

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Yayın Sahibi: İstanbul Üniversitesi
Yayın Sahibi Temsilcisi: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Sorumlu Müdür: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS

Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi
34116 Beyazıt, Fatih - İstanbul
Tel: +90 (212) 440 01 05
Faks: +90 (212) 512 41 35
E-posta: cezahukuku@istanbul.edu.tr
<http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezakriminoloji>

© ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.

Adres Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 6A Şişli / İSTANBUL
Telefon (212) 343 09 02
Faks (212) 224 40 02
Web www.onikilevha.com.tr
E-Posta bilgi@onikilevha.com.tr
f [facebook.com/onikilevha](https://www.facebook.com/onikilevha)
🐦 twitter.com/onikilevha

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Merkez söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyenlere "CHKD" kısaltmasını kullanması önerilir.

ISSN: 2148-6646

Yıl/Year: 2017

Cilt/Volume: 5

Sayı/No: 1

Matbaanın Adı/Printed by: Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/ Nispetiye Mah. Birlik Sokak No:2

Place of the Printing: Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Tel: (212) 269 30 00 / Sertifika No: 20179

Basıldığı Tarih/Date of the Printing: 2017

Yayın Türü/ Yerel, Süreli, Altı Aylık İlmî Dergi

Genre of the Publication:

Editorial Management/ Dergi Yönetimi

Editor in Chief/ Baş Editör

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Co-editors/ Yardımcı Editörler

Asst. Prof. Selman DURSUN

Asst. Prof. Serdar TALAS

Asst. Prof. Tuba TOPÇUOĞLU

Managing Editors/ Yönetici Editörler

Res. Asst. Dr. Elif BEKAR

Res. Asst. Rahime ERBAŞ

Editorial Board/ Yayın Kurulu

Prof. Dr. Dr. h. c. Philip KUNIG, Berlin Freie University (Berlin, GERMANY)

Prof. Dr. Dr. h. c. Walter GROPP, Giessen University (Giessen, GERMANY)

Prof. Dr. h. c. Manuel Cancio MELIA, Autonoma University (Madrid, SPAIN)

Prof. Dr. Dr. h. c. Bahri ÖZTÜRK, Istanbul Kültür University (Istanbul, TURKEY)

Prof. Dr. Stephen C. THAMAN, Saint Louis University (St. Louis, UNITED STATES)

Prof. Dr. Rick LAWSON, Leiden University (Leiden, NETHERLAND)

Prof. Dr. Luigi FOFFANI, Modena University (Modena, ITALY)

Prof. Dr. Vincenzo PACILLO, Modena University (Modena, ITALY)

Prof. Dr. Manuel EISNER, Cambridge University (Cambridge, ENGLAND)

Prof. Dr. Gordana BUŽAROVSKA, Iustunianus Primus, Ss. Cyril and Methodius University (Skopje, MACEDONIA)

Prof. Dr. Kristina KARZAI, Szeged Univeristy (Szeged, HUNGARY)

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Gazi University (Ankara, TURKEY)

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Gazi University (Ankara, TURKEY)

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Turkish- German University (Istanbul, TURKEY)

Prof. Dr. Mahmut KOCA, Istanbul Şehir University (Istanbul, TURKEY)

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN, Marmara University (Istanbul, TURKEY)

Assoc. Prof. Pinar ÖLÇER, Leiden University (Leiden, NETHERLAND)

Assoc. Prof. Amila FERHATOVIĆ, Sarajevo University (Sarajevo, BOSNIA AND HERZEGOVINA)

Assoc. Prof. Anna-Maria Getoš Kalac, Zagreb University (Zagreb, CROATIA)

Asst. Prof. Nikolaos LIVOS, Athens University (Athens, GREECE)

Asst. Prof. Mehmet MADEN, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)

Asst. Prof. Abdullah Batuhan BAYTAZ, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)

Dr. Liane WÖRNER, Giessen University (Giessen, GERMANY)

Editörün Önsözü

Dergimizin bu sayısını, Giessen Justus Liebig Üniversitesi'nin ev sahipliğinde 28 Şubat ile 3 Mart 2013 tarihleri arasında gerçekleştirdiğimiz Türk- Alman- Japon Hukuk Toplantısının [*Deutsch-japanisch-türkisches Diskussionsseminar: „Strafrecht AT – Auswirkungen im Medizinstrafrecht“*] akademik tebliğlerine ayırmış bulunuyoruz. Tıbbi konularda ceza hukuku sorumluluğu özel bir önem arz etmektedir. Örneğin hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan ceza hukuku sorumluluğunun yanı sıra insan üzerinde deney yapılması ve organ ve doku nakli gibi birçok konu, ceza hukuku açısından önem taşımaktadır. TCK'da tıp alanı ile ilgili pek çok düzenlemeye yer verilmiştir. Örnek verecek olursak, İnsan üzerinde deney (md.90), Organ veya doku ticareti (md.91), kısırlaştırma (md.101), kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları açısından belgede sahtecilik (md.210/2) ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (md.280) suçlarını sıralayabiliriz. Gerek TCK gerekse yan ceza kanunlarınsa tıbbi konularla ilgili birçok suç düzenlemesi mevcuttur. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki özellikle insan üzerinde deneyin koşulları ve bu koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen deneyin bir suç oluşturacağı, ilk kez 2005 yılında Türk ceza hukuku reformu kapsamında 5237 sayılı TCK'da yer verilmiştir. Bunun yanı sıra hastalara ilişkin kişisel verilerin nasıl toplanacağı, işleneceği ve korunacağı 2016 yılında yürürlüğe gire 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda detaylı biçimde düzenlenmiştir. Bunlara uyulmaması ve TCK'daki suçları oluşturur. Bunlara uyulmamasının koşulları, elbette ki ceza kanununda düzenlenmiştir. Buna göre TCK'da sırasıyla kişisel verilerin kaydedilmesi (md.135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (m.136) ve verileri yok etmeme (m.138) şeklinde suçlar öngörülmüştür. Sağlık mesleği mensuplarının belirtilen suçları işlemesi, “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmiş olmanın sonucu olarak 137. madde gereği daha fazla ceza alırlar. Ancak tıp bilimi alanında

