazu, politische Opponenten und

<sup>1</sup> Vgl. Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Novemberrevolution, online verfügbar unter: <https://www.lpb-bw.de/novemberrevolution.html> (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>2</sup> Vgl. Ziegler, Hitlerputsch, 8./9. November 1923, online verfügbar unter: [https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Hitlerputsch\\_8./9.\\_November\\_1923](https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Hitlerputsch_8./9._November_1923) (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>3</sup> Vgl. Jüllig, Das Novemberpogrom 1938, online verfügbar unter: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/ns-regime/ausgrenzung-und-verfolgung/novemberpogrom-1938.html> (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>4</sup> Vgl. Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Fall der Berliner Mauer - 9.11.1989, online verfügbar unter: [https://www.lpb-bw.de/fall\\_der\\_berliner\\_mauer.html](https://www.lpb-bw.de/fall_der_berliner_mauer.html) (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>5</sup> Diverse Extremismusforscher wie bspw. *Alexander Häusler* oder *Matthias Quent* attestieren der AfD zunehmende Radikalisierungstendenzen, vgl. Häusler im Interview mit *Brandes*, AfD „mehr und mehr eine offen rechtsradikale Partei“ online verfügbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/extremistische-parteien-afd-mehr-und-mehr-eine-offen.694.de.html?dram:article\\_id=462481](https://www.deutschlandfunk.de/extremistische-parteien-afd-mehr-und-mehr-eine-offen.694.de.html?dram:article_id=462481) (zuletzt abgerufen am 25.11.2019); *Quent*, Deutschland rechts außen, 2019; Indizielle Wirkung entfaltet insofern ebenfalls, dass die Junge Alternative und „Der Flügel“ als Teilorganisation zum Verdachtsfall durch das Bundesamt für Verfassungsschutz erhoben wurde, vgl. Bundesamt für Verfassungsschutz, Fachinformation zu Teilorganisationen der Partei „Alternative für Deutschland“ (AfD), online verfügbar unter: <https://www.verfassungsschutz.de/de/aktuelles/zur-sache/zs-2019-002-fachinformation-zu-teilorganisationen-der-partei-alternative-fuer-deutschland-afd> (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

Gegner des NS-Regimes unter menschenunwürdigen Bedingungen zu inhaftieren.<sup>6</sup> Die vorgetragenen Erkenntnisse stützen sich dabei auf die Rekonstruktion bspw. der Angaben von Zeitzeugen und der Auswertung von Dokumenten über den Alltag der Inhaftierten.

Auch und insbesondere wurde die Rolle der Polizei beleuchtet: Auf der Grundlage der am 28. Februar 1933 erlassenen "Verordnung zum Schutz von Volk und Staat" war durch den Nationalsozialisten *Dr. Werner Best*, Staatskommissar für das Polizeiwesen in Hessen, die Schaffung eines Konzentrationslagers für den damaligen Volksstaat Hessen in Osthofen bei Worms angewiesen worden. Gleichzeitig hatte er die Bekämpfung der Gegner des NS-Regimes seiner neu geschaffenen politischen Landespolizei übertragen.<sup>7</sup> *Best* wurde im Herbst 1933 als Landespolizeipräsident abgesetzt – *Heinrich Himmler* beauftragte als formaler Leiter des hessischen Staatspolizeiamtes den Dachauer KZ-Kommandanten *Theodor Eicke* im Mai 1934, die bestehenden Konzentrationslager zu übernehmen, umzuorganisieren und zu vereinheitlichen. Schließlich wurde das KZ Osthofen im Juli 1934 aufgelöst.<sup>8</sup> Der Polizei kam in dieser Zeit die Aufgabe zu, den Inhaftierungswellen von Gegnern des Nazi-Regimes durch Beaufsichtigung der öffentlichkeitswirksamen Gefangenemärsche unter den Augen und der Begleitung von uniformierten Parteiangehörigen der NSDAP, den Anschein der Legitimität zu verleihen.

Im Anschluss an die Führung begrüßte die Landesvorsitzende der Gewerkschaft der Polizei, *Sabrina Kunz*, die Teilnehmer\*innen, hieß insbesondere Vertreter\*innen aus Politik und hochrangige Beamte der Polizeibehörden herzlich willkommen und bedankte sich bei den Referenten für ihr Erscheinen sowie den Beitrag zum Gelingen der Veranstaltung. Sie wies auf die Relevanz der Veranstaltung hin, indem sie die Bezüge zur aktuellen politischen Entwicklung in Deutschland unter dem Eindruck der Wahlergebnisse bei der Thüringer Landtagswahl am 27. Oktober 2019 herstellte. Hierbei fand sie klare Worte, die sich gegen einen aufbegehrenden Rechtspopulismus richteten und betonte, es sei wichtiger als je zuvor, dass sich gerade auch Polizist\*innen klar zur Demokratie bekennen. Als besonders kritisch sei in diesem Zusammenhang zu werten, wenn sich insbesondere Vertreter einer anderen Polizeigewerkschaft dazu hinreißen ließen, über rechtspopulistische Deutungsrahmen Ressentiments zu schüren, um sie für ihre Zwecke zu instrumentalisieren.

