









































































lichen Würdigung setzt stets eine individuelle Würdigung des Kontrollierenden voraus.<sup>31</sup> Das wiederum ist ohne eine eigene Lektüre der maßgeblichen Urteilspassagen undenkbar.<sup>32</sup> Selbst in (ex post) einfachen Fällen erfordert eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Entscheidung in diesem Bereich daher die Lektüre des erstinstanzlichen Urteils durch alle beteiligten Richter.

### III.

Die vorstehenden Überlegungen bestätigen die zu Beginn intuitiv getroffene Einschätzung. Ein gesetzlich zur Entscheidung berufener Richter darf diese Entscheidung regelmäßig nicht ohne eigene unmittelbare Aktenkenntnis treffen. Das folgt aus dem verfassungsrechtlichen Gebot einer umfassenden rechtlichen und tatsächlichen Prüfung des Verfahrensgegenstands sowie aus dem rechtsstaatlichen Erfordernis eigener methodengeleiteter Rechtserkenntnis<sup>33</sup> des gesetzlichen Richters. Das Berichterstatterverfahren, wie es bislang bei den Strafsenaten des BGH praktiziert wurde, wird diesen Anforderungen nicht zuletzt angesichts des Ranges der betroffenen Grundrechte und der drohenden Intensität ihrer Beeinträchtigung nicht gerecht und ist somit aus verfassungsrechtlichen Gründen zu verwerfen.

Das Nachdenken über eine Alternative muss insoweit natürlich den bereits erwähnten Entscheidungszwang berücksichtigen, dem der Bundesgerichtshof unterliegt. Ließe sich etwa empirisch zeigen, dass eine vollständige Lektüre aller Senatshafte durch alle an der Entscheidung beteiligten Richter<sup>34</sup> zeitlich nicht zu leisten ist,<sup>35</sup> wäre eine dies gleichwohl einfordernde normative Prämisse sinnlos (und zwar *normativ* sinnlos – *ultra posse nemo obligatur*).<sup>36</sup> Jenseits solcher Erwägungen lassen sich aber

keine Gründe dafür finden, dass durch eine Beschränkung auf „vier von zehn Augen“ bei der letztinstanzlichen Entscheidung über die Anwendung von Strafgewalt weniger gesehen wird, als bei Beachtung der gesetzlichen Vorgaben gesehen werden könnte.<sup>37</sup> Die bisherige Praxis kann sich nicht am eigenen Schopf aus dem normativen Sumpf ziehen, indem sie ihre Legitimation durch Verweis auf sich selbst begründet.<sup>38</sup> Das bei den Zivilsenaten praktizierte Verfahren mit entscheidungsvorbereitenden schriftlichen Voten – als ein Beispiel –, das dort die Bewältigung einer vergleichbaren Menge von Verfahren gewährleistet,<sup>39</sup> ist gegenüber dem Berichterstatterverfahren der Strafsenate normativ vorzugswürdig. Die Entscheidung hierüber unterliegt daher nicht der Disposition der beteiligten Richter, auch wenn der Praxis generell durchaus ein Rahmen zur Selbstregulierung ihrer Verfahrensabläufe zuzugestehen ist.<sup>40</sup> Dabei darf jedoch das normativ gebotene Minimum an Kontroll- und Prüfungsdichte nicht unterschritten werden, was bei einer Entscheidung durch fünf Richter regelmäßig jedenfalls punktuelle eigene Aktenkenntnis jedes Richters – sei es in der Auseinandersetzung mit dem schriftlichen Votum eines Kollegen – erfordert. Das gewährleistet weder „richtige“ Entscheidungen noch letztgültige „Wahrheit“. Diese Begriffe sind in einer pluralistisch verfassten Gesellschaft ohnehin allenfalls spärlich zu gebrauchen. Aber es schafft prozedurale Voraussetzungen dafür, dass der vom Grundgesetz vorgesehene gesetzliche Richter „nach bestem Wissen und Gewissen“ (§ 38 Abs. 1 DRiG) entscheiden kann. Der Rest an schlechtem Gewissen, der nach *Gustav Radbruch* die Tätigkeit des Strafrichters stets begleiten sollte, kann und muss dann von allen Beteiligten und Betroffenen ausgehalten werden.

---

der Justiz sein, um normativ adäquate Entscheidungsverfahren und Justizgewähr in angemessener Zeit zu ermöglichen.

<sup>31</sup> Velten, in: SK-StPO, Bd. V, 4. Aufl. (2012), Vor § 261 Rn. 9  
<sup>32</sup> Siehe auch Fischer, NStZ 2013, 425, 429 m. Fn. 28: Die Referierung von Beweiswürdigungen [und Strafzumessungserwägungen] ist besonders fehleranfällig. „Wenn man diese Teile nicht liest, kann man es eigentlich gleich ganz lassen“.  
<sup>33</sup> Dazu allgemein Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 181  
<sup>34</sup> Das ist in den (wenigen) durch Urteil beschiedenen Fällen offenbar gängige Praxis, siehe Fischer NStZ 2013, 425, 427 f.  
<sup>35</sup> Zu Rechenbeispielen vgl. Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 396 und 401.  
<sup>36</sup> Ein solcher Befund könnte allerdings ein begründeter Anlass für die Forderung nach einer besseren Ausstattung

<sup>37</sup> Zutr. daher Fischer/Krehl StV 2012, 550, 554 f. sowie S. 558; Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 400 f.; im Ergebnis übereinstimmend die Stellungnahme des DAV, a.a.O. (Fn. 10), S. 5; im Kern auch BVerfG NStZ 2012, 458, 460.  
<sup>38</sup> So der Sache nach aber BGH NStZ 1994, 353 f.  
<sup>39</sup> Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 399.  
<sup>40</sup> Ein Vorschlag, der im hier skizzierten Sinne ein erhöhtes Maß an Legitimation gewährleisten könnte, wird angedeutet bei Fischer/Eschelbach/Krehl StV 2013, 395, 401 f.

# Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes

Von Privatdozent Dr. Jörg Scheinfeld, Mainz

## I. § 1631d BGB und seine Entstehung

Ende 2012 trat § 1631d BGB in Kraft. Die Norm gestattet den Personensorgeberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen, ein nicht einwilligungsfähiges männliches Kind auch ohne medizinische Indikation an der Penisvorhaut beschneiden oder sie ganz entfernen zu lassen. Das wirft die Frage auf, ob dieses Erlaubnisgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist (unten II.). Daneben schafft die Fassung der Vorschrift einige einfachgesetzliche Interpretationsprobleme. Die sind in der ärztlichen Praxis schon jetzt virulent, sogar schon der Staatsanwaltschaft vorgelegt worden<sup>1</sup> und könnten alsbald die Strafgerichte beschäftigen. Mit Blick auf diese Streitpunkte werden später Auslegungshypothesen angeboten (unten III).

Unter der Überschrift „Beschneidung des männlichen Kindes“ hat die Regelung im Recht der Personensorge die folgende Gestalt erhalten:

*(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.*

*(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.<sup>2</sup>*

Vorabgegangen war dem Gesetz die – überaus seltene – Selbstbindung des Parlaments durch Annahme eines „Entschließungsantrags“, der vorsah, die Knabenbeschneidung in Grenzen zu gestatten. Veranlasst vom Urteil des LG Köln, das die lege artis ausgeführte Beschneidung eines muslimischen Jungen für rechtswidrig

<sup>1</sup> Zu diesen Fällen näher im Text unter V.

<sup>2</sup> Das Gesetz betrifft das Einwilligungsgesetz aller Personensorgeberechtigten. Aus Gründen der Einfachheit behandle ich im Folgenden nur den Kernfall, die Personensorge kraft Elternschaft. Die Ausführungen gelten aber allgemein.

erklärt hatte,<sup>3</sup> beauftragte der Bundestag im Juli 2012 die Bundesregierung, ein Erlaubnisgesetz vorzulegen. Das Gesetz sollte sicherstellen, „dass eine medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen ohne unnötige Schmerzen grundsätzlich zulässig ist“.<sup>4</sup> Dies ist es, was § 1631d BGB anstrebt. Strafrechtsdogmatisch betrachtet soll die Norm gewährleisten, dass der elterlichen Einwilligung in die Beschneidung nicht stets die Wirksamkeit versagt wird.<sup>5</sup> Die Knabenbeschneidung, so fingiert das Gesetz zu diesem Zweck, verletzt nicht das Kindeswohl.

## II. Beschneidungserlaubnis und Grundgesetz<sup>6</sup>

### 1. Die verletzten Grundrechte des Kindes

**a)** Die grundrechtliche Problematik ist gekennzeichnet von der dreipoligen Beziehung Kind-Eltern-Staat. In diesem Verhältnis haben die Eltern das Recht und die Pflicht, ihr Kind zu pflegen und zu erziehen (Art. 6 II 1 GG); soweit die Eltern das Kindeswohl nicht gefährden, haben sie ein Abwehrrecht gegen den Staat, er muss sich aus dem Eltern-Kind-Verhältnis heraushalten. Der Staat hat nur ein Wächteramt, das erst im Falle *kindeswohlgefährdender Akte* der Eltern Maßnahmen erfordert, dann aber auch eine staatliche *Schutzpflicht* gegenüber dem Kind aktualisiert (Art. 6 II 2 GG).<sup>7</sup>

Mit der ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubnis des Beschneidungsaktes verletzt der Staat diese Schutzpflicht. Das Kindeswohl wird durch die elterlich veranlasste Beschneidung nicht nur gefährdet, sondern verletzt. Dagegen muss der Staat einschreiten und darf es nicht positiv gestatten. Im Einzelnen:

<sup>3</sup> LG Köln NJW 2012, 2128; Anm. *Putzke* MedR 2013, 621.

<sup>4</sup> BT-Drucksache 17/10331.

<sup>5</sup> *Rixen* NJW 2013, 257, 259

<sup>6</sup> Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Fragen *Scheinfeld*, in: Franz (Hrsg.), *Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis* (erscheint demnächst).

<sup>7</sup> Dazu *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115, 131 ff.; *Germann*, in: *Beschneidung: das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil* (2012), S. 83 ff.; *Isensee* JZ 2013, 317, 318 f.; *Rixen* NJW 2013, 257, 258 f.; auch *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328 ff., die einen Bereich anerkennen, in dem der Staat eingreifen darf, aber nicht eingreifen muss.

Eingriffsqualität und Rechtswidrigkeit des Gesetzes ergeben sich jeweils aus den allseits anerkannten Umständen *einer jeden* Knabenbeschneidung: Bei der eingebüßten Vorhaut handelt es sich um eine erogene Zone, einen hochsensiblen Teil des Penis; sie weist um die 20.000 Nervenenden auf, sie spielt eine wichtige Rolle in sexueller Hinsicht und schützt die Eichel vor Austrocknung und Verhornung, hält sie also sensibel.<sup>8</sup> Daraus folgt, dass der Beschneidungsakt eingreift in das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, in das Persönlichkeitsrecht des Kindes sowie – wegen der Gestattung auch religiöser Beschneidungen – in das Recht auf negative Religionsfreiheit (Art. 2 II 1, Art. 4 I bzw. Art. 2 I iVm I GG).

**b)** Das Persönlichkeitsrecht des Kindes ist betroffen, weil die Abtrennung der Vorhaut in das sexuelle Empfinden des Knaben, in seine *Intimsphäre* eingreift und das sexuelle Erleben lebenslang beeinflusst.<sup>9</sup> Selbst wenn man die empirische Situation hinsichtlich der Folgen einer Beschneidung für unsicher hält (das Beschnittensein wird von den Betroffenen vielfach bedauert, überwiegend aber begrüßt<sup>10</sup>), so steht außer Frage, dass der körperliche Eingriff das Sexualleben *beeinflusst*. Und hier wird etwas bedeutsam, was vor allem in der politischen Debatte nicht hinreichend klar gesehen oder beiseite geschoben wurde: Die Entscheidung darüber, sich den besonders sensiblen und erogenen Teil seines Geschlechtsorgans abschneiden zu lassen (sei es aus Gründen der Ästhetik, der Hygiene, der Prophylaxe oder für einen Bund mit seinem Gott) betrifft die *Intimsphäre* der Person und ist eine *höchstpersönliche* Entscheidung, die *nicht in Stellvertretung* getroffen werden darf.<sup>11</sup> Da völlig offen ist, ob der spätere, entscheidungsreife Erwachsene sich für eine Beschneidung entschiede und diesen intimen Körperteil irgendeinem Interesse opferte, drückt die Anmaßung einer Stellvertreterentscheidung nur aus, dass man die – noch reifende – *Persönlichkeit des Kindes nicht respektiert*.

**c)** Die negative Religionsfreiheit ist betroffen, weil der Knabe bei religiöser Beschneidung lebenslang mit einem

religiösen Identifikationsmerkmal versehen wird; das kann es ihm später *erschweren*, sich für eine andere Religion oder schlicht gegen die elterliche Religion zu entscheiden.<sup>12</sup> Für das Judentum hat diesen Aspekt der Oberrabbiner *Metzger* in der Bundespressekonferenz anschaulich gemacht: Das Kind werde mit einem „Stempel“, einem „Siegel“ versehen, damit es sich noch im entlegensten Teil der Welt daran erinnere, dass es Jude sei.<sup>13</sup> „Man kann es kaum deutlicher sagen: Es soll dem Gezeichneten schwer gemacht werden, jemals im Leben sein Judentum abzulegen.“<sup>14</sup> Mit dem Hinweis auf diese Zusammenhänge wird also nicht behauptet, die Beschneidung mache das Ablegen oder einen Wechsel der Religion unmöglich; abgestellt wird nur auf diejenige *Erschwerung*, die der Eingriff nach den Bekundungen der religiösen Führer gerade erstrebt.<sup>15</sup> – Diese Sicht findet für das Judentum eine Bestätigung darin, dass die Beschneidung anfangs viel milder durchgeführt worden ist; nur die Vorhautspitze ist abgetrennt worden. Die Rabbiner haben erst um das Jahr 150 n.Ch. eine radikalere Form verfügt, weil einige Beschnittene erfolgreiche Restitutionsversuche unternommen hatten. Dergleichen sollte unmöglich gemacht werden.<sup>16</sup>

Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, dass Beschneidungen andernorts, etwa in den USA, auch aus nicht-religiösen Gründen erfolgen; denn dem Jungen ist sie gerade als religiöses Zeichen aufgedrückt worden, was er zeitlebens weiß und, wie Oberrabbiner *Metzger* deutlich gemacht hat, gerade immer und überall wissen soll. Die Sache liegt nicht anders als bei einem kleinen Tattoo, dass die religiösen Eltern ihrem Kind als Zeichen der Religionszugehörigkeit anbringen lassen, etwa eine Sonne für den Buddhismus; dass sich auch nicht-religiöse Personen eine Sonne tätowieren lassen, ändert am Charakter des „religiösen Stempels“ nichts.<sup>17</sup> – Das Beispiel zeigt auch, dass *körperliches Prägen* gegenüber dem sehr weitgehend erlaubten geistigen Prägen des Kindes eine Sonderrolle einnimmt.<sup>18</sup>

**d)** Dass in das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit eingegriffen wird (Art. 2 II 1 GG), liegt auf der Hand. Um die Eingriffstiefe richtig einzuschätzen, muss man sich bewusst machen, dass die Vorhaut eben nicht nur ein „Stück Haut“ ist, sondern ein funktionaler Körperteil. Neben der Funktion, sexuelles Empfinden zu steigern, erfüllt sie weitere, auch gesundheitsförderliche Funktionen.<sup>19</sup> Diese weiteren Funktionen mit dem Ab-

<sup>8</sup> Näher noch *W. Hartmann* (Präsident des Bundesverbandes der Kinder- und Jugendärzte), Stellungnahme im Rechtsausschuss: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschues/se17/a06/anhoerungen/archiv/31\\_Beschneidung/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Hartmann.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschues/se17/a06/anhoerungen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hartmann.pdf), Blatt 1; *Putzke/Steher* Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783, 785. – Zu spät setzt daher die Frage an, die *Hörnle/Huster* im Hinblick auf die Grenze des Elternrechts aus Art. 6 II GG für entscheidend halten: „Wie ist mit den unmittelbaren Eingriffsrisiken und den Verdachtsmomenten umzugehen, die sich auf die Spätfolgen von Beschneidungen beziehen?“ (JZ 2013, 328, 337). – Hervorhebungen vom Verfasser). Gravierend genug ist schon der intimbereichsverletzende Eingriff selbst und seine unmittelbare Folge, der Verlust der erogenen und funktionalen Zone Vorhaut!

<sup>9</sup> Vgl. dazu auf: <http://ije.oxfordjournals.org/content/40/5/1367.long>.

<sup>10</sup> *Frisch et al.* International Journal of Epidemiology 40 (2011), 1367 ff.

<sup>11</sup> Zum Topos der höchstpersönlichen Entscheidungen vgl. bei *Mayr*, in: in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 48, 57 ff. Speziell zur Beschneidung siehe *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, § 223 Rn. 35.1–35.3, 35.5 f. (zuletzt besucht: 22.06.2013).

<sup>12</sup> Vgl. auch bei *Czerner* ZKJ 2012, 374, 381.

<sup>13</sup> Siehe unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/ober-rabbiner-in-berlinrabbi-metzger-zieht-die-grenzen-der-beschneidung-1.1446407>.

<sup>14</sup> *Herzberg* ZIS 2012, 486, 505

<sup>15</sup> So dürften auch die Ausführungen des LG Köln gemeint sein, vgl. NJW 2012, 2128, 2129.

<sup>16</sup> *Stücker*, siehe unter: <http://evidentist.wordpress.com/2012/10/08/der-absolute-nullpunkt-der-ultra-orthodoxie/>.

<sup>17</sup> Diese Zusammenhänge vernachlässigt *Fateh-Moghadam*, in: *Heil/Kramer* (Hrsg.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil* (2012), S. 146, 155.

<sup>18</sup> Näher *Merkel/Putzke* Journal of Medical Ethics 2013, 444 f.

<sup>19</sup> Siehe nur noch *W. Hartmann* (Präsident des Bundesverbandes der Kinder- und Jugendärzte), Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8).

schneiden der Vorhaut aufzuheben, bedeutet einen eigenen, vom Eingriff in die *sexuelle* Selbstbestimmung unabhängigen Schaden. Vor ihm schützt den Jungen sein Recht aus Art. 2 II 1 GG.

e) Die Verletzung dieser drei Grundrechte folgt bereits aus den *immer* eintretenden körperlichen Folgen und Begleitumständen einer Vorhautabtrennung. Um zu erkennen, dass die kindlichen Grundrechte illegitim verletzt werden, muss man also nicht einmal die übrigen mit dem Eingriff einhergehenden Bedenklichkeiten einbeziehen, die freilich das Verdikt „verfassungswidrig“ absichern: Der vielfach auftretende Operationsschmerz, der immer auftretende Wundheilungsschmerz, die Risiken für Gesundheit und Leben des Kindes,<sup>20</sup> die Ängste und die drohende Traumatisierung älterer Kinder<sup>21</sup> sowie die mögliche (und vielfach auftretende und dann nicht selten erhebliche) Beeinträchtigung des Sexuallebens.<sup>22</sup>

## 2. Speziell: Ungleichbehandlungen

a) Das Beschneidungsgesetz verstößt auch offensichtlich gegen Art. 3 GG. Besonders deutlich wird dies, wenn man ein schafi'itisches Elternpaar als Beispiel nimmt, das seine ungleichgeschlechtlichen Zwillingskinder beschneiden lassen will. Die Schafi'iten bilden eine Rechtschule im Islam und beschneiden sowohl dem Knaben die Penisvorhaut als auch dem Mädchen die Klitorisvorhaut.<sup>23</sup> Die beiden Eingriffe in den kindlichen Körper wiegen zumindest gleich schwer.<sup>24</sup> Trotz vollständig gleicher Motivation der schafi'itischen Eltern, Erfüllung einer religiösen Pflicht, sagt das heutige einfache Recht: Die Penisvorhaut dürft ihr beschneiden, die Klitorisvorhaut nicht. Für diese Ungleichbehandlung gibt es keinen Sachgrund. Sie verstößt mit Blick auf die ungeschützten Jungen gegen Art. 3 I, III GG mit Art. 2 II 1 GG, mit Blick auf die Einwilligungssperre für die Eltern von Mädchen gegen Art. 3 I, III GG mit Art. 6 II GG.<sup>25</sup>

Die geschlechtsbezogene Differenzierung kann keinen Bestand haben. Wollte man die Erlaubnis zur Knabenbeschneidung aufrechterhalten, hätte *Hardtung* unbezweifelbar Recht mit seiner Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss: „§ 1631d BGB, der ausdrücklich nur für die Knabenbeschneidung konzipiert wurde, muss entsprechend ... auf diejenigen Formen der Mädchenbeschneidung angewendet werden, die in ihrem Schweregrad der

Knabenbeschneidung gleichstehen oder sogar dahinter zurückbleiben. Art. 3 GG lässt keine Differenzierung zu, er stellt das gleich doppelt klar: ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ (Abs. 2 S. 1); ‚Niemand darf wegen seines Geschlechtes ... benachteiligt oder bevorzugt werden‘ (Abs. 3 S. 1)“.<sup>26</sup> In eine Richtung muss der Staat konsequent sein, entweder er verbietet jede hinreichend gewichtige Beschneidung, einerlei ob bei Jungen oder Mädchen, oder er gibt gleich schwere Eingriffe bei beiden Geschlechtern frei.<sup>27</sup> Weil das bei Mädchen niemand will, bleibt nur übrig, Jungen denselben Schutz zu gewähren.

b) Neben der Ungleichbehandlung von Jungen und Mädchen gibt es weitere, die ebenfalls deutlich machen, dass die Beschneidungserlaubnis sich nicht widerspruchsfrei in die deutsche Rechtsordnung integrieren lässt. Genannt seien hier nur drei verbotene elterliche Verhaltensweisen, die man mit dem erlaubten Abschneiden der erogenen Zone Vorhaut vergleichen möge: (1) Das Ohrfeigen eines Fünfjährigen, damit dieser nicht erneut unvorsichtig auf die Straße läuft (§ 1631 II BGB, § 223 I StGB); (2) das Spenden von 500 Euro aus dem kindlichen Vermögen, das die Eltern treuhänderisch verwalten, an die Glaubensgemeinschaft, der das Kind angehört und deren religiöses Gebot es damit erfüllt (§ 1641 S. 1 BGB, § 266 StGB);<sup>28</sup> (3) das Veranlassen der Entnahme von Knochenmark aus dem kindlichen Körper zwecks Rettung eines leukämiekranken Nachbarkindes (§§ 8, 8a 19 I TPG). Vor dem Hintergrund dieser (strafbewehrten) Verbote erweist sich die in § 1631d BGB normierte Einwilligungserlaubnis nicht nur als schon für sich illegitimes Sonderrecht, sondern auch als evident gleichheits-satzwidrig.

Schließlich liegt mit § 1631d II BGB noch eine weitere, wegen der Illegitimität des Gesetzes allerdings zweitrangige Ungleichbehandlung vor. In den ersten sechs Monaten nach der Geburt erlaubt die Norm Beschneidungen durch einen qualifizierten Nichtarzt, den eine Religionsgemeinschaft bestimmt hat. Dieser Absatz 2 des Gesetzes wird ganz zutreffend „Mohel-Klausel“ genannt.<sup>29</sup> Sie bewirkt eine faktische Ungleichbehandlungen, weil sie nur jüdische Eltern begünstigt. Muslimische Eltern haben in der Regel kein Interesse an einer so frühen Beschneidung.<sup>30</sup> Wenn es aber überhaupt zulässig ist, für einen solchen operativen Eingriff wie die Beschneidung vom Arztvorbehalt abzusehen, dann gewiss nicht nur beim Säugling, sondern erst recht beim älteren Kind. Für eine faktisch wirksame Berechtigung des *Sünnetci*<sup>31</sup>, ältere Kinder zu beschneiden, sprechen dieselben Gründe wie

<sup>20</sup> Siehe die Liste der Komplikationen, über die der Beschneider die Eltern aufklären muss (im Text bei Fn. 114).

<sup>21</sup> Näher Franz, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis (erscheint demnächst).

<sup>22</sup> Zum Ganzen vgl. Frisch et al., International Journal of Epidemiology 40 (2011), 1367 ff.; Sorrells et al. British Journal of Urology International 99 (2007), 864.

<sup>23</sup> Von der Osten-Sacken: [http://haolam.de/de/2012-7/artikel\\_9866.html](http://haolam.de/de/2012-7/artikel_9866.html).

<sup>24</sup> Man könnte die Abtrennung der Penisvorhaut auch als folgenreicher und schwerer bewerten, die Klitorisvorhaut erfüllt in erster Linie nur eine Schutzfunktion, die Penisvorhaut ist eine erogene Zone. – Wer das bezweifelt, denke sich das Beispiel so, dass die Eltern nur die äußeren Schamlippen des Mädchens anritzen wollen (Stufe IV der WHO-Beschneidungskategorien)!

<sup>25</sup> Mandla FPR 2013, 244, 247.

<sup>26</sup> *Hardtung*, Stellungnahme im Rechtsausschuss zur Frauenbeschneidung (2013), S. 5 Rz. 24 (unter: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/46\\_\\_\\_Str\\_ndG/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Hardtung.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/46___Str_ndG/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hardtung.pdf)).

<sup>27</sup> T. Walter begnügt sich in seiner „Zwischenlösung“ damit, die Ungleichbehandlung aus dem Gesetzestext zu tilgen, auf der Ebene der Rechtsanwendung dürfe sie dann ruhig wieder auftreten (JZ 2012, 1110, 1111 ff., 1117). So geht es freilich nicht.

<sup>28</sup> Ähnliches Beispiel bei Herzberg ZIS 2012, 494 li. Sp.; derselbe ZIS 2010, 471, 474.

<sup>29</sup> T. Walter JZ 2012, 1110, 1114; Isensee JZ 2013, 317, 326.

<sup>30</sup> Isensee JZ 2013, 317, 326 re. Sp.

<sup>31</sup> So heißt der muslimische Beschneider.

für die Mohel-Klausel. Verletzt sind daher Art. 3 I GG mit Art. 12 GG (Sünnetci) und Art. 3 I GG mit Art. 6 II GG (Eltern).

### 3. Untaugliche Rechtfertigungsversuche

**a)** Zu Beginn der Debatte wurde vielfach versucht, die Eingriffe in die Grundrechte des Kindes über die Religionsfreiheit der Eltern zu rechtfertigen.<sup>32</sup> Dies hat sich aber als wenig ergiebig erwiesen. Die Religionsfreiheit der Eltern gibt ihnen nicht das Recht, den Körper anderer Personen zu verletzen, sei es, weil dazu ein *Freiheitsrecht* seinen Träger schon grundrechtstheoretisch niemals befugt,<sup>33</sup> sei es weil Art. 140 GG, Art. 136 WRV dies positivrechtlich so bestimmen,<sup>34</sup> sei es weil eine Abwägung widerstreitender Grundrechte von Kind und Eltern den Vorrang der Kinderrechte ergibt.<sup>35</sup> An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man auf ein Religionsgrundrecht des Kindes selbst abhebt, das die Eltern nur für das Kind ausüben.<sup>36</sup> „Die Religionsfreiheit [des Kindes] bleibt ... völlig substanz- und damit richtungslos, weil ein Kind noch keine sachhaltigen religiösen Überzeugungen besitzt.“<sup>37</sup> Es käme letztlich nur wieder auf die Kriterien an, mit denen man eine Kindeswohlgefährdung feststellt oder verneint.<sup>38</sup>

**b)** Die Diskussion hat sich deshalb verlagert hin zum Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 II GG), dieses gebe ihnen das Recht zur Knabenbeschneidung.<sup>39</sup> Unterstellen wir zur Erprobung dieser These, dass der Beschneidungsakt ein Akt der „Erziehung“ ist!<sup>40</sup> Wollten die Vertreter dieser Sicht es ernst meinen, müssten sie sich zu der Konsequenz bekennen, dass die schaff’itischen Eltern unseres Beispiels von oben<sup>41</sup> nicht nur ihrem Sohn die

Penisvorhaut beschneiden lassen dürften, sondern auch jedes Erziehungsrecht hätten, ihrer Tochter die Klitorisvorhaut zu beschneiden. Das tut aber niemand. Alle lassen sich den Widerspruch zu schulden kommen, selbst die leichteren Formen der Mädchenbeschneidung (Anritzen der äußeren Schamlippen) als Kindeswohlgefährdung einzustufen.

Soweit die Verfechter des Erziehungsrechts überhaupt Gründe für die Ungleichbehandlung vortragen, sind diese sämtlich und recht offensichtlich nicht tragfähig. Sie lassen die Absicht durchscheinen, dass eine unbedingt zu gestatten (Knabenbeschneidung), das andere unbedingt zu verbieten (milde Mädchenbeschneidung):

Der einzige tatsächliche Unterschied zwischen den beiden Beschneidungsformen *scheint* darin zu liegen, dass die Knabenbeschneidung gewisse hygienische und gesundheitliche Vorteile hat.<sup>42</sup> Die *hygienischen* Vorteile zählen indes nicht, weil in Deutschland Seife und Wasser hinreichend zur Verfügung stehen.<sup>43</sup> Die *gesundheitlichen* Vorteile aber sind alle umstritten,<sup>44</sup> der Gesetzgeber lässt sie für Deutschland ohnehin nicht gelten.<sup>45</sup> Zudem sind die behaupteten prophylaktischen Vorteile sämtlich solche, die sich erst realisieren, wenn der Junge Geschlechtsverkehr ausübt.<sup>46</sup> Sie sind also alle zu haben, ohne dass man die Persönlichkeit des Jungen übergehen und ihm den Beschneidungsakt aufzwingen müsste; er kann mit Eintritt der Entscheidungsreife noch rechtzeitig selbst wählen.<sup>47</sup> Es tritt hinzu, dass die Beschneidung das Verwenden von Kondomen erschwert und manchmal unmöglich macht; der Eingriff raubt dem Betroffenen also gerade die Möglichkeit eines fast 100%-igen Schutzes vor sexuell übertragbaren Krankheiten.<sup>48</sup>

Als einige wenige der Verfechter des elterlichen Erziehungsrechts haben *Hörnle/Huster* es unternommen, die Ungleichbehandlung der Geschlechter zu legitimieren. Nach ihrem Konzept dürfen die Eltern in die – als invasiven Eingriff eingestufte – Knabenbeschneidung einwilligen, wenn und weil sie eine wichtige Maßnahme eines erzieherischen Gesamtkonzepts ist; der Akt ermögliche es diesen Eltern dann, ihrem Sohn die eigene Überzeugung vom „guten Leben“ weiterzugeben; diese Vorstellung habe der ethisch neutrale Staat zu respektieren.<sup>49</sup> Das Erziehungsrecht finde aber eine „harte Grenze“ bei erheblichen Demütigungen des Kindes (siehe § 1631 II BGB) und bei erhöhter gesundheitlicher oder psychischer Gefährdung.<sup>50</sup> Diese Kriterien würden die Autoren gegen die mittelschweren und gravierenden Formen der weiblichen Beschneidung geltend machen. Daneben trete als „weiches“ Kriterium, das in eine Gesamtabwägung ein-

<sup>32</sup> Etwa *Bielefeldt* Blätter für deutsche und internationale Politik 2012, 63 ff.; *Schwarz* JZ 2010, 1125.

<sup>33</sup> *R. Merkel*, SZ vom 25./26. August (<http://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055>); in der Sache ebenso *Czerner* ZKJ 2012, 374, 376; *Isensee* JZ 2013, 317, 319, auch 322 f.

<sup>34</sup> *Herzberg* ZIS 2012, 486, 492 f.

<sup>35</sup> LG Köln, NJW 2012, 2128, 2129; *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 332 ff.; *Putzke*, in: *Putzke u.a.* (Hrsg.), Festschrift für *Herzberg* (2008), S. 669 ff.; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Aufl. (2012), Vor §§ 32 Rn. 143.

<sup>36</sup> *Bartsch* StV 2012, 607; *Beulke/Dießner* ZIS 2012, 338; 343 ff.

<sup>37</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 329; ähnlich *Isensee* JZ 2013, 317 ff.

<sup>38</sup> *Herzberg* ZIS 2012, 484, 493 – Zu den Religionsgemeinschaften siehe *Isensee* JZ 2013, 317, 323.

<sup>39</sup> *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115 ff.; *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328 ff.; *Rixen* NJW 2013, 257, 258 f.

<sup>40</sup> Was bei einem vierjährigen Jungen noch näher liegt als bei einem Säugling. Gänzlich ablehnend *Eschelbach*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.3: „Operation ... ist überhaupt kein Mittel der Erziehung“. Wird der Akt als „Erziehung“ eingestuft, ergibt sich freilich ein Wertungswiderspruch zu § 1631 II 1 BGB (*Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB [Fn. 35], Vor §§ 32 Rn. 143 f.) – Das medizinisch nicht indizierte Abschneiden der erogenen Zone Vorhaut ist sicher kein Akt der „Pflege“ iSd Art. 6 II GG (*Herzberg* ZIS 2012, 486, 489: „aberwitzige Annahme“).