sürekli meydana gelen gelişmeler, yeni tartışma alanları açmaktadır. İşte bu toplantıda da sadece artık geleneksel hale gelmiş konular değil; kolon-
lama gibi yeni konular da tartışılmıştır. Bu vesile ile toplantının tüm ka-
tılımcılarına, bilhassa Japon meslektaşlarımız ile Prof. Dr. Dr. h.c. Walter
Gropp'a ve Dr. Liane Wörner'e teşekkürlerimi sunuyorum. Temennimiz,
Türk- Alman- Japon Hukuk Toplantısında yaptığımız tartışmaların bu
şekilde yazılı halde sunulması ile herkesin istifade edebilmesinin sağlan-
masıdır.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Vorwort des Herausgebers

Diese Ausgabe unserer Zeitschrift ist den akademischen Vorträgen gewidmet, die beim *deutsch-japanisch-türkischen Diskussionsseminar: „Strafrecht AT – Auswirkungen im Medizinstrafrecht“* gehalten wurden. In medizinischen Fragen kommt der strafrechtlichen Verantwortung eine besondere Relevanz zu. Neben der strafrechtlichen Verantwortung bei den medizinischen Fehleingriffen weisen beispielsweise die Menschenversuche und Organ- und Gewebetransplantationen einen wichtigen Stellenwert im Strafrecht auf. Im türkischen Strafgesetzbuch (tStGB) sind dem Bereich der Medizin viele Regelungen gewidmet. Um einige Beispiele zu geben, können Experimente an Menschen (Art. 90), Organ- oder Gewebehandeln (Art. 91), Sterilisation (Art. 101), Urkundenfälschungen durch Angehörige von Heilberufen außerhalb des öffentlichen Dienstes (Art. 210/2) und die Nichtanzeige durch Angehörige von Heil- und Pflegeberufen (Art. 280) genannt werden. Sowohl im tStGB (Ges. Nr. 5237) als auch im Nebenstrafrecht sind zahlreiche Regelungen zu Straftaten im medizinischen Tätigkeitsbereich vorhanden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass insbesondere die Voraussetzungen des Menschenversuchs und dass die Durchführung des Versuchs unter Nichteinhaltung dieser Voraussetzungen eine Straftat darstellt, erstmals im Jahr 2005 im Rahmen der türkischen Strafrechtsreform normiert wurden. Des Weiteren wurde im Gesetz zum Schutz persönlicher Daten (Ges. Nr. 6698), das 2016 in Kraft getreten ist, in detaillierter Weise geregelt, wie patientenbezogene Daten zu erfassen, zu verarbeiten und zu schützen sind. Die Nichteinhaltung dieser Regelungen stellen Straftaten im Sinne des tStGB dar. Die Voraussetzungen der Nichteinhaltung sind selbstverständlich ebenfalls im Strafgesetz geregelt. Dementsprechend

sind Straftaten wie die Aufzeichnung persönlicher Daten (Art. 135), die rechtswidrige Weitergabe oder Verschaffung von Daten (Art. 136) und die Unterlassene Löschung von Daten (Art. 138) vorgesehen. Begehen Amtsträger besagte Straftaten, erhöht sich die Strafe gemäß Art. 137 aufgrund des Tatbestands der Nutzung der Erleichterung, die ein Beruf oder ein Gewerbe bietet.

Die ständigen Entwicklungen in der Medizin eröffnen allerdings neue Diskursfelder. Darum waren nicht nur die herkömmlichen, sondern auch neue Themen wie das Klonen Diskursgegenstand dieser Tagung. Aus diesem Anlass möchte ich mich bei allen Teilnehmern, insbesondere bei Kolleginnen aus Japan sowie bei Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Gropp und Dr. Liane Wörner herzlichst bedanken. Hinter der Veröffentlichung der Beiträge steht der Wunsch, unsere Diskussionen während dem Deutsch-Japanisch-Türkischen Diskussionsseminar zum bestmöglichen Nutzen aller Interessierten zur Verfügung zu stellen.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Vorwort zu dem Tagungsband über das deutsch-japanisch - türkische Diskussionsseminar

„Strafrecht Allgemeiner Teil – Auswirkungen im Medizinstrafrecht“

Vom 28.02. bis 03.03.2013 fand an der Justus-Liebig-Universität in Gießen/Deutschland unter gemeinsamer Organisation der beteiligten Partnerinstitute¹ das deutsch-japanisch-türkische Diskussionsseminar „Strafrecht Allgemeiner Teil – Auswirkungen im Medizinstrafrecht“ in deutscher Sprache statt.