Die Innenstaatssekretärin, *Nicole Steingäß*, schloss sich mit Willkommensgrüßen an, bevor *Dr. Dirk Götting*, Historiker an der Polizeiakademie und Kurator der polizeigeschichtlichen Sammlung Niedersachsen in seinem 45-minütigen Fachbeitrag, die historischen Ereignisse innerhalb der Weimarer Republik Revue passieren ließ.

In seinem Vortrag unter dem Motto „Freunde – Helfer – Straßenkämpfer. Die Polizei in der Weimarer Republik“, welches gleichzeitig den Titel einer Wanderausstellung der Polizeiakademie Niedersachsen bildet<sup>9</sup>, stellte er anschaulich die Wirkmechanismen des rechten Populismus und die sich daraus für die Polizei ergebenden Problemstellungen dar. *Götting* beleuchtete die widersprüchliche Rolle der Polizei in der Weimarer Republik, die einerseits bereits das Ideal verfolgte, bürgernah und hilfsbereit zu sein – diesem Anspruch jedoch aufgrund des weiterhin verhafteten hegemonialen Selbstverständnisses nur bedingt gerecht werden konnte – fühlten sich doch noch immer große Teile einer monarchistischen Tradition verpflichtet. In der wirtschaftlich und politisch arg gebeutelten, jungen Demokratie, sah sich die Polizei als Institution großen Herausforderungen gegenüber: blutige Straßenkämpfe politischer Lager als äußere Herausforderungen bei gleichzeitiger innerer Fragilität hinsichtlich des eigenen Rollenverständnisses als Teil einer selbstbestimmten demokratischen Zivilgesellschaft begünstigten so die Anfälligkeit für nationalsozialistische Indoktrinierung.

*Albrecht von Lucke*, Jurist, Publizist<sup>10</sup> und Politikwissenschaftler, schloss sich mit einer Analyse der aktuellen politischen Entwicklungen an. Er bilanzierte mit Rekurs auf die jüngsten Ergebnisse der Thüringer Landtagswahl, dass die „Volksparteiendemokratie“<sup>11</sup> einem Transformationsprozess unterliege, der auf einer parlamentarischen Ebene die Bildung neuer Allianzen und Koalitionen notwendig mache und aus einer neuartigen Polarisierung der Gesellschaft resultiere.<sup>12</sup> Als problematisch weist von Lucke jedoch daraufhin, dass die Notwendigkeit zum parteipolitischen Kompromiss das Profil der einzelnen Parteien schwäche, wovon letztlich Parteien der politischen Ränder profitieren. Mit Blick auf Thüringen nahm er Bezug auf eine Totalitarismustheorie innerhalb der CDU, die fälschlicherweise davon ausgehe, dass „rechts“ und „links“ im gleichen Maße von der Mitte entfernt seien. Diese Gleichsetzung von Links- und Rechtsextremismus habe auf politischer Ebene immer dazu geführt, dass sie als probates Mittel zum Ausschluss der Partei Die Linke gedient habe. *Von Lucke* plädiert in diesem Zusammenhang anzuerkennen, dass die politische Linie der Partei

<sup>6</sup> Landeszentrale Politische Bildung Rheinland-Pfalz, Gedenkstätte KZ Osthofen, online verfügbar unter: <https://www.gedenkstaette-osthofen-rlp.de/index.php?id=1186&L=0&MP=905-711> (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>7</sup> Vgl. Landeszentrale Politische Bildung Rheinland-Pfalz, Konzentrationslager Osthofen, online verfügbar unter: <https://www.gedenkstaette-osthofen-rlp.de/index.php?id=1214&L=0&MP=905-711> (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>8</sup> A.a.O.

<sup>9</sup> Polizeiakademie Niedersachsen, Wanderausstellung "Freunde – Helfer – Straßenkämpfer. Die Polizei in der Weimarer Republik", online verfügbar unter: [https://www.pa.polizei-nds.de/polizeigeschichte/polizeimuseum\\_niedersachsen/sonderausstellungen/ausstellungsprojekt-weimarer-verhaeltnisse---polizei-im-demokratieexperiment-zwischen-kaiserreich-und-ns-diktatur-1918-1933-arbeitstitel-112637.html](https://www.pa.polizei-nds.de/polizeigeschichte/polizeimuseum_niedersachsen/sonderausstellungen/ausstellungsprojekt-weimarer-verhaeltnisse---polizei-im-demokratieexperiment-zwischen-kaiserreich-und-ns-diktatur-1918-1933-arbeitstitel-112637.html) (zuletzt abgerufen am 24.11.2019).

<sup>10</sup> Vgl. Blätter für deutsche und internationale Politik, online verfügbar unter: <https://www.blaetter.de/> (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

<sup>11</sup> von Lucke, Die Transformation der Volksparteiendemokratie, online verfügbar unter: <https://www.blaetter.de/archiv/jahrgange/2019/juli/die-transformation-der-volksparteiendemokratie> (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

<sup>12</sup> Vgl. a.a.O.