<sup>41</sup> Im Text bei Fn. 23.

<sup>42</sup> Näher dazu *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115, 135 ff.

<sup>43</sup> *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1113.

<sup>44</sup> *Frisch et al.* Pediatrics 2013, 796 (<http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2013/03/12/peds.2012-2896>).

<sup>45</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 8.

<sup>46</sup> *Herzberg*, ZIS 2012, 486, 494.

<sup>47</sup> *Putzke*, in: *Putzke u.a.* (Hrsg.), Festschrift für *Herzberg* (2008), S. 669, 690.

<sup>48</sup> Siehe auch *W. Hartmann*, Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8), Blatt 2.

<sup>49</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335.

<sup>50</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 333.

zustellen sei, die mit dem Akt verbundene „soziale Botschaft“.<sup>51</sup> Dieses Kriterium machen sie fruchtbar für die Andersbehandlung von Knabenbeschneidung und leichten Formen der Mädchenbeschneidung. Für Letztere sei zu klären, „ob sich nicht die symbolische Botschaft wesentlich“ unterscheide, „was zu vermuten“ sei, „da die Vorstellung eines notwendigen Reinigungsrituals oder Versuche der Kontrolle von (nur) weiblicher Sexualität auf negativen Bewertungen von Eigenschaften“ beruhen, „die angeblich Mädchen und Frauen zukämen.“<sup>52</sup>

Dies kann nicht überzeugen. Zum einen erstreckt sich diese Sicht nicht auf schaff'itische Eltern, die für Jungen und Mädchenbeschneidung das identische Motiv der religiösen Pflicht haben. Mit einigem Recht würden sie den Vorwurf von sich weisen, die Beschneidung ihrer Tochter habe etwas mit einer Herabsetzung des Mädchens oder Unterdrückung ihrer Sexualität zu tun. Zum andern würde es für manche Knabenbeschneidung ganz genauso gelten. Unter Muslimen gilt der Unbeschnittene zum Teil als „unrein“.<sup>53</sup> Und der israelische Mohel *Menachem Fleischmann* sagt in einem Dokumentarfilm: „Die Vorhaut ist etwas Verabscheuungswürdiges, und deshalb schneiden wir sie ab.“<sup>54</sup> Die soziale Botschaft ist hier keine bessere als bei der angeblich nötigen Reinigung des Mädchens. Sie lautet: Du hast etwas Schmutziges an dir, das weg muss; ohne den (verletzenden) Beschneidungsakt bist Du nicht „vollwertig“! Das führt in Sachen „sozialer Botschaft“ zu einem weiteren Punkt: Eine Religionsgemeinschaft, die für die Vollwertigkeit ihrer minderjährigen Mitglieder einfordert, sie mögen sich erst einmal im Intimbereich verletzen lassen und eine erogene Zone opfern, übt illegitimen Nötigungsdruck aus.<sup>55</sup> Wie würden wir das Verhalten eines Fechtvereins einstufen, der zehnjährige Kinder zwar bei offiziellen Wettkämpfen für den Verein starten lässt, aber nur unter der Bedingung, dass sich die Anwarter zuvor einen Schmiss auf dem Oberarm verpassen lassen? Es besteht kein Zweifel, dass dieses Verhalten der Vereinsverantwortlichen rechtswidrig wäre. Für Religionsgemeinschaften kann nichts anderes gelten. – Und schließlich ist in den Blick zu nehmen, was denn das beschnittene Mädchen, wenn es reif genug ist, ihren Eltern vorwerfen wird. Doch nicht etwa: Wie konntet ihr mich nur als etwas Unreines betrachten! (Wo sie jetzt ja „rein“ ist, wird sie das kaum belasten.) Sondern doch wohl eher: Wie konntet ihr euch nur anmaßen, ein Stück von meinem Körper abzuschneiden! Diesen Vorwurf erheben jetzt auch viele als Kind beschnittene Männer. Die unerwünschte Beschneidung kann also vom Betroffenen auch nachträglich als Anmaßung begriffen werden.<sup>56</sup>

Weiter verweisen *Hörnle/Huster* darauf, dass der „wichtige Aspekt der Unterdrückung der weiblichen Sexualität als Zweck der Frauenbeschneidung ... ignoriert werde“.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 re. Sp. oben.

<sup>52</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 re. Sp.

<sup>53</sup> *Kelek* Der Spiegel, 51/2012, S. 74, 75 li Sp.

<sup>54</sup> [http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article\\_id=217832](http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article_id=217832).

<sup>55</sup> *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.6.

<sup>56</sup> *Czerner* ZKJ 2012, 374, 379.

<sup>57</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 in Fn. 78 – unter Hinweis auf ein Urteil des Ägypt. Verwaltungsgerichtshofs.

Aber auch damit ist nichts vorgetragen, was ein Verbot gegenüber den Schaff'iten rechtfertigen könnte. Die schaff'itischen Eltern unterdrücken keineswegs die Sexualität ihrer Tochter. Manche erwachsene Frau lässt sich sogar die Klitorisvorhaut beschneiden, um besser sexuell stimulierbar zu sein!<sup>58</sup>

Bei *Hörnle/Huster* läuft deshalb alles auf die Äußerung hinaus, der Gesetzgeber dürfe „typisierend aufgreifen“, dass viele oder die meisten Mädchenbeschneidungen eine negative „soziale Botschaft“ hätten, und er dürfe daher Mädchenbeschneidungen insgesamt verbieten.<sup>59</sup> Aber das ist zweifach unplausibel. *Erstens* besteht vor dem Hintergrund der Strafbewehrung des Beschneidungsverbots ein Zurechnungsproblem. Die schaff'itischen Eltern werden nach dieser Sicht nur deshalb bestraft, weil andere Eltern an ihren Kindern Beschneidungsakte vollziehen, die schlimm und schon für sich genommen strafwürdig sind. Doch für die Akte dieser Eltern fehlt es an einem die Zurechnung begründenden Band. Für diese Taten sind die Schaff'iten nicht verantwortlich.<sup>60</sup> Es leuchtet zudem nicht ein, dass die Typisierung gerade beim Geschlecht endet. Wer seiner Tochter die Klitoris abschneiden lassen möchte, kann sich doch sagen, in Deutschland darf man männlichen Kindern schließlich auch erogene Zonen abschneiden.<sup>61</sup> *Zweitens* müssen *Hörnle/Huster* gefragt werden: Was ist denn mit dem Erziehungsrecht der (schaff'itischen) Eltern? Was wäre das für ein Erziehungsrecht, wenn es zurücktreten müsste, weil andere Eltern schlimme Dinge tun! Nein, wenn die leichten Formen der Beschneidung vom Erziehungsrecht der Eltern gedeckt sind, dann setzt es sich auch durch gegen typisierend-weite Verbote dieser Praktiken. Wenn das Erziehungsrecht so stark ist, dass es die Entfernung einer erogenen Zone beim Jungen erlaubt, dann muss es sich auch und erst recht durchsetzen gegen solch typisierend-weiten Verbote, gegen ein In-Haftung-genommen-Werden für Taten anderer.

Bei genauer Betrachtung erweist sich die Differenzierung demnach als nicht tragfähig. Vielmehr muss aus dem Konsens, dass alle Formen der Mädchenbeschneidung, auch die leichtesten, verboten sind, Folgendes abgeleitet werden: Schon der Umstand, dass die Eltern ohne medizinischen Grund den Intimbereich ihres minderjährigen Kindes verletzen, erzwingt das Beschneidungsverbot. Die Rechte der Kinder auf körperliche Unversehrtheit und auf Achtung ihrer offenen, noch reifenden Persönlichkeit stehen einer Beschneidungserlaubnis entgegen – auch unter dem Blickwinkel des elterlichen Erziehungsrechts.

**c)** *Isensee* teilt die skizzierte Sicht auf die Verfassungsfragen weitgehend und erklärt das Erlaubnisgesetz des

<sup>58</sup> <http://www.studio-arcades.com>.

<sup>59</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 335 re. Sp.

<sup>60</sup> Siehe bei *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 185 ff.

<sup>61</sup> So tatsächlich schon die auf Gleichbehandlung zielende Forderung der ägyptische Gynäkologen Prof. *Toprak* (<http://www.welt.de/politik/ausland/article111030661/M-ediziner-will-Vaginal-Beschneidung-legalisieren.html>); siehe zu der mit dem Beschneidungsgesetz bewirkten Schwächung des Kampfes gegen die Mädchenbeschneidung auch *Herzberg* ZIS 2012, 486, 496 f.

§ 1631d BGB für „verfassungsrechtlich gescheitert“.<sup>62</sup> Er will am Ende aber doch einen Weg gefunden haben, eine enge Beschneidungserlaubnis gelten zu lassen: Der Gesetzgeber dürfe die Beschneidung erlauben, um in Deutschland einen „Kulturkampf“ zu verhindern.<sup>63</sup> So verständlich das politisch ist, so wenig plausibel ist es empirisch und verfassungsrechtlich. In aller Kürze nur dies: Schon das jetzt geltende Beschneidungsgesetz begrenzt die Kultur mancher Moslems und Juden. So wird etwa den Juden auferlegt, die Beschneidung unter Anwendung effektiver Schmerzbehandlung zu vollziehen (§ 1631d I BGB),<sup>64</sup> was viele Strenggläubige aus religiösen Gründen ablehnen.<sup>65</sup> Davor musste der Gesetzgeber weder empirisch noch verfassungsrechtlich zurückschrecken. Auch mit Teilen des Islam wird der „Kulturkampf“ durchaus aufgenommen, wenn, wie behandelt, den Schafititen leichtere Eingriffe bei weiblichen Kindern unter sagt werden. Schließlich ist weder von der Mehrheit der Moslems noch von der Mehrheit der Juden zu erwarten, dass sie ein letztlich fundamentalistisches Verständnis im Verhältnis von Religion und Staat einnehmen.<sup>66</sup> – Auch enthält *Isensees* Idee den unheimlichen Satz, der Gesetzgeber habe sich „im Konflikt zwischen rechtsstaatlicher Konsequenz und Wahrung des religiösen wie gesellschaftlichen Friedens“ zulässiger Weise für den Frieden entschieden.<sup>67</sup> Er sagt damit, der Gesetzgeber dürfe in utilitaristischer Verrechnung Grundrechte der Kinder opfern, um den gesellschaftlichen Frieden zu wahren. Es ist aber gerade der Sinn eines Kerngrundrechts wie Art. 2 II 1 GG, einen solchen Utilitarismus zu verhindern. Droht vor diesem Hintergrund nicht vielleicht auch von der anderen Seite ein Kulturkampf, weil das Beschneidungsgesetz die Verfassungskultur antiutilitaristischer Kerngrundrechte preisgibt?<sup>68</sup>

Der hier und da anklingende Gedanke, es dürfe nicht gerade Deutschland das erste Land sein, dass den Juden eine wichtige und im Großen und Ganzen bisher tolerierte Tradition verbietet,<sup>69</sup> wird vermutlich die entscheidende Triebfeder für das Beschneidungsgesetz gewesen sein.<sup>70</sup> Und in der Tat hätte man sich das anders ge-

wünscht. Doch ergibt auch dieser Aspekt verfassungsrechtlich keine Rechtfertigung. Die aus der Historie abgeleitete moralische Pflicht der deutschen Staatsorgane, auf alle jüdischen Belange von Gewicht besonders Rücksicht zu nehmen, dispensiert den Gesetzgeber nicht von seiner Schutzpflicht gegenüber den betroffenen Kindern! Gerade auch gegenüber den jüdischen Kindern mutet die These paradox an. Ihre Unversehrtheit im Intimbereich ist ein Belang von außerordentlichem Gewicht (Art. 2 I GG mit Art. 1 I GG).<sup>71</sup>

**d)** Bleibt zuletzt die Frage, auf welche Weise der Gesetzgeber seine Schutzpflicht zu erfüllen hat. Allemal muss der Beschneidungsakt *rechtswidrig* bleiben, damit das Kind nicht sein Notwehr- und Nothilferecht verliert und damit bei schweren Folgen (etwa bei einer Penisamputation) zivilrechtliche Ansprüche nicht schon allein wegen kunstgerechter Durchführung des Eingriffs ausgeschlossen sind.<sup>72</sup> Aber muss das Verbot auch strafbewehrt sein? Oder darf der Gesetzgeber wenigstens diese Rechtsfolge für die Eltern vermeiden?<sup>73</sup> Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber traditionell einen weiten Beurteilungsspielraum dafür ein, wie dieser Schutzpflichten erfüllt, und erst recht dafür, welches Verhalten er unter Strafe stellt.<sup>74</sup> Isoliert auf die Knabenbeschneidung geblickt, würde das BVerfG dem Gesetzgeber wohl allemal zugestehen, die Strafbarkeit auszuschließen – zumal bei religiöser Motivation.<sup>75</sup> Nimmt man aber das strafbewehrte Verbot der Mädchenbeschneidung hinzu, zwingt Art. 3 I, III GG wiederum zur Gleichbehandlung: Es gibt keinen sachlichen Grund, den strafrechtlichen Schutz den man den Mädchen gewährt, den Jungen vorzuenthalten. Indirekt trifft den Gesetzgeber also eine verfassungsrechtliche Pflicht, Genitalbeschneidungen bei Kindern insgesamt zu bestrafen.

### III. Beschneidung und Tatbestandsverwirklichung

**a)** Wie der Friseur, der seiner Kundin unaufgefordert den Zopf abschneidet, damit eine körperliche Misshandlung begeht, so tut dies auch und erst recht, wer einer männlichen Person die Vorhaut abtrennt; hinzu tritt dann freilich eine Gesundheitsschädigung (§ 223 I Fall 2 StGB). Es ist nun – mit Blick auf die Beschneidungsdebatte – ein müßiger Streit, ob im Falle einer wirksamen Einwilligung (der Eltern) schon der Tatbestand des § 223 I StGB zu verneinen ist oder „erst“ die Rechtswidrigkeit. So oder so kommt es für das Unrecht der Körperverletzung auf dieselbe Frage an: Haben die Eltern die *Dispositionsbefugnis* zu einem irreversiblen und schmerzhaft-verletzenden Eingriff in den sexuellen Intimbereich ihrer Kinder? Wer mit der üblichen Sicht und mit der ständigen Rechtsprechung des BGH die Einwilligung erst rechtfertigend wirken lässt, hat im Fall der Knabenbeschneidung keinen Grund, davon abzuweichen. Sie bietet keine Besonder-

<sup>62</sup> *Isensee* JZ 2013, 317, 327.

<sup>63</sup> *Isensee* JZ 2013, 317, 327.

<sup>64</sup> Dazu ausführlich unten im Text bei Fn. 66.

<sup>65</sup> Oberrabbiner *Metzger* (Fn. 13); dazu etwa auch *Spiegel*, Was ist koscher?, 4. Aufl. (2010), S. 40: „Das Baby wird nicht betäubt, es erhält nicht einmal eine örtliche Narkose, denn den Bund mit Gott muss man sozusagen bei vollem Bewusstsein vollziehen.“

<sup>66</sup> Sehr lesenswert dazu sind die Ausführungen *Gotzmanns* – die Situation im Judentum betreffend: <http://www.verfassungsblog.de/de/das-kolner-beschneidungsurteil-und-das-judentum-teil-1-unbeschnittene-juden/#.UcmPYpwlFqA>.

<sup>67</sup> *Isensee* JZ 2013, 317, 327 li. Sp.

<sup>68</sup> Ähnlich *Gotzmann* (Fn. 66); *Herzberg*, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis (erscheint demnächst). – Kein Gegenargument bietet der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG, denn er erlaubt selbstverständlich nur verhältnismäßige Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG.

<sup>69</sup> *Isensee* JZ 317, 327: „Tabu“; *Putzke*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Herzberg (2008), S. 669, 680: „tabubehaftet“; *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1115 f.: „ausgeschlossen“; siehe ferner *Spieckhoff* FamRZ 2013, 337, 338.

<sup>70</sup> *Merkel* SZ vom 25./26. August (Fn. 33).

<sup>71</sup> Vgl. auch bei *Stücker* (Fn. 16).

<sup>72</sup> *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.4.

<sup>73</sup> Siehe etwa den Vorschlag von *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1115 f.

<sup>74</sup> Siehe nur BVerfG NJW 1999, 3399.

<sup>75</sup> BVerfGE 32, 98 (Zeuge Jehova).

heit, die eine Andersbehandlung auch nur nahelegt. Auch der Gedanke der Sozialadäquanz trägt den Tatbestandsausschluss nicht. Wenn die Einwilligung des Erwachsenen die Vorhautabtrennung erst *rechtfertigt*, kann für die Einwilligung des bloßen Stellvertreters (der Kindseltern) nichts anderes gelten.<sup>76</sup> Ferner bringt dies der Fall des – den Zopf seiner Kundin abschneidenden – Friseurs zur Evidenz.<sup>77</sup>

**b)** Ist das Skalpell des Arztes oder das Messer des Beschneiders – im Falle rechtswidriger Beschneidung – ein „gefährliches Werkzeug“ (§ 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB)? Das LG Köln hatte dies unter Berufung auf eine ältere BGH-Rechtsprechung verneint, weil das Skalpell vom Arzt nicht als Angriffsmittel eingesetzt werde.<sup>78</sup> Diese Verneinung passt allerdings nicht zur weitgehend anerkannten

<sup>76</sup> Dies verkennen *Goerlich/Zabel* JZ 2013, 1058 ff., die für einen Tatbestandsausschluss votieren. – Den Autoren entgegen auch manch andere Lücke in ihrer Argumentation. Sie bestreiten dem § 223 StGB den Rang eines „für alle geltenden Gesetzes“, weil er bei Anwendung auf die Knabenbeschneidung „das Leben der betreffenden Religionsgesellschaft in Deutschland nahezu unmöglich“ mache (1059 li. Sp.). Wäre das Kriterium richtig, müsste es auch gelten für eine Religionsgesellschaft, die sich bei ihrem religiösen Akt der Knabenbeschneidung nicht zur Gänze an „Regeln der ärztlichen Kunst“ halten will (insoweit sei aber „selbstverständlich“ auf die Einhaltung der professionellen Standards zu beharren – wohl auch mit § 223); bei tatsächlicher Geltung des Kriteriums dürfte § 223 I StGB ebenso wenig den schaftitischen Eltern verbieten, ihrem Mädchen die Klitorisvorhaut zu beschneiden (auch das werden die Autoren nicht ableiten wollen). § 223 I StGB ist aber, wenn er als Sperre für religiöses Leben in Deutschland wirkt, entweder immer ein allgemeines Gesetz oder er ist es nie. (Einmal ganz davon abgesehen, dass die These, das Beschneidungsverbot mache religiöses Leben in Deutschland unmöglich, einigermaßen abwegig ist, vgl. fürs Judentum *Gotzmann* [Fn. 66], der das Vorhandensein der Gefahr bestreitet, die in Deutschland lebenden Juden würden mehrheitlich eine fundamentalistische Position zum Verhältnis Staat-Religion beziehen und der Religion den Vorrang einräumen.) – Weiter wollen die Autoren bei Eingriffen in den Kindeskörper großzügiger sein, wenn es sich „um Praktiken der großen tradierten Schriftreligionen“ handelt (1061 li. Sp.; ähnlich *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1116). Sie übersehen dabei schon, dass Religionsgemeinschaften strikt gleich zu behandeln sind, unabhängig von der Anzahl ihrer Anhänger und von der Dauer ihrer Existenz (BVerfGE 108, 282, 298; auch Beschluss v. 22.2.2006 – Az. 2 BvR 1657/05 Rz. 21); gerade das Grundrecht der Religionsfreiheit versteht sich als Minderheitenschutz (BVerfGE 91, 1, 24; siehe auch *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB [Fn. 11], § 223 Rn. 35.2).

<sup>77</sup> Eine andere Frage ist es, ob nicht die Einwilligung generell als tatbestandsausschließend eingestuft werden sollte (dazu erhellend und bejahend *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB [Fn. 35], Vor §§ 32 Rn. 124 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. [2006], § 13 Rn. 12 ff.; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht [2001], S. 124 ff.) Aber auch bei einem Tatbestandsausschluss kommt es für die Beschneidungserlaubnis, wie gesagt, auf die Dispositionsbefugnis der Eltern an.

<sup>78</sup> LG Köln NJW 2012, 2128. – unter Verweis auf BGH NJW 1978, 1206; NStZ 1987, 174. Die dortige Argumentation ist hinfällig seit der Änderung des Gesetzestextes, heute bildet nicht mehr die Waffe, sondern das gefährliche Werkzeug den Oberbegriff; auf den Einsatz als „Angriffsmittel“ kommt es damit nicht mehr an.

Definition des „gefährlichen Werkzeugs“, wofür nur die *Eignung* des Gegenstandes verlangt wird, bei der Art der konkreten Verwendung erhebliche Verletzung herbeizuführen.<sup>79</sup> Skalpell und Beschneidungsmesser weisen nicht nur diese Eignung auf, sondern sie führen mit dem Abtrennen der Penisvorhaut eine erhebliche Verletzung sogar tatsächlich herbei; deshalb ist es richtig, diese Qualifikation als verwirklicht anzusehen.<sup>80</sup> Wenn die Einwilligung unwirksam ist, dann fehlt dem Beschneider auch die Berechtigung, so eine erhebliche Verletzung – mit so einem gefährlichen Werkzeug – herbeizuführen.

**c)** Liegt bei betäubungsloser Beschneidung eine Misshandlung von Schutzbefohlenen vor (§ 225 I StGB)? Das Merkmal „quält“ kann verwirklicht sein. Die dafür nötige Intensität und Dauer der Schmerzen dürfte jedenfalls beim Säugling vorliegen.<sup>81</sup> Bei ihm muss zunächst die Vorhaut von der Glans gelöst werden, schon das ist wegen der noch bestehenden natürlichen Verwachsung überaus schmerzhaft, erst nach dem Ablösen erfolgt dann der ebenfalls schmerzhaft eigentliche Schnitt. Die betäubungslose Prozedur wird von Fachleuten als „qualvoll“ beschrieben.<sup>82</sup> Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalls.

Arzt und Mohel begehen das Delikt aber wohl nicht. Zwar lässt die h.M. für die Nr. 3 des Tatbestands (vom „Fürsorgepflichtigen der Gewalt überlassen worden“) ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis genügen,<sup>83</sup> doch bleiben die Eltern manchmal anwesend, behalten also selber die „Gewalt“. Sollten die Eltern abwesend sein, so ist schon fraglich, ob die kurze Überlassung des Kindes für die Nr. 3 ausreicht. Jedenfalls aber wird dem Arzt oder Mohel die Gewalt über das Kind von den Eltern gerade mit der Maßgabe überlassen, dass er die Beschneidung vornehme. Dann aber besteht kein hinreichend gewichtiger Unterschied zu dem Fall, wo die Eltern selber anwesend bleiben.

Die Eltern aber können § 225 I Nr. 1 StGB verwirklichen. Sie begehen die Tat dann „durch“ den Arzt oder Mohel, also in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Fall 2 StGB). Weil der Operateur selbst kein Täter ist, ihm fehlt die Sonder-eigenschaft, versperrt er den Eltern nicht die Täterschaft.<sup>84</sup>

## IV. Auslegungsfragen zu § 1631d BGB

### 1. „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“

Das Gesetz gibt den Eltern das Recht zur Einwilligung in den Beschneidungsakt *nur unter der Bedingung*, dass die angestrebte Beschneidung „nach den Regeln der ärztli-

<sup>79</sup> Vgl. nur BGH NStZ-RR 2009, 50; *Kühl*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2011), § 224 Rn. 5.

<sup>80</sup> *Kempf* JR 2012, 436, 437; *Putzke*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Festschrift für *Herzberg* (2008), S. 669, 681.

<sup>81</sup> Vgl. allgemein *Fischer*, Strafgesetzbuch, 60. Aufl. (2013), § 225 Rn. 8a.

<sup>82</sup> *Paix/Peterson* Anesth Intensive Care 40 (2012), 511 ff.; ferner die Nachweise bei *Czerner* ZKJ 2012, 374, 378.

<sup>83</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch (Fn. 81), § 225 Rn. 6.

<sup>84</sup> BGHSt 4, 359.



chen Kunst durchgeführt werden soll“ (§ 1631d I BGB).<sup>85</sup> Anders ausgedrückt: Weicht der Beschneider von diesen Regeln ab, rechtfertigt ihn die Einwilligung der Eltern nicht; wissen die Eltern schon bei Abgabe der Einwilligungserklärung von der geplanten Abweichung, machen auch sie sich mit dem Auftrag zur später rechtswidrig durchgeführten Beschneidung strafbar (§§ 223, 224 I Nr. 2 Fall 2, 26 StGB ggf. § 225 StGB);<sup>86</sup> erkennen die Eltern die Abweichung während des Beschneidungsakts und lassen eine Verhinderungsmöglichkeit ungenutzt, können sie wegen eines Unterlassungsdelikts strafbar sein (§§ 223, 224 I Nr. 2 Fall 2, 27 I, 13 I StGB, §§ 223 I, 229, 13 I StGB ggf. § 225 StGB).

Bei der Auslegung des Merkmals „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“ muss sich der Rechtsanwender zunächst über eine Kuriosität hinwegsetzen. Die fachärztlichen Vereinigungen der Kinderärzte- und Kinderchirurgen lehnen es wegen des Prinzips *nihil nocere* ab, ein Kind zu beschneiden, wenn keine medizinische Notwendigkeit vorliegt.<sup>87</sup> Der Gesetzgeber hat es also fertiggebracht, einen Beschneidungseingriff an die Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst zu binden, den es nach den Regeln der ärztlichen Kunst gar nicht geben dürfte. Anders ausgedrückt: „Der Arzt darf tun, was ein guter Arzt zwar nicht tun sollte, wenn er es nur wie ein guter Arzt tut.“<sup>88</sup> Da der Gesetzgeber aber den Eingriff grundsätzlich erlauben will, kann die ablehnende Haltung der Fachärzte – befremdender Weise – keine Bedeutung haben.

Unter den „Regeln der ärztlichen Kunst“ ist daher nur das Folgende zu verstehen: eine fachgerechte Durchführung des Eingriffs, angemessene hygienische Rahmenbedingungen, eine effektive Schmerzbehandlung und eine umfassende Aufklärung der einwilligenden Eltern.<sup>89</sup> Insbesondere die beiden letzten Punkte werfen Probleme auf.

**a) Die nötige Narkose**

**aa)** Die Striktheit des Merkmals der „Regeln der ärztlichen Kunst“ drückt sich in der Entwurfsbegründung darin aus, dass „eine effektive Schmerzbehandlung“ eingestuft wird als eine „Voraussetzung für die Berechtigung der Eltern zur Einwilligung“.<sup>90</sup> Dies bedeutet das Ende für die betäubungslose Beschneidung, aber auch für ein – in der Vergangenheit vielfach eingesetztes – ineffektives Schmerzmittel, für die EMLA-Salbe. Denn jüngste For-

schungsergebnisse stufen diese Salbe als unzulänglich ein.<sup>91</sup> Und die zuständige Ärzteschaft bestätigt, dass zu ihren „Regeln der Kunst“ eine Vollnarkose oder zumindest eine Lokalanästhesie mittels Injektion gehört (Penisblock).<sup>92</sup> Für die ärztliche Beschneidung dürfte es deshalb unumstritten sein, dass Betäubungsversuche mit Salben oder süßem Wein<sup>93</sup> nicht genügen.

**bb)** Fragen kann man sich aber, wie § 1631d II BGB zu verstehen ist. Mit der „Mohel-Klausel“<sup>94</sup> erlaubt die Vorschrift auch Nichtärzten Beschneidungsakte, wenn diese „für die Durchführung der Beschneidung“ dem Arzt „vergleichbar befähigt“ sind. *Reinhard Merkel* hat dies so gelesen, dass der Mohel allein unter Verwendung der (insuffizienten) Salbe beschneiden darf. Denn Absatz 2 gestatte dem Mohel „Beschneidungen gemäß Absatz 1“ und damit den Gesamtakt; weil Nichtärzte aber keinen Zugang zu effektiven Anästhetika haben und diese auch gar nicht anwenden dürfen, lasse § 1631d II BGB die Salbe hinreichen.<sup>95</sup>

Diese Deutung vernachlässigt jedoch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Erhellend ist die schon oben zitierte Passage aus dem Gesetzesentwurf, worin die „effektive Schmerzbehandlung“ zur „Voraussetzung für die elterliche Berechtigung“ gezählt wird; insoweit wäht sich der Gesetzesentwurf in Übereinstimmung mit dem Auftrag des Deutschen Bundestag („ohne unnötige Schmerzen“)<sup>96</sup>, den Stellungnahmen des Deutschen Ethikrats („qualifizierte Schmerzbehandlung“)<sup>97</sup> und der Deutschen Schmerzgesellschaft e.V. („nur unter adäquater Schmerzbehandlung“)<sup>98</sup>. Sodann führt die Begründung zum Erfordernis der effektiven Betäubung aus: „Der Regelungsvorschlag deckt diese Anforderung mit der Formulierung ‚nach den Regeln der ärztlichen Kunst‘ ab, denn diese Regeln gebieten eine im Einzelfall angemessene und wirkungsvolle Betäubung und grundsätzlich eine für den Patienten möglichst schonende Durch-

<sup>85</sup> Die Formulierung „durchgeführt werden soll“ drückt nur die Selbstverständlichkeit aus, dass „die Einwilligung vor dem Eingriff zu erteilen ist“ (BT-Drucksache 17/11295, S. 17 re. Sp.).

<sup>86</sup> Die Regelung ist streng, aber kein Einzelfall (vgl. etwa § 8 TPG).

<sup>87</sup> *W. Hartmann*, Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8).

<sup>88</sup> *Mandla* FPR 2013, 244, 247.

<sup>89</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfs erweckt zum Teil den Eindruck, als umfasse das Gesetzesmerkmal nur die hygienisch und handwerklich fachgerechte Durchführung des eigentlichen Schnitts und die effektive Schmerzbehandlung (BT-Drucksache 17/11295, S. 17). Diese Sicht liefe aber auf dasselbe hinaus, weil die Aufklärungspflicht dann aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten wäre.

<sup>90</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 23.

<sup>91</sup> *Paix/Paterson* Anesthesia and Intensive Care 40 (2012), 511 ff.: „insufficient“.

<sup>92</sup> *Paix/Paterson* ebenda; *W. Hartmann* hält bei Säuglingsbeschneidungen – wegen des ausgeprägten Schmerzempfindens und des nachhaltigen Schmerzgedächtnisses des Säuglings – an sich eine Vollnarkose für medizinisch geboten, schließt sie aber wegen ihrer anerkannten Gefährlichkeit aus; nach ihm gibt es also bei Säuglingen gar keine hinreichend zuverlässige Narkosemethode (Stellungnahme im Rechtsausschuss [Fn. 8], Blätter 4 u. 9).

<sup>93</sup> Irritierend *Spiegel*, Was ist koscher?, 4. Aufl. (2010), S. 40: „Das Baby ist in wenigen Sekunden ‚sternhagelvoll‘...“

<sup>94</sup> *T. Walter* JZ 2012, 1110, 1114; auch *Isensee* JZ 2013, 317, 326.

<sup>95</sup> *R. Merkel*, Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 6.1.2012, S. 2 f.

<sup>96</sup> Beschluss vom 19 Juli 2012 (BT-Drucksache 17/10331).

<sup>97</sup> Pressemitteilung vom 23. August 2012.