Die Veranstaltungsform eines „Diskussionsseminars“ wurde gewählt, um einen offenen, nicht durch Förmlichkeiten überfrachteten Gedankenaustausch in den Mittelpunkt zu rücken und am „runden Tisch“ miteinander ins Gespräch zu kommen anstatt füreinander zu referieren. Dabei sind die Verbindungen der ausrichtenden Gießener Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung zu den ausländischen Partnerinstituten aus Tokyo, Kyoto und Istanbul so eng und vertraut, dass man eine Form wagen konnte, bei der nicht das Verlesen „perfekter“ Texte im Vordergrund stand, sondern die Diskussion auf der Grundlage hierzu vorbereiteter Arbeitspapiere. In diesem internationalen Rahmen wurde es auch jungen Kolleginnen und Kollegen, darunter auch Istanbuler und Gießener *Studierenden* ermöglicht, an dem Diskussionsseminar teilzunehmen, einen ganz praktischen Einblick in die Technik des strafrechtsvergleichenden Arbeitens zu gewinnen und sogar einen Seminarschein zu erwerben.

Das Thema „Medizinstrafrecht“ bot sich als Diskussionsgegenstand an, weil es hier um Fragestellungen geht, die kulturübergreifend von Be-

¹ Ausrichtend Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Walter Gropp (JLU Gießen, Deutschland); mitveranstaltend Prof. Dr. Shinichi Ishizuka (Ryukoku Univ. Kyoto, Japan), Prof. Dr. Makoto Tadaki (Chuo Univ. Tokyo, Japan); mitveranstaltend und veröffentlichend Prof. Dr. Adem Sözüer (Staatl. Univ. Istanbul, Türkei).

deutung sind. Mit der Einbettung einzelner besonderer Fragestellungen des Medizinstrafrechts in die jeweilige Systematik des Allgemeinen Teils der Strafrechte verband sich die Frage, inwieweit solche kulturübergreifenden Sonderfragen die Strafrechtsdogmatik herausfordern. Als Themenstellung lag dies auch deshalb nahe, weil alle beteiligten Lehrenden aus den Partnerinstituten Forschungsschwerpunkte im Bereich der Allgemeinen Lehren des Strafrechts setzen und in diesem Bereich sowohl das türkische als auch das japanische Strafrecht mit dem deutschen Strafrecht eine enge Verwandtschaft aufweisen. In den Diskussionen zeigte sich, dass gerade im türkischen und im japanischen Strafrecht bei der Falllösung ähnliche Probleme diskutiert und ähnlich gelöst werden. Die Beiträge der japanischen Diskussionspartner waren für die türkischen Kolleginnen und Kollegen damit besonders interessant.

Die Idee, ausgewählte Beiträge des *Diskussionsseminars* im Anschluss zu veröffentlichen, reifte somit erst im Laufe der Veranstaltung. Dies brachte es mit sich, dass die Beiträge erst nach Abschluss des Seminars nach und nach in eine veröffentlichungsreife Form gegossen wurden. Dieser Aufgabe stellten sich viele deutsche Muttersprachler, aber auch Mitglieder des Strafrechtsteams der Istanbuler Professur. Ihnen gilt der besondere Dank der Veranstalter.

Gerade in Zeiten, in denen die „große“ Politik zu versagen droht, ist es die Aufgabe der Gemeinschaft der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, den wissenschaftlichen Dialog zwischen den Kulturen aufrecht zu erhalten und zu fördern. Dies war ein besonderer Ansporn, die Beiträge des Diskussionsseminars auch nach Ablauf von mittlerweile vier Jahren zu veröffentlichen. Ihre Aktualität hat dadurch in keiner Weise gelitten, weshalb sie der Allgemeinheit - verbunden mit einem herzlichen Dankeschön an die Zeitschrift für Strafrecht und Kriminologie der Universität Istanbul - nunmehr der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollen.

Für die Veranstalter

Prof. Dr. Dr.h.c. Dr.h.c. Walter Gropp

Gießen – Istanbul – Kyoto – Tokio im März 2017

CEZA HUKUKU VE KRİMİNOLOJİ DERGİSİ

Journal of Penal Law and Criminology
Zeitschrift für Strafrecht und Kriminologie

Cilt: 5

Sayı: 1

Yıl: 2017

- Die Bedeutung Des Strafrechtseinsatzes – Inzestverbot Und Strafrecht .. 1
Yu KAMON
- Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von
Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden13
Yukako SAGAWA
- Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von
Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden - aus
deutscher Sicht -27
Liane WÖRNER
- Einwilligungsfähigkeit und Wirksamkeit der Einwilligung – die
Lage in Japan47
Makoto TADAKI / Shogoro YANO
- Der Verteidigungswille bei der Notwehr.....65
Sudo HYON
- Suizid im japanischen Medizinstrafrecht.....79
Shinichi ISHIZUKA
- Die ärztliche Schweigepflicht und die Anzeigepflicht von
Straftaten im türkischen Recht 99
Rahime ERBAŞ
- Das Verbot der Produktion geklonter Menschen und die
Vorverlagerung von Strafbarkeit 125
Sangyun KIM