Die Linke eher dem sozialdemokratischen denn einem linksradikalen Spektrum zuzuordnen sei. In der Konsequenz führe die Gleichsetzung damit zur Verharmlosung des Rechtsextremismus.

Konservative Parteien stehen aus politikwissenschaftlicher Perspektive erneut vor der Herausforderung, sich deutlich von einer Koalition mit „rechtsaußen“-Parteien zu distanzieren. Dabei sollten sie vor allem nicht in jene Falle tappen, die in der Weimarer Republik dazu geführt hatte, dass sich die Konservativen zum Steigbügelhalter der NSDAP auf deren Weg an die Macht degradiert hatten. In diesem Zusammenhang kommt auch insbesondere der Polizei die bedeutsame Rolle zu, sich gegen die „Sympathie-Fälle von rechts“ durch ein starkes Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu immunisieren.

Den Abschluss des Tages bildete eine Podiumsdiskussion, an der der Inspekteur der Polizei Rheinland-Pfalz, *Jürgen Schmitt*, der Vorsitzende des DGB in Rheinland-Pfalz und im Saarland *Dietmar Muscheid*, der Präsident des Verfassungsgerichtshofes *Dr. Lars Brocker*, die GdP-Landesvorsitzende von Rheinland-Pfalz *Sabrina Kunz* sowie die Referenten der Vorträge die Aspekte der Reden aufgegriffen und Konsequenzen ableiteten. Moderiert wurde die Diskussion von *Steffi Loth* und *Bernd Becker*.

Alle Teilnehmer\*innen waren sich einige, dass es dem demokratischen Selbstverständnis der Polizei und der Gewerkschaft der Polizei immanent ist, die Demokratie gegen jedweden Extremismus zu verteidigen. Gleichzeitig wurde festgestellt, dass die deutsche Verfassung in Form des Grundgesetzes Lehren aus dem Scheitern der Weimarer Republik und der NS-Diktatur gezogen hat. Gleichwohl erscheint die Anfälligkeit für ein Wiederaufkeimen nationalsozialistischen Gedankengutes als möglich.

Eindringliche Schlussworte richtete der Bundesvorsitzende der Gewerkschaft der Polizei, *Oliver Malchow*, an die Teilnehmer\*innen. Er berichtete aus eigener Erfahrung, welche Auswirkungen das Erstarken rechter Strömungen auf die Polizei haben könnte. Er mahnte an, dass

*Roland Schill* als Hamburger Innensenator die polizeiliche Führung ersetzte und wies auf Gefahren hin, welche aus der widerstandslosen Duldung resultieren. Er positionierte sich klar gegen den Rechtsradikalismus aus Teilen der AfD, plädierte für eine Sensibilisierung innerhalb der Polizei und sprach sich für ein Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung aus.

### III. Resümee der Veranstaltung

Resümierend kann in diesem Kontext festgestellt werden, dass gewisse Parallelen des 20. Jahrhunderts zur heutigen Zeit unverkennbar sind: Wirtschaftliche und soziale Krisen, die die Weimarer Republik kennzeichneten, verhalfen reaktionären Kräften zu massiven Wahlerfolgen, indem sie Ängste der Bevölkerung gemäß der radikal völkischen Weltanschauung instrumentalisierten. Die Weltwirtschaftskrise bot einen fruchtbaren Nährboden für ein antikapitalistische, antiliberaler und vor allem für antisemitische Propaganda – mit dem sog. Finanzjudentum präsentierten die Nationalsozialisten einen Sündenbock. Hervorzuheben ist ebenfalls, dass die NSDAP die Demokratie nicht durch einen gewaltsamen Umsturz beseitigte, sondern gezielt die legislativen Rahmenbedingungen (aus)nutzte und ihr letztlich durch Wahlerfolge die Macht übergeben wurde. Hierbei ist besonders auf die Fehleinschätzung vieler national-konservativer Politiker hinzuweisen, die dem Irrglauben unterlagen, dass sie *Adolf Hitler* und die NSDAP in ihre politische Agenda integrieren könnten. Mit Blick auf die Rolle der Polizei ist zu konstatieren, dass sich die NSDAP gezielt auf die Strukturen der Polizei zurückgriff, um die eigene Macht zu erhalten.

Als persönliches Fazit ist abschließend festzuhalten, dass derartige Veranstaltungen eine wichtige Plattform bieten, der Öffentlichkeit auch jenseits des Dienstes das demokratische Selbstverständnis der Polizist\*innen zu transportieren. In einem Kontext, in dem der Polizei nicht selten eine strukturelle Nähe zum Rechtsextremismus unterstellt wird, belegen solche Formate, dass sich Polizei nicht nur ihrer Verantwortung bewusst ist, sondern aktiv daran arbeitet, demokratische Werte zu verteidigen.