<sup>98</sup> Presseinformation vom 3. August 2012. [http://www.dgss.org/presse/pressemeldungen/pressemeldung-Einzelansicht/?tx\\_ttnews%5btt\\_news%5d=551&tx\\_ttnews%5bbackPid%5d=945&cHash=45860adb3b7cb1f3842eda1714b49bf7](http://www.dgss.org/presse/pressemeldungen/pressemeldung-Einzelansicht/?tx_ttnews%5btt_news%5d=551&tx_ttnews%5bbackPid%5d=945&cHash=45860adb3b7cb1f3842eda1714b49bf7)

führung der Beschneidung“.<sup>99</sup> Erneut bestätigt findet sich diese Sicht im Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums. Dort heißt es unter der Überschrift „Durchführung nach den Regeln der ärztlichen Kunst“: Davon abgedeckt „sind eine fachgerechte Durchführung des Eingriffs, die hygienischen Rahmenbedingungen und – da auch dies von den Regeln der ärztlichen Kunst umfasst ist – eine unter Beachtung der medizinischen Standards im Einzelfall gebotene und *wirkungsvolle Schmerzbehandlung*“.<sup>100</sup>

Die Parlamentarier, die dem Gesetzentwurf zugestimmt haben, mussten also annehmen, dass § 1631d BGB insgesamt nur Beschneidungen „ohne unnötige Schmerzen“ gestattet. Denn so lautete der Auftrag, den das Parlament der Regierung gegeben hat, so hat das Bundesjustizministerium den Auftrag verstanden (Eckpunkte) und so lautet auch die Entwurfsbegründung. Die Parlamentarier konnten daher nicht annehmen, das Gesetz, dem sie zustimmen, erlaube auftragswidrig Beschneidungen mit unnötigen Schmerzen. Eine effektive Schmerzbehandlung ist also in jedem Einzelfall erforderlich.<sup>101</sup> Allein dieses Ergebnis ist übrigens mit Blick auf das Kindesrecht auf körperliche Unversehrtheit verfassungskonform (Art. 2 II 1 GG).<sup>102</sup>

Auch für die Praxis der jüdischen Säuglingsbeschneidung bedeutet dies, dass stets ein Anästhesist anwesend sein und die kunstgerechte Schmerzbehandlung durchführen muss.<sup>103</sup> Dachte man früher, Neugeborene hätten kein Schmerzempfinden, so ist heute erwiesen, „dass Neugeborene Schmerzen sogar erheblich stärker empfinden als ältere Kinder oder Erwachsene, da neuronale Mechanismen der Schmerzmodifikation noch nicht entwickelt sind.“<sup>104</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich auch das manchmal unmittelbar nach Neugeborenenbeschneidungen zu beobachtende Phänomen des stillen Schlafs richtig einordnen: „Yet as has been shown in numerous careful studies, this ‚quiet sleep‘ is much more likely to be a state of complete exhaustion or ‚neurogenic shock‘,

a protective mechanism of retreat of the baby’s central nervous system caused by the traumatic pain.“<sup>105</sup>

Mit der effektiven Schmerzbehandlung wird der jüdischen Religionsgemeinschaft übrigens nichts zugemutet, was sie bei Erwachsenen nicht ohnehin akzeptiert: „Bei der Beschneidung von Erwachsenen toleriert man ... inzwischen eine zeitgemäße medizinische Operation, also sowohl eine medizinische Hygiene- und Operationstechnik, vor allem aber eine angemessene Anästhesie, zum Teil sogar die umstrittene kurzzeitige Vollnarkose. Man akzeptiert dies notgedrungen, *da sich sonst niemand mehr beschneiden ließe*, schließt diese Zugeständnisse jedoch zugleich für Säuglinge aus. Obwohl sich zentrale orthodoxe Gutachter inzwischen trotz erheblicher Bedenken selbst für die Möglichkeit einer Schmerztherapie bei Kleinkindern aussprechen, wurde selbst dies bislang nur teilweise und nicht verpflichtend in die Praxis übernommen.“<sup>106</sup> Es versteht sich von selbst, dass dem Säugling an Schmerzen nicht zugemutet werden darf, was die Erwachsenen rundweg für sich als unzumutbar zurückweisen (Art. 2 II 1 GG). Immerhin dies, die effektive Schmerzbehandlung bei der Beschneidung, macht § 1631d BGB jetzt also fürs Recht und für alle Beschneidungen verbindlich.

## b) Die nötige Aufklärung

**aa)** Von den „Regeln der ärztlichen Kunst“ umfasst ist auch eine eingehende Aufklärung des Patienten, bei Minderjährigen die Aufklärung der gesetzlichen Vertreter. Sie muss so genau erfolgen, dass der Betroffene oder sein gesetzlicher Vertreter eine selbstbestimmte Entscheidung treffen kann (Selbstbestimmungsaufklärung): Sie hat sich daher „am Empfängerhorizont des konkreten Patienten zu orientieren“.<sup>107</sup> Die Rechtsprechung stellt umso strengere Anforderungen an die Aufklärung, „je weniger dringlich und notwendig der Eingriff ist“.<sup>108</sup> So oder so muss der Eingreifende (Arzt oder Mohel) bei medizinisch nicht indizierten Beschneidungen auch über seltene Risiken aufklären.<sup>109</sup> Das galt schon bisher nach allgemeinen Grundsätzen.<sup>110</sup> § 1631d BGB stellt das nur klar.<sup>111</sup>

Wie weit diese Aufklärungspflicht reicht, zeigt ein vom OLG Oldenburg im Jahre 1991 entschiedener Fall: Der beschneidungswillige Erwachsene hatte den Arzt schriftlich darauf hingewiesen, dass er „wegen des bevorstehenden Besuchs seiner Freundin in etwa einem Monat auf einer vollen Funktionsfähigkeit des Genitalorgans

<sup>99</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 17 rechte Spalte. – Reinhard Merkel sieht in den Wörtern „grundsätzlich“ und „möglichst“ eine Relativierung (FAZ vom 26.12.2012, S. 8). Doch will der Entwurf die Regeln der ärztlichen Kunst vollständig einhalten; und die sehen bei aufschiebenden Eingriffen, die allein unter unzumutbaren Schmerzen erfolgen können, das Aufschieben des Eingriffs vor (W. Hartmann, Stellungnahme im Rechtsausschuss [Fn. 8], Blätter 4 u. 9).

<sup>100</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 3 – Hervorhebung dort.

<sup>101</sup> Fateh-Moghadam RW 2010, 115, 135; Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 339; Isensee JZ 2013, 317, 324 ff.

<sup>102</sup> Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 329.

<sup>103</sup> Putzke, Den Gesetzgeber hat der Teufel geritten, Interview vom 7.1.2013, in: Humanistischer Pressedient (hpd), Nr. 14709 (<http://hpd.de/node/14709>, zuletzt abgerufen am 25.6.2013); erwogen auch von T. Walter JZ 2012, 1110, 1114 f. – Gegen diese Auslegung spricht übrigens nicht, dass im Bundestag noch versucht worden ist, die kunstgerechte Schmerzbehandlung ausdrücklich im Gesetzestext einzufordern. Denn wenn die Parlamentarier meinten, mit den „Regeln der ärztlichen Kunst“ genau dies gesagt zu haben, war aus ihrer Sicht eine Änderung unnötig.

<sup>104</sup> W. Hartmann (Fn. 8), Blatt 9.

<sup>105</sup> Paix/Paterson Anesthesia and Intensive Care 40 (2012), 511 ff.; dazu auch Merkel/Putzke Journal of Medical Ethics 2013, 444, 445).

<sup>106</sup> So Gotzmann, der in Erfurt Judaistik lehrt (Fn. 66 – Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>107</sup> Schöch, in: Roxin / Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 51, 66 ff. (dort auch zu den im Text folgenden Ausführungen).

<sup>108</sup> BGHSt 12, 379, 382 f.

<sup>109</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 17 f.: „umfassende Aufklärung“.

<sup>110</sup> Eschelbach, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.4; Fischer, Strafgesetzbuch (Fn. 81), § 223 Rn. 13, 13a.

<sup>111</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 17 f.

bestehen müsse“. Der Arzt klärte nur abstrakt über mögliche Wundheilungsstörungen auf und nannte insoweit einen Beeinträchtigungszeitraum von „zwei Wochen“. Bei dem so aufgeklärten Patienten führte die Operation dann aber zu einer mehrwöchigen Wundheilungsstörung, wie sie in ein bis zwei Prozent der Beschneidungsfälle auftritt. Das Versäumnis des Arztes, über dieses Risiko aufzuklären, sah das OLG als haftungsbegründenden Aufklärungsmangel an.<sup>112</sup> – Ein anderes Beispiel bietet die Blutspende, vor deren Durchführung auch über das entfernte Risiko aufzuklären ist, dass es durch den Einstich der Kanüle zu einer Traumatisierung des Hautnervs des linken Unterarmes kommt und dadurch chronische neuropathische Schmerzen ausgelöst werden.<sup>113</sup>

Auf der Basis dieses Maßstabs ist bei der Knabenbeschneidung über zahlreiche unmittelbare Folgen sowie über Risiken des Eingriffs aufzuklären. *Wolfram Hartmann* nennt als unmittelbare Folgen der Knabenbeschneidung den Verlust der schützenden Funktion der Penisvorhaut (vor Schadstoffen, Reibung, Austrocknung und Verletzungen), den Verlust antibakterieller und antiviraler Funktionen; die Kappung von Verbindungskanälen für zahlreiche bedeutende Venen, zu den Risiken zählt er daher auch erektile Dysfunktionen durch Zerstörung von Blutleitungen; ferner verweist er auf psychische Folgen.<sup>114</sup>

Die *Stanford School of Medicine* nennt in einem 2012 veröffentlichten Papier folgende Komplikationen:<sup>115</sup> (1) lokale Blutungen, (2) lokale und systemische Infektionen, (3) unzureichende Vorhautverkürzung – mit der Folge einer Re-Zirkumzision aus ästhetischen Gründen oder wegen einer sekundären Phimose, (4) zu starke Vorhautverkürzung, (5) Verwachsungen der verbleibenden Penishaut mit der Glans, (6) Blasenbildung unter der verbleibenden Penishaut, (7) abnormale Wundheilung, (8) Meatitis (Entzündung der Harnröhrenöffnung, (9) Harnsperrung – wegen des Verbands, (10) sekundäre Phimose, (11) Chordee – abnormale Kurvenhaltung des (erregierten) Penis, (12) Hypospadias – zu weite und an der Unterseite des Penis mündende Öffnung des Harnwegs, (13) Epispadias – an der Oberseite des Penis mündende Harnöffnung, (14) Fistelbildung zwischen Harnröhre und Penishaut, (15) Nekrotisierung des Penis, (16) Amputation des Penis, (17) Tod des Beschnittenen.<sup>116</sup>

<sup>112</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 1376.

<sup>113</sup> BGH NJW 2006, 2108.

<sup>114</sup> *W. Hartmann*, Stellungnahme im Rechtsausschuss (Fn. 8), Blätter 1 f.; für die psychischen Folgen verweist er auf *Boyle et al. Journal of Health Psychology* 7 (2002), 329 ff.; *Page et al. Journal of Perinat Education* 13 (2004), 10 ff.; *Taddio et al. Lancet* 349 (1997), 599 ff.; *Yilmaz et al. International Journal of Urology* 10 (2003), 651 ff.; eingehend *Franz*, in: *Franz* (Hrsg.), *Die Beschneidung von Jungen. Abrahams trauriges Vermächtnis* (erscheint demnächst).

<sup>115</sup> *Stanford School of Medicine*: <http://newborns.stanford.edu/CircComplications.html>; siehe auch die bei *W. Hartmann* angeführte Umfrage bei deutschen Kinderärzten (Stellungnahme im Rechtsausschuss [Fn. 8], Blatt 5).

<sup>116</sup> Speziell der Tod ist eine sehr seltene Folge der Beschneidung. Einer Studie aus Brasilien zufolge kommen auf knapp 485.000 Beschneidungen 63 Todesfälle, was einer Todesrate von 0.013% entspricht (*Korkes et al. Einstein* 10

Der Aufklärungsbogen eines Urologen nennt zusätzlich:<sup>117</sup> Schmerzen in den ersten Tagen nach dem Eingriff; allergische Reaktionen gegen Medikamente; (schmerzende) Narben an Vorhautresten; Krampfadernknoten; Kastrationsängste bei vier- oder fünfjährigen Jungen. – Hinzuweisen ist auch auf die Möglichkeit eines „handwerklichen“ Fehlers. Allein in Deutschland sind in den Jahren 2010 und 2012 zwei Fälle aufgetreten, wo die Ärzte mit verheerenden Folgen ein Drittel des Penis bzw. ein Stück der Eichel weggeschnitten haben.<sup>118</sup>

Nach allem hoch bedenklich ist daher die Einseitigkeit, mit der der Zentralrat der Juden auf seiner Homepage informiert. Unter der Überschrift „Wird der Säugling vor der Beschneidung betäubt?“ heißt es: „Es spricht nichts gegen eine (lokale) Betäubung des Kindes. Eine Narkose des Säuglings wird in der Regel nicht durchgeführt und nicht empfohlen, da die Narkose dem kindlichen Körper Schaden zufügen könnte und *weniger leicht für den Säugling zu bewältigen ist.*“<sup>119</sup> Die Empfehlung lautet also: keine Betäubung! Dass Fachleute die Säuglingsbeschneidung ohne Betäubung als besonders *qualvoll* einstufen,<sup>120</sup> wird nicht erwähnt.

Weiter wird unter der fragenden Überschrift „Führt die Beschneidung zu gesundheitlichen Nachteilen?“ geantwortet: „Nein, die Beschneidung führt nicht zu gesundheitlichen Nachteilen – ganz im Gegenteil!“ Später heißt es dann noch: „Das Genital ist weiterhin voll funktionsfähig und führt zu keinerlei Beeinträchtigung.“ Man betrachte noch einmal die oben aufgeführte Liste möglicher Folgen der Beschneidung!<sup>121</sup> Der Sensibilitätsverlust der Eichel wird verschwiegen, keine einzige Komplikation wird genannt, keine einzige Spätfolge aufgeführt. Man bedenke dann, dass der Zentralrat der Juden zugesichert hat, in Deutschland für eine angemessene Ausbildung der Mohalin zu sorgen. Dazu gehört auch die *Vermittlung von Kenntnissen zu den Folgen* einer Beschneidung – der Mohel soll ja über die Operationsrisiken aufklären können. Wie will der Zentralrat plausibel machen, dass er die Mohalin angemessen ausbildet und zur Selbstbestimmungsaufklärung (der Eltern) befähigt, wenn er selber in offiziellen Internettexten nicht einmal eingesteht, dass gesundheitliche Nachteile auftreten können?

**bb)** Seit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes gilt mit § 630e BGB eine ausdrückliche Regel für die Aufklärung bei „Behandlungsverträgen“. Die Norm ist jedenfalls anwendbar bei der *ärztlichen* Beschneidung (siehe § 630a BGB). In puncto Inhalt und Umfang der Aufklärung

[2012], 342 ff.; siehe ferner auf <http://www.cirp.org/library/death/>.

<sup>117</sup> <http://www.urologie-zemke-berlin.de/files/zirkumzision.pdf>.

<sup>118</sup> Zum Düsseldorfer Fall siehe auf: <http://www.express.de/duesseldorf/horrorerlebnis-eines-zehnjaehrigen-beschnidung-schlimm-verstuemmelt,2858,4742926.html>; zum Solinger Fall siehe auf: <http://www.solinger-tageblatt.de/Home/Solingen/Anwalt-kritisiert-Beschneidung-2240f57a-a86f-42f1-9f16-e43c5f898b8d-ds>.

<sup>119</sup> <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3731.html> (zuletzt besucht am: 22.06.2012).

<sup>120</sup> *Paix/Peterson Anesth Intensive Care* 40 (2012), 511 ff.

<sup>121</sup> Im Text bei Fn. 114.

zung bestimmt § 630e BGB nichts Neues, sondern normiert nur die gefestigte Rechtsprechung.<sup>122</sup> Dreierlei ist für die Aufklärung der Eltern relevant:

Erstens muss, wie die Entwurfsbegründung sagt, die aufklärende Person gerade die Befähigung zu den Tätigkeiten haben, die sie bei der Beschneidung ausübt: „Dies hat zur Folge, dass die Aufklärung für gesonderte Maßnahmen unter Umständen jeweils gesondert erfolgen muss. So hat etwa der Operateur über die Risiken der Operation einschließlich des mit der Operation verbundenen Risikos und ein Anästhesist über die Risiken der [Voll-]Narkose aufzuklären.“<sup>123</sup> Das wird im klinischen Alltag ohnehin praktiziert.

Zweitens dürfen die Eltern bei ihrer stellvertretenden Einwilligung – abgesehen vom Falle eigener umfassender Sachkenntnis – nicht auf die Aufklärung verzichten. Das ergibt sich zwar nicht zwingend und unmittelbar aus dem Gesetzestext, aber eindeutig aus der Entwurfsbegründung zur stellvertretenden Einwilligung: „Die Ausnahmetatbestände des Absatzes 3 [u.a. Aufklärungsverzicht, J.S.] dürften im Regelfall nur eingreifen, soweit die Behandlung *unaufschiebbar* ist oder der zur Einwilligung Berechtigte aufgrund seiner eigenen Fachkenntnisse keiner Aufklärung bedarf. [...] Einem zur Einwilligung Berechtigten *sollte es ferner nicht möglich* sein, gemäß Absatz 3 auf die Aufklärung über den Eingriff in die Rechtsgüter des Patienten zu verzichten.“<sup>124</sup> Diese Sollvorgabe des Entwurfs ist als Muss zu lesen. Willigt der Betroffene selbst als Einsichtsfähiger vollverantwortlich in den Beschneidungseingriff, dann gehört es zu seinem Selbstbestimmungsrecht, auf eine umfassende Aufklärung zu verzichten.<sup>125</sup> Die Eltern dagegen dürfen nicht zulasten des Kindes auf die Aufklärung verzichten. Soll die Einwilligung zur Ausübung ihrer Personensorge zu rechnen sein, dann müssen sie diese Personensorge auch treuhänderisch und pflichtgemäß ausüben;<sup>126</sup> ins Blaue hinein die Einwilligung zu erklären, wäre aber treupflichtwidrig. (Der Gedanke einer hypothetischen Einwilligung der Eltern darf hier nicht relevant werden.)<sup>127</sup>

Drittens treffen Beschneider und Anästhesisten gewisse Dokumentationspflichten. § 630e IV mit III 2 BGB fordert, dass Aufklärungsunterlagen, die die einwilligenden Eltern unterzeichnet haben, diesen ausgehändigt werden.

**cc)** Diese Grundsätze müssen auf die Mohel-Beschneidungen übertragen werden, sei es in direkter oder analoger Anwendung des § 630e BGB. Oben ist § 1631d BGB in verfassungskonformer Auslegung dahin

<sup>122</sup> BT-Drucksache 17/10488, S. 24. – Zur zivilrechtlichen Pflichtenlage *Hart* MedR 2013, 159, 161 ff.

<sup>123</sup> BT-Drucksache 17/10488, S. 24.

<sup>124</sup> BT-Drucksache 17/10488, S. 25 (Hervorhebungen vom Verfasser).

<sup>125</sup> *Schöch* (Fn. 107), S. 51, 71.

<sup>126</sup> *Spieckhoff* FamRZ 2013, 337, 338: Elternrecht sei „zuvörderst fremdnützig“.

<sup>127</sup> Sonst könnten die Eltern sich nachträglich mit der schlichten Behauptung, sie hätten die Einwilligung auch bei umfassender Aufklärung erklärt, selbst aus der Strafbarkeit herausziehen. – Allgemein zur hypothetischen Einwilligung BGH JZ 2004, 800; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Fn. 35), Vor §§ 32 ff. Rn. 168 ff, 185 ff.

interpretiert worden, dass auch bei der jüdischen Säuglingsbeschneidung ein Anästhesist anwesend sein muss. Nur er hat das nötige Wissen, für die Aufklärung über das Narkoserisiko. Deshalb muss auch er selber über diese Narkoserisiken aufklären.

Abschließend lässt sich zur Aufklärungspflicht sagen, dass sehr hohe Anforderungen gelten, die insbesondere von Nichtärzten schwer zu erfüllen sein werden. Die Beschneider gehen – wegen zu erwartender Aufklärungsmängel – mit der Durchführung des medizinisch nicht indizierten Eingriffs zumindest ein erhebliches Haftungsrisiko ein.<sup>128</sup>

### c) Die Dynamik des Merkmals

Mit den „Regeln der ärztlichen Kunst“ ist ein dynamisches Moment in die Regelung eingefügt worden. Es hält insbesondere für Religionsgemeinschaften, die den Beschneidungsakt in eine religiöse Zeremonie einbetten möchten, auf Dauer vielleicht unliebsame Begrenzungen bereit. So wird etwa heute schon mit der Lasermethode beschnitten.<sup>129</sup> Anbieter werben damit, dass die Methode deutlich risikoärmer sei: Das Risiko von Blutungen gehe „gegen Null“, das von Infektionen sei „gering“ und das von Narbenbildung „minimal“. Sollte sich in der Zukunft erweisen, dass diese Lasermethode tatsächlich deutlich risikoärmer ist, und sie deshalb als klar vorzugswürdig, als Standardmaßnahme und allein kunstgerecht eingestuft wird, dann dürfen Arzt und Mohel (auch unter dem Blickwinkel der Freiheit der Methodenwahl) nicht mehr zum Skalpell beziehungsweise zum Beschneidungsmesser greifen. Der Eingriff müsste dann per Lasertechnik erfolgen.<sup>130</sup>

## 2. Keine Erlaubnis bei Kindeswohlgefährdung (§ 1631 I 2 BGB)

### a) Der handwerkliche Mangel des Gesetzes

Ein gravierender Mangel des § 1631d BGB liegt darin, dass weder im Gesetzestext noch in der Entwurfsbegründung konkret ausgesprochen worden ist, warum denn die Beschneidung *nicht* das Kindeswohl gefährdet. Das erschwert die Auslegung der Vorschrift erheblich, insbesondere die Auslegung der Erlaubnisschranke des § 1631d I 2 BGB, die gerade auf eine Kindeswohlgefährdung abstellt. Alle anderen nicht unerheblichen körperlichen Eingriffe (Piercings, Tätowierungen, moderate Geißelungen, Anritzen der Schamlippen etc.) gefährden das Kindeswohl schon wegen der unnötigen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, die Knabenbeschneidung soll dies (in der Regel) nicht tun. Da aber der Gesetzesinterpret nicht erfährt, warum nicht schon der schmerzhaft-verletzende Griff in den Intimbereich des

<sup>128</sup> Vgl. nur erneut OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 1376 (im Text vor Fn. 112).

<sup>129</sup> <http://www.vasweb.org/de/leistungen/beschneidungszentrum-/laserbeschneidung/laserbeschneidung-vorteil-3.html>.

<sup>130</sup> Zur grundsätzlichen Methodenfreiheit des Arztes siehe bei *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 139 Rn. 33.

Kindes dessen Wohl gefährdet (Wegen Vorteilen der Hygiene, der Prophylaxe, der sozialen oder religiösen Integration?), fehlt insgesamt die Beurteilungsbasis für das abwägende Erkennen einer im Einzelfall doch vorliegenden Kindeswohlgefährdung. Was sind die schützenswerten Erziehungsinteressen der Eltern, die den Eingriff entgegen dem sonst üblichen Verbot körperlicher Eingriffe gestatten? Und was muss zur Verletzung hinzukommen, damit auch die Knabenbeschneidung einmal das Kindeswohl gefährdet?

## b) Die Kindeswohlgefährdung

Das Gesetz will zugunsten der Eltern verfügen, dass die Beschneidung des männlichen Kindes in der Regel keine Kindeswohlgefährdung mit sich bringt.<sup>131</sup> Absatz 1 Satz 2 fasst dagegen Fälle ins Auge, die eine Kindeswohlgefährdung bedeuten und die das staatliche Wächteramt aktualisiert.<sup>132</sup> Primär ist an Gefährdungen der physischen Gesundheit zu denken.<sup>133</sup> Das bereitet noch keine Probleme, solange man sich nicht an den Thesen des Gesetzesentwurfs orientiert. Der Entwurf lehnt sich fälschlich an § 1666 BGB: „Im Rahmen des geltenden § 1666 BGB versteht die Rechtsprechung unter einer Gefährdung des Kindeswohls ‚eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt‘ (... BGH ... zuletzt NJW 2012, 151). Ob *eine solche Gefahr* begründet ist, ist aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.“<sup>134</sup> Aber zum Vergleich: Bei einer einzelnen Ohrfeige, die der Vater dem Sohn verabreicht, droht meist noch keine „erhebliche Schädigung“, und beim Piercen des sechsjährigen Kindes droht nicht mehr als bei der Beschneidung. Gleichwohl ist die Ohrfeige (bei Strafe) ebenso verboten (§§ 1631 II BGB, 223 StGB) wie das Piercen (§ 223 I StGB). Der Staat ist also als Wächter angesprochen. Er darf folglich sehr wohl (beschränkende) Maßnahmen auch unterhalb der Schwelle (drohender) „erheblicher Schädigungen“ ergreifen.

Verboten bleibt nach § 1631d I 2 BGB eine Beschneidung jedenfalls, wenn sie – wegen der Konstitution des Kindes oder wegen der Umstände der Beschneidung – das Kindeswohl über die Abtrennung der Vorhaut hinaus gefährdet. Als Kontraindikationen zu nennen sind insbesondere eine Gerinnungsstörung und eine allgemeine gesundheitliche Schwäche oder eine akute Erkrankung des Kindes.<sup>135</sup> „Als unvereinbar mit dem Kindeswohl und nicht rechtfertigungsfähig wären ferner Beschneidungen von Jungen einzuordnen, bei denen in besonders großem Ausmaß Haut und Gewebe entfernt werden und die des-

halb zu großflächigen Wunden mit erhöhter Gefahr von Spätschäden führen.“<sup>136</sup>

## c) Speziell: Die Motive der Eltern

Heißt es in der Entwurfsbegründung zunächst, dass die Motive der Eltern für die Beschneidungsberechtigung irrelevant seien,<sup>137</sup> soll die Berechtigung gleichwohl fehlen, wenn ein bestimmtes Einwilligungsmotiv der Eltern eine Kindeswohlgefährdung ergibt (§ 1631 I 2 BGB) – in der Entwurfsbegründung werden zwei solcher Motive genannt, das der ästhetischen Verschönerung und das der Masturbationsschwerung.<sup>138</sup> Diese Aussagen passen nicht zusammen.<sup>139</sup> In dem Bemühen, § 1631d BGB vom Anschein eines religiösen Sondergesetzes zu befreien, haben die Entwurfsverfasser einen handgreiflichen Widerspruch produziert: Das Motiv sei egal, könne aber letztlich doch eine Kindeswohlgefährdung ergeben. Verkannt wird damit schon, dass etwa das jüdische und auch muslimische Motiv, dem Vorbild Abrahams zu folgen (Genesis 17, 10–12), nicht von höherer Dignität ist als das Motiv, die Masturbation zu verhindern; denn auch Letzteres kann einen religiösen Hintergrund haben und von den Eltern als fundamental-wichtige religiöse Pflicht eingestuft werden, als Pflicht zur Verhinderung einer schweren Sünde.<sup>140</sup> Man muss wohl auch in den Blick nehmen, dass, wenn heute ein 99-jähriger Mann sagte, er habe von Gott den Befehl empfangen, sich zur Besiegelung eines Bundes die Vorhaut (mit einer Axt) abzutrennen, dass dieser 99-Jährige wohl in Gewahrsam genommen werden dürfte, um ihn vor sich selbst zu schützen (etwa §§ 11, 14, 20 PsychKG NRW). Wie könnte dann aber ein solches Verhalten eines 99-Jährigen, das dem Staat ein *Interventionsrecht* sogar *diesem Erwachsenen gegenüber* einräumen würde, wie könnte es heutzutage noch letzter Grund dafür sein, einen verletzenden Eingriff in den sexuellen Intimbereich wehrloser Säuglinge und Kinder zu rechtfertigen?<sup>141</sup>

<sup>136</sup> Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 338 li. Sp. unter Verweis auf Denniston/Hodges/Milos (Hrsg.), *Understanding Circumcision* (2001), Vorwort S. VII f.

<sup>137</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 16.

<sup>138</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18.

<sup>139</sup> Eschelbach, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.3; Herzberg ZIS 2012, 486, 487; Isensee JZ 2013, 317, 325; Merkel/Putzke *Journal of Medical Ethics* 2013, 444, 449; T. Walter JZ 2012, 1110, 1113; schon im Gesetzgebungsverfahren kritisiert von R. Merkel, Stellungnahme im Rechtsausschuss, S. 4 f.; derselbe FAZ vom 26.12.2012, S. 8).

<sup>140</sup> Merkel FAZ vom 26.12.2012, S. 8. – Unberücksichtigt bleibt dies bei Hörnle/Huster, die die Ausgrenzung des Masturbationmotivs gutheißen, weil die Masturbation zu verhindern nicht „unabdingbar für die Zugehörigkeit zur religiösen Gemeinschaft“ sei, und nur diese Wichtigkeit gebe den Eltern einen hinreichend wichtigen Grund für den invasiven Eingriff in den Körper des Kindes; andernfalls werde Eltern verwehrt, „ihre Basisannahmen ‚vom guten Leben‘ für das Kind umzusetzen“ (JZ 2013, 328, 338).

<sup>141</sup> Dieser Hinweis bestreitet religiösen Menschen nicht das Recht, an solche Gottesbefehle zu glauben. Nur kann das staatliche Recht ein so gewonnenes Motiv nicht als letzten Grund für Eingriffe in das Grundrecht Dritter auf körperliche Unversehrtheit akzeptieren, was es ja außerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses auch in keinem einzigen Fall tut – und ihm auch innerhalb bei weiblichen Kindern nicht in den Sinn kommt.

<sup>131</sup> Das ist freilich, wie dargelegt, eine abwegige Setzung, die zu begründen der Gesetzesentwurf denn auch lieber gar nicht erst unternimmt. Man ziehe wiederum nur den Vergleich mit den leichtesten Formen der Mädchenbeschneidung, die klar und zu Recht als Kindeswohlgefährdung gelten!

<sup>132</sup> T-Drucksache 17/11295, S. 18.

<sup>133</sup> Rixen NJW 257, 260.

<sup>134</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18. re. Sp. oben (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>135</sup> Unwirksam ist die Einwilligung in solchem Falle dann freilich schon wegen eines Verstoßes gegen die Regeln der ärztliche Kunst (§ 1631d I 1 BGB).

Für eine solche Rechtfertigung kommt es gerade nicht auf die Motive der Eltern an. Wenn der Eingriff das Kindeswohl gefährdet im Falle rein ästhetischer Beweggründe der Eltern, dann tut er dies ja aus Gründen der „Eingriffstiefe, Schmerzhafteigkeit und Risikoträchtigkeit“; diese Umstände ändern sich aber nicht, wenn die Eltern nun das Motiv verfolgen, das Kind als vollwertiges Mitglied in eine Religionsgemeinschaft zu integrieren.<sup>142</sup>

Ein weiterer gravierender Mangel des § 1631d BGB liegt darin, dass er in der praktischen Anwendung zu einer Rechtsunsicherheit führt, die zu beseitigen er eigentlich angetreten ist. Nach welcher Wertung sollen Beschneider und Richter befinden, dass die Motive der Eltern vor der Norm bestehen können? Geben die Eltern an, sie wollen ihr Kind aus religiösen Gründen beschneiden lassen, dürfte sich der Arzt damit noch nicht zufriedengeben. Er müsste nachhaken, ob die Eltern mit der Beschneidung beabsichtigen, das religiöse Gebot der Masturbationsverhinderung zu erfüllen. Es ist kaum vorstellbar, dass Ärzte sich anschicken, derart die Motive der Eltern zu detektieren. Damit ist aber ein Weiteres offengelegt: Noch die schäbigsten Motive können die Eltern einkleiden in ein zu akzeptierendes Motiv, wenn sie nur behaupten, religiöse oder kulturelle Gründe zu haben.<sup>143</sup> Die Einschränkung des § 1631d BGB läuft also praktisch leer: „Der fundamentalistische Vater, der seinen Achtjährigen beim Onanieren erwischt und ihm zur Abgewöhnung eine heftige Ohrfeige gibt, macht sich strafbar. Beschließt er stattdessen, ihn zu demselben Zweck und unter der (wahren!) Angabe ‚religiöse Gründe‘ beschneiden zu lassen, ebnet ihm das neue Gesetz den Weg.“<sup>144</sup>

Wie sollte auch im folgenden Beispiel entschieden werden: Ein allein sorgeberechtigter muslimischer Vater strebt mit der Beschneidung an, es dem Sohn schwerer zu machen, sich später vom Islam zu lösen. Erklärt man die Motive des Vaters für relevant, müsste an sich eine Kindeswohlverletzung bejaht werden: Der Eingriff in die negative Religionsfreiheit des Kindes ist das *Ziel der Körperverletzung*. – Vor dem Hintergrund dieses Beispiels bestätigt sich die Unzulässigkeit der jüdischen Beschneidungspraxis. Wie Oberrabbiner *Metzger* klargestellt hat, besteht der Sinn der jüdischen Beschneidung gerade im „religiösen Stempeln“ des Kindes und im Aufrechterhalten des Bewusstseins beim späteren Erwachsenen („noch am entlegensten Ort“), Jude zu sein.<sup>145</sup>

#### d) Speziell: Der entgegenstehende Wille des Kindes

**aa)** Der Ethikrat hatte im Vorfeld der Gesetzesverabschiedung ein „entwicklungsabhängiges Vetorecht“ des Kindes als eine von vier Bedingungen für die Zulässigkeit von Knabenbeschneidungen eingefordert.<sup>146</sup> Ab dem Kleinkindalter galt ein solches Vetorecht für medizinisch nicht indizierte Eingriffe schon nach bisherigem Recht.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Vgl. bei *Merkel* (Fn. 139), FAZ vom 26.12.2012, S. 8.

<sup>143</sup> R. *Merkel* ebenda, S. 8.