Die Bedeutung Des Strafrechtseinsatzes – Inzestverbot Und Strafrecht*

Yu KAMON**

Limits of Criminal Law - Incest Prohibition and Criminal Law

Abstract: In Germany incest remains to be a crime in German criminal law. The German Federal High Constitutional Court hold it as constitutional in 2000. Certainly, it is generally important to maintain an incest taboo. However in Japan, incest between adults is not punishable and is not considered to be a crime. Herein the Japanese culture differs from the German one. In Japan incest between adults was ever treated as family issue, where there is no legitimate reason for the state to intervene or to criminalize it. As a result there is almost no discussion in public about incest issues in Japan, and sadly this is also true for “incest with children”. On the other hand, it is clear that sexual abuse on children is not a family problem. In order to prevent child abuse in Japan, social welfare intervention and civil intervention are provided. The paper discusses the effectiveness of these interventions and explains – as a consequence – why such interventions shall prevail, while there is no need to criminalize incest between adults in modern societies.

Keywords: incest, taboo, incest taboo, German Federal High Constitutional Court, child abuse, Japan, culture, state interventions, Japanese criminal law

* Geliş Tarihi: 25.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Prof, Ritsumeikan University, Kyoto, Japan, kamon@fc.ritsumei.ac.jp

Zusammenfassung: Die Frage der Zulässigkeit von Inzest-Verhalten wird in der japanischen Geschichte unterschiedlich behandelt. Aktuell wird der Inzest unter Erwachsenen in Japan nicht bestraft. Der vorliegende Beitrag untersucht die Richtigkeit dieser nicht bestehenden Inkriminierung einerseits rechtsvergleichend vor dem Hintergrund der Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit der Strafbarkeit des Inzests im deutschen Strafrecht (§ 173 dStGB), insoweit auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), und andererseits vor dem Hintergrund der Neueinführung eines Gesetzes gegen Kindesmisshandlungen in Japan im Jahr 2000, das Einfluss auf die gesellschaftliche Diskussion von Inzestverhalten in der Familie in Japan nimmt. Dabei wird argumentiert, dass die Bestrafung des einverständlichen Geschlechtsverkehrs zwischen erwachsenen Personen, die für ihr Handeln verantwortlich sind, sogar weitergehend in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingreife als das Abhören intimer Privatgespräche. Zum weitergehenden Schutz von Kindern erweise sich allerdings das japanische Gesetz gegen Kindesmisshandlungen aus dem Jahr 2000 zur Aufdeckung und Bekanntmachung von Inzestverhalten als wirksam. Allerdings zeigten sich zivilrechtliche und wohlfahrtsdienstliche Mittel zur Prävention von Kindesmisshandlungen noch weit effektiver. Allein mittels solcher nicht strafrechtlichen Wege ließe sich schließlich auch das Inzestverhalten unter Erwachsenen beeinflussen. Ein strafrechtlicher Schutz des „Inzesttabus“ hat darüber hinaus für die moderne Gesellschaft keine Bedeutung.

Schlüsselwörter: Inzest, Inzesttabus, Inzestverbot, Kindesmisshandlungen, Privatleben, Konfuzius, japanisches Strafrecht.

I. Einleitung

Im Jahr 2008 hat das Bundesverfassungsgericht das Inzest-Verbot im deutschen Strafgesetz bestätigt.¹ Der § 173 Abs. 2 Satz 2 des deutschen Strafgesetzbuches (dStGB), der den „Beischlaf zwischen leiblichen

¹ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26.2.2008, Absatz-Nr. (1-128).

Geschwistern mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht“, bleibt damit in Kraft. Und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in diesem Zusammenhang entschieden: Das deutsche Inzestverbot für Geschwister stellt keinen Verstoß gegen das Grundrecht auf den Schutz des Familienlebens dar.²

Obwohl nach der herrschenden Meinung das Inzestverbot als „am stärksten umstrittene Norm im StGB“ gilt,³ hat das BVerfG es als „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“ bezeichnet. Es stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob in einer modernen Gesellschaft das Inzestverbot noch notwendig ist.

Die folgende Untersuchung setzt sich mit dem Einsatz des Strafrechts, besonders wenn es sich um strafrechtliche Interventionen in private Angelegenheiten handelt, auseinander.

II. Das Inzest-Urteil des BVerfG 2008

Das Bundesverfassungsgericht hat Folgendes festgestellt: „Der Gesetzgeber hat seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausreichend erachtet hat, das in der Gesellschaft verankerte Inzesttabu strafrechtlich zu sanktionieren.“⁴

Nach der Meinung des BVerfG ist der Strafgrund des § 173 dStGB nicht ausschließlich das Inzesttabu selbst. Vielmehr weist das BVerfG auf die Notwendigkeit des Inzestverbots in der modernen Gesellschaft hin.