<sup>144</sup> R. *Merkel* ebenda, S. 8; *Herzberg* ZIS 2012, 486 f.

<sup>145</sup> Siehe im Text vor Fn. 13.

<sup>146</sup> Pressemitteilung vom 23. August 2012.

<sup>147</sup> BGH NJW 2007, 217, 218; *Eschelbach*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.5; *Fateh-*

Dahinter scheint die Begründung des Gesetzesentwurfs zurückzufallen.

Zum einen soll das Kindeswohl nur dann im Sinne des § 1631d I 2 BGB gefährdet sein, wenn der Junge „ernsthaft und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht“ hat, dass er den Eingriff nicht wolle.<sup>148</sup> Das ist nicht einzusehen. Die Kindeswohlgefährdung liegt bei Missachtung eines entgegenstehenden Kindeswillens darin, dass der Junge einen Eingriff in seinen Intimbereich erdulden muss, *den er gar nicht will* und der ihn daher bewusst demütigt.<sup>149</sup> An dieser Demütigung ändert sich nichts, wenn der Junge nur solche Abwehrreaktionen zeigt, die nicht ganz eindeutig sind.<sup>150</sup> Zu erinnern ist daran, dass schon eine *Gefährdung* des Kindeswohls zu vermeiden ist, dass aber die tatsächlich erfolgte Demütigung sogar eine *Beeinträchtigung* des Kindeswohls wäre und dass deshalb schon bei einer bestimmten *Wahrscheinlichkeit* einer vom Kind subjektiv empfundenen Demütigung einzuschreiten ist.<sup>151</sup> Deshalb muss – wie bei § 8a I Nr. 4 S. 4 TPG – der Eingriff schon dann unterbleiben, wenn das Kind ihn ausdrücklich ablehnt oder es diese Haltung „in sonstiger Weise zum Ausdruck“ bringt.

Zum andern karikiert der Gesetzesentwurf das vom Ethikrat geforderte Vetorecht des minderjährigen Jungen, wenn von den beschneidungswilligen Eltern bloß verlangt wird, sich „mit dem entgegenstehenden Kindeswillen auseinandersetzen“.<sup>152</sup> Nicht Auseinandersetzung mit dem Unwillen des Kindes schulden die Eltern ihrem Jungen, sondern *Achtung* seines Willens. Man muss hier im Blick behalten, dass die willensbeugende Beschneidung eines Jungen diesen demütigt und deshalb sein Wohl beeinträchtigt (Erduldenmüssen einer abgelehnten Intimbereichsverletzung). Wie könnte da die bloße Auseinandersetzung mit dem Gegenwillen des Jungen der Beschneidung ihren demütigenden Charakter nehmen! Wer das anders sieht, betrachte nur einmal die – gänzlich unblutige – Sequenz in der israelischen Dokumentation von *Ari Libsker*: Der etwa vierjährige Junge flacht im Krankenhaus zunächst mit seinen Eltern über die bevorstehende Beschneidung, entwickelt dann aber, als der Gang in den OP ansteht, eine erhebliche Angst und will nach Hause. Das Versprechen, nachher ein Flugzeug zu bekommen, beruhigt ihn nicht. Ärzte und Schwestern heben ihn auf den OP-Tisch, der Junge weint. Als er hingelegt wird, beginnt er zu strampeln und zu brüllen. Umstehende Schwestern halten ihn fest, eine sagt: „Say good by to Daddy!“ Der Junge will antworten: „I don't want to say...“ Weiter kommt er nicht. Eine Ärztin drückt ihm die Narkosemaske aufs Gesicht, die OP be-

*Moghadam* RW 2010, 115, 138; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Fn. 35), Vor §§ 32 ff. Rn. 142.

<sup>148</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18.

<sup>149</sup> Siehe bei *Fateh-Moghadam* RW 2010, 115, 138; *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 338.

<sup>150</sup> Enger aber *T. Walter* JZ 2013, 1110, 1117.

<sup>151</sup> Wer käme auf den Gedanken, der Prügelstrafe den demütigenden Charakter abzusprechen, weil der Vater des Zwölfjährigen den Jungen zuvor gefragt hatte, ob er die Strafe als ungerecht ablehne, und dieser dann nicht unmissverständlich ja gesagt hatte.

<sup>152</sup> BT-Drucksache 17/11295, S. 18 li. Sp.

ginnt.<sup>153</sup> – Auch diese Eltern hatten sich mit dem Gegenwillen des Jungen „auseinandergesetzt“. Im Film macht der reife Vater sich anschließend schwere Vorwürfe: „I’m still trembling, there was no bleeding. It’s very hard, very, very hard. He was taken like a chicken to the slaughter... I would not agree to repeat this again. But what can I do against the establishment? Fight the establishment? ... There is no choice, we weren’t a chance to choose, not here... I think it’s a bad system, that we are speaking for a child who is to suffer... I wasn’t asked, he wasn’t asked. I see his suffering and all the pain. I don’t know what he thinks. Does he blame us? Does he say that we are tough, cruel? I don’t know. I have a feeling that he is pointing a finger on us – thinking that we are to blame. What could we do?“<sup>154</sup>

Der Gesetzesentwurf ist daher in diesem Punkt zu Recht gescholten worden: Er ist mit Blick auf das angebliche Vetorecht des Jungen „nichts anderes als die Umkehrung eines Normprogramms in sein Gegenteil – und als legislatives Zeugnis juristischer Rabulistik eine Sehenswürdigkeit.“<sup>155</sup> Der Rechtsanwender darf der Sicht der Entwurfsverfasser nicht folgen. Sie ist unvereinbar jedenfalls mit dem Persönlichkeitsrecht des Jungen (Art. 2 I GG mit Art. 1 I GG), letztlich aber auch unvereinbar mit seiner Würde (Art. 1 I GG).

**bb)** Galt ein Vetorecht des Kleinkindes also schon vor § 1631d I 2 BGB, ist neu nur ein Vetorecht *des Säuglings*, verstanden als auch elterliche Achtungspflicht gegenüber einem „natürlichen Gegenwillen“. Dies hatte der Ethikrat gefordert: Gemeint war die Rücksichtnahme auf jede „deutliche, auch nur kreatürliche Abwehrreaktion ...“, das Zittern und Weinen des achtjährigen Kindes wie das Losbrüllen des acht Tage alten Babys“.<sup>156</sup> Nach der oben favorisierten, verfassungskonformen Auslegung darf es aber bei der Säuglingsbeschneidung ohnehin nicht zum schmerzbedingtem Losbrüllen des Säuglings kommen; denn den „Regeln der ärztlichen Kunst“ entspricht nur eine Beschneidung mit effektiver Schmerzbehandlung.<sup>157</sup> Deshalb stellt sich das Problem des Vetorechts bei der Säuglingsbeschneidung nicht. Denn andere als schmerz-

bedingte Gründe des Losbrüllens sollten nicht als „Veto“ des Säuglings gerade gegen die Beschneidung gedeutet werden. Zu bedenken ist freilich, dass eine Abwehrreaktion gegen die Schmerzbehandlung (Penisblock durch Injektionen) nicht relevant ist. Sonst könnte die Säuglingsbeschneidung wohl nie in Übereinstimmung mit § 1631d BGB ausgeführt werden. Dies entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich in § 1631d II BGB ausdrückt.

## V. Zwei Fälle aus der Praxis

### 1. David Goldberg

Mediales Aufsehen erregte der Fall des Hofer Rabbiners und Mohels *David Goldberg*. Er wurde im August 2012 von einem Arzt wegen Körperverletzung angezeigt.<sup>158</sup> *Goldberg* hat in seiner bisherigen Tätigkeit nach eigenen Angaben etwa 4.000 Beschneidungen vorgenommen. Auf seiner Homepage wirbt er für die (frühkindliche) Beschneidung durch einen Mohel. Dort heißt es unter anderem: „Findet die Beschneidung am 8. Tag statt, wird kein Betäubungsmittel injiziert. *Betäubungsmittel, die injiziert (gespritzt) werden, tragen ein weit höheres Risiko als der Schmerz durch den Schnitt. Der Schmerz ist bei kleinen Babys minimal, weil das Schmerzempfinden noch nicht voll ausgebildet ist.* Das Baby beruhigt sich nach ein paar Minuten wieder. Wenn die Eltern es wünschen, kann man ein Betäubungsmittel in Salbenform, als Tropfen bzw. als Zäpfchen (äußerliche Anwendung) verwenden. Normalerweise führe ich die Brit Mila bei Kindern bis zu einem Alter von 6 Monaten alleine durch. Wenn es die Eltern aber wünschen, kann selbstverständlich gern ein Arzt für die Beschneidung hinzugezogen werden. *Für das Baby ist es jedoch besser, näher am 8. Tag beschnitten zu werden, da wie oben erwähnt das Schmerzempfinden nicht voll ausgeprägt ist.*“<sup>159</sup>

Die Staatsanwaltschaft Hof sah keinen Anfangsverdacht für eine Körperverletzung, weil der angezeigte Rabbiner die Voraussetzungen des § 1631d BGB erfülle.<sup>160</sup> Diese Sicht überrascht. Zwar ist auf die Altfälle das mildere aktuelle Recht anzuwenden (§ 2 III StGB). Doch sollte der Angezeigte tatsächlich in den nicht verjährten Beschneidungsfällen die Eltern so „aufgeklärt“ haben, wie es sein Internetauftritt nahelegt, wäre die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Hof von einer Strafvereitelung im Amt nicht weit entfernt. Nach dem oben zur Narkosepflicht und zur Aufklärungspflicht Gesagten<sup>161</sup> liegt es auf der Hand, dass in Anwendung des § 1631d BGB die Einwilligung der Eltern der beschnittenen Säuglinge nach solcher „Aufklärung“ (= Irreführung) gerade nicht rechtswirksam wäre. Mit Blick auf die wahrheitswidrige Behauptung, Säuglinge hätten ein minimales

<sup>153</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=XN65C9tbLP0> (ab Minute 16:24).

<sup>154</sup> Ebenda ab Minute 17:40. – Die Szene belegt also auch eindrucksvoll, dass die Beschneidung nicht etwa dem Kindeswohl entspricht, weil sie eine Diskriminierung des Unbeschnittenen vermeidet, sondern dass die Grundrechte des Kindes dem Nötigungsdruck der Gruppe in einer dem Rechtssystem widersprechenden Weise weichen muss (vgl. bei *Eschelbach*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB [Fn. 11], § 223 Rn. 35.6.; auch *Czerner ZK* 2012, 433, 434).

<sup>155</sup> *R. Merkel* FAZ vom 26.12.2012, S. 8; deutlich auch *Putzke*, in: Passauer Neue Presse (PNP), Nr. 28, Ist das Beschneidungsgesetz verfassungswidrig?, S. 9.

<sup>156</sup> So das Mitglied des Ethikrats *R. Merkel* FAZ vom 26.12.2012, S. 8: „Die ethische Idee des Postulats liegt auf der Hand. Jede Beschneidung verletzt den kindlichen Körper mit einem gewaltsamen Akt. Dieser Verletzung soll nicht ein zweiter Gewaltakt zur Beugung des kindlichen Willens hinzugefügt werden.“ Im Ergebnis auch *Eschelbach*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum StGB (Fn. 11), § 223 Rn. 35.5; *Herzberg* ZIS 2012, 486, 495 (unter Verweis auf Art. 140 GG, Art. 136 WRV).

<sup>157</sup> Oben im Text bei Fn. 90.

<sup>158</sup> Interview des Anzeigererstatler unter: <http://www.fr-online.de/rhein-main/beschneidung-straftanzeige-es-bes-tand-akute-gefahr-,1472796,17197572.html>.

<sup>159</sup> [http://www.beschneidung-mohel.de/ablauf\\_und\\_heilungsprozess.html](http://www.beschneidung-mohel.de/ablauf_und_heilungsprozess.html) (Hervorhebungen vom Verfasser – Seite zuletzt besucht am: 21.7.2013).

<sup>160</sup> Pressemitteilung vom 20.02.2013 (<http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/ho/presse/archiv/2013/03854/>).

<sup>161</sup> Vgl. im Text unter IV 1. a) u. b).

Schmerzepfinden, liegt eine besonders dreiste Irreführung der Eltern vor. Darüber hinaus ist es für den weiteren sich aufdrängenden Aufklärungsmangel unbeachtlich, ob es sich bei den Beschnittenen um Säuglinge oder Erwachsene handelt: Hat der Mohel über *relevante Risiken*<sup>162</sup> nicht vollumfänglich aufgeklärt (wie auf seiner Internetseite), wären auch alle an Erwachsenen vorgenommenen Beschneidungen wegen Irrtumsbedingtheit der jeweiligen Einwilligung rechtswidrig (§ 1631d I 1, II BGB). Bei den von *Goldberg* beschnittenen Säuglingen liegt dieser Mangel, der ggf. zu Irrtümern bei den Eltern führte, dann freilich ebenfalls vor.

Der Fall *Goldberg* hat natürlich auch eine gefahrenabwehrrechtliche Seite. Die zuständige Behörde sollte sicherstellen, dass der Mohel die Eltern in Zukunft nicht mehr in die Irre führt.

## 2. Menachem Fleischmann / Yehuda Teichtal

Im März 2013 berichtete der Tagesspiegel über eine jüdische Beschneidungszeremonie in einer Berliner Synagoge der orthodoxen Gemeinschaft Chabad Lubawitsch.<sup>163</sup> Der Onlineversion des Artikels war ein Video beigelegt, es gab nicht zu erkennen, dass eine Schmerzbehandlung erfolgte, dafür aber, dass der aus Israel eingeflogene Mohel, *Menachem Fleischmann*, an dem Säugling die *Metzitzah B'peh* vollzogen hat, ein seltenes Ritual, bei dem der Mohel das Blut aus der Wunde am Penis des Säuglings mit dem Mund absaugt. Diesen Verdacht hat der Tagesspiegel später bestätigt.<sup>164</sup> Daraufhin stellte der Vorsitzende eines Betroffenenvereins Strafanzeige gegen den Mohel und gegen den Kindsvater, den Gemeinderabbiner *Yehuda Teichtal*.<sup>165</sup>

**a)** Auch dieser Sachverhalt begründet einen Anfangsverdacht gegen den Mohel (§ 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB). Er hat die „Regeln der ärztlichen Kunst“ im Sinne des § 1631d I 1, II BGB dreifach missachtet. Zunächst dürfte er gegen das Gebot effektiver Schmerzbehandlung verstoßen haben. Nach streng orthodoxem Ritual sind Schmerzmittel verpönt.<sup>166</sup> Die Schmerzen des Säuglings werden daher vielfach kleingeredet. Der Mohel *Menachem Fleischmann* selber schildert die Beschneidungsprozedur in einem Dokumentarfilm wie folgt: „Zuerst trennt man die Haut vom Rest mit einem Metallbogen, der eine runde Spitze hat. *Das tut nicht weh*. Das hier ist das Beschneidungsmesser, das ist so scharf, dass das Baby nicht mal den Schnitt merkt.“<sup>167</sup> Dass der erfahrene Mohel noch selber an diese absurde Darstellung glaubt, kann man wohl ausschließen. Die eigene Anschauung hat ihm tausendfach belegt,

dass die Säuglinge Schmerzen empfinden.<sup>168</sup> – Sodann dürfte er gegen die ärztlichen Gebote in Sachen Sterilität verstoßen haben. In seiner Darstellung des Beschneidungsaktes heißt es nämlich weiter: „Nach dem Schnitt kommt die Teilung mit dem Fingernagel. Die Haut muss nach beiden Seiten geteilt werden und unter die Eichel aufgerollt werden.“<sup>169</sup> Dass ein „Operieren“ mit dem Fingernagel nicht den ärztlichen Standards entspricht, muss nicht näher begründet werden. – Und schließlich stellt das Absaugen der Wunde einen weiteren Verstoß gegen diese Standards dar. Diese Methode hatte im Gesetzgebungsverfahren zu § 1631d BGB die jüdische Urologin und Mohelet *Antje Deusel* ausdrücklich als veraltet verworfen.<sup>170</sup> Der direkte Kontakt von Mund und Penis kann beim Säugling insbesondere eine Herpesinfektion auslösen; sie verläuft bei Neugeborenen oft schwer und nicht selten tödlich; nach Einschätzung der New Yorker Behörden sind in den Jahren 2000 bis 2011 zehn Säuglinge durch die *Metzitzah B'peh* mit Herpes infiziert worden, zwei starben, zwei weitere erlitten schwere Hirnschäden. Der dem liberalen Judentum entstammende New Yorker Bürgermeister versucht seitdem, das Ritual zu unterbinden.<sup>171</sup> – Das Absaugen des kindlichen Penis stellt zudem eine ganz eigenständige Körperverletzung dar. An der frischen Wunde zu saugen, dürfte seinerseits erhebliche Schmerzen verursachen und damit das Merkmal der körperlichen Misshandlung verwirklichen (§ 223 I Fall 1 StGB).

**b)** Eine strafrechtliche Verfolgung des israelischen Mohels dürfte freilich schon aus tatsächlichen Gründen nicht in Frage kommen. Die Staatsanwaltschaft Berlin muss aber auch hinsichtlich des die Beschneidung veranlassenden Vaters, Rabbiner *Yehuda Teichtal*, beurteilen, ob ein Anfangsverdacht besteht. In Betracht kommt zunächst eine Misshandlung von Schutzbefohlenen in Tateinheit mit Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung (§§ 225 I Nr. 1, 224 I Nr. 2 Fall 2, 26, 52 I Fall 1 StGB). *Teichtal* hat sich in den Medien dahin eingelassen, „er habe extra einen erfahrenen und zudem auch international anerkannten Mohel aus Israel an seine Seite geholt. Und er habe ihn angewiesen, die Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Beachtung der deutschen Gesetze durchzuführen. Das habe ihm der Beschneider zugesagt und im Nachhinein auch bestätigt, dass alles wie besprochen stattgefunden habe.“<sup>172</sup> Ob das

<sup>162</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 114.

<sup>163</sup> <http://www.tagesspiegel.de/berlin/zu-gast-bei-einer-beschneidung-mazel-tov/7869864.html>.

<sup>164</sup> Im Folgeartikel: <http://www.tagesspiegel.de/politik/strafanzeige-nach-beschneidung-berliner-staatsanwaelte-pruefen-neuen-fall/8047730.html>.

<sup>165</sup> <http://mogis-und-freunde.de/blog/circumcision-mendel-teichtal/>.

<sup>166</sup> Metzger (Fn. 13).

<sup>167</sup> Zu Beginn des Dokumentarfilms von *Ari Libsker* (Fn. 153); in deutscher Übersetzung wiedergegeben wird die Sequenz auch im Deutschlandfunk: [http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article\\_id=217832](http://wissen.dradio.de/religion-ungeliebtes-ritual.38.de.html?dram:article_id=217832).

<sup>168</sup> Den Verstoß gegen das Gebot der Schmerzbehandlung meint wohl auch *Mandla*, wenn er diesen Fall als „erste Bewährungsprobe“ für § 1631d BGB bezeichnet (FPR 2013, 244, 250).

<sup>169</sup> Nachweise siehe Fn. 167.

<sup>170</sup> *Deusel*, Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 7 ([http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/31\\_Beschneidung/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Deusel.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Deusel.pdf)); auch die israelische Vereinigung der Kinderärzte lehnt das Ritual ab: <http://www.timesofisrael.com/israeli-pediatric-association-calls-for-end-to-circumcision-related-rite/>.

<sup>171</sup> Vgl. den Bericht in der FAZ vom 04.10.2012 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/beschneidung-in-new-york-der-kampf-des-rabbis-11908568.html>).

<sup>172</sup> Berliner Morgenpost vom 13.04.2013 (<http://www.morgenpost.de/berlin/article115422187/Nach-Beschneidung-Berliner-Rabbiner-weist-Vorwurfe-zurueck.html>).



vor dem Hintergrund der eigenen orthodoxen Haltung *Teichtals* glaubhaft ist, kann hier nicht beurteilt werden.<sup>173</sup>

Jedenfalls aber drängt sich ein Anfangsverdacht wegen Körperverletzung durch Unterlassen auf (§§ 225 I Nr. 1, 13 I StGB). *Teichtal* stand, so legt es das Video nahe, während der kompletten Beschneidungsprozedur unmittelbar neben dem Mohel und dem schreienden Sohn, dürfte also mitbekommen haben, dass eine Schmerzbehandlung nicht erfolgte. Als Garant hätte er die quälende Prozedur aber verhindern und auf effektiver Schmerzbehandlung bestehen müssen.

## VI. Schlussbemerkung

Der Gesetzgeber war zwar zu mutlos,<sup>174</sup> um das einzig Richtige zu tun und allen Kindern den gleichen Schutz

<sup>173</sup> In die dafür nötige Würdigung wäre auch einzubeziehen, dass der Mohel *Fleischmann* durchaus bereit ist, anstelle des direkten Mund-Penis-Kontaktes das Absaugen mithilfe einer Pipette vorzunehmen (siehe seine Erklärungen im Dokumentarfilm von *Ari Libsker* [Fn. 153]). Warum sollte *Fleischmann* also von dem ausdrücklichen Wunsch des Kindsvaters nach „gesetzestreuere“ Beschneidung abweichen?

<sup>174</sup> Siehe *Kilic*, Interview in der Stuttgarter Zeitung vom 06.07.2012: <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.interview-zur-beschneidung-der-politik-fehlt-wohl-der-mut.8cdc8b78-3b96-403d-a17c-bd92af90d934.html>.

der Intimsphäre zu bestätigen – oder den Religionsgemeinschaften auch nur offen ausgesprochen Zugeständnisse abzuverlangen. Aber er hat mit dem strikten Gebot des § 1631d BGB, die „Regeln der ärztlichen Kunst“ einzuhalten, eine stark einengende Regelung getroffen, die auch wegen ihres dynamischen Charakters noch gravierende Beschränkungen zeitigen kann (Stichwort: Lasermethode); immerhin ist dem § 1631d I 1 BGB die gesetzliche Fixierung zu entnehmen, dass Beschneidungen ausnahmslos mit effektiv-wirksamer Betäubung erfolgen dürfen, ist sie nicht möglich, muss der Eingriff aufgeschoben werden.

Das sind freilich Einzelheiten, die vor dem großen Scheitern des Gesetzgebers verblassen. Viele empfinden wie *Putzke*, der sagt: „Ich hätte es nicht für möglich gehalten, dass auf dem Boden des Grundgesetzes ein Gesetz zustande kommt, das gestattet, schutzbedürftigen Säuglingen und Kindern ohne medizinischen Grund einen erogenen Körperteil irreversibel abzutrennen, ihnen dadurch Schmerzen zuzufügen und sie gesundheitlichen Risiken auszusetzen.“<sup>175</sup> Es steht zu hoffen, dass die Eltern und Religionsgemeinschaften in naher Zukunft von sich aus auf die Verletzung des kindlichen Intimbereichs verzichten werden. Das Grundgesetz fordert dies schon jetzt – auch bei Jungen.

<sup>175</sup> *Putzke* (Fn. 103).

# „Ihnen ist ein Pflichtverteidiger beizuordnen!“ – Zur Belehrung des Verhafteten über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Haftbefehlverkündungstermin

Von RA und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

Die Frage, ab wann ein Beschuldigter in einem Strafverfahren zwingend einen Verteidiger an seiner Seite haben muss, ist vor drei Jahren vom Gesetzgeber neu beantwortet worden:<sup>1</sup> War bis dahin erst dann ein Fall notwendiger Verteidigung angenommen worden, wenn ein Beschuldigter länger als drei Monate in Untersuchungshaft war, so wurde dieser Zeitpunkt nunmehr vorgezogen auf den Beginn der Vollstreckung eines Haftbefehls (§ 140 Abs.1 Nr.4 StPO). Eine solche Beiordnung hat nach § 141 Abs.3 S.4 StPO „unverzüglich“ zu erfolgen. Diese

<sup>1</sup> Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (BGBl I 2009, 2274) trat am 01.01.2010 in Kraft.

zeitliche Dringlichkeit kann jedoch mit dem Recht des Beschuldigten, sich selbst einen Verteidiger wählen zu dürfen, im Konflikt geraten. Es soll vorliegend aber nicht um die Frage gehen, ob die laut Gesetz „unverzügliche“ Beiordnung eines Pflichtverteidigers auch ohne dessen Anhörung möglich ist. Hier haben die Gerichte sich bereits dergestalt positioniert, dass eine Anhörung und eine angemessene Überlegungsfrist der Unverzüglichkeit nicht entgegenstehen.<sup>2</sup> Das Gericht muss „ohne schuldhaftes Zögern“ handeln, was eine Zeit des Nachdenkens auf Seiten des Beschuldigten nicht entgegensteht. Sollte

<sup>2</sup> Z.B. KG StV 2012, 656; OLG Düsseldorf StV 2011, 651.

völlig ohne Anhörung beigeordnet werden, besteht ein Recht auf Austausch des Pflichtverteidigers.<sup>3</sup>

Der folgende Beitrag befasst sich mit der Thematik der Belehrung desjenigen Beschuldigten, der in Untersuchungshaft genommen wird. Die Möglichkeiten, sich über geeignete Strafverteidiger zu informieren, sind zu Beginn einer Untersuchungshaft stark eingeschränkt. Insofern ist es im Interesse eines fairen Verfahrens von besonderer Bedeutung, wie im Haftbefehlverkündungstermin die Belehrung durch den zuständigen Haft- bzw. Ermittlungsrichter aussieht, um sicherzustellen, dass möglichst viele Beschuldigte selbstständig einen Verteidiger suchen, der ihr Vertrauen verdient.

## I. Die derzeitige Praxis bei der Belehrung des Beschuldigten

Nimmt man sich einmal Protokolle einer hafterichterlichen Anhörung aus verschiedenen Bundesländern bzw. aus verschiedenen Gerichten desselben Bundeslandes zur Hand, so fällt auf, dass die Belehrungen qualitativ und quantitativ höchst unterschiedlich ausfallen.

### 1. Amtsgericht Wuppertal

a) In dem Protokoll eines Haftbefehlverkündungstermins des Amtsgerichts Wuppertal heißt es:

„Schließlich wird die Beschuldigte darauf hingewiesen, dass wegen ihrer Inhaftierung unverzüglich ein Pflichtverteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft zu bestellen ist. Die Beschuldigte wird befragt, ob sie eine bestimmte Rechtsanwältin/einen bestimmten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger/in wünsche.

(für den Fall, dass die Beschuldigte eine bestimmte Rechtsanwältin/einen bestimmten Rechtsanwalt benennt) b.u.v. Der Beschuldigten wird RA X zum Pflichtverteidiger bestellt.

(für den Fall, dass der Beschuldigte niemanden benennt) Der Beschuldigte wird darauf hingewiesen, dass das Gericht eine geeignete Rechtsanwältin/einen geeigneten Rechtsanwalt selbst aussuchen wird, wenn der Beschuldigte innerhalb von zehn Tagen keine bestimmte Rechtsanwältin/keinen bestimmten Rechtsanwalt benennt.“

b) Wenn es in dem Protokoll heißt, dass dem Beschuldigten nun „unverzüglich ein Pflichtverteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft zu bestellen ist“, so ist die Konzentration auf die Beordnung eines Pflichtverteidigers so nicht richtig. Wenn ein Beschuldigter sich von einem Wahlverteidiger vertreten lassen möchte, so steht ihm dies schließlich frei. Es wird daher nicht klar gemacht, dass das Gesetz die Tätigkeit eines Verteidigers verlangt, nicht die Beordnung eines Pflichtverteidigers. Damit ist auch die Frage, ob der Beschuldigte einen

bestimmten Rechtsanwalt als *Pflichtverteidiger* wünsche, nicht richtig gestellt.

Der Hinweis auf eine Beordnung „für die Dauer der Untersuchungshaft“ ist einerseits nicht vollständig richtig und andererseits verwirrend. Schließlich endet eine Beordnung nicht automatisch mit dem Ende der Untersuchungshaft, weil sie – ggf. aus den anderen Gründen des § 140 StPO – regelmäßig über das Ende der U-Haft hinaus besteht. Es ist somit irreführend, wenn der Eindruck erweckt wird, dass der beigeordnete Verteidiger nur für die Zeit der Untersuchungshaft – und vielleicht auch nur im Hinblick auf diese Problematik (?) – an der Seite des Beschuldigten steht, auch wenn es gleichzeitig natürlich richtig ist, dass die Beordnung erlöschen kann, wenn der Beschuldigte aus der Untersuchungshaft entlassen wird und kein anderer Beordnungsgrund gegeben ist.<sup>4</sup>

### 2. Amtsgericht Köln

a) Beim Amtsgericht Köln enthält das Protokoll nur folgende kurze Passage:

„Der Beschuldigte wurde darüber belehrt, dass er/sie aufgrund der Tatsache, dass er/sie sich in Untersuchungshaft befindet, durch einen Rechtsanwalt/Rechtsanwältin verteidigen lassen muss, und ihm/ihr ggf. ein Pflichtverteidiger/eine Pflichtverteidigerin beigeordnet werden wird; insoweit hat der/die Beschuldigte ein Auswahlrecht.“

b) Der Hinweis, dass sich der Beschuldigte nun durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen *muss* und ihm ggf. ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden wird, ist vom Ansatz richtig. Allerdings ist die Kürze der Belehrung nicht geeignet, den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, eine seiner Situation angemessene Entscheidung zu treffen. Zwar wird mitgeteilt, dass ihm ein Auswahlrecht zusteht, aber hinsichtlich der Möglichkeit, wie er an die geeigneten Informationen kommen kann und wie lange er sich Gedanken machen kann, schweigt das Protokoll. Hier besteht die große Wahrscheinlichkeit, dass Richter mit eigenen Worten (und vielleicht auch nach eigenem Gusto) weitere Ausführungen machen, die hinterher nicht mehr nachzuvollziehen sind.

### 3. Amtsgericht Düsseldorf

a) Beim Amtsgericht Düsseldorf findet sich derzeit der folgende Text:

„Dem Beschuldigten wurde mitgeteilt, dass ihm ein Pflichtverteidiger/eine Pflichtverteidigerin zu bestellen sei, da gegen ihn Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a StPO – Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 126a StPO – vollstreckt werde. Er erhalte Gelegenheit, binnen 3 Tagen/1 Woche ab heute

<sup>3</sup> ThürOLG 2012, 330.

<sup>4</sup> Vgl. OLG Düsseldorf StraFo 2011, 275 = StV 2011, 651; nach OLG Celle, StraFo 2011, 48 setzt dies eine sorgfältige Ermessensentscheidung voraus.

schriftlich gegenüber dem Gericht zum Aktenzeichen des Haftbefehls einen Rechtsanwalt/eine Rechtsanwältin ihres Vertrauens zu benennen. Falls er keinen Rechtsanwalt/keine Rechtsanwältin benenne, werde das Gericht ihm einen Rechtsanwalt/eine Rechtsanwältin auswählen und als Pflichtverteidiger/Pflichtverteidigerin bestellen.

( ) Der Beschuldigte erklärte:

Ich möchte, dass mir der/die hier anwesende Rechtsanwalt/Rechtsanwältin als Pflichtverteidiger beigeordnet wird.

b.u.v. Rechtsanwalt X aus Düsseldorf wird dem Beschuldigten gem. § 140 Abs.1 Nr.4 StPO als Pflichtverteidiger-in beigeordnet.

( ) Der Beschuldigte erbat sich keine Gelegenheit zur Stellungnahme und stellte die Auswahl eines Pflichtverteidigers in das Ermessen des zuständigen Gerichts.

( ) Der Beschuldigte erklärte:

( ) Ich möchte, dass mir der/die heute nicht anwesende Rechtsanwalt/Rechtsanwältin als Pflichtverteidiger beigeordnet wird.

( ) Ich kenne keinen Rechtsanwalt/keine Rechtsanwältin.

( ) Ich äußere mich hierzu nicht.“

b) Die Belehrung aus Düsseldorf wird sich – im Gegensatz zum rheinischen Rivalen – nicht den Vorwurf gefallen lassen müssen, zu wenig ausführlich zu sein. Aber es gibt andere Probleme. Auch hier wird nur davon geredet, ein *Pflichtverteidiger* sei zu bestellen, so dass der Ausweg über die Wahlverteidigung dem Beschuldigten von Anfang an verborgen bleibt. Die Frage, welche Frist angemessen ist, innerhalb derer ein Beschuldigter einen Verteidiger benennen soll, ist insgesamt umstritten,<sup>5</sup> jedoch ist eine Drei-Tages-Frist in jedem Fall zu kurz.