² Spiegel online „Menschenrechtsgerichtshof billigt deutsches Inzestverbot“<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/europaeischer-menschenrechtsgerichtshof-bestae-tigt-inzestverbot-a-827032.html>

³ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S.452ff.

⁴ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26.2.2008, Absatz-Nr. (1-128) [Rn.41.]

III. Inzestverbot in Japan

1. Vor und nach Konfuzius

Im alten Japan war Inzest durchaus "erwünscht". Später aber wurde der ethische Standpunkt von Konfuzius übernommen. Seitdem war in Japan der Inzest tabuisiert und wurde unter Strafe gestellt. Engelbert Kämpfer (1651-1716), ein deutscher Arzt und Naturkundler, ist bekannt für seine Auslandsreisen von 1683 bis 1693. Von 1690 bis 1692 hat er Japan besucht und Reiseberichte verfasst, die sich in seinem Buch „Geschichte und Beschreibung von Japan“ finden. Dort schreibt er, dass zwei Personen wegen Inzests gekreuzigt worden seien. Offensichtlich stand damals auf Inzest die Todesstrafe.

2. Entkriminalisierung des Inzest in 1880

Zu Beginn der Meiji-Ära und unter Einfluss von China gab es auch in Japan ein Inzestverbot, zum Beispiel „Kari- Keiritsu(1868)“, „Shin-ritsukouryou (1871)“, „Kaiteirituryou(1873)“. Als jedoch im Jahr 1880 das erste moderne Strafgesetzbuch in Japan verfasst wurde,⁵ hatte der Gesetzgeber jener Zeit den französischen Juristen *Gustave Émile Boissonade* (1825-1910) um Rat gebeten. In Japan nannte man ihn den „Vater des modernen Rechts“. *Boissonade* behauptete, dass der Inzest im neuen japanischen Strafgesetzbuch aus zwei Gründen entkriminalisiert werden müsse. Der erste Grund sei, dass man nicht in private Angelegenheiten intervenieren dürfe. Der zweite Grund sei, dass Tabuschutz keine strafrechtliche, sondern eine religiöse Aufgabe sei.

Der damalige japanische Gesetzgeber hatte *Boissonades* Meinung akzeptiert. Er entkriminalisierte den Inzest und begründete dies damit, dass das Inzestverbot keine strafrechtliche, sondern eine moralische Aufgabe sei und als eine persönliche Angelegenheit an das Gewissen appelliert werden müsse. Deshalb kennt das erste moderne Strafgesetzbuch

⁵ Altes Strafgesetzbuch von 1880.

in Japan kein Inzestverbot. Auch das geltende Strafgesetzbuch unter Einfluss der deutschen Strafrechtslehre kennt kein Inzestverbot.

3. *Geltendes JStGB: kein Inzestverbot*

Auch nach dem heutigen japanischen Strafgesetzbuch wird der Inzest zwischen Erwachsenen bei gegenseitigem Einverständnis nicht bestraft. Bereits in den 90er Jahren wurde aber kritisiert, dass der sexuelle Missbrauch von Kindern im japanischen Strafrecht nicht unter Strafe gestellt sei. Deshalb wurde im Jahr 2000 ein Gesetz gegen Kindesmisshandlungen erlassen. Dieses Gesetz verbietet nun, dass Eltern oder ein Vormund sexuelle Handlungen an Kindern unter 18 Jahren vornehmen oder von Kindern an sich vornehmen lassen. Aber nach diesem Gesetz sind nur Verstöße gegen das Nachstellungs- und Annäherungsverbot strafbar.

IV. Tabuschutz und Strafrecht

Nach der Rechtsgutslehre darf es nicht die „Aufgabe des Strafrechts sein, bloße Verstöße gegen Normen der Sittlichkeit, der Ethik oder der Religion zu kriminalisieren.“⁶ Ein Beispiel für bloße Verstöße gegen Normen der Sittlichkeit ist die sog. Sodomie. Nach altem japanischen Strafrecht war die Sodomie unter Strafe gestellt, sie wurde jedoch in dem Strafgesetzbuch von 1880 entkriminalisiert.

Wenn der japanische Gesetzgeber nun der Ansicht ist und dies diskutiert, dass dem Tabuschutz im Strafrecht eine moderne Bedeutung zukommt, dann werden letztlich Verstöße gegen Normen der Sittlichkeit kriminalisiert. Das Verbot der Verbreitung pornographischer Schriften deckt beispielsweise nicht nur den Tabuschutz ab, sondern dient auch dem Schutz von Minderjährigen und ferner dem Interesse des Einzelnen, nicht gegen seinen Willen mit pornographischen Schriften konfrontiert zu werden.⁷

⁶ Zum Beispiel Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, Rn. 17 ff.

⁷ Hirano, Strafrechtliche Grundlagen (*Keiho-no-Kiso*), 1966, S. 113.