Die Antwort des Beschuldigten nach dieser Belehrung wird zwar genau protokolliert, allerdings mit vorgefertigten Antworten. Wenn der Beschuldigte wünscht, dass der anwesende Rechtsanwalt beigeordnet werden soll – was dann auch unmittelbar geschieht – bleibt offen, wie es kommt, dass dieser Verteidiger schon am Termin teilnimmt. Wenn er auf Veranlassung des Beschuldigten gekommen ist, gibt es kein Problem, aber dies ist nicht die einzige mögliche Variante. Es sind Fälle bekannt geworden, in denen Richter unter Umgehung des Auswahl- und Benennungsrechts eines Beschuldigten kurzerhand selbstständig einen (ihnen vermutlich gut bekannten) Rechtsanwalt bitten, den Verhafteten kurz vor Beginn des Haftbefehlverkündungstermins in der Zelle

<sup>5</sup> Für nicht unter zwei Wochen u.a. Wohlers StV 2010, 151; Heydenreich StraFo 2011, 263, 265 Lam/Meyer-Mews NJW 2012, 177, 180.

aufzusuchen und diesen dann im folgenden Termin beordnen.<sup>6</sup>

Das Protokoll benennt als zweite Möglichkeit, dass der Beschuldigte sich keine Gelegenheit zur Stellungnahme erbittet. Dies ist eine Umkehrung der rechtlichen Verhältnisse. Zum einen muss er um nichts bitten, denn es steht ihm eine solche Gelegenheit zu. Außerdem darf ein Schweigen auf die ursprüngliche Belehrung dieser Möglichkeit nicht so interpretiert werden, dass er keine Stellungnahmefrist benötigt, weil er keine Stellung nehmen will. Der freiwillige Verzicht auf das Auswahlrecht ist bei einem vernünftigen Beschuldigten nur unter diesen besonderen Umständen und in Unkenntnis der rechtlichen Bestimmungen zu erwarten.

Die letzte Alternative des Protokolls besteht aus drei Antwortmöglichkeiten. Zunächst bittet (!) der Beschuldigte um die Beordnung eines bestimmten, nicht anwesenden Verteidigers. Es ergibt sich daraus nicht, ob er diesen bereits kennt und deshalb die Beordnung wünscht oder „ins Blaue hinein“ gewählt hat. Unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich ist auch ein Hinweis des Richters auf diesen bestimmten Anwalt. Die beiden weiteren Alternative führen unweigerlich dazu, dass zunächst niemand beigeordnet wird und die bereits benannte Frist zu laufen beginnt. Eine Aussage des Beschuldigten, dass er keinen Rechtsanwalt kenne, führt zu der Frage, was zu tun ist, um diesen Missstand abzuheilen. Diese Frage wird vom Protokoll nicht beantwortet.

#### 4. Amtsgericht Karlsruhe

a) Das „Protokoll über die Vernehmung des Beschuldigten nach vorläufiger Festnahme und Antrag auf Erlass eines Haftbefehls“ beim Amtsgericht Karlsruhe enthält die folgende Passage:

„D. Beschuldigte wurde darüber belehrt, dass ihm/ihr vom Gericht ein Pflichtverteidiger/in zu bestellen ist, sofern er nicht einen Wahlverteidiger/in nimmt. D. Beschuldigte wurde befragt, ob er/sie eine/n Verteidiger/in seines/ihrer Vertrauens kenne oder sonst die Bestellung einer/s bestimmten Verteidiger/s wünsche. D. Beschuldigte erklärte hierzu: „Ich möchte Rechtsanwalt X. als Pflichtverteidiger.“

b) Das Amtsgericht Karlsruhe beginnt sehr gut, wenn er bereits im ersten Satz Pflichtverteidiger und Wahlverteidiger unterscheidet und dabei deutlich macht, dass ein Pflichtverteidiger nur dann zu bestellen ist, wenn kein Wahlverteidiger genommen wird. Hier wird deutlich gemacht, dass sich die Frage der Pflichtverteidigung nur stellt, wenn kein Wahlverteidiger beauftragt wird. Das weitere Prozedere ist aber auch in Karlsruhe zu dürftig, um es als eine angemessene Belehrung eines Inhaftierten zu bezeichnen. Was passiert, wenn der Beschuldigte keinen Rechtsanwalt nennen kann oder will? Wird er darüber informiert, dass ihm eine Zeit zusteht, einen

<sup>6</sup> Vgl. Nobis StRR 2012, 104; es wäre naiv zu denken, dass es sich bei einer solchen Überrumpelungsstrategie um bedauerliche Einzelfälle handelt.

passenden Rechtsanwalt zu finden? Wie sieht es mit den Sorgen eines Verhafteten bezüglich der Finanzierung eines Verteidigers aus? All diese Fragen werden auch in Karlsruhe nach diesem Formular gar nicht erst angesprochen.

## 5. Amtsgericht Passau

a) Schließlich sieht das Protokoll in Bayern, beim Amtsgericht Passau, wie folgt aus:

„Der Beschuldigte wurde gem. § 140 Abs.1 Nr.4 StPO über sein Recht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers belehrt.

*Der Beschuldigte erklärte hierzu:*

( ) Ich habe bereits einen Wahlverteidiger. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist mit hin nicht erforderlich.

( ) Ich erbitte mir eine Frist von fünf Tagen zur Stellungnahme.

Die Frist wurde gewährt. Er/Sie wird die Benennung eines Wahl- oder Pflichtverteidigers unverzüglich an die Staatsanwaltschaft senden. Das entsprechende Formblatt hierzu wurde ausgehändigt. Geht das Formblatt nicht rechtzeitig bei der Staatsanwaltschaft ein, wird das Gericht einen Pflichtverteidiger auswählen.

( ) Ich benötige keine Gelegenheit zur Stellungnahme und stelle die Auswahl des Pflichtverteidigers in das Ermessen des Gerichts.

( ) Er/Sie bat um Beiordnung von RA/RA` in X.

Der/Die RA/RA` in konnten bislang nicht erreicht werden. Ein Sprechschein wird übersandt. Sollte keine Bereitschaft zur Mandatsübernahme bestehen, stelle ich die Auswahl in das Ermessen des Gerichts.“<sup>7</sup>

b) In Passau hat man sich auch für eine ausführliche Protokollierung entschieden, in der auch die Unterscheidung zwischen Pflicht- und Wahlverteidiger frühzeitig deutlich gemacht wird. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist allerdings nicht nur dann nicht erforderlich, wenn der Inhaftierte bereits einen Wahlverteidiger hat, sondern auch wenn er einen solchen beauftragen will. Positiv hervorzuheben ist, dass es offenbar ein Formblatt gibt, das dem Beschuldigten ausgehändigt wird und in dem er seine Wahl dem Gericht mitteilen kann.<sup>8</sup> Wie er

<sup>7</sup> In dem konkret vorliegenden Protokoll war vom Beschuldigten die Auswahl des Pflichtverteidigers in das Ermessen des Gerichts gestellt worden. Daher erging noch in der Sitzung die Verfügung, dass ein bestimmter Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beigeordnet werde.

<sup>8</sup> Das Formblatt lag dem Verfasser leider nicht vor, so dass nicht gesagt werden kann, was genau dort geschrieben steht.

sich jedoch über geeignete Kandidaten informieren kann, bleibt offen.

Es gibt aber auch Mängel. Im Protokoll ist vom „Recht auf Beiordnung“ die Rede, obwohl der Beschuldigte keine Möglichkeit hat, einen Verteidiger an seiner Seite abzulehnen. Auch hier gibt es die Formulierung, dass sich der Beschuldigte eine Stellungnahmefrist „erbitte“, die dann „gewährt“ wird, was Gedanken an eine längst vergangene, obrigkeitsstaatliche Justiz aufkommen lässt. Dem Beschuldigten steht eine angemessene Überlegungsfrist zu, es ist kein besonderes Entgegenkommen des Richters. Fünf Tage scheint angesichts der besonderen Situation sehr knapp bemessen zu sein.

Schließlich ist der Verzicht auf die eigene Auswahl und die Übernahme der Entscheidung durch das Gericht so prominent vertreten, dass man schon nicht mehr von einem subtilen Hinweis auf diesen Weg sprechen kann. Dies geschieht dann, wenn sich der Beschuldigte, der eine Frist erbittet, nicht rechtzeitig meldet, wenn er auf die Stellungnahme verzichtet oder wenn der gewählte Verteidiger keine Bereitschaft zur Mandatsübernahme zeigt. Warum in einem solchen Fall keine Möglichkeit einer zweiten Wahl besteht, ist nicht ersichtlich. Es scheint so zu sein, als ob das Protokoll immer wieder zu den Punkt kommt, dass ein Richter die Entscheidung trifft anstelle des Beschuldigten selbst.

## 6. Zusammenfassung

Auch nach drei Jahren ist nicht ersichtlich, dass die Belehrung des zu inhaftierenden Beschuldigten im Haftbefehlverkündungstermin einheitlich erfolgt. Alle fünf Formulare weisen wichtige Mängel auf, die mehr oder weniger große Auswirkungen auf den weiteren Fortgang des Verfahrens haben können.

## 7. Geschehen außerhalb des Protokolls

Es ergibt sich aus den zitierten Textbausteinen der Protokolle nicht, was tatsächlich im Termin gesprochen wird. Hier ist alles möglich, von der ausführlichen und fairen Belehrung im Sinne des Angeklagten, die all die Probleme der protokollierten Belehrung löst, bis hin zur offenen Nötigung, der Beiordnung eines bestimmten Rechtsanwalts zuzustimmen. Anhaltspunkte dafür, dass sich Richter nicht strikt an das vorformulierte Protokoll halten, wird jeder aufmerksame Strafverteidiger in der alltäglichen Praxis schon bemerkt haben. Ich möchte zwei kurze Beispiele schildern, die sich bei zwei Gerichten abgespielt haben, deren Formularprotokolle gerade überprüft worden ist.

- Ein Festgenommener hat aufgrund der Umtriebigkeit seiner Verwandtschaft gleich zwei Verteidiger an seiner Seite, als er zum Haftrichter geführt wird. Nach der Invollzugsetzung des Haftbefehls ist der Haftrichter verwirrt, weil er nach eigenem Bekunden nun nicht weiß, welchen der beiden erschienenen Anwälte er nun beiordnen soll, zumal auch kein diesbezüglicher Antrag gestellt worden ist. Erst auf den Hin-

weis, dass eine Beordnung doch wohl nicht angezeigt ist, wenn für einen Beschuldigten ein bzw. in diesem Fall sogar zwei Wahlverteidiger auftreten, entspannt sich der Richter und ordnet folgerichtig niemanden bei.

- Ein Drogenabhängiger sitzt vor der Haftrichterin und nennt auf Befragen der Haftrichterin seinen ortsfremden Vertrauensanwalt. Als Antwort bekommt er zu hören, dass er sich gefälligst einen ortsansässigen Anwalt aussuchen solle, sie werde keinen auswärtigen Anwalt beordnen. Nur weil der Beschuldigte kategorisch auf seinem langjährigen Rechtsanwalt besteht und zudem erklärt, dass er keinen Verteidiger aus dieser Stadt kenne, erfolgt schließlich die gewünschte Beordnung.

Diese beiden Beispiele zeigen, dass einerseits die Sicherheit mit dem Gesetz noch nicht endgültig vorhanden ist und zudem auch außerhalb des Protokolls versucht wird, Einfluss auf die Entscheidung des Beschuldigten auszuüben. Bei manchen Gerichten gibt es auch offensichtlich ein Standardvorgehen, das sich von den Protokollierungsvorschlägen stark unterscheidet.<sup>9</sup> Dies sollte nicht vorkommen, ist aber derzeit wohl nicht zu verhindern, weil insoweit die Transparenz fehlt und dem als einzigen anwesenden Beschuldigten in den überwiegenden Fällen die rechtliche Kenntnis fehlt.

## II. Die äußeren Umstände

Die Belehrung durch den Haft- oder Ermittlungsrichter im Haftbefehlverkündungstermin über den weiteren Verfahrensablauf im Hinblick auf die Tätigkeit eines Verteidigers ist von besonderer Brisanz.

### 1. Die Situation des Verhafteten

Ein Beschuldiger befindet sich in einem Anhörungstermin beim Haftrichter, der am Ende einen Haftbefehl verkündet, regelmäßig in einer Ausnahmesituation.<sup>10</sup> Dies gilt umso mehr, wenn er alleine und ohne Rechtsanwalt dem Richter gegenüber sitzt. Er wird dieser Situation nicht gewachsen sein, die zumeist ohne Vorwarnung auf ihn einstürzt. Wenn die zuständigen Polizeibeamten ihm den „Weg zum Haftrichter“ angekündigt haben, denken jedenfalls diejenigen, die bis zu diesem Zeitpunkt keinen Verteidiger hinzugezogen haben, eher an Familie

<sup>9</sup> Ein Kollege aus Baden-Württemberg schildert den Ablauf dort gegenüber dem Unterzeichner wie folgt: „In BW gibt es ein Formular bei der Haftbefehlseröffnung. Faktisch ist es aber so, dass der Beschuldigte das Formular nicht liest und der Haftrichter fragt: Kennen sie einen Anwalt, den ich Ihnen als Verteidiger beordnen soll?“ Wenn der BS das verneint, wird spätestens innerhalb von 4 Tagen ein x-beliebiger beigeordnet. Es geht nicht nach Liste und auch sonst sind keine Auswahlkriterien bekannt. Fakt ist aber, dass bspw. in Jugendsachen immer und nahezu nur Zivilanwälte oder ganz junge Kollegen beigeordnet werden.“ Diese Schilderung bedarf keines weiteren Kommentars.

<sup>10</sup> Es gibt natürlich Ausnahmen, wie den Drogenabhängigen, der schon zum x-ten Mal beim Haftrichter sitzt und die dortige Prozedur mittlerweile kennt.

oder Arbeitsstelle als einen Rechtsbeistand. Bei den unmittelbaren Folgen der Inhaftierung steht die Verteidigung gegen den konkreten Tatvorwurf nicht an allererster Stelle.

Ein Beschuldiger sitzt einem Richter gegenüber, für den eine solche Anhörung mit anschließender Verkündung des Haftbefehls berufliche Routine ist, während der juristisch ungeschulte Beschuldigte völliges Neuland betritt und nicht wissen kann, was ihn erwartet. In dem Moment, in dem dann alles entschieden ist und für den Beschuldigten nicht selten die Welt einstürzt – der Haftbefehl wird verkündet und in Vollzug gesetzt –, wird dann vom Richter die Thematik des Pflichtverteidigers angesprochen. Ihm muss mitgeteilt werden, dass ihm eine Frist zusteht, innerhalb derer er sich einen Verteidiger suchen kann; unterbleibt dies, so kann er nach der Rechtsprechung den beigeordneten Verteidiger austauschen.<sup>11</sup>

Es versteht sich von selbst, dass ein Beschuldiger zu diesem Zeitpunkt generell überfordert ist, wenn es darum geht, eine wohlüberlegte Entscheidung zu treffen. Dabei ist es nur schwer vorstellbar, dass ein vernünftiger Beschuldiger zu diesem Zeitpunkt von sich aus bekundet, dass er keinen Verteidiger aussuchen möchte und das Gericht darum bittet. Es ist hingegen sehr gut vorstellbar, dass das Gericht anbietet, einen Verteidiger auszusuchen und zu bestellen, und der überforderte Beschuldigte diesem Vorschlag kurzerhand zustimmt, um seine Mitarbeit bzw. sein Vertrauen in den Richter und die Justiz zu bekunden. Ein solches Vorgehen hat jedoch den faden Beigeschmack, dass der Inhaftierte unter Druck handeln muss, und sollte deswegen möglichst vermieden werden. Dies ist auch in Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung schon anerkannt. So haben sowohl das OLG Koblenz<sup>12</sup> als auch das OLG Düsseldorf sehr vernünftige Entscheidungen getroffen, die der besonderen Situation des Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt gerecht werden. So hat das OLG Düsseldorf ausgeführt: „Mit Rücksicht auf die besondere Situation, in der sich ein oftmals überraschend und gerade erst in U-Haft genommener Beschuldiger befindet, hat daher der Ermittlungsrichter jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Beschuldigte sich bei Abgabe seiner Erklärung über deren Bedeutung, Bindungswirkung und Tragweite tatsächlich bewusst ist. Bestehen hieran Zweifel, darf im Interesse eines fairen Verfahrens von der Einräumung einer angemessenen Überlegungs- und Erklärungsfrist nicht abgesehen werden (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 02.02.2011, 2 Ws 50/11 <juris>).“<sup>13</sup>

Das bedeutet, dass selbst dann, wenn ein Beschuldiger von sich aus um Beordnung eines vom Richter auszusuchenden Verteidigers bittet, eine solche Bestellung dann nicht angezeigt ist, wenn Zweifel daran bestehen, dass sich der Beschuldigte über die „Bedeutung, Bindungswirkung und Tragweite“ seiner Entscheidung bewusst ist. Bei einem juristisch nicht bewanderten Beschuldigten ist dies aber regelmäßig der Fall – wenn er nicht vorher von

<sup>11</sup> OLG Dresden NStZ-RR 2012, 213; LG Bochum StV 2011, 155; LG Siegen StRR 2012, 104.

<sup>12</sup> OLG Koblenz StV 2011, 349.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf StV 2011, 651.

Seiten des Richters genau über die rechtliche Situation und die verschiedenen Möglichkeiten belehrt worden ist. Ohne eine vernünftige Belehrung ist daher von einer vernünftigen Entscheidung des Beschuldigten nur in Ausnahmefällen (wie zum Beispiel vielfach inhaftierter Beschuldiger) auszugehen.

## 2. Die Person des Verteidigers

Die Wahl eines Verteidigers ist nicht selten entscheidend für den weiteren Verlauf eines Strafverfahrens. Insofern ist dieser Augenblick für einen Beschuldigten von höchster Bedeutung. Wenn die Qualität des Verteidigers nicht den Ansprüchen des Mandanten entspricht oder aber einfach die Chemie zwischen beiden nicht stimmt, kann dies für ein Verteidigungsverhältnis und damit auch für die Chancen im Prozess verheerende Auswirkungen haben. Umso wichtiger ist es, dass der Beschuldigte frühzeitig den „richtigen“ Verteidiger findet und nicht am „falschen“ bzw. „voreilig gewählten“<sup>14</sup> Verteidiger hängen bleibt.

Aus der Rechtsprechung der letzten Jahre wird evident, dass nicht immer die Kandidaten von den Gerichten als Pflichtverteidiger beigeordnet werden, die ihre Arbeit gewissenhaft machen<sup>15</sup>. Es gibt in der letzten Zeit genügend Beispiele für Pflichtverteidiger, die ihre Arbeit so nachlässig ausüben, dass die obergerichtliche Rechtsprechung sich gezwungen sah einzugreifen. So wurde ein Verteidiger durch das Oberlandesgericht Braunschweig entpflichtet, der den ihm anvertrauten und wegen des Verdachts des versuchten Mordes inhaftierten Mandanten zwei Monate lang nicht in der JVA besuchte.<sup>16</sup> Das Landgericht Trier entpflichtete einen Verteidiger, weil dieser bei Besprechungen mit dem Mandanten vergesslich erschien und häufig den Faden verlor, und begründete dies damit, dass der geschilderte Eindruck für die Kammer „aufgrund eigener Erfahrungen in der Vergangenheit durchaus nachvollziehbar“ sei.<sup>17</sup> Das Kammergericht hat einen vom Haftrichter ausgesuchten Rechtsanwalt entpflichtet, weil dieser seine Mandantin trotz ihrer Weigerung wiederholt bedrängt hat, eine Honorarvereinbarung zu unterzeichnen, und zum Ausdruck gebracht hat, dass anderenfalls seine Motivation eingeschränkt sei.<sup>18</sup> Diese Fälle sind die Extrembeispiele, in denen sich Beschuldigte gegen die weitere Vertretung durch ihren Pflichtverteidiger wehren. Es muss davon ausgegangen werden, dass es unzählige ähnliche Fälle gibt, die keiner obergerichtlichen Prüfung zugeführt werden. Insofern bilden diese Entscheidungen die sichtbare Spitze eines Eisbergs. Die hohe Bedeutung der Verteidigerauswahl

steht im direkten Gegensatz zu der Plötzlichkeit, in der der Haftrichter diesen Punkt im Haftbefehlverkündungstermin anspricht. Sie steht in der Praxis auch im Gegensatz zu der teilweise vorhandenen Bereitwilligkeit, mit der Beschuldigte den ihnen unbekanntem Haftrichter über diese Frage entscheiden lassen, weil sie spontan keinen geeigneten Rechtsanwalt kennen und sich kooperativ geben wollen.

Entscheidend hinsichtlich der Person eines möglichen Pflichtverteidigers ist, dass sich der Beschuldigte darüber bewusst sein muss, dass nur unter bestimmten engen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, diesen Rechtsanwalt auszutauschen. Dies wird bei vermögenden Beschuldigten kein Problem sein, weil durch die Beauftragung eines Wahlverteidigers gem. § 143 StPO die Beordnung hinfällig wird. Aber bei der großen Mehrheit verhafteter Menschen besteht diese Möglichkeit aus finanziellen Gründen eben nicht. Aus diesem Grund muss ihnen vor Beordnung eines Verteidigers bewusst gemacht werden, welche Konsequenzen dies haben kann, nämlich die dauerhafte Bindung an einen (dem Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt noch völlig unbekanntem) Rechtsanwalt. Da die Rechtsprechung den Wechsel des Pflichtverteidigers nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zulässt, die die meisten Inhaftierten nicht kennen, versteht es sich von selbst, dass damit praktisch bei der Beordnung schon die Vorentscheidung gefallen ist, wer den Beschuldigten im weiteren Verlauf des Verfahrens vertreten wird.

Auch wenn Teile der Rechtsprechung angesichts der besonderen Situation des gerade Inhaftierten bei der Frage des Wechsels des Pflichtverteidigers in diesem Fall nicht strikt an den althergebrachten Voraussetzungen des zerstörten Vertrauensverhältnisses festhalten,<sup>19</sup> ist die Gefahr immer noch nicht ausgeräumt, mit dem einmal beigeordneten Rechtsanwalt in die Hauptverhandlung zu ziehen. Denn auch hier gibt es zeitliche Begrenzungen, die einem Beschuldigten nicht bewusst sind: Wer über einen längeren Zeitraum mit dem Pflichtverteidiger zusammenarbeitet und erst dann den Wechsel beantragt – etwa weil er erst dann gemerkt hat, dass der Anwalt nicht der Richtige ist – kann sich nicht mehr auf die ursprünglich schwierige Situation berufen. Jetzt wird wieder das zerstörte Vertrauensverhältnis gefordert oder aber der einvernehmliche Wechsel mit Verzicht des neuen Pflichtverteidigers auf die bereits entstandenen Gebühren.<sup>20</sup>

Es bleibt somit dabei, dass auch trotz der veränderten Rechtsprechung zum Pflichtverteidigerwechsel die konkrete Gefahr besteht, mit dem (unbekanntem) Verteidiger bis zum (vielleicht bitteren) Ende zurecht kommen zu müssen.

<sup>14</sup> Lam/Meyer-Mews NJW 2012, 177, 180.

<sup>15</sup> Generell zur Problematik der Auswahl des Pflichtverteidigers durch den Richter Thielmann StraFo 2006, 358; ders. HRRS 2009, 452.

<sup>16</sup> OLG Braunschweig StV 2012, 719. Man beachte, dass die Entpflichtung dieses Rechtsanwalts vom zuständigen Kammervorsitzenden zunächst abgelehnt worden war und die Strafkammer der Beschwerde nicht abgeholfen hatte. Auch die Generalstaatsanwaltschaft hatte beantragt, die Beschwerde zu verwerfen; ähnlich OLG Düsseldorf NStZ-RR 2011, 48.

<sup>17</sup> StV 2012, 591.

<sup>18</sup> StV 2013, 142.

<sup>19</sup> Vgl. zuletzt BGH (Ermittlungsrichter) StraFo 2013, 23.

<sup>20</sup> Vgl. OLG Oldenburg NStZ 10, 210; OLG Braunschweig StraFo 2008, 428; OLG Düsseldorf StraFo 2007, 156; OLG Frankfurt/M. 2008, 128.

### III. Der notwendige Inhalt einer Belehrung

Aufgrund der geschilderten Situation versteht es sich deshalb von selbst, dass die Belehrung zur gesetzlich vorgeschriebenen Verteidigung durch einen Rechtsanwalt für den Beschuldigten von höchster Bedeutung ist. Dies gilt vor allem deshalb, weil noch zu Beginn einer Haftbefehlsverkündung der Haftrichter darüber belehrt, dass es dem Beschuldigten zusteht, jederzeit einen Verteidiger zu beauftragen, er mithin ein *Recht* auf Verteidigerkonsultation hat. Wenige Minuten später nach Verkündung und Invollzugsetzung des Haftbefehls ist dann von der *Pflicht* die Rede, einen Verteidiger hinzuziehen zu müssen. Somit verändert sich die rechtliche Situation des Beschuldigten in diesem Punkt in kürzester Zeit, was zwangsläufig zu Überraschung und Überforderung führen kann, wenn dem nicht durch eine ausführliche Belehrung oder einen veränderten Ablauf entgegengewirkt wird.

#### 1. Wahl- und Pflichtverteidiger

Der Beschuldigte muss zunächst darüber informiert werden, dass er ab diesem Zeitpunkt einen Verteidiger benötigt, weil die Strafprozessordnung dies fordert. Eine eigenständige Entscheidung, dass er auch weiterhin keinen Verteidiger an seiner Seite haben will, ist ihm verwehrt, weil dies gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die freie Entscheidung tritt zurück gegenüber dem Grundsatz des fairen Verfahrens, das eine Verteidigung verlangt. Wenn aber der Beschuldigte einen Verteidiger haben muss, so ist ihm der Unterschied zwischen den Instituten der Wahl- und der Pflichtverteidigung deutlich zu machen. Er muss wissen, was die Vor- und Nachteile von Wahl- und Pflichtverteidigung sind.

Es versteht sich von selbst, dass einem Beschuldigten, der bereits einen Wahlverteidiger beschäftigt, kein Pflichtverteidiger beigeordnet werden darf.<sup>21</sup> Ein „verteidigerloser“ Beschuldigter sollte aber auch aufgeklärt werden, dass er zum jetzigen Zeitpunkt die Beordnung eines Pflichtverteidigers dadurch verhindern kann, dass er einen Wahlverteidiger beauftragt. Er sollte weiterhin wissen, dass er später beantragen kann, dass dieser Verteidiger ihm als Pflichtverteidiger beigeordnet wird, wenn er sich dessen sicher ist und der Anwalt damit einverstanden ist.

Bevor sich der Beschuldigte für einen Pflichtverteidiger entscheidet, ist es unabdingbar, ihm deutlich zu machen, dass nach der Rechtsprechung ein Pflichtverteidiger nach seiner Beordnung nur noch in Ausnahmefällen ausgewechselt werden kann. Dies geht zwar für den vermögenden Beschuldigten sehr einfach durch Beauftragung eines neuen Verteidigers. Ansonsten ist es aber nach jahrelanger Rechtsprechung nötig, dass das Vertrauensverhältnis zerrüttet ist.<sup>22</sup> Die Gerichte haben aber auch inzwischen die besondere Situation des Beschuldigten im Haftbefehlsverkündungstermin bedacht und lassen einen

<sup>21</sup> Hermann StraFo 2011, 133, 137.

<sup>22</sup> Vgl. Meyer-Gößner, StPO, 55. Auflage (2012), § 143 Rn.5 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

Pflichtverteidigerwechsel in den ersten Wochen nach der Inhaftierung zu, wenn der Beschuldigte den Antrag stellt und den Verteidiger zuvor noch überhaupt nicht kannte.<sup>23</sup>

#### 2. Die Finanzierung der Verteidigung

Ein offenkundig wichtiger Punkt nicht nur für mittellose Beschuldigte ist die Frage der Finanzierung des Verteidigers, den man gezwungen ist zu beauftragen. Die meisten Beschuldigten in Strafverfahren würden die Unterscheidung von Wahl- und Pflichtverteidiger an diesem Punkt festmachen: Wahlverteidiger muss man selbst (gut) bezahlen, Pflichtverteidiger werden hingegen (schlecht) vom Staat bezahlt. Deshalb sollen auch der Wahlverteidiger gut und der Pflichtverteidiger weniger gut arbeiten.<sup>24</sup>

Dem Beschuldigten muss vor diesem Hintergrund deutlich gemacht werden, dass es ein Irrglaube ist, dass Pflichtverteidiger vom Staat bezahlt werden und der Mandant ihre Dienste gewissermaßen geschenkt bekommt. Erstens hat der Pflichtverteidiger gem. § 52 Abs.1 S.1 RVG einen Anspruch gegenüber dem Mandanten auf Zahlung der Differenz zur Wahlverteidigung, andererseits werden die Kosten des Verfahrens gem. § 465 Abs.1 StPO einem Verurteilten auferlegt und die Pflichtverteidigergebühren gehören zu diesen Kosten. Die Unterscheidung zwischen Wahl- und Pflichtverteidiger ist daher aus Beschuldigtensicht finanziell unerheblich, solange nicht eine Honorarvereinbarung unterzeichnet wird, wozu der Beschuldigte nicht gezwungen werden kann.

Es sollte deshalb zu diesem Punkt nur ausgeführt werden, dass die Vergütung des Pflichtverteidigers durch die Staatskasse abgesichert wird und dass auch ein gewählter Verteidiger jederzeit seine Beordnung beantragen kann.

#### 3. Pflichtverteidigerlisten

Es sollte bei jedem Gericht eine Liste bereitliegen, auf der die Rechtsanwälte des Amtsgerichtsbezirks aufgeführt sind, die dazu bereit sind, als Pflichtverteidiger aufzutreten. So wird sichergestellt, dass jeder Verteidiger nur auf einer einzigen Liste steht und dadurch die Liste nicht unüberschaubar werden, wie dies derzeit bei Verteidigerlisten zum Teil zu beobachten ist. Diese – auch im Internet zu veröffentlichen – Listen sollten neben dem Namen, der Adresse und der Telefonnummer des Anwalts auch weitere Qualifikationen wie Fachanwaltschaften sowie ggf. die Internetseite enthalten, damit man sich ohne größeren Aufwand weiter über den jeweiligen Anwalt informieren kann. Eine solche Liste mag nicht die

<sup>23</sup> BGH (Ermittlungsrichter) StraFo 2013, 23.

<sup>24</sup> Dass diese pauschale Einschätzung ein Klischee darstellt, das trotz bestätigender Fälle mit der Realität nicht allzu viel zu tun hat, ergibt sich schon daraus, dass die meisten seriösen Strafverteidiger gar nicht umhin kommen, auch als Pflichtverteidiger tätig zu sein. Eine Unterscheidung in der Arbeitsmoral je nachdem, ob man beigeordnet worden ist oder nicht, wird es aber bei den guten Verteidigern nicht geben. Diese Verteidiger werden auch als Wahlverteidiger ihren Job nicht besser machen als als Pflichtverteidiger.

beste Möglichkeit sein, sich über Verteidiger zu informieren, sie ist aber das Mindeste, was man Beschuldigten in dieser Situation zur Verfügung stellen sollte.

Die Gerichte sollten verpflichtet werden, eine solche Liste zu führen und dem Beschuldigten zur Verfügung zu stellen. Die derzeit bestehenden Pflichtverteidigerlisten, die demgegenüber entweder unübersichtlich sind oder aber von den Richter nicht beachtet werden, finden nur selten den Weg zu den Beschuldigten/Inhaftierten. Dies ist aber genau der Ort, an den eine Liste von Pflichtverteidigern gehört.

#### 4. Kein Wort zur Möglichkeit des Verzichts

Schließlich sollte es im Haftbefehlverkündungstermin ausgeschlossen sein, dass ein Beschuldigter bereits jetzt auf sein so wichtiges Auswahlrecht verzichtet und die Entscheidung über die Person des Verteidigers in die Hände des Richters legt. Insofern sollten sämtliche Formulierungen in den Protokollen, die dem Betroffenen diese Möglichkeit suggerieren, entfernt werden. Es ist Aufgabe des Beschuldigten, sich um seinen Verteidiger zu kümmern und nicht Aufgabe des Richters, der mit einer solchen Entscheidung so tief in das zukünftige Verteidigungsverhältnis des Inhaftierten eingreifen würde wie mit keiner einzigen anderen Entscheidung sonst. Es muss daher Aufgabe des Haft- bzw. Ermittlungsrichters sein, dem Beschuldigten in die Lage zu versetzen, selbst oder mit Hilfe seiner Angehörigen die Wahl zu treffen, einerseits durch Aushändigung der Pflichtverteidigerliste, andererseits durch Hinweis auf die Dauer der Auswahlfrist. Hier ist der Richter gefragt, aktiv den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, eine selbstständige Entscheidung zu treffen. Die Übernahme einer Auswahlentscheidung durch den Richter sollte hingegen ultima ratio sein, wenn tatsächlich der Beschuldigte keine Anstalten macht, sich selbst einen Verteidiger zu suchen. Und in diesem Fall sollte sich jeder Richter bei der Wahl so verhalten, als ob der Beschuldigte ein enger Verwandter wäre, um ermessensfehlerfrei zu handeln. Es geht bei dieser Entscheidung nicht um die Kollegen, die später das Hauptverfahren durchführen, und auch nicht um die Rechtsanwälte, die gerne einen lukrativen Auftrag erhalten, sondern allein um den Beschuldigten. Halten sich die Richter daran, so würde es die Jahrzehnte alten Klagen über Pflichtverteidiger, die ihrer Aufgabe nicht gerecht werden, nicht mehr geben.