Die Stellungnahmen zur Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit eines strafrechtlichen Tabuschutzes sind von Land zu Land unterschiedlich. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat festgestellt, dass es in den Mitgliedsländern des Europarats keinen Konsens zum Inzestverbot gebe. Somit stehe den deutschen Behörden hier ein „Beurteilungsspielraum“ zu.⁸ Anzumerken ist aber, dass man strafrechtliche Interventionen auf unsicherem Grund nicht benutzen darf, schon weil die in der Regel die schärfste Sanktion ist. Strafrechtliche Vorschriften müssen immer von rationalen Gründen gerechtfertigt sein.

V. Familienschutz und Strafrecht

Wie oben gesagt, weist das deutsche BVerfG auf drei Gründe für die Notwendigkeit des Inzestverbots in der modernen Gesellschaft hin. Der japanische Gesetzgeber hat währenddessen entschieden, den Inzest als hauptsächlich persönliche Angelegenheit zu entkriminalisieren. Es ist sehr interessant, dass sich die Stellungnahmen zum Familienschutz in Deutschland und Japan unterscheiden und dass der deutsche Gesetzgeber den Inzest kriminalisiert, um die familiäre Ordnung vor schädigenden (Aus)Wirkungen des Inzests zu schützen.

Denn ganz im Gegensatz dazu war es für den damaligen Gesetzgeber in Japan gerade wichtig, das *Haussystem* (Ie-System) zu schützen. Es war sogar erwünscht, dass Familienprobleme von dem Hausherrn gelöst wurden. So hat der damalige japanische Gesetzgeber den Inzest als ein Problem *innerhalb* der einzelnen Familie eingeordnet, auf dass das staatliche Strafrecht keinen Zugriff zu nehmen habe. Deshalb wurde der Inzest in Japan entkriminalisiert.

⁸ Spiegel online “Menschenrechtsgerichtshof billigt deutsches Inzestverbot” <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/europaeischer-menschenrechtsgerichtshof-bestaetigt-inzestverbot-a-827032.html>

	Inzestverbot	Grund
Deutschland	§ 173 DStGB Beischlaf zwischen Verwandten	1) die Bewahrung der familiären Ordnung 2) der Schutz der „unterlegenen“ Partner 3) eugenischen Gesichtspunkte
Japan	kein Inzestverbot	Nichtintervention in private Angelegenheiten

VI. Haussystem und Strafrecht in Japan

Um die Entscheidung des japanischen Gesetzgebers besser zu verstehen, wird im Folgenden das Verhältnis zwischen *Haussystem* und Strafrecht in Japan genauer erklärt.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts bildete in Japan eine Familie „ein Haus (=Ie)“. Bei dem *Haussystem* (Ie-System) steht das Patriarchat (die „Vaterherrschaft“) im Hintergrund. Zur Stärkung und zum Schutz dieser „Vaterherrschaft“ wurden deshalb Delikte gegenüber und an Verwandten in aufsteigender Linie,⁹ das Doppelehe-Verbot und das Ehebruch-Verbot¹⁰ entsprechend qualifiziert. Im „Haus“ (Ie) herrschte der Hausherr über die Familienmitglieder. Damals war es insbesondere erwünscht, dass etwaige Familienprobleme vom Hausherrn selbst gelöst wurden. Der Inzest wurde demnach ebenso entkriminalisiert wie bei einem Diebstahl innerhalb des Hauses oder innerhalb der Familie entweder von Strafe ganz abgesehen oder dieses Delikt jedenfalls nur auf Antrag verfolgt wurde.

VII. Die Aktivierung des Strafrechts in Japan

Nunmehr bestimmt die geltende, im Jahr 1947 in Kraft getretene, japanische Verfassung in ihrem Artikel 24 die Würde des Menschen und die Gleichheit der Geschlechter. Danach wurde das *Haussystem* (Ie-System) abgeschafft, denn die rechtliche Stellung des Hauspatriarchen erwies sich als mit Art. 24 der japanischen Verfassung unvereinbar. Aller-

⁹ Abgeschafft im Jahr 1995.

¹⁰ Abgeschafft im Jahr 1947.

dings hat der japanische Gesetzgeber dies nicht zum Anlass genommen, um mittels strafrechtlicher Gesetzgebung bei Familienproblemen staatlich einzugreifen. In den letzten Jahren lässt sich jedoch eine Tendenz verzeichnen, wonach der japanischer Gesetzgeber zu einer positiven gesetzlichen Intervention in privaten Angelegenheiten neigt und dabei beispielsweise zum Einsatz des Strafrechts bei häuslicher Gewalt, bei Nachstellung, bei Kindesmisshandlung oder bei Misshandlung älterer Menschen nachdenkt.

VIII. Gesetz zur Bekämpfung von Kindesmisshandlungen in Japan in 2000

Während das deutsche Bundesverfassungsgericht das in Deutschland geregelte strafbewehrte Inzestverbot insbesondere mit dem Schutz des in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partners begründete, bildeten für den japanischen Gesetzgeber die in den letzten Jahren in Japan steigenden Zahlen an Kindesmisshandlungen, die zu einem gesellschaftlichen Problem werden, den Anlass zur Einführung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kindesmisshandlungen im Jahr 2000.