#### 5. Formulierung einer angemessenen Belehrung

Aufgrund dieser Situation ist es notwendig, die Beschuldigten, die dem Haftrichter vorgeführt und in Untersuchungshaft kommen, fair und genau darüber zu belehren, wie es nun weitergeht. Wichtig ist es, dass einem Beschuldigten in dieser Situation deutlich wird,

- dass er zwar einen Strafverteidiger, aber nicht zwingend einen Pflichtverteidiger wählen muss;
- dass er das Recht hat, die Entscheidung über die Person des Verteidigers selbstständig zu treffen;

- dass er sich für diese Entscheidung genügend Zeit lassen kann;
- dass er sich bei der Wahl keine Gedanken über die (ohnehin eintretenden) finanziellen Folgen machen muss.

Die Belehrung sollte einerseits juristisch korrekt, andererseits aber für einen „Durchschnittsbürger“ ohne juristische Kenntnisse verständlich sein, um so eine „Parität des Wissens“ herzustellen.<sup>25</sup> Folgend soll der Versuch unternommen werden, eine solche Belehrung zu formulieren:

*Belehrung für den Fall, dass Sie in Untersuchungshaft kommen*

Nach den gesetzlichen Bestimmungen benötigen Sie ab diesem Zeitpunkt einen Strafverteidiger. Auch wenn Sie keinen Verteidiger haben wollen, ist es die Pflicht des Gerichts, Ihnen einen Verteidiger zur Seite zu stellen. Es geht somit nun nicht mehr um die Frage, ob Sie einen Verteidiger bekommen, sondern nur noch darum, wer Sie verteidigen soll.

Sie haben das Recht, sich diesen Verteidiger selbst auszusuchen. Da dieser Rechtsanwalt in diesem Verfahren in Ihrem Sinne tätig werden muss, sollten Sie eine wohl überlegte Wahl treffen.

Ihr Rechtsanwalt kann als Wahl- oder Pflichtverteidiger auftreten. Es gibt zwei wichtige Unterschiede zwischen einem von Ihnen privat beauftragten Wahlverteidiger und einem vom Gericht bestellten Pflichtverteidiger:

Die Kosten für den Pflichtverteidiger werden zum überwiegenden Teil von der Staatskasse abgesichert, während Sie das Honorar des Wahlverteidigers zunächst selbst tragen müssen. Es besteht aber die Möglichkeit, einen Rechtsanwalt zunächst als Wahlverteidiger zu beauftragen und später seine Beiordnung zum Pflichtverteidiger zu beantragen, mit der entsprechenden Kostenfolge.

Es ist nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich, einen Pflichtverteidiger auszuwechseln, während Sie ein Wahlverteidigermandat jederzeit kündigen können.

Wenn Sie einen Strafverteidiger kennen und auch von diesem vertreten werden wollen, so können Sie diesen jetzt nennen. Es spielt keine Rolle, ob dieser Anwalt Ihres Vertrauens in diesem Gerichtsbezirk zuhause ist oder nicht.

Das Gericht kann diesem Anwalt mitteilen, dass Sie einen Besuch in der JVA wünschen. Nach dem dortigen Ge-

<sup>25</sup> Vgl. Jahn, FS Rissing-van Saan, S. 275, 294.



sprach können Sie entscheiden, ob Sie ihn beauftragen wollen oder nicht.

Sie können aber auch sofort beantragen, dass Ihnen dieser Rechtsanwalt zum Pflichtverteidiger bestellt wird. Dies wird das Gericht tun, wenn er sich dazu bereit erklärt.

Wenn Sie jetzt keinen Verteidiger benennen können, der Sie vertreten soll, so können Sie sich mithilfe einer Liste von ortsansässigen Anwälten, die Pflichtverteidigungen übernehmen, oder über Ihre Verwandten oder Bekannten kundig machen.

Sie haben die Möglichkeit, in den nächsten zehn Tagen einen Verteidiger zu beauftragen, der sich dann bei Gericht für Sie bestellt

Sie haben auch die Möglichkeit, in dieser Frist dem Gericht einen Rechtsanwalt zu benennen, der als Pflichtverteidiger beigeordnet werden soll.

Wenn Sie innerhalb der Ihnen zustehenden Frist keinen Strafverteidiger benennen wollen bzw. ausgewählt haben, ist das Gericht gezwungen, ihnen aus der Liste der ortsansässigen Rechtsanwälte einen Pflichtverteidiger beizuordnen.

( ) Ich habe diese Belehrung verstanden.

( ) Ich möchte im Termin meinen hier bereits aufgrund meiner Bitte anwesenden Verteidiger Rechtsanwalt X beigeordnet bekommen. Der Verteidiger ist damit einverstanden.

( ) Ich habe die Liste mit den Rechtsanwälten des Gerichtsbezirks erhalten, die Pflichtverteidigungen übernehmen, und werde mir einen Verteidiger auswählen.

Ort, Datum

Unterschrift

## 6. Zeitpunkt der Belehrung

Eine solche Belehrung des Beschuldigten sollte ihm nicht erst am Ende des Haftbefehlverkündungstermins ausgehändigt werden, sondern bereits früher, um sich auf diese Situation vorbereiten zu können. Auch wenn eine Belehrung bereits nach der vorläufigen Festnahme als zu früh erachtet wird, weil man noch nicht wisse, was passieren werde<sup>26</sup>, so ist der geeignete Zeitpunkt erreicht, sobald die Staatsanwaltschaft einen Haftbefehl beantragt. An diesem Punkt ist nämlich die Wahrscheinlichkeit, inhaftiert zu werden, so groß, dass eine Belehrung darüber, was die Konsequenz im Falle der Vollstreckung des Haft-

befehls ist, geboten erscheint. Meistens dauert es bis zur Anhörung noch einige Stunden, so dass sich der Beschuldigte mit der neuen Situation, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben wird, auseinandersetzen kann. Gleichzeitig sollte nun die Pflichtverteidigerliste ausgehändigt werden, um erste Überlegungen anzustellen.

## IV. Zusammenfassung

Die Belehrung eines Beschuldigten, gegen den ein Haftbefehl vollstreckt werden soll, über die Pflicht, sich von nun an professionell verteidigen zu lassen, ist von erheblicher Bedeutung. Die bisherige Praxis der Gerichte ist demgegenüber nicht nur wenig einheitlich, sondern oftmals mit großen Mängeln behaftet.

Aufgrund der Folgen, die eine Beiordnung regelmäßig für einen Beschuldigten hat, ist es essentiell, dass der Inhaftierte zunächst entscheiden kann, ob er einen Wahlverteidiger beauftragen will, um so die Bindung an einen ihm unbekanntem Pflichtverteidiger zu verhindern. Er muss des weiteren darüber informiert werden, dass diese Entscheidung nicht automatisch unterschiedliche finanzielle Folgen nach sich zieht. Außerdem ist ihm genügend Zeit einzuräumen, sich den geeigneten Verteidiger aussuchen zu können.

Um diese Zeitspanne zu vergrößern, sollte dem Beschuldigten in dem Moment, in dem die Staatsanwaltschaft einen Haftbefehlsantrag stellt, von dem zuständigen Polizeibeamten zwingend eine Belehrung übergeben werden, damit er schon vorbereitet ist, wenn es im Haftbefehlverkündungstermin zu dieser Frage kommt. Auch eine Verteidigerliste sollte ihm zur Verfügung gestellt werden. Dies ist vor allem deshalb wichtig, weil zu diesem Zeitpunkt aus dem Recht, einen Verteidiger zu konsultieren, eine Pflicht wird. Dies muss dem Beschuldigten rechtzeitig klar gemacht werden. Damit wird auch die Zwickmühle von „unverzüglicher Beiordnung“ und „Auswahlrecht des Beschuldigten“ entschärft, weil dem Beschuldigten schon einige Stunden Zeit verbleiben, sich mit der Situation auseinanderzusetzen. Schließlich wird so verhindert, dass am Ende des Haftbefehlverkündungstermins der Beschuldigte von der Ankündigung einer „erzwungenen Verteidigung“ überrascht wird.

Grundsätzlich sollte nicht der Richter, sondern der Beschuldigte selbst den Verteidiger wählen. Jeder subtile Hinweis, dass der Richter doch entscheiden kann, sollte im Termin vermieden werden. Nur wenn der Beschuldigte offensichtlich nicht selbst wählen will/kann, ist es nach der geltenden Gesetzeslage die Aufgabe des Richters, ermessensfehlerfrei einen Verteidiger zu wählen. Der Haftrichter sollte daher darauf hinwirken, dass sich der Festgenommene selbst einen Verteidiger aussucht. Das Auswahlrecht des Richters selbst sollte ultima ratio sein.

<sup>26</sup> Vgl. Brocke/Heller StraFo 2011, 1, 2.

# Das Apokryphe an den apokryphen Haftgründen\*

## Neue Dimensionen von versteckten Haftgründen im Strafprozess?

Von RA / Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Hamburg

### 1. Einleitung und Hinführung zum Thema

Dieser Beitrag setzt an den Voraussetzungen der Untersuchungshaft an, die – das wissen wir alle – einem Strafverteidiger so manchen Kopfschmerz bereiten können. Wir alle kennen aus unserer täglichen Praxis die Situation, dass man mehr oder weniger überrascht dreinblickt, wenn gegen den eigenen Mandanten Untersuchungshaft angeordnet wird bzw. schon angeordnet ist, sobald man das Mandat übernimmt. Überrascht ist man meist deshalb, weil man es selber niemals für möglich gehalten hätte, dass der konkrete Fall die strengen Voraussetzungen eines Haftbefehls hergibt. Ich selber kenne solche Überraschungen, die sich mir oftmals aus der Perspektive der Verhältnismäßigkeit heraus offenbaren. Das ist zu meist dann der Fall, wenn wieder einmal Untersuchungshaft in einer Sache angeordnet wird, in der sich die verfahrensgegenständliche Rechtsverletzung am Rande der Bagatellgrenze bewegt. Ich halte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der im Recht der Untersuchungshaft immerhin einen deutlichen positivrechtlichen Niederschlag in § 112 Abs. 1 StPO gefunden hat<sup>1</sup>, deshalb für eine ganz wichtige Voraussetzung, die man immer wieder betonen sollte. Sie gerät allzu oft in Vergessenheit, und es ist zweifelsohne die Aufgabe der Strafverteidigung, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – da wo es nötig ist – mit den der Verteidigung zur Verfügung stehenden Mitteln ins Bewusstsein der jeweiligen Entscheidungsträger zurückzurufen, um so den Versuch zu unternehmen, ihn in der tagtäglichen Justizpraxis zu revitalisieren.

Trotz der Brisanz dieses Themas ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber nicht mein heutiges Thema. Ich will stattdessen das von mir an anderer Stelle schon einmal behandelte<sup>2</sup> Thema der sog. apokryphen Haft-

gründe aufgreifen und meine Gedanken hierzu ein wenig fortführen.

Zuvor sei mir aber noch eine allgemeine und zugleich auch klarstellende Bemerkung gestattet. Da dieses Manuskript zuerst im schönen Bundesland Baden-Württemberg vor- und zur Diskussion gestellt wurde, liegt es nahe, sich beim Thema der Untersuchungshaft an ein Statement des ehemals prominentesten Untersuchungshäftlings dieses Bundeslandes zu erinnern. Jörg Kachelmann skandalisierte vor gar nicht allzu langer Zeit im Spiegel, dass deutsche Untersuchungshäftlinge nach nur wenigen Tagen Haft – so wörtlich – „gebrochen“ seien.<sup>3</sup> So wie das in Deutschland üblich ist, behandle kein anderes Land in Mitteleuropa Menschen, von deren Unschuld ja erst einmal auszugehen ist.<sup>4</sup> Lassen Sie mich anlässlich dieser Pauschalkritik am deutschen System der Untersuchungshaft folgendes klarstellen: Ich beabsichtige mit meinem Beitrag nicht, generalisierend, undifferenziert und damit letztlich auch in Bausch und Bogen die gesamte Praxis der Anordnung von Untersuchungshaft zu verdammen. Hierfür besteht kein Anlass, denn wir alle wissen aus unserer Praxis, dass nicht wenige Gerichte sehr verantwortungsvoll die Voraussetzungen der Untersuchungshaft abwägen und im Einzelfall prüfen. Mir kommt es in meinem Beitrag einzig darauf an zu zeigen, dass die weiten Ermessensspielräume, die die Voraussetzungen, aber auch das Anordnungsverfahren der Untersuchungshaft ganz offensichtlich eröffnen, der anordnenden Stelle Möglichkeiten einer gesetzesfernen Instrumentalisierung von Untersuchungshaft bieten. Wo, wann und wie oft solche Rechtsverletzungen auf bundesdeutschem Boden passieren, kann und will ich nicht beurteilen. Hierzu fehlt es im Übrigen auch nach wie vor an solidem empirischem Wissen.<sup>5</sup> Beurteilen kann ich indes aufgrund einzelner Fälle, dass Rechtsverletzungen vorkommen, und kann versuchen Hintergründe und Strukturen hierzu aufzuzeigen. Nur darum soll es nachfolgend gehen. Mir liegt es also – um es nochmals in aller Deutlichkeit zu sagen – fern, mit meinen Thesen hier „den Kachelmann“ zu geben.

\* Vortrag gehalten auf dem 37. Strafverteidigertag 2013 in der AG 2 (Untersuchungshaft) in Freiburg im Breisgau. Der Vortragsstil wurde weitestgehend beibehalten. Die (Vorab-)Veröffentlichung erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Organisationsbüros der Strafverteidigervereinigungen.

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu jüngst Graf JA 2012, 262, 264 f.

<sup>2</sup> Zuletzt: Eidam HRRS 2008, 241 ff. Vgl. aber auch schon ders. StV 2005, 201 ff. sowie ders., Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts (2007), S. 306 ff.

<sup>3</sup> Der Spiegel Nr. 41/2012, S. 138.

<sup>4</sup> Der Spiegel, aaO.

<sup>5</sup> Theile wistra 2005, 327, 332.

## 2. Zur Begrifflichkeit der apokryphen Haftgründe

Damit komme ich zu meinem Thema, den apokryphen Haftgründen. Was verbirgt sich hinter diesem Begriff? Im Großkommentar von *Löwe/Rosenberg* zur StPO heißt es, es handele sich bei den apokryphen Haftgründen um die „wahren (geheimen) Haftgründe“, die mit dem Erlass des Haftbefehls tatsächlich verbunden, vom Gesetz allerdings nicht zugelassen sind. Sie verbergen sich, so heißt es weiter, hinter den in der Begründung vorgeschobenen gesetzlichen Haftgründen oder anderen floskelhaften, pseudoempirischen Begründungen.<sup>6</sup> So verstanden beschreibt das Phänomen der apokryphen Haftgründe also einen Gegensatz zwischen Recht und Rechtswirklichkeit.<sup>7</sup> Die Maßnahme der U-Haft wird vermeintlich rechtmäßig und formal korrekt nach außen hin begründet, in Wirklichkeit waren es aber ganz andere, rechtlich „nicht vorhandene“<sup>8</sup> Gründe, die für die Anordnung einer Haftsituation ausschlaggebend waren.

## 3. Die bisherige Diskussion

Diese Diskussion ist nicht neu, sondern altbekannt.<sup>9</sup> Untersuchungen zu den apokryphen Haftgründen haben herausgearbeitet, dass es vornehmlich zwei Arten von apokryphen Erwägungen gibt, die zur Anordnung von Untersuchungshaft in der Praxis führen<sup>10</sup>:

Erstens wird Haft gerne als Pressionsmittel gebraucht, um eine prozessuale Kooperation des Betroffenen herbeizuführen. Damit wird das Zwangsmittel der Haft in den Dienst eines konsensualen Strafprozesses gestellt, der mit einem kooperierenden Betroffenen weitaus einfacher und ökonomischer zu führen ist, als wenn jemand von Schweigerechten oder anderen Verteidigungsmitteln Gebrauch macht.

Zweitens können mit Untersuchungshaft an sich sachfremde Bedürfnisse nach einer sofortigen und auf den Fuß folgenden Bestrafung etwa in der Weise befriedigt werden, dass man Untersuchungshaft unmittelbar im Anschluss an eine Tat anordnet, um den Täter sogleich die Härte eines Freiheitsentzuges spüren zu lassen. Ganz nebenbei bringt auch diese Vorgehensweise den Vorteil mit sich, dass wenn die „Strafe“ doch schon in Form von Untersuchungshaft abgegolten ist, man sich am Ende auch mit einem schlanken Strafprozess begnügen kann, um das Verfahren schnell und arbeitsökonomisch zu beenden.

Wir sehen, dass sich das Bedürfnis nach einer effizienten und schnellen Bestrafung problemlos mit dem Bedürfnis nach einem kurzen und schlanken Strafprozess verbinden lässt. Darunter zu leiden hat freilich das gesetzliche Programm zur Anordnung der Untersuchungshaft, das in

<sup>6</sup> Löwe/Rosenberg/Hilger (26. Aufl. 2007) § 112 Rn. 54.

<sup>7</sup> Theile wistra 2005, 327, 327.

<sup>8</sup> Vgl. Paeffgen NJW 1990, 537, 537.

<sup>9</sup> Zur Herkunft der Begrifflichkeit Paeffgen NJW 1990, 537, 537 Fn. 1.

<sup>10</sup> Hierzu bereits Eidam HRRS 2008, 241, 242 f.

solchen Fällen bestenfalls noch als eine leere Hülse im 9. Abschnitt der StPO verbleibt. Einmal mehr zeigt sich so, dass es sich beim Streben nach Effektivität im Strafverfahren und der engen Anbindung an schützende gesetzliche Formen um gegenläufige Pole handelt.<sup>11</sup> Dieses Spannungsverhältnis – so meine ich – kennzeichnet die bisherige Debatte sehr gut.

Nun werden Sie mich bestimmt nach empirischen Belegen für solche Thesen fragen. Systemübergreifend gibt es die – wie ich eben schon angedeutet habe – nicht, und das ist auch ein Teil des Problems. Der ein oder andere Verteidiger kann vielleicht von einzelnen Fällen berichten. Die wirklich mustergültigen Belege für die geschilderte Praxis stellen meines Erachtens aber eher die immer mal wieder vorkommenden öffentlichen Äußerungen aus Kreisen der Justiz dar.<sup>12</sup> Kühne berichtet in seinem Lehrbuch zum Strafprozessrecht beispielsweise von – ich zitiere wörtlich – „ebenso ungeniert wie blauäugig“ abgegebenen Statements einiger Oberstaatsanwälte in der Presse, die Verhaftungen unwidersprochen damit rechtfertigen, dass die Betroffenen sich nicht eingelassen haben bzw. nicht kooperiert hätten.<sup>13</sup> Und ich selber habe vor einigen Jahren die Äußerung eines Berliner Oberstaatsanwaltes nachgezeichnet, der ganz unverblümt in öffentlichen Interviews von der weit verbreiteten Praxis einer unmittelbar nach der Tat verhängten Untersuchungshaft als sofortige Bestrafung berichtete, mit der man insbesondere in Fällen von Jugendkriminalität gute Erfahrung mache.<sup>14</sup>

## 4. Weiterentwicklungen

Nachdem ich das Thema nun einige weitere Jahre beobachtet habe, drängt sich mir der Verdacht auf, dass mittlerweile eine neue Kategorie der apokryphen Haftgründe immer deutlicher zum Vorschein kommt, die sich von den zuvor genannten Bedürfnissen „notwendige Bestrafung auf den Fuß“ und „Ermöglichung eines schnellen, effizienten Strafprozesses“ zumindest teilweise gelöst zu haben scheint. Diesen Verdacht möchte ich im Folgenden mit Ihnen zusammen entwickeln und möchte Ihnen hierzu einige kurze Beispielfälle präsentieren.

### a. Beispiele

**aa)** Ich beginne mit einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die vielen von Ihnen sicherlich schon bekannt ist. Der 3. Strafsenat entschied am 18. September 2012<sup>15</sup> u.a. über die verfahrensrechtliche Zulässigkeit eines Geschehens, das sich wie folgt vor dem Landgericht Mönchengladbach zugetragen hatte:

Als die Verteidiger mehrerer Angeklagter in der Hauptverhandlung schriftlich vorformulierte Erklärungen für diese abgeben wollten, lehnte der Vorsitzende der Strafkammer dies ab. Als einer der Verteidiger gleichwohl ein Papier mit einer Erklärung überreichte und eine entspre-

<sup>11</sup> Hassemer StV 1984, 38, 38.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu Nobis StraFo 2012, 45, 48.

<sup>13</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. (2010), Rn. 419.1.

<sup>14</sup> Eidam HRRS 2008, 241, 242.

<sup>15</sup> BGH HRRS 2012 Nr. 950.

chende Verlesung beantragte, zerriss der Vorsitzende das Papier ohne jegliche Prüfung des Erklärungsinhaltes. Das ist schon einmal ein Beleg für eine interessante Verhandlungsatmosphäre vor einem deutschen Strafgericht. Es geht aber noch weiter. In dieser Verhandlung kam es dann auch noch zu einem weiteren Vorfall, der für unsere Zwecke relevant ist.

Nachdem nur einer von fünf Angeklagten eine Einlassung abgegeben hatte, während die übrigen vier Angeklagten von ihrem Schweigerecht Gebrauch machten, entschied der Vorsitzende, die vier schweigenden Angeklagten in Gewahrsam zu nehmen. Ich gebe zu, dass ich mit diesem Beispiel einer offensichtlich auf § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO gestützten Ingewahrsamnahme streng genommen das Feld der Untersuchungshaft verlassen habe. Ich halte es aber gleichwohl für geeignet zur Demonstration meiner These. Immerhin bietet § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO ebenso wie die Untersuchungshaft die Möglichkeit, eindruckstarke Freiheitsbeschränkungen vor dem rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens anzuordnen. So handelt es sich also um einen kleinen Artverwandten der Untersuchungshaft. Diese Verwandtschaft wird alleine schon dadurch sichtbar, dass bei einer mehrtägigen Unterbrechung der Hauptverhandlung die Maßnahme nach § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO in einen Haftbefehl nach den §§ 112 ff. StPO umzuwandeln ist.<sup>16</sup>

Nun fällt es im vorliegenden Fall angesichts des Umstandes, dass sämtliche Angeklagten zu allen bisherigen Hauptverhandlungsterminen ausnahmslos erschienen waren, außerordentlich schwer, den Zweck der Ingewahrsamnahme im gesetzlich vorgeschriebenen Zweck der Anwesenheits- und Verfahrenssicherung zu sehen. So drängt sich der Verdacht eines apokryphen Anordnungsgrundes auf. Will man dieser Mutmaßung auf den Grund gehen, fällt es aber schwer, nach dem altvertrauten Mustern zu argumentieren. Stellt man in Rechnung, dass sich ein Angeklagter bereits geständig eingelassen hatte und zudem auch eine den Tatvorwurf bestätigende Zeugenaussage eines Nebenklägers vorlag, so wäre es eigentlich überflüssig, hier noch aus Gründen der Prozessökonomie die verbleibenden schweigenden Angeklagten unter Druck zu setzen und so auf einen effektiven Strafprozess hinzuwirken.

Was hat den Vorsitzenden also zu dieser Maßnahme bewogen? Ich habe da eine Vermutung. Es erscheint hier keineswegs fernliegend, dass der Vorsitzende schlicht und einfach verärgert über das Prozessverhalten der Angeklagten war. Dieser Ärger wird alleine schon beim Zerreißen des Zettels sichtbar. Die Angeklagten nebst ihrer Verteidiger wollten einfach nicht nach den Regeln spielen, die sich der Vorsitzende bereits im Hinterkopf zurecht gelegt hatte. Und als sich dieser Ungehorsam weiter im Schweigen der Angeklagten manifestierte, da hielt es der Vorsitzende dann schlicht und einfach für angebracht, ihnen einen Denkkettel zu verpassen. Rein psychologisch betrachtet ist das meines Erachtens eine schlüssige Erklärung.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2003, 329 (330); Meyer-Gößner, 56. Aufl. (2013), § 231 Rn. 3.

Bevor ich zu meinem nächsten Beispiel komme, erlaube ich mir noch die eigentlich von unserem Thema wegführende Bemerkung, dass ich es im Ergebnis für äußerst problematisch halte, dass der Bundesgerichtshof trotz kritischer Untertöne im Ergebnis keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Revisionsführer sehen wollte und das Urteil insoweit aufrechterhalten hat.

#### **bb)** Ein weiterer Fall.

Wir alle haben es vermutlich in der Presse verfolgt, wie im Dezember 2012 Hundertschaften von zum Teil schwer bewaffneten Polizisten die Büroräume der Deutschen Bank durchsuchten. Endlich hatten die Fahnder einmal das Überraschungsmoment auf ihrer Seite, nachdem andere Fahndungsmaßnahmen zuvor „durchgesteckt“ wurden.

Im Zuge der so öffentlich gemachten Ermittlungen kam es auch zu insg. vier Festnahmen von Mitarbeitern der Deutschen Bank, bei denen Untersuchungshaft angeordnet wurde. Der „Ranghöchste“ dieser vier Untersuchungshäftlinge war der Justiziar der Deutschen Bank, ein – wie es in der Presse hieß – angesehener Mann in Frankfurter Bankenkreisen. Man fragt sich hier natürlich sofort, wie in diesem Fall die Voraussetzungen eines Haftbefehls begründet wurden. Lassen Sie mich klarstellen, dass ich weder den Haftbefehl noch Teile der Verfahrensunterlagen – wahrscheinlich ebenso wenig wie Sie – jemals zu Gesicht bekommen habe. Meine Ausführungen stützen sich alleine auf die Berichte der großen Tages- und Wochenzeitungen zu den Vorfällen. Gleich mehrere Presseorgane haben übereinstimmend darüber berichtet, dass gegen den Justiziar deswegen die Untersuchungshaft angeordnet wurde, weil er seine Mitarbeiter angewiesen habe, den Ermittlern (nur) das herauszugeben, was konkret verlangt wird. Man fragt sich sogleich: na und? Wo ist hier das Problem? Es ergibt sich aus dem zweiten Teil der Anweisung des Justiziar: Man solle nicht – gleichsam überobligatorisch – alle Daten von sich heraus preisgeben, sondern eben nur das, was verlangt werde. Die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung berichtete, dass Staatsanwälte dem Justiziar deshalb Verdunklungsgefahr anlasteten.<sup>17</sup> Ich vermute nun einmal ganz stark, dass der „offizielle“ Haftbefehl so nicht bzw. nicht ausschließlich so begründet wurde. Denn diese Begründung ist juristisch so problematisch, dass sie keiner wie auch immer gearteten Nachprüfung standgehalten hätte. Völlig zu Recht wurde nämlich aus Kreisen der Bank sofort behauptet, dass die Anweisungen des Justiziar „Recht und Gesetz“ entsprachen.<sup>18</sup> Von einer Verdunklungsgefahr kann hier also überhaupt keine Rede sein. Es ist nun auch müßig, weiterhin über Einzelheiten der Haftbegründung zu mutmaßen, die wir alle niemals zu Gesicht bekommen haben. Mein Ansatzpunkt soll hier auch ein ganz anderer sein. Wenn mehrere Tageszeitungen und allen voran ein seriöses Blatt wie die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung davon berichten, dass sich Staatsanwälte im oben beschriebenen Sinne geäußert haben, dann kann ich mir nur sehr schwer vorstellen, dass dies frei aus der Luft gegriffen ist. Ganz im Gegen-

<sup>17</sup> Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 16. Dezember 2012, S. 46.

<sup>18</sup> AaO.

teil meine ich, dass wir es hier wieder mit unserer wichtigen Erkenntnisquelle für apokryphe Haftgründe in Gestalt von unvorsichtigen Äußerungen von Praktikern zu tun haben. Meine These ist nun, dass die offensichtlich artikulierte Überzeugung, man dürfe den Justiziar in Haft nehmen, nur weil der nicht vollends vor den Autoritäten dieses Staates in die Knie geht, sondern seinen Mitarbeiter verheißt, eben nur (!) den Anweisungen und Anforderungen der Ermittlungsbehörden nachzukommen, als ungenügend und insofern wiederum als eine Art Ungehorsam gegenüber der Staatsmacht empfindet, das man sich so nicht bieten lassen will, und das entsprechend geahndet werden muss.

**cc)** Ich komme zu einem letzten Fall, in aller Kürze.

Er stammt wieder aus der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung. Diesmal haben es die Schilderungen sogar auf die Titelseite geschafft. Der Artikel trägt die Überschrift: „Kritik an Härte deutscher Justiz“.<sup>19</sup> Es wird berichtet, dass ein französischer Europaabgeordneter heftige Kritik an Deutschland wegen des Einsatzes eines Europäischen Haftbefehls gegenüber einem in Frankreich lebenden Franzosen geübt habe. Dieser Franzose saß seit Oktober 2012 in Frankreich in Haft und sollte zum Ende des Monats Januar 2013 nach Deutschland ausgeliefert werden. Das Amtsgericht Landshut hatte Haftbefehl gegen den Franzosen erlassen, der mit Unterhaltszahlungen in Höhe von 6.000,- € an seine in Deutschland lebenden Kinder im Rückstand war. Der Sprecher des Amtsgerichts teilte auf Nachfrage mit, dass es sich um ein ganz normales Vorgehen handele, wenn ein Angeklagter zu einem Gerichtstermin nicht erscheine.

Es kann nun meines Erachtens überhaupt kein Zweifel daran bestehen, dass der Erlass eines nationalen Haftbefehls, der dann mit den Erleichterungen des Verfahrens eines Europäischen Haftbefehls auf die Auslieferung des Betroffenen abzielt, im beschriebenen Fall so nicht rechters war.

Ein hier eigentlich naheliegender Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO, der mit dem Recht der Untersuchungshaft zumindest stark artverwandt ist, was man daran sehen kann, dass zentrale Regelungen zur Untersuchungshaft wie beispielsweise die §§ 114 bis 116 StPO entsprechend auf Haftbefehle nach § 230 Abs. 2 StPO anzuwenden sind<sup>20</sup>, kommt gegen einen dauerhaft im Ausland lebenden Angeklagten grundsätzlich nicht in Betracht. Das liegt daran, dass die dafür erforderliche ordnungsgemäße Ladung gem. § 216 StPO eine Androhung von Zwangsmitteln voraussetzt, was auf dem Gebiet eines fremden Staates jedoch unzulässig ist.<sup>21</sup>

In der Rechtsprechung wird deshalb darauf hingewiesen, dass in derartigen Fällen die Möglichkeit des Erlasses eines Untersuchungshaftbefehls gem. § 112 StPO wegen

Fluchtgefahr bestünde.<sup>22</sup> Aber auch dieses Vorgehen wäre im geschilderten Fall offensichtlich unverhältnismäßig und damit rechtswidrig. Zu Recht wurde für unseren Fall darauf hingewiesen, dass die grenzüberschreitende Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen normalerweise in einem zivilrechtlichen Verfahren angegangen wird. Auf deutscher Seite ist das Bundesamt für Justiz für solche Anspruchsdurchsetzungen zuständig. Das Amt wurde aber nie kontaktiert. Die Leiterin der französischen Stelle, die solche zivilrechtlichen Gesuche entgegen nimmt, sagte der Presse, dass sie noch nie von einem Fall wie diesem gehört habe, wo wegen einer vergleichsweise geringen Summe gleich das Strafrecht angewendet werde. Das sei ihrer Meinung nach „vollkommen unverhältnismäßig“. Und sogar die deutsche Mutter der Kinder, für die die Unterhaltsansprüche bestehen, nannte das Vorgehen „vielleicht doch übertrieben wegen 6.000,- Euro“. Sie selbst habe mit dem Strafverfahren überhaupt nichts zu tun.<sup>23</sup>

Wie kann man sich die Härte der deutschen Justiz hier erklären, die einen enormen Aufwand betreibt, um einen Mann über Monate in Haft nehmen zu lassen, dabei aber die Augen vor offensichtlichen rechtlichen Problemen verschließt und es auch nicht einmal ansatzweise in Erwägung zieht, dass man sich der Problematik auch auf einem anderen, eigentlich dafür vorgesehenen Wege – nämlich dem zivilrechtlichen – annehmen kann? Ich meine, man kann hier wieder einen offensichtlichen Ungehorsam des Angeklagten in unseren Fokus rücken, der den Entscheidungsträgern in Deutschland übel aufstieß. Und zwar gleich ein Doppelter: Erstens schickt es sich aus der Sicht eines Richters überhaupt nicht, wenn man einer gerichtlichen Ladung nicht Folge leistet und einem Termin fernbleibt. Das ist Ungehorsam gegenüber einer staatlichen Autorität. Und zweitens gilt es aus offizieller Sicht natürlich auch als ungehörig, einfach so den Unterhalt gegenüber seinen Kindern nicht zu zahlen. Da kann man es schon mal für angebracht halten, einen so verstanden doppelten Ungehorsam durch Haft zu ahnden.

## b) Der gemeinsame Nenner: Strukturen von Ungehorsam und dessen Ahndung durch Haft

Wir haben nun also einen gemeinsamen Nenner in allen Beispielen herausgearbeitet, der darin zu erblicken ist, dass Betroffene eines Strafverfahrens, die den Erwartungen und Vorgaben der Strafverfolgungsbehörden nicht Folge leisten, als ungehörig wahrgenommen werden und für einen entsprechenden Ungehorsam durch die Anordnung von Haft – ich formuliere mal etwas salopp – „zur Kasse gebeten“ werden. Ich meine, das ist eine gute Erklärung für das jeweilige Verhalten in unseren Beispielfällen. Vielleicht nicht die einzige Erklärung, sondern eine von mehreren. Aber jedenfalls doch eine Erklärung, die heraussticht.

<sup>19</sup> Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 27. Januar 2013, S. 1.

<sup>20</sup> KK-StPO/Gmel, 6. Aufl. 2008, § 230 Rn. 14.

<sup>21</sup> OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 18 (19); OLG Köln NStZ-RR 2006, 22; KK-StPO/Gmel § 230 Rn. 13.

<sup>22</sup> OLG Köln NStZ-RR 2006, 22 (22 f.) (mit Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Stuttgart sowie des OLG Karlsruhe).

<sup>23</sup> Alle vorhergehenden Zitate im Text aus Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 27. Januar 2013, S. 1.

## 5. Wiederbelebung des Gedankenguts sog. Ungehorsamsstrafen?

Mir stellt sich nach alledem die Frage, ob all das etwas mit den sog. Ungehorsamsstrafen zu tun hat, einem Institut, das wir – wenn überhaupt – dann nur aus rechtsgeschichtlichen Quellen kennen können. Ich folge zur Beschreibung des Phänomens der Ungehorsamsstrafen hier einer im 19. Jahrhundert weit verbreiteten Ansicht, die die Ungehorsamsstrafen nicht als direktes Surrogat der Tortur versteht, sondern sauber von der Tortur trennen will und in ihr ein eigenes Institut erblickt. *Feuerbach* beschrieb den gemeinen Unterschied wie folgt: Die Folter bezwecke die Erpressung eines Geständnisses, während die Ungehorsamsstrafe ein Fehlverhalten des Inquisiten bestrafen sollte.<sup>24</sup> Auch *Mittermaier* betonte, dass die Ungehorsamsstrafen kein Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit sei, sondern vielmehr Vergeltungscharakter habe.<sup>25</sup> In der Preußischen Criminalordnung von 1805 waren Ungehorsamsstrafen noch vorgesehen, um – ich zitiere wörtlich – „halsstarrige und verschlagene Verbrecher“ davon abzuhalten, sich durch „freche Lügen und Erdichtungen“ oder „durch verstocktes Leugnen oder gänzlichliches Schweigen (...) der verdienten Strafe zu entziehen“.<sup>26</sup> Sie können jetzt natürlich einwenden, dass Haft doch überhaupt nicht die vorrangi-

ge Art und Weise war, einen Angeklagten wegen seines prozessualen Ungehorsams zu bestrafen und hätten damit natürlich auch Recht. Die Preußische Criminalordnung sah beispielsweise Peitschen- und Rutenhiebe zur Bestrafung von Ungehorsam vor. Ich will Ihnen an dieser Stelle aber einen Fund präsentieren, auf den ich in der berühmten Monographie von *Eberhard Schmidt* zur Strafrechtsgeschichte gestoßen bin. *Schmidt* schreibt, dass auch nach der Abschaffung der Folter die Lügen- und Ungehorsamsstrafen immer noch einen peinlichen Rest von physischer Gewaltanwendung im Gefüge des Inquisitionsprozesses beließen. Durch alle diese Methoden, wie auch – und jetzt wird es interessant – durch die Untersuchungshaft, die bei jeder Art von Kollusionsverdacht letztlich ins beliebige Ermessen des Inquirenten gestellt war, wurde der Beschuldigte in eine höchst gefährliche Lage gebracht.<sup>27</sup> Dieser explizit hergestellte Zusammenhang zwischen Untersuchungshaft und Ungehorsamsstrafen zeigt mir, dass die auf den ersten Blick anmutenden Unterschiede zwischen beiden Instituten so gravierend gar nicht sind, und die Untersuchungshaft durchaus in den Dienst des Gedankenguts von Ungehorsamsstrafen mit Vergeltungscharakter gestellt werden kann. Hoffen wir, dass ich in meinen Verdachtsmomenten etwas übertreibe und die von mir als möglich erachtete Verbindungslinie zwischen dem heutigen Recht der Untersuchungshaft und dem alten Gedankengut der Ungehorsamsstrafen in der überwiegenden Zahl der Fälle so überhaupt nicht besteht. Man hätte es sonst mit einer neuen Struktur der apokryphen Haftgründe zu tun, die unser heutiges Strafprozessrecht mehr als auf den Kopf stellen würde.

<sup>24</sup> Nachweise hierzu bei *Knapp*, Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts (2011), S. 29.

<sup>25</sup> Nachweise wiederum bei *Knapp*, Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts (2011), S. 29. Vgl. auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 178. Zustimmung zum Aspekt des Vergeltungscharakters auch *Knapp*, aaO., S. 34.

<sup>26</sup> Zitiert nach *Wessels* JuS 1966, 169, 170.

<sup>27</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1998) (Nachdruck), S. 328 (§ 288).

# Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführerstellung und Untreuestrafbarkeit

Kurzanmerkung zu BGH 5 StR 407/12 (Beschl. v. 13. Dezember 2012 [LG Berlin]) = HRRS 2013 Nr. 127

Von Frédéric Schneider, Hamburg

## I. Einleitung

Das LG Berlin hatte den Angeklagten, der selbst ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer einer GmbH war, mit Urteil vom 12. Dezember 2011 wegen Untreue in sechs Fällen zu Lasten einer anderen GmbH verurteilt, zu der seine Gesellschaft laufende Geschäftsbeziehungen unterhielt. Dabei hatte es seine Vermögensbetreuungspflicht maßgeblich darauf gestützt, dass er als faktischer Geschäftsführer dieser anderen GmbH einzustufen sei.<sup>1</sup>

Der 5. Strafsenat des BGH hat diese Revision zum Anlass genommen, in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2012 sowohl zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht, als auch zu den Voraussetzungen an die Position als faktischer Geschäftsführer Stellung zu beziehen.<sup>2</sup> Die Ausführungen des Senats sind ihrem Ansatz nach lobenswert, überzeugen jedoch lediglich im Ergebnis, nicht hingegen in der Begründung.

## II. Sachverhalt

Der Senat ging bei seiner Revisionsentscheidung von folgendem tatgerichtlich festgestellten Sachverhalt aus: Der Angeklagte war Geschäftsführer einer V.A.-GmbH, die als Komplementärin verschiedener Kommanditgesellschaften fungierte. Zweck der Kommanditgesellschaften war die Durchführung von Bausanierungen, welche die Kommanditgesellschaften vollständig an die A-GmbH übertrugen, deren Geschäftsführerin die Mitangeklagte und deren Gesellschafter die C-GmbH war. Die A-GmbH wiederum beauftragte zur Verrichtung tatsächlicher Arbeiten verschiedene Subunternehmen mit der Ausführung der anfallenden Arbeiten. Zur Finanzierung der Vorhaben nahmen die Kommanditgesellschaften – jeweils unter Vorlage von Rechnungen der A-GmbH – Darlehen auf, deren Auszahlung unmittelbar an die A-GmbH erfolgte. Auf Veranlassung des Angeklagten stornierte die Mitangeklagte als Geschäftsführerin der A-GmbH jeden-

falls im Zeitraum zwischen April 2004 und August 2005 rechtsgrundlos sechs Rechnungen der A-GmbH an verschiedene Kommanditgesellschaften. Auf diese Weise erfolgte eine Rückzahlung i.H.v. rund 820.000 € von der A-GmbH an die Kommanditgesellschaften, woraufhin die Erstgenannte letztlich Insolvenz anmelden musste.

Aus der rechtsgrundlosen Stornierung von Rechnungen zu Lasten der betroffenen A-GmbH und der darauf beruhenden Auszahlung von Geldern über die Grenze des § 30 GmbHG hinaus ergeben sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH unproblematisch eine Pflichtverletzung und eine Vermögensminderung zu Lasten dieser Gesellschaft.<sup>3</sup> Im Fokus der Entscheidung steht somit die Frage, inwieweit dem Angeklagten als Geschäftsführer der Komplementärin eine Vermögensbetreuungspflicht zu Gunsten der A-GmbH als Vertragspartnerin der Kommanditgesellschaften zukommen kann. Die folgende Anmerkung beschränkt sich auf die Erörterung dieses (wesentlichen) Aspekts.

## III. Darstellung und Interpretation der Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Das LG Berlin hat das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht mit dem Hinweis bejaht, der Angeklagte sei faktischer Geschäftsführer der A-GmbH gewesen, weil er „im Einverständnis mit dem jeweiligen Gesellschafter [...] den wesentlichen Teil der klassischen Kernbereiche der Unternehmung bestimmt habe“ und die Mitangeklagte seinen Anweisungen stets gefolgt sei. Die Bundesrichter haben der Revision aufgrund fehlender Substantiierung dieser Feststellung stattgegeben und den Fall zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen und sich dabei weiterführend sowohl zur Vermögensbetreuungspflicht, als auch zur faktischen Geschäftsführerschaft geäußert.

Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung zunächst die grundsätzliche Annahme des Landgerichts, wonach jedenfalls dann eine Vermögensbetreuungspflicht auf-

<sup>1</sup> LG Berlin Urt. v. 12. Dezember 2011, Az: 514 KLs 1/11.

<sup>2</sup> BGH 5 StR 407/12 = NJW 2013, 624 = HRRS 2013 Nr. 127 m. Anm. Corsten BB 2013, 660; Gutmann FD-StrafR 2013, 342502.

<sup>3</sup> S. nur BGHSt 35, 333, 337 f.; 49, 147, 158 = HRRS 2004 Nr. 604; BGH NSTZ-RR 2005, 86 = HRRS 2005 Nr. 53; vgl. Kindhäuser, NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 266 Rn. 71 m.w.N.

grund eines „tatsächlichen Treueverhältnisses“ i.S.d. § 266 StGB besteht, wenn eine faktische Geschäftsführung anzunehmen ist.<sup>4</sup> Darüber hinaus betont er jedoch, dass eine derartige Pflicht auch aus der bloß „tatsächlichen Übernahme eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises“ entstehen kann, die noch keine faktische Organstellung begründet.<sup>5</sup>

Infolgedessen prüft der Strafsenat konsequenterweise zunächst, ob der Angeklagte im konkreten Fall, wie vom Landgericht angenommen, tatsächlich als faktischer Geschäftsführer der A-GmbH einzustufen war.

## 1. Vermögensbetreuungspflicht aufgrund faktischer Geschäftsführerstellung

Auch dieser Frage nähert sich der BGH mit Hilfe verschiedener, abgestufter Kriterien. Während die Richter zunächst prüfen, ob sich eine faktische Geschäftsführerstellung damit begründen lässt, dass dem Angeklagten rechtswirksam geschäftsführertypische Befugnisse übertragen wurden, betrachten sie in einem zweiten Schritt, ob er solche Befugnisse nur tatsächlich innehatte und stellen zuletzt darauf ab, ob er als faktischer Geschäftsführer eingestuft werden muss, weil er die Geschicke der A-GmbH *durch* die formell ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführerin leitete.

Bei der Prüfung bleibt der BGH jedenfalls durchgängig seiner – häufig kritisierten – Linie treu, wonach nur das Handeln *mit Kenntnis der Gesellschafter* eine faktische Geschäftsführung begründen kann. Für die Frage, ob sich aus dieser Kenntnis eine konkludente Bestellung ergeben kann, bietet die Entscheidung keine weiteren Erkenntnisse, sodass eine weitere Betrachtung dieses Problems unterbleiben kann.<sup>6</sup>

### a. Faktische Geschäftsführerstellung aufgrund rechtswirksamer Übertragung von Befugnissen

Wie soeben angedeutet, prüft der BGH zunächst, ob dem Angeklagten rechtswirksam Befugnisse übertragen wurden, die typischerweise einem Geschäftsführer zustehen. Der erhebliche Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der A-GmbH reiche für sich genommen nicht aus, um eine Organstellung anzunehmen, wenn es dem Angeklagten an typischen Befugnissen fehle. Die Richter verneinen das Vorliegen entsprechender Befugnisse im konkreten Fall und erwähnen als solche etwa das Innehaben einer Bankvollmacht oder die Pflichtenübernahme gegenüber Sozialversicherungsträgern und Finanzbehörden.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> BGH NJW 2013, 624, 625 = HRRS 2013 Nr. 127; s. auch *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 266 Rn. 40 ff.; *Schünemann*, LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 61, 65 – jew. m.w.N.

<sup>5</sup> BGH NJW 2013, 624, 625 unter Verweis auf BGH NStZ 1999, 558.

<sup>6</sup> Weiterführend BGHSt 6, 314, 315 f.; 31, 118, 122; BGH NJW 2000, 2285; NStZ 2000, 34 f.; *Merz*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (2011), § 14 Rn. 53, 60 m.w.N.; ablehnend *Radtke*, *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2011), § 14 Rn. 118; *Marxen/Böse*, *NK-StGB*, 3. Aufl. (2010), § 14 Rn. 41 ff.

<sup>7</sup> BGH NJW 2013, 624, 625; s. auch *BGH NZG* 2005, 755; *BayObIG NJW* 1997, 1936; *Dierlamm NStZ* 1996, 153, 156.

Angesichts des Fehlens solcher rechtswirksam übertragener Befugnisse schließt der Strafsenat die Annahme einer faktischen Geschäftsführung zwar nicht aus, doch deutet er diesen Umstand für die weitere Prüfung als Indiz gegen die Übernahme eines ausreichenden Pflichtenkreises.<sup>8</sup>

### b. Faktische Geschäftsführerstellung aufgrund der Übertragung tatsächlicher Befugnisse

Davon ausgehend prüft das Gericht, ob dem Angeklagten hinreichende Befugnisse zumindest faktisch übertragen wurden. Auch dies könne ausreichen, um die tatsächliche Machtposition um den notwendigen kompetenziellen Unterbau anzureichern.

An dieser Stelle kritisiert der Strafsenat die pauschale Feststellung des LG Berlin, das sich damit begnügt hatte, festzuhalten, der Angeklagte habe „im Einvernehmen mit der Gesellschafter-GmbH von Anfang an die Stellung des Geschäftsführers“ eingenommen. Das LG hatte zur Begründung ausschließlich angeführt, dass die Mitangeklagte Geschäftsführerin der A-GmbH durch den Angeklagten eingestellt worden war und sich auf Anweisung des Gesellschafters in Geschäftsführungsfragen an den Angeklagten wenden sollte. Der BGH deutet zu Recht an, dass diese Umstände wiederum nur geeignet seien, seine tatsächliche Machtposition zu verbildlichen. Inwieweit ihm hierdurch jedoch tatsächlich Befugnisse zukamen, die typischerweise einem Geschäftsführer zustehen, werde vom Landgericht nicht näher ergründet, weshalb dessen Feststellungen nicht Grundlage für die Annahme einer faktischen Geschäftsführerstellung sein könnten.<sup>9</sup>

### c. Faktische Geschäftsführerstellung aufgrund der Anweisungsmöglichkeit gegenüber dem formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer

Der 5. Strafsenat weist in einem letzten Schritt darauf hin, dass eine faktische Geschäftsführerstellung nach höchstrichterlicher Rechtsprechung teilweise auch entstehen könne, wenn jemand die Möglichkeit habe, einen formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer dergestalt anzuweisen, dass dieser *durch* den Geschäftsführer „die Geschäftspolitik des Unternehmens tatsächlich bestimmt“.<sup>10</sup>

Während sich die faktische Geschäftsführerstellung in den ersten beiden Fällen aus tatsächlicher Macht in Verbindung mit eigenen Kompetenzen ergeben soll, resultiert sie hier aus tatsächlicher Einwirkungsmacht auf den ordentlichen Geschäftsführer in Kombination mit dessen Kompetenzen.

Der 5. Strafsenat schränkt diesen letzten Prüfungspunkt jedoch umgehend selbst ein und betont, dass es einer besonders kritischen Prüfung bedürfe, wenn der potentiell faktische Geschäftsführer – wie in diesem Fall der Angeklagte – der geschädigten Gesellschaft als Vertrags-

<sup>8</sup> S. auch BGH ZIP 2005, 1414.

<sup>9</sup> BGH NJW 2013, 624, 625.

<sup>10</sup> BGH NJW 2013, 624, 625; BGH NJW 1998, 767; auch BGHZ 150, 61.



partner gegenübersteht. Die kritische Betrachtung rechtfertigt sich bereits dadurch, dass die Annahme einer faktischen Geschäftsführung dann gegenläufige Vermögensbetreuungspflichten begründen würde. Jedenfalls könne die Feststellung einer bloß faktischen Einflussnahme hier ebenfalls nicht genügen, weil jene sich auch aus wirtschaftlicher Macht und Abhängigkeit sowie besonderem Verhandlungsgeschick ergeben könne – mithin Umständen, die nicht geeignet sind, eine Pflicht zu begründen, die Geschicke des Vertragspartners zu leiten und deshalb dessen Vermögen zu schützen.

Auch für diese Konstellation mahnt der BGH mithin einen formalisierten Hintergrund an, auf dem die tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten beruhen müssen.

Der Strafsenat schlägt als Lösung sodann vor, die Blickrichtung – anders als es das Landgericht getan habe – auf die Gesellschafterebene zu verlagern und eine faktische Geschäftsführerstellung erst dann anzunehmen, wenn die Macht gegenüber dem ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer auf einer Machtstellung innerhalb der Gesellschafterebene beruht. Dies sei der Fall, wenn der Betroffene in der Lage sei, „die Unternehmensentscheidungen zu determinieren“, jedenfalls wenn ein bewusstes Zusammenwirken mit den Gesellschaftern erfolge oder jene aus anderen Gründen derart abhängig von ihm seien, dass ihre Gesellschaft nicht mehr als eine „abhängige und unselbständige Strohmannfirma“ für das eigene Unternehmen des faktischen Geschäftsführers sei.<sup>11</sup> Erst dies rechtfertige die Annahme einer zusätzlichen, gegenläufigen Vermögensbetreuungspflicht.

## 2. Vermögensbetreuungspflicht aufgrund anderer tatsächlicher Umstände

Abschließend prüfen die Leipziger Richter die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht ohne Rekurs auf eine faktische Geschäftsführerstellung aufgrund tatsächlicher Übernahme vermögenswirksamer Verpflichtungen.<sup>12</sup> Auch an dieser Stelle weisen sie darauf hin, dass es zur Annahme einer solchen Pflicht zumindest konkreter Anhaltspunkte dafür bedürfe, dass dem Vermögensbetreuungspflichtigen das Vermögen der infrage stehenden Gesellschaft anvertraut worden sei und es insbesondere einer Abgrenzung zur bloßen – gegebenenfalls auch dauerhaften – Durchsetzung der eigenen Interessen in der ökonomischen Auseinandersetzung bedürfe. Der Strafsenat stellt fest, dass das landgerichtliche Urteil derartige Feststellungen vermissen lasse, gibt allerdings selbst keine weiteren Kriterien vor.

## IV. Bewertung der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung des BGH ist grundsätzlich begrüßenswert und zwar bereits deshalb, weil es dem 5. Strafsenat gelingt, unmissverständlich zu formulieren,

<sup>11</sup> BGH NJW 2013, 624, 625 unter Verweis auf BGH NJW 1997, 66.

<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 66; NSStZ 1999, 558; Fischer, StGB, § 266 Rn. 33; zu Auswirkungen dieser Ausführungen auf den faktischen Konzern Corsten BB 2013, 660.

dass es gerade bei der Anwendung des sehr weiten Straftatbestandes der Untreue stets einer klar umrissenen Rückkoppelung abstrakter Tatbestandsmerkmale an konkrete Lebensumstände bedarf. Er bewegt sich dabei auf der Linie des BVerfG,<sup>13</sup> das den Straferichten in seinem viel beachteten Beschluss vom 23. Juni 2010 eindeutig ins Stammbuch geschrieben hat, dass jedem Tatbestandsmerkmal des Untreuetatbestandes eigenes Restriktionspotential innewohnt und daher stets eine eigenständige Prüfung erforderlich ist.<sup>14</sup> Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht aufgrund des bloßen Hinweises auf eine faktische Geschäftsführerstellung basierend auf tatsächlichen Einflussnahmen im Rahmen der Geschäftstätigkeit einer GmbH kann diesen Anforderungen jedenfalls nicht gerecht werden. Zu Recht mahnt der BGH in seiner Entscheidung mehrfach an, dass eine faktische Geschäftsführerstellung einer kompetenziellen Begründung bedarf.

Erfreulich ist insbesondere, dass der BGH sich nicht darauf beschränkt, die fehlende Konkretisierung des LG zu kritisieren, sondern seinen Beschluss vielmehr dazu nutzt, auch einige Leitlinien kundzutun, anhand derer eine Prüfung erfolgen sollte. Dabei geht er von einem Stufenverhältnis aus, wonach eine Vermögensbetreuungspflicht jedenfalls dann gegeben ist, wenn ein Angeklagter als faktischer Geschäftsführer eingestuft werden kann, weshalb erst in einem zweiten Schritt der Fokus darauf zu richten ist, ob sich die Vermögensbetreuungspflicht aus tatsächlichen Umständen ergibt, die eine faktische Geschäftsführerschaft nicht zu begründen vermögen. Diese Differenzierung erscheint deshalb erstaunlich, weil es einer solchen nicht zwingend bedürft hätte. Immerhin dürften alle Fälle einer faktischen Geschäftsführung auch mit anderen tatsächlichen Umständen einhergehen, die geeignet sind, eine Vermögensbetreuungspflicht zu begründen.<sup>15</sup> Die Aufteilung zeugt davon, dass der 5. Strafsenat bei seiner Entscheidung im Blick hatte, dass die Kriterien des § 266 StGB zum Wohle der Klarheit und Vorhersehbarkeit einer Konkretisierung bedürfen.

Umso bedauerlicher ist es, dass dem Senat gegen Ende seines Beschlusses scheinbar die Puste ausgeht und er es nicht schafft, zu präzisieren, inwieweit sich die Kriterien, welche eine Vermögensbetreuungspflicht aufgrund der Annahme einer faktischen Geschäftsführung begründen, von denjenigen unterscheiden, die eine solche Pflicht aus bloß tatsächlichen Umständen herzuleiten vermögen. Insbesondere bei Letzteren mahnt er nur die Notwendigkeit an, sie an die Umstände des jeweiligen Falls rückzukoppeln. Der lobenswerte restriktive Ansatz verpufft somit bei der eher diffusen konkreten Umsetzung.

Bei seinen Erwägungen zur Bestimmung der faktischen Geschäftsführerschaft begründet der BGH ebenfalls ein Stufenverhältnis, wonach sich die faktische Geschäftsführung zunächst daraus ergeben kann, dass einem Angeklagten rechtswirksam typische Befugnisse eines Ge-

<sup>13</sup> So ebenfalls Gutmann FD-StrafR 2013, 342502.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656 m. Anm. Becker HRRS 2010, 383.

<sup>15</sup> Vgl. BGH NSStZ 1996, 540 mit Kritik bei Dierlamm NSStZ 1997, 534, 535.

schäftsführers eingeräumt worden sind und anschließend daraus, dass eine solche Befugniserteilung nur tatsächlich erfolgte – wobei der BGH mit erfreulicher Klarheit äußert, dass das Fehlen rechtswirksamer Beauftragungen als Indiz gegen eine faktische Geschäftsführerschaft wirkt. Die Fälle bloß tatsächlicher Befugniserteilung dürften vor diesem Hintergrund zukünftig einen noch intensiveren Begründungsaufwand mit sich bringen.<sup>16</sup> Zur weiteren Konkretisierung der vorliegenden Entscheidung erscheint eine Anknüpfung an die Kriterien angebracht, welche das BayObLG in seiner grundlegenden Entscheidung aus 1997 aufgestellt hat, wonach neben der Gehaltshöhe typische Geschäftsführerbefugnisse auch das Bestimmen der Unternehmenspolitik und Unternehmensorganisation, das Innehaben von Personalhoheit, die Pflege externer Geschäftsbeziehungen, die Verhandlung mit Kreditgebern sowie die Entscheidung in Steuer- und Buchhaltungsfragen sind.<sup>17</sup>

Die Erwägungen des Strafsenats zur faktischen Geschäftsführung aufgrund der Steuerung eines Unternehmens durch dessen formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer können indes nur teilweise überzeugen. Völlig zu Recht betont der BGH auch hier zwar die Notwendigkeit einer genauen Betrachtung des zu Grunde liegenden Lebenssachverhalts und stellt mit begrüßenswerter Klarheit fest, dass gerade im Rahmen von Geschäftsbeziehungen der Fall einer faktischen Geschäftsführung von demjenigen zu unterscheiden ist, in welchem sich ein Vertragspartner aufgrund ökonomischer Stärke oder besonderen Verhandlungsgeschicks stets durchsetzen kann. Ebenfalls richtigerweise weist er darauf hin, dass die Annahme zweier gegenläufiger Vermögenbetreuungspflichten bei sich gegenüberstehenden Vertragsparteien einen Ausnahmefall darstellen muss. Interessant ist in diesem Zusammenhang außerdem, dass die Richter das Erfordernis einer überragenden Stellung gegenüber dem formell ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer scheinbar nicht mehr als Ausschlusskriterium einer faktischen Geschäftsführung nutzen, sondern dieser überragenden Stellung einen eigenen, positionsbegründenden Inhalt beimessen.<sup>18</sup> Dies ist deshalb begrüßenswert, weil sich der BGH damit von der falschen Annahme löst, es reiche aus, wenn eine Person hafte, weshalb es eines faktischen neben einem ordentlichen Geschäftsführer nicht bedürfe; zutreffend ist dagegen, dass die faktische Geschäftsführung – so man sie denn anerkennt – auf eigenen Kriterien fußen muss, die nichts mit der potentiellen Haftbarkeit einer anderen Person zu tun haben.<sup>19</sup>

Unzureichend erscheint hingegen der Ausgleich fehlender kompetenzieller Verankerung einer tatsächlichen Machtposition mittels eines Blickes auf die Gesellschafterebene und die Annahme einer faktischen Geschäfts-

führung bei „faktischer Gesellschaftertätigkeit“.<sup>20</sup> Zunächst einmal bleibt der BGH eine Antwort darauf schuldig, weshalb der Einfluss auf die Gesellschafterebene die Stellung als faktischen Geschäftsführer überhaupt berühren soll. Wäre dies der Fall, müsste zumindest jeder Gesellschafter auch stets faktischer Geschäftsführer sein.<sup>21</sup> Weiterhin wird das Grundproblem hier nur verlagert, fehlt es doch auf der Gesellschafterebene ebenfalls an Kriterien, die eine Abgrenzung gegenüber denjenigen Situationen bieten, die der BGH in dieser selben Entscheidung auf Geschäftsführerebene zu Recht kritisiert hat. Auch auf der Gesellschafterebene kann die Machtstellung aus ökonomischer Stärke resultieren oder auf besonderem Verhandlungsgeschick basieren. Kompetenzielle Befugnisse, welche – wie vom Senat im Ausgangspunkt zu Recht gefordert – die Grundlage einer faktischen Geschäftsführerstellung sein sollen, indem sie die bloße Macht um einen notwendigen Status bereichern, ergeben sich beim potentiell faktischen Geschäftsführer jedenfalls nicht zwangsläufig aus der Möglichkeit, Einfluss auf die Gesellschafter zu nehmen. Der Transfer des Problems auf die Gesellschafterebene bietet für sich genommen mithin keinen Mehrwert, erklärt er doch wiederum nur, weshalb dem angeblich faktischen Geschäftsführer eine besondere Machtposition zukommt, aber nicht, weshalb sich aus dieser schlichten Einflussnahmemöglichkeit auf den ordentlichen Geschäftsführer eine Zurechnung von dessen besonderen Geschäftsführerkompetenzen ergeben muss.

Die Reduzierung einer Geschäftsführerschaft – sei es auch nur einer faktischen – auf bloße Machtpositionen ohne eigene Kompetenzen widerspricht dem Kern der Geschäftsführerschaft, die ihre Machtposition richtigerweise gerade aus diesen besonderen Kompetenzen schöpft.<sup>22</sup>

Hier unterscheidet sich die faktische Geschäftsführung etwa von der Untreue, welche – auch wenn jene in der vorliegenden Entscheidung unzureichend konkretisiert wird – angesichts ihres Wortlauts sehr wohl Pflichten zur Betreuung von Vermögen schaffen kann, ohne dass diesen ein kompetenzieller Unterbau zu Grund liegt.

Nicht zuletzt müsste die Rechtsprechung bei Annahme einer faktischen Geschäftsführung wegen der Einflussnahme auf den ordentlichen Geschäftsführer aufgrund „faktischer Gesellschaftertätigkeit“ erklären, warum sich aus dieser Stellung im Rahmen der Untreue jedenfalls bis zur Grenze des § 30 GmbHG keine Rechtfertigung der Anweisung einer Vermögensweggabe ergibt.<sup>23</sup> Sie müsste

<sup>16</sup> Kritisch zum weiten Verständnis der faktischen Geschäftsführerschaft insbesondere *Dierlamm* NStZ 1996, 153, 154.

<sup>17</sup> BayObLG NJW 1997, 1936; vgl. *Dierlamm* NStZ 1996, 153, 156; *Wegner* wistra 1998, 283, 284.

<sup>18</sup> Zur Voraussetzung einer überragenden Stellung BGHSt 46, 62, 64; NStZ 2000, 34; *Schmucker* ZJS 2011, 30, 36.

<sup>19</sup> Anders die h.M. s. nur *Dierlamm* NStZ 1996, 153, 156; *Löffler* wistra 1989, 121, 125; *Waßmer*, MüKo-Bilanzrecht (2012), HGB § 331 Rn. 15 ff. – jew. m.w.N.

<sup>20</sup> Zum faktischen Gesellschafter im Zivilrecht *Servatius*, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG (Stand 1.12.2012), Rn. 487.1.

<sup>21</sup> Zur notwendigen Abgrenzung zwischen gesellschaftlichem Weisungsrecht und faktischer Geschäftsführerschaft *Wißmann*, MüKo-GmbHG (2011), § 82 Rn. 48 m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. *Corsten* BB 2013, 660; zur Notwendigkeit von Befugnissen zur Begründung einer faktischen Geschäftsführung in der zivilrechtlichen Rechtsprechung vgl. nur BGH NJW 2002, 1803; NJW 1988, 1789.

<sup>23</sup> Grundlegend zur Möglichkeit eines Einverständnisses durch GmbH-Gesellschafter *Kindhäuser* (Fn. 3), § 266 Rn. 68 ff.; speziell zum Einverständnis im Zusammenhang mit einem

überdies weiter erläutern, ob eine derart begründete faktische Geschäftsführung nicht immer dann ausgeschlossen werden muss, wenn die Kompetenzen des (faktischen) Gesellschafters – etwa aufgrund eines Verstoßes seiner Anweisungen gegen § 30 GmbHG – gegenüber dem ordentlich bestellten Geschäftsführer enden.<sup>24</sup> Zumindest für den Fall der Untreue ergäbe sich daraus, dass der auf diese Weise geschaffene faktische Geschäftsführer entweder mangels Pflichtverletzung des ordnungsgemäßen Geschäftsführers oder mangels Vermögensbetreuungspflicht des faktischen Gesellschafters/Geschäftsführers straflos wäre.

---

faktischen Geschäftsführer *Wessing/Krawczyk* NZG 2011, 1297 ff.

<sup>24</sup> Hierzu *Kindhäuser* (Fn. 3), § 266 Rn. 71.

## V. Fazit

Die Entscheidung zeugt vom lobenswerten Versuch einer steten Konkretisierung des weiten Untreuetatbestandes, scheitert jedoch in der konkreten Ausgestaltung eben dieser Konkretisierung.

Insbesondere die Annahme einer faktischen Geschäftsführerstellung bei tatsächlicher Einflussnahme auf einen ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer im Falle erheblichen Einflusses auch auf die Gesellschafterebene kann nicht überzeugen. Hier fehlt es an einer kompetenziellen Begründung dieser Stellung, der es zur Annahme jeder Organschaft bedarf.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

*Hinweis* Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

## **562. BGH 1 StR 11/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Konstanz)**

Abwesenheit eines notwendigen Verfahrensbeteiligten (Entfernung des Angeklagten während der Entscheidung über die Entlassung einer Zeugin; wesentlicher Bestandteil der Hauptverhandlung).