Nach dem Gesetz zur Bekämpfung von Kindesmisshandlungen sind nunmehr sexuelle Handlungen mit Kindern unter 18 Jahren auch den Erziehungsberechtigten verboten. Außerdem schreibt das Gesetz eine Anzeigepflicht beim Institut für Erziehungshilfe für alle Bürger vor, wenn ein Verdacht auf eine Kindesmisshandlung festgestellt wird. Das Gesetz gestattet ferner im Fall eines Verdachts die Durchführung von Hausdurchsuchungen und die Befragung von Beteiligten und Zeugen. Kinder, bei denen eine Misshandlung festgestellt wurde, können in einem Kinderpflegeheim untergebracht werden.

Allerdings, und auch das wurde hier bereits bemerkt, regelt das Gesetz nur Strafen für Verstöße gegen das Nachstellungs- und gegen das Annäherungsverbot mit Zuchthausstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 10.000 Euro (umgerechnet). Jedoch hat der japanische Gesetzgeber darüber hinaus seit der Gesetzeseinführung im Jahr 2000

auch das japanische Zivilrecht geändert und bestimmt, dass die Elternrechte zum Schutz der eigenen Kinder bis zu zwei Jahre eingeschränkt werden dürfen. So nehmen nun insgesamt seit der Einführung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kindesmisshandlungen die Verhaftungszahlen wegen Kindesmisshandlung ständig zu. Es zeigt sich also, dass rechtliche Verschärfung wirksam ist, um das Auftreten von möglichen Kindesmisshandlungen zu entdecken. Zweifelhaft ist aber, ob die Regelungen auch im Sinne einer Prävention von Kindesmisshandlungen wirksam sind.

IX. Effektivität des Einsatzes von Strafgesetzgebung zur Verhinderung von Kindsmisshandlungen und zum Schutz „unterlegener“ Partner in einer Inzestbeziehung

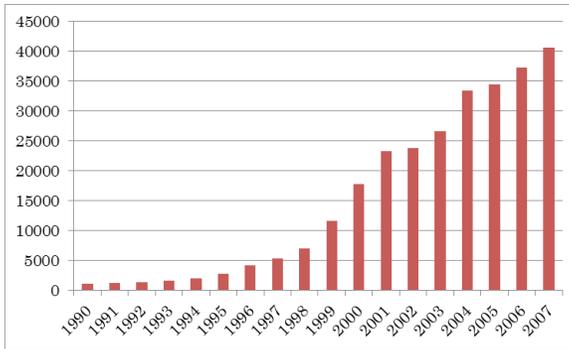
Es bleibt damit zu fragen, welche Mittel zum Schutz der in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partner effektiv wären. Zur Beantwortung dieser Frage lässt sich dabei sagen, dass strafrechtliche Interventionen unter Eingriff in die Privatsphäre als solche nicht effektiv zur Verhinderung sind, weil insoweit nur das Auftreten eines Vorfalls benutzt wird. Mit anderen Worten erwiese sich jedenfalls eine vorherige Intervention als wesentlich erfolgsaussichtsreicher zur Bekämpfung von Kindesmisshandlungen. Im Rahmen der Entscheidung des deutschen BVerfG wies auch *Hassemer* im Rahmen seiner abweichenden Meinung auf jugendwohlfahrtspflegerische Maßnahmen sowie auf familien- und vormundschaftsgerichtliche Lösungsmöglichkeiten hin.¹¹

Probleme mit strafrechtlichen Berührungspunkten innerhalb von engen Familienverbänden laufen tendenziell Gefahr, nicht ans Licht zu kommen. Ihre frühzeitige Entdeckung bildet deshalb ein wesentliches Element bei der Bekämpfung von Kindesmisshandlungen. Die folgende Abbildung – allein zw. Den Jahren 1990-2007 – zeigt, dass die Zahl an wahrgenommenen Beratungen wegen Kindesmisshandlung in Japan insbesondere seit 2000 (mit Gesetzeseinführung) stark angestiegen ist.

¹¹ BVerfGE 120, 224[Rn.116.]

Das bedeutet gerade noch nicht, dass die Zahl an Kindesmisshandlungen zugenommen hat, sondern dass das Problem durch die gesetzliche Schutzregelung auch wahrgenommen wird.

Abb. Zunahme der Beratungszahl der Kindesmisshandlung im Institut für Erziehungshilfe in Japan zw. 1990-2007



X. Schlussfolgerungen zur Bedeutung des Strafrechtseinsatzes

Beachtet man die Erfolge, die mit der Einführung des Gesetzes zum Schutz gegen Kindesmisshandlungen bisher in Japan erreicht wurden, so lässt sich im hiesigen Kontext fragen, ob man nun auch in Japan ein Inzestverbot inkriminieren sollte. Es spricht jedoch mehr dafür, dass es sich dabei um eine übermäßige gesetzliche Intervention handeln würde, die zudem den erforderlichen Schutz über das Kindermisshandlungsschutzgesetz hinaus nicht bewirkte. Denn die Kriminalisierung des Inzestverbots stellte einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlich anerkannte Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung dar. Die Bestrafung des einverständlichen Geschlechtsverkehrs zwischen erwachsenen Personen, die für ihr Handeln verantwortlich sind, greift an dieser Stelle sogar noch weitergehend in den Kernbereich ihrer privaten

Lebensgestaltung ein als das Abhören intimer Privatgespräche.¹² Die kurzen Ausführungen an dieser Stelle haben aber auch gezeigt, dass erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit des Strafrechts für die Bekämpfung der Kindesmisshandlung bestehen. Effektivere Mittel der Prävention von Kindesmisshandlungen in engen Familienverbänden sind die zivilrechtlichen und wohlfahrtsdienstlichen Mittel. Das gilt in gleicher Weise für die präventive Beeinflussung von Inzestverhalten. Der strafrechtliche Schutz eines „Inzesttabus“ hat darüber hinaus für die moderne Gesellschaft keine Bedeutung.

¹² Roxin, StV 9/2009, S. 548.

Literaturverzeichnis

- T. Hörnle*, Grob anstössiges Verhalten, 2005, S.452 ff.
- M. Hirano*, Strafrechtliche Grundlagen (*Keiho-no-Kiso*), 1966, S. 113.
- C. Roxin*, AT, 4. Aufl., 2006, Rn. 17 ff.
- C. Roxin*, StV 9/2009, S. 548 ff..
- S.Hagihara*, Die Strafbarkeit des Geschwisterinzests, *Toyo Law Review*, 9/2013, S. 1 ff.
- T.Yoshida*, Gesetz zur Bekämpfung von Kindesmisshandlungen in Japan (*Jido Gyakutai boushi hou seido*), 2003.
- Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt (*Koseirodo sho*)
http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/dv/about.html (30.09.2017)

Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden

- aus japanischer Sicht -*

*Yukako SAGAWA***

The Legal Concept of Perpetration and Participation Faced with the Challenges of Board Decisions and Negligent Failure of Organization from the Perspective of Japanese Criminal Law

Abstract: In this paper the discussion centers from a Japanese perspective on criminal liability for penal and committee decisions and whether organizational faults, where the responsible person can hardly be detected, can result in criminal liability of the individual actor or of the panel, committee, or organization as a whole. Hereto two decisions of the Japanese Supreme Court are explained and discussed. The cases concern panel decision making procedures in two different ways: *Case 1* deals with issues of a necessary recall from market of contaminated blood products with HIV (so called: *Midori-juji-case*). *Case 2* deals with wrongly dispatched cars lacking tyre stability (so called *Mitsubishi-moter-case*). In both cases it is questionable, when and how the manufacturer is criminally responsible for effects, like severe woundings and killings, caused by wrongly dispatched (and not recalled) products. A core legal question hereto seems to be, whether the manufacturer can foresee effects by not recalling products. Hence this is still vague in practice. The question is taken to the legal scholar to explain the concept and doctrine

* Geliş Tarihi: 20.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

Für wertvolle Anregungen und Ratschläge im Rahmen der Erstellung des schriftlichen Manuskripts danke ich Dr. Liane Wörner

** Prof. Dr., Kagawa University, Takamatsu, Japan, yukakocchi@googlemail.com

of perpetration and participation, and accomplice in cases of recklessness, where the individual actor may not be detected.

Keywords: criminal liability, panel decisions, medical criminal law, product liability, Japanese criminal law, doctrine of perpetration and participation, accomplice in cases of recklessness

Zusammenfassung: Der Beitrag diskutiert die Herausforderungen an die strafrechtliche Bewertung von Täterschaft und Teilnahme bei Gremienentscheidungen und bei Organisationsverschulden, wenn einzelne Verantwortliche nur schwer oder gar nicht festgestellt werden können aus japanischer Sicht. Hierzu werden zwei Entscheidungen aus der japanischen obergerichtlichen Rechtsprechung diskutiert, die aufzeigen, dass die Problematik gleichermaßen den medizinischen Bereich wie andere Lebensbereiche betrifft. Denn sowohl bei der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortung für den Vertrieb HIV-kontaminierter Produkte (*Midori-Juji-Fall*) als auch bei der Frage der Produkthaftung für entstandene Schäden nach dem Vertrieb fehlerhafter Produkte (*Mitsubishi-Auto-Fall*) geht es letztlich darum, inwieweit den Hersteller eine strafrechtliche Verantwortlichkeit mangels Erfüllung einer „Rückholpflicht“ trifft. Der Beitrag zeigt auf, dass die Begründung der strafrechtlichen Verantwortung für Entscheidungsträger in Gremien und Organisationen in Japan auf eine Vielzahl noch ungelöster Fragen und Probleme trifft. Unklar seien die Bewertung der Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts sowie die Begründung einer Kausalität des Schadenseintritts, weil das Produkt nicht zurückgerufen wurde. Wenn, was in der Praxis überwiegend der Fall sein dürfte, Vorsatzfragen hinzutreten, bleibt unklar, wer Täter und wer Teilnehmer sein kann. In Japan werden deshalb Konzepte fahrlässiger Mittäterschaft diskutiert.

Schlüsselwörter: Gremienentscheidung, HIV, Produkthaftung, Täterschaft, Teilnahme, Rückholpflicht, Fahrlässigkeit, japanisches