§ 247 Satz 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

Die Entscheidung über die Entlassung der Zeugin ist nicht mehr Teil der Vernehmung, sondern bildet einen eigenständigen wesentlichen Bestandteil der Hauptverhandlung (BGHSt 55, 87, 92).

## **563. BGH 1 StR 148/13 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **564. BGH 1 StR 171/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013**

Bewilligung von Prozesskostenhilfe; Beistandsbestellung für das Adhäsionsverfahren.

§ 397a StPO; § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO

## **565. BGH 1 StR 185/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Traunstein)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **566. BGH 1 StR 64/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Münster)**

Vollendung der Umsatzsteuerhinterziehung bei Umsatzsteuervoranmeldungen.

§ 370 AO; § 18 Abs. 1 UStG

## **567. BGH 1 StR 66/13 – Beschluss vom 3. Mai 2013 (LG Landshut)**

Strafschärfung auf Grund eines späteren Verhaltens des Angeklagten (Rückschluss auf die abgeurteilte Tat); angemessene Rechtsfolge.

§ 46 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 354 Abs. 1a StPO

## **568. BGH 1 StR 69/13 – Beschluss vom 13. Juni 2013 (LG Landshut)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **569. BGH 1 StR 81/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Anhörungsgrüße.

§ 356a StPO

## **570. BGH 1 StR 557/12 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (BGH)**

Unbehelfliche Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

## **571. BGH 1 StR 563/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG München I)**

Erfolgreiche Rüge der unterlassenen Belehrung über die Rechtsfolgen einer gescheiterten Verständigung; Zulässigkeit der Rüge.

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 344 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 184 GVG

## **572. BGH 1 StR 637/12 – Beschluss vom 3. Mai 2013 (LG Ansbach)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung; Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines Nebenklagedeliktes; besondere Schwere der Schuld).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 56a StGB; § 211 StGB; § 105 JGG

Mit dem Ziel der Annahme eines weiteren Mordmerkmals (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 371), der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld i.S.d. § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 – 5 StR 45/01, BGHR StPO § 400 Abs. 1 Zulässigkeit 12) sowie der Anwendung des allgemeinen Strafrechts statt Jugendstrafrechts (vgl. BGH StraFo 2007, 245) kann das Urteil nicht angefochten werden.

## **573. BGH 2 StR 102/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

## **574. BGH 2 StR 127/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Aachen)**

Unwirksamer Verbindungsbeschluss (unzuständiges Gericht; Heilung durch Nachholung seitens des Revisionsgerichts).

§ 4 StPO; § 6 StPO

## **575. BGH 2 StR 3/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Fulda)**

Nötigungshandlung bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; Gewalt).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**576. BGH 2 StR 39/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Marburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**577. BGH 2 StR 68/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Köln)**

Strafzumessung bei Serienstraftaten (Berücksichtigung weiterer Straftaten nur bei prozessordnungsgemäßer Feststellung).  
§ 46 StGB

**578. BGH 2 StR 157/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**579. BGH 2 StR 406/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Köln)**

Betrug (Vortäuschung einer soliden Immobilienfinanzierung; Verhältnis zur Begünstigung; Beihilfe durch Zusage einer Sicherungshandlung); Vorteilsbegriff der Begünstigung (Unmittelbarkeit; Ersatzvorteile).  
§ 263 StGB; § 27 StGB; § 257 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB

**580. BGH 2 StR 610/12 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Erfurt)**

Strafzumessung bei Mittäterschaft.  
§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**581. BGH 2 StR 634/12 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Trier)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**582. BGH 2 ARs 180/13 2 AR 137/13 – Beschluss vom 21. Mai 2013 (OLG Celle)**

Verfahrensabgabe in einer Strafvollstreckungssache (Rechtsbeschwerde); gemeinsames oberes Gericht im Sinne des § 14 StPO.  
§ 109 StVollzG; § 14 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 3 GVG

**583. BGH 2 ARs 184/13 (2 AR 127/13) – Beschluss vom 23. Mai 2013 (AG Wuppertal; AG Gladbeck)**

Zuständigkeit zu weiteren Entscheidungen im Sinne des § 58 Abs. 1 JGG (Aussetzung einer Jugendstrafe zur Bewährung; sachgerechte Abgabe).  
§ 58 Abs. 1 JGG; § 88 JGG; § 14 StPO

**584. BGH 2 ARs 217/13 (2 AR 149/13) – Beschluss vom 5. Juni 2013 (AG Darmstadt; LG Aachen)**

Verfahrensverbindung (sachlicher Zusammenhang); unwirksamer Verbindungsbeschluss (Erstreckung auf die sachliche Zuständigkeit: Entscheidung durch das gemeinschaftliche obere Gericht anstatt durch Vereinbarung der beteiligten Gerichte).  
§ 3 StPO; § 4 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

**585. BGH 2 ARs 91/13 (2 AR 56/13) – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Offenburg)**

Übertragung der Zuständigkeit; Phishing und Geldwäsche (Leichtfertigkeit); Computerbetrug.  
§ 13a StPO; 7 Abs. 1 StGB; § 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 263a StGB

**586. BGH 2 ARs 223/13 (2 AR 158/13) – Beschluss vom 4. Juni 2013**

Verfahrensverbindung (sachlicher Zusammenhang).  
§ 3 StPO; § 4 StPO

**587. BGH 4 StR 106/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Dessau-Roßlau)**

Konzentrationsmaxime (unzulässige wiederholte Unterbrechung für dreißig Tage; Unmittelbarkeitsgrundsatz; Mündlichkeitsgrundsatz).  
§ 229 Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 337 StPO

**588. BGH 4 StR 143/13 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Hagen)**

Abgrenzung von schwerem Raub und schwerer räuberischer Erpressung (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges durch den Einsatz einer ungeladenen Gaspistole; Verwenden einer Waffe, eines gefährlichen Werkzeuges).  
§ 250 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 249 StGB

**589. BGH 4 StR 152/13 – Beschluss vom 8. Mai 2013 (LG Dortmund)**

Verfall (Erörterungsmangel hinsichtlich entgegenstehender Ansprüche des Verletzten).  
§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

**590. BGH 4 StR 167/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Arnsberg)**

Revisibilität der unterbliebenen rechtzeitigen Unterrichtung des abwesenden Angeklagten bei der Zeugenvernehmung (Beruhen); Rekonstruktionsverbot bei der Ausschöpfung von Beweismitteln (unterbliebene Beantwortung von Fragen an den Sachverständigen).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 247 Satz 4 StPO; § 337 StPO

**591. BGH 4 StR 184/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**592. BGH 4 StR 475/12 – Beschluss vom 7. Mai 2013 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**593. BGH 5 StR 581/12 – Beschluss vom 12. Juni 2013 (LG Lübeck)**

Voraussetzungen des Betruges bei der Erlangung von Rabatten für preisgebundene Medikamente (Vermögensschaden beim Rabattbetrug; Krankenhauspreise und alternative Beschaffungsmöglichkeiten; Mittäterschaft: Darlegungsanforderungen); Abgrenzung Tun und Unterlassen (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Verweisungen auf Selbstleseverfahren; Grenzen der Verständigung (geeignete Fälle; Einstellungen).

§ 263 StGB; § 13 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 78 AMG; § 1 Abs. 3 Nr. 2 AMPPreisV; § 249 StPO; § 257c StPO; § 153 StPO; § 153a StPO

**594. BGH 1 StR 105/13 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Karlsruhe)**

Beleidigung (Strafantragserfordernis; Abgrenzung von der Körperverletzung); Strafmilderung wegen alkoholbedingter Verminderung der Schuldfähigkeit (Milderung bei verschuldeter Trunkenheit: keine verschuldeter Rausch bei Alkoholkrankheit).

§ 185 StGB; § 194 Abs. 1 StGB; § 223 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**595. BGH 1 StR 122/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Sitzungspolizei (Ausschluss von „Nichtstörern“; Rügepräklusion: Zwischenrechtsbehelf; Öffentlichkeitsgrundsatz); Strafzumessung.

§ 176 GVG; § 238 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 1 StGB

**596. BGH 1 StR 137/13 – Beschluss vom 2. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Revisionsseinlegungsfrist: Begründung).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

**597. BGH 1 StR 178/13 – Beschluss vom 6. Mai 2013 (LG Offenburg)**

Vergewaltigung (Täterschaft: eigenhändige Verwirklichung); Anordnung der Jugendstrafe (Voraussetzungen: Schwere der Schuld; Strafzumessung).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

**598. BGH 1 StR 22/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Traunstein)**

Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter: Auffangrechtserwerb des Staates, Feststellung im Urteil); Rückwirkungsverbot (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 73 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StPO

**599. BGH 1 StR 68/13 – Beschluss vom 16. Mai 2013 (LG Bochum)**

Beihilfe zur Steuerhinterziehung.

§ 370 Abs. 1 AO; § 27 Abs. 1 StGB

**600. BGH 5 StR 551/11 – Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Berlin)**

Untreuevorsatz und Vermögensnachteil bei der Übernahme einer existenzgefährdenden Mietgarantie durch Immobilienfonds (überschießende Innentendenz und voluntatives Element des Vorsatzes bei Risikogeschäften: maßgebliche Indizien; Pflichtwidrigkeit und Einverständnis im Konzern: Existenzgefährdung); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Entgrenzungsverbot; Verschleifungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**601. BGH 1 StR 71/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung und Darlegung im Urteil; Gefährlichkeitsprognose: Suizidgefahr des Angeklagten). § 63 StGB

**602. BGH 1 StR 8/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Augsburg)**

BGHSt; Verbreitung kinderpornographischer Schriften (Begriff der kinderpornographischen Schrift: Beschreibung mit Worten, E-Mail; tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen: kein tatsächliches Geschehen bei schriftlicher Schilderung von sexuellen Handlungen; Besitzverschaffung: einzelner Adressat; Übermittlung einer E-Mail; Verhältnis zum Besitz kinderpornographischer Schriften).

§ 184b Abs. 2, Abs. 4 StGB

**603. BGH 1 StR 573/12 – Urteil vom 14. Mai 2013 (LG Mosbach)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Voraussetzungen; Verbindung mit der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 72 StGB

**604. BGH 1 StR 633/12 – Beschluss vom 16. Mai 2013 (BGH)**

Anhörungsrüge (Einlegungsfrist); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung von Verteidigerverschulden: analoge Anwendung der Vorschriften des BVerfGG); Gegenvorstellung.

§ 356a Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG

**605. BGH 2 StR 117/12 – Urteil vom 5. Dezember 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Fälschung von Zahlungskarten und Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Tateinheit: Verhältnis zum späteren Gebrauch und zu damit zusammentreffenden Betrugs-taten); Beihilfe (Tateinheit bei mehreren Beihilfehandlungen und bei mehreren geförderten Taten).

§ 52 Abs. 1 StGB; § 152a Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

**606. BGH 2 StR 14/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Schwerer Raub (schwere körperliche Misshandlung); Mittäterschaft (Mittäterexzess; sukzessive Mittäterschaft).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**607. BGH 2 StR 19/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Kassel)**

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des notwendigen Verteidigers (Abwesenheit während der Vernehmung eines Zeugen); Anordnung des Verfalls (erlangtes Etwas bei Mittätern; entgegenstehende Ansprüche Dritter bei Wertersatzverfall).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 73 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 73a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**608. BGH 2 StR 4/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Darmstadt)**

Beihilfe durch Unterlassen (Garantenstellung aus Ingenieur; Unterlassungsvorsatz).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB

**609. BGH 2 StR 55/12 – Urteil vom 30. Januar 2013 (LG Meiningen)**

Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen: Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs wegen Besorgnis der Befangenheit); Gesamtstrafenbildung (Begründung).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 1 StPO § 26a Abs. 1 StPO; § 53 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

**610. BGH 2 StR 93/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Vorliegen eines Rauschzustandes bei nicht gesicherten Erkenntnissen über dafür erforderliche Wirkstoffkonzentration: Beweiswürdigung).  
§ 21 StGB; § 261 StPO

**611. BGH 2 StR 504/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Beweisantragsrecht (Zulässigkeit des Beweisantrags über vermutete Tatsachen; Beweisantrag ins Blaue hinein); revisionsrechtliche Rüge eines abgelehnten Beweisantrags (Zulässigkeitsvoraussetzungen); Untreue (Vermögensbetreuungspflicht).  
§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 266 Abs. 1 StGB

**612. BGH 4 StR 109/13 – Urteil vom 23. Mai 2013 (LG Dortmund)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen).  
§ 46a Nr. 1 StGB

**613. BGH 4 StR 121/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Passau)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Voraussetzungen: Angabe des Zeitpunkts, zu dem das Fristwahrungshindernis entfallen ist); Belehrungspflichten (Zeitpunkt; Beschuldigter).  
§ 44 Abs. 1 StPO; § 45 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

**614. BGH 4 StR 165/13 – Beschluss vom 8. Mai 2013 (LG Hamburg)**

Erpresserischer Menschenraub; Aufklärungspflicht des Gerichtes (Verlesung des Protokolls über die Vernehmung im Ermittlungsverfahren bei Nichterscheinen des Zeugens; erfolgreiche Aufklärungsrüge).  
§ 239a Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 251 Abs. 1 StPO

**615. BGH 4 StR 169/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Essen)**

Strafzumessung (polizeiliche Überwachung der Tat als Strafmilderungsgrund; Angabe von Strafmilderungsgründen im Urteil); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 46 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 64 StGB

**616. BGH 4 StR 170/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Bielefeld)**

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines beendeten Versuchs: Rücktrittshorizont, Gleichgültigkeit des Täters, in dubio pro reo); Beweiswürdigung.  
Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB; § 261 StPO

**617. BGH 4 StR 485/12 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Siegen)**

Urteilsbegründung (Darstellung der festgestellten Tatsachen; neuerliche Feststellung bei Aufhebung und Zurückverweisung eines Urteils).  
§ 267 Abs. 1 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

**618. BGH 4 StR 551/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Freiburg)**

Notwehr (Erforderlichkeit: Flucht als grundsätzlich nicht gleich geeignetes Mittel; Rechtfertigung von Eingriffen in Universalrechtsgüter; subjektives Rechtfertigungselement: Kenntnis und Verteidigungswille); Notwehrexzess (subjektive Voraussetzungen); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs; lebensgefährliche Behandlung; subjektive Voraussetzungen); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.  
§ 32 Abs. 1 StGB; § 33 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB; § 315b Abs. 1 StGB

**619. BGH 4 StR 70/13 – Urteil vom 23. Mai 2013 (LG Halle)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Anforderungen an die Begründung; Darlegung von Vorstrafen).  
§ 56 Abs. 1 StGB

Bei der Begründung der Prognoseentscheidung nach § 56 Abs. 1 StGB genügt es die Vorstrafen gestraft und zusammengefasst darzulegen. Einer Sachverhaltsschilderung oder gar der Darlegung der vom früheren Richter oder Staatsanwalt angestellten Strafzumessungs- bzw. Entscheidungserwägungen bedarf es nur bei der Bildung einer neuen Einheitsjugendstrafe oder einer nachträglichen Gesamtstrafe, ansonsten nur in den wenigen Ausnahmefällen, in denen die früher festgestellten Taten oder Entscheidungserwägungen auch für den jetzigen Tatrichter entscheidungserheblich sind.

**620. BVerfG 2 BvR 85/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2013 (OLG Rostock / LG Stralsund)**

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Rechtsstaatsprinzip; faires Verfahren; Aussagefreiheit; Belehrung; „Altfälle“; objektiver Verfassungsverstoß); Revision (Verfahrensrüge; Beruhen; konkrete Feststellungen).  
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c Abs. 5 StPO

**621. BVerfG 2 BvR 2392/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2013 (LG Erfurt / AG Erfurt)**

DNA-Analyse (Entnahme von Körperzellen; molekular-genetische Untersuchung; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Abwägung; Einzelfallbetrachtung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Erzie-

hungsgedanke; Stigmatisierung; jugendtypische Verfehlung; „Knutschfleck“).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 81g StPO

**622. BGH 1 StR 232/13 – Beschluss vom 7. Juni 2013 (LG München I)**

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Zulässigkeitsvoraussetzungen: Angabe des Hinderungsgrunds und des Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernis; Frist).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 1 StPO

**623. BGH 1 StR 469/12 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte (Vorlegungspflicht bei Sprungrevision; Gegenstand der Vorlegungspflicht; Bindung an Beurteilungen des OLG); Störung öffentlicher Betriebe (Begriff der Anlage; Unbrauchbarmachung; Einwirken auf die Sachsubstanz); Sachbeschädigung.

§ 121 Abs. 2 GVG; § 316b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 303 StGB

**624. BGH 1 StR 476/12 – Urteil vom 15. Mai 2013 (LG München I)**

Strafzumessung; Beschränkung der Revision (Trennbarkeit von Wertersatzverfall und erweitertem Verfall).

§ 46 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 344 Abs. 1 StPO

**625. BGH 1 StR 48/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Traunstein)**

BGHSt; Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Abstandsgebot; Auslegung der Übergangsvorschriften des EGStGB; als Jugendlicher zu behandelnder Heranwachsender).

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK; Art. 316f EGStGB; § 7 Abs. 2 aF JGG; § 105 Abs. 1 JGG

**626. BGH 1 StR 626/12 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Frankfurt am Main)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitgebers); Beihilfe (Tatmehrheit); Absehen von der Aufhebung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; verfassungskonforme Auslegung).

§ 266a StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**627. BGH 2 StR 54/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Mainz)**

Besonders schwerer sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; Mittäterschaft (Exzess des Mittäters).

§ 179 Abs. 7 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**628. BGH 2 StR 558/12 – Urteil vom 8. Mai 2013 (LG Kassel)**

Raub (Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben; Ausnutzen der Angst des Opfers; Verknüpfung von Drohung und Wegnahmehandlung; Finalität); erpresserischer Menschenraub (nachträglich gefasster Erpressungsentschluss; Raub als spezieller Fall der Erpressung); Festsetzung einer einheitlichen Jugendstrafe (Bindung an Wertungen früherer Verurteilungen).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 239a Abs. 1 StGB; § 31 JGG

**629. BGH 2 StR 94/13 – Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Koblenz)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).

§ 63 StGB

**630. BGH 2 ARs 227/13 2 AR 156/13 – Beschluss vom 19. Juni 2013**

Widerruf des Beschlusses über die Reststrafenaussetzung zur Bewährung (örtliche Zuständigkeit; Begriff der Befassung)

§ 462a StPO

**631. BGH 4 StR 111/13 – Beschluss vom 7. Mai 2013 (LG Detmold)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Verschlechterungsverbot (Aufhebung einer Gesamtstrafe).

§ 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

**632. BGH 4 StR 151/13 – Beschluss vom 22. Mai 2013 (LG Essen)**

Recht auf Verteidigung; nemo-tenetur-Grundsatz; Strafzumessung (unzulässiges Anlasten von Verteidigungsverhalten).

Art. 6 Abs. 3 Buchstabe c EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 46 StGB

**633. BGH 4 StR 180/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Bielefeld)**

Mord (Heimtücke; Beweiswürdigung).

§ 211 StGB; § 261 StPO

**634. BGH 4 StR 192/13 – Beschluss vom 4. Juni 2013 (LG Magdeburg)**

Verfahrenshindernis der vorläufigen Einstellung.

§ 260 Abs. 3 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**635. BGH 3 StR 35/13 – Beschluss vom 15. April 2013 (LG Koblenz)**

Amtsaufklärungsgrundsatz (Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Vorhandensein eines Geständnisses); rechtsradikale kriminelle Vereinigung (Verhältnis von Gründung und Mitgliedschaft).

§ 129a StGB; § 244 StPO; § 261 StPO

**636. BGH 3 StR 45/13 – Urteil vom 16. Mai 2013 (LG Hildesheim)**

Eingeschränkte Revisibilität der tatrichterlichen Beweiswürdigung; rechtsfehlerfreie Verneinung des bedingten Tötungsvorsatzes bei objektiv lebensbedrohlichen Gewalthandlungen (hier: wuchtige Tritte gegen den Kopf des am Boden liegenden Opfers).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

**637. BGH 3 StR 50/13 – Beschluss vom 30. April 2013**

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

**638. BGH 3 StR 54/13 – Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Rostock)**



Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen mehrerer ver-  
typter Milderungsgründe (hier: beim schweren Raub).  
§ 49 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 23 Abs. 2 StGB;  
§ 21 StGB

**639. BGH 3 StR 59/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013**

Verwerfung der Anhörungsrüge als unzulässig wegen  
fehlender fristgerechter Begründung.  
§ 356a Satz 2 StPO

**640. BGH 3 StR 67/13 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Oldenburg)**

Anforderungen an die Darlegungen in den Urteilsgrün-  
den bei Verurteilung allein aufgrund einer Übereinstim-  
mung von DNA-Merkmalen.  
§ 261 StPO; § 267 StPO

**641. BGH 3 StR 68/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Rostock)**

Keine vollendete Anstiftung bei Kenntnis des Teilneh-  
mers von der Untauglichkeit des Haupttatversuchs  
(Strafgrund der Teilnahme; Nötigung).  
§ 26 StGB; § 240 StGB

**642. BGH 3 StR 80/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Duisburg)**

Computerbetrug (Strukturgleichheit mit dem Betrugs-  
tatbestand; Erfordernis einer unmittelbar vermögens-  
mindernden Wirkung des Datenverarbeitungsvorgangs).  
§ 263a StGB

**643. BGH 3 StR 121/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Düsseldorf)**

Gestaltung der Urteilsgründe (überflüssige Angaben zu  
Vorstrafen; keine wörtliche Wiedergabe von Zeugenaus-  
sagen im Rahmen der Beweiswürdigung).  
§ 267 StPO

**644. BGH 3 StR 144/13 – Beschluss vom 11. Juni 2013 (LG Lüneburg)**

Keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme  
in den Urteilsgründen  
§ 267 StPO

**645. BGH 3 StR 426/12 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Hannover)**

Anforderungen an die Einlegung einer zugunsten des  
Angeklagten eingelegten Revision der Staatsanwaltschaft.  
§ 296 Abs. 2 StPO

**646. BGH 3 StR 437/12 – Beschluss vom 28. Mai 2013**

Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH zum europäi-  
schen Arzneimittelbegriff (Anwendung auf gesundheits-  
schädigend wirkende Stoffe ohne therapeutischen Nut-  
zen).  
§ 2 AMG; Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Par-  
laments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaf-  
fung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel  
(ABl. EG Nr. L 311 vom 28. November 2001, S. 67 ff.) in  
der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen  
Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Ände-  
rung der Richtlinie 2001/83/EG (ABl. EG Nr. L 136 vom

30. April 2004, S. 34 ff.) geltenden Fassung gemäß Art.  
267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen  
Union (AEUV)

**647. BGH 3 StR 494/12 – Beschluss vom 23. Mai 2013 (LG Hildesheim)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**648. BGH 3 StR 526/12 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Schwerin)**

Verwerfung der wirksam zurückgenommenen sofortigen  
Beschwerde; Zuständigkeit beim Antrag auf Wiederein-  
setzung gegen die Versäumung der Revisionsbegrün-  
dungsfrist.  
§ 302 StPO; § 46 StPO

**649. BGH 3 StR 85/13 – Beschluss vom 30. April 2013 (LG Mönchengladbach)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln  
durch Überlassen der Wohnung (Erforderlichkeit der  
Kenntnis vom Nutzungszweck im Zeitpunkt der Überlas-  
sung; keine Garantenpflicht des Wohnungsinhabers;  
Voraussetzungen der „psychischen Hilfe“).  
§ 27 StGB; § 29 BtMG

**650. BGH 5 StR 83/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung  
(Anforderungen an die Berücksichtigung einer einheitli-  
chen Jugendstrafe als Vorverurteilung); strikte Verhält-  
nismäßigkeit.  
§ 66 StGB

**651. BGH 5 StR 113/13 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (rauschbedingte Vor-  
gehensweise bei der Tat; unzutreffende Ermittlung des  
Alkoholisierungsgrades; Voraussetzungen für die Einbe-  
ziehung generalpräventiver Aspekte).  
§ 46 StGB

**652. BGH 5 StR 123/13 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Leipzig)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (Anforderungen an die  
Beweiswürdigung bei kritischer Beweislage).  
§ 261 StPO

**653. BGH 5 StR 124/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Kiel)**

Einschränkende Auslegung der besonders schweren  
Brandstiftung (Erforderlichkeit einer erheblichen Er-  
schwerung des Verhinderns der Brandlöschung); einge-  
schränkte Revisibilität der Beweiswürdigung.  
§ 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

**654. BGH 5 StR 129/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Bautzen)**

Tötung aufgrund der Abwendung der Partnerin vom  
Täter als niedrige Beweggründe (Anforderungen an die  
Einhaltung des trichterlichen Beurteilungsspielraums;  
subjektive Voraussetzungen des Mordmerkmals); Siche-  
rungsverwahrung (Anwendung der Regeln der „Weiter-  
geltungsanordnung“ auf Altfälle).

§ 211 StGB; § 66 StGB

**655. BGH 5 StR 130/13 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Dresden)**

BGHSt; Schleusungstatbestände des Aufenthaltsstrafrechts (Verhältnis zum ggf. täterschaftlichen eigenen Machen falscher Angaben des Schleusers); Vollendung und Beendigung beim Machen unrichtiger Angaben; Verjährung bei der Bestechlichkeit.

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 78 StGB; § 332 StGB

**656. BGH 5 StR 135/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Berlin)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Betäubungsmittelstrafrecht bei Kurieren (sog. „Läufer“; i.d.R. keine Täterschaft bei auf Transport und Übergabe des Rauschgiftes und Entgegennahme des Geldes beschränkter Tätigkeit); erforderlicher Umfang der Einnahmequelle bei Gewerbsmäßigkeit.

§ 29 BtMG

**657. BGH 5 StR 139/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Berlin)**

Strafrahmenverschiebungen als Gegenstand von Verfahrensabsprachen (Auswirkungen der „Deal-Entscheidung“ des BVerfG).

§ 257c StPO

**658. BGH 5 StR 93/13 – Urteil vom 12. Juni 2013 (LG Lübeck)**

Rechtsfehlerhafte Bemessung der Einzelstrafe beim erpresserischen Menschenraub (fehlende strafscharfende Berücksichtigung erheblicher Angstzustände der Opfer).

§ 239a StGB; § 46 StGB

**659. BGH 5 StR 143/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Bautzen)**

Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit (Erforderlichkeit der Einfügung der Beweistatsache in das bisher gewonnene Beweisergebnis; Verbot von Widersprüchen zu den Ablehnungsgründen im Urteil); Umfang der Wiedergabe von Zeugenaussagen im Urteil.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 267 StPO

**660. BGH 5 StR 144/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Potsdam)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (fehlende Feststellung der subjektiven Tatseite hinsichtlich der Unterschreitung der Schutzaltersgrenze).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

**661. BGH 5 StR 146/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Cottbus)**

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafrahmenmilderung (keine vorwerfbare Trunkenheit bei Vorhandensein eines Hangs).

§ 21 StGB; § 49 StGB

**662. BGH 5 StR 147/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Frankfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**663. BGH 5 StR 148/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Frankfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**664. BGH 5 StR 151/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Berlin)**

Absolute Verfolgungsverjährung bei der gefährlichen Körperverletzung.

§ 78c Abs. 3 Satz 2 StGB; § 224 StGB

**665. BGH 5 StR 157/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Saarbrücken)**

Unzureichende Beweismäßigkeit (besondere Anforderungen bei spät und nicht unabhängig voneinander erfolgten Offenbarungen und Aussageunstimmigkeiten).

§ 261 StPO

**666. BGH 5 StR 163/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Hamburg)**

Sicherungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; nicht ausreichend nachvollziehbare Darlegung der Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit in den Urteilsgründen (hier: aufgrund einer paranoiden Schizophrenie).

§ 20 StGB; § 63 StGB

**667. BGH 5 StR 171/13 – Beschluss vom 28. Mai 2013 (LG Hamburg)**

Verfahrenseinstellung wegen Tod des Angeklagten.

§ 206a StPO

**668. BGH 5 StR 174/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Saarbrücken)**

Widerspruch zwischen Strafhöhe im Tenor und in den Urteilsgründen (Abgrenzung zu Schreibversehen; Maßgeblichkeit der tenorierten Strafe für die Anwendung des Verschlechterungsverbots; keine Fehleridentität zugunsten von Mitangeklagten)

§ 260 StPO; § 267 StPO; § 357 StPO; § 358 StPO

**669. BGH 5 StR 180/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Berlin)**

Fehlen ausreichender Feststellungen zu einer Krebserkrankung des Angeklagten als möglicher bestimmender Strafzumessungsgrund.

§ 46 StGB

**670. BGH 5 StR 182/13 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**671. BGH 5 StR 184/13 – Urteil vom 11. Juni 2013 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerfreie Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Kuriertätigkeit; Strafrahmenwahl; milde Strafe trotz hohen Wirkstoffgehalts).

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 46 StGB; § 27 StGB; § 49 StGB; § 56 StGB

**672. BGH 5 StR 191/13 – Beschluss vom 10. Juni 2013 (LG Görlitz)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung hinsichtlich der Täterschaft (hier: bzgl. des Handelns mit Betäubungsmitteln) bei Bekundungen durch Zeugen vom Hörensagen (Notwendigkeit der Bestätigung der Bekundungen durch andere wichtige Gesichtspunkte).  
§ 261 StPO; § 29 BtMG

**673. BGH 5 StR 196/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (fehlende Berücksichtigung eines möglichen Falschbelastungsmotivs bei den Belastungszeugen).  
§ 261 StPO

**674. BGH 5 StR 203/13 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Leipzig)**

Rechtsfehlerhafter Ausschluss der erheblichen Minderung der Schuldfähigkeit (unzutreffende Verneinung greifbarer Anhaltspunkte für einen Rauschzustand; Gruppendynamik als unzureichendes Erklärungsmodell für schwerste Gewalttätigkeiten).  
§ 21 StGB

**675. BGH 5 StR 207/13 (alt: 5 StR 256/12) – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Potsdam)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**676. BGH 5 StR 227/13 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**677. BGH 5 StR 239/13 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Braunschweig)**

Lückenhafte Beweiswürdigung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellation (fehlende Einbeziehung aller Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können).  
§ 261 StPO

**678. BGH 5 StR 246/13 (alt: 5 StR 174/12) – Beschluss vom 11. Juni 2013 (LG Saarbrücken)**

Beweiswürdigung in „Aussage gegen Aussage-Konstellationen“ (unzureichende Befassung mit Aussagenentstehung und Aussageverhalten; unzulängliche Erörterung möglicher Falschbelastungsmotive).  
§ 261 StPO

**679. BGH 5 StR 309/12 – Beschluss vom 30. Mai 2013 (LG Potsdam)**

Nachteilsfeststellung bei der Untreue (Erfordernis eigenständiger Feststellungen; Verschleifungsverbot; schadensgleiche Vermögensgefährdung aufgrund drohender Inanspruchnahme aus Lohn- und Gehaltsforderungen bei Betriebsübergang); Insolvenzverschleppung; Bankrott; Anstiftung (omnimodo facturus).  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15a InsO; § 283 StGB; § 26 StGB; § 613a BGB

**680. BGH 5 StR 567/12 – Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Neuruppin)**

Mangelnde Erforderlichkeit zur Einholung eines Sachverständigengutachtens hinsichtlich der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten im Revisionsverfahren.  
§ 205 StPO

**681. BGH 5 StR 593/12 – Urteil vom 24. April 2013 (LG Dresden)**

Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; schwere Gewalt- und Sexualdelikte; Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Gefahr der Begehung von Taten des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen).  
§ 66 StGB; § 179 StGB

**682. BGH 5 StR 610/12 – Urteil vom 23. April 2013 (LG Berlin)**

Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; Gefahr der Begehung schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten; überspannte Anforderungen an die Prüfung der strikten Verhältnismäßigkeit; zunehmendes Alter des Täters als möglicher protektiver Faktor bei der Gefährlichkeitsprognose).  
§ 66 StGB

**683. BGH 5 StR 617/12 – Urteil vom 23. April 2013 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung der Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeit; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten).  
§ 66 StGB; § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**684. BGH 5 StR 646/12 – Urteil vom 15. Mai 2013 (LG Itzehoe)**

Besonders schwere Brandstiftung (Ermöglichungsabsicht); Unzulässigkeit der Aufklärungsrüge (unterlassene Vernehmung vorbefasster Verfahrensbeteiligter hinsichtlich ehemals abgegebener Geständnisse; unzureichende Angaben der Beschwerdeführerin in der Revisionsbegründung).  
§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**685. BGH 5 StR 647/12 – Beschluss vom 25. Juni 2013 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**686. BGH 5 StR 648/12 – Beschluss vom 29. Mai 2013 (LG Dresden)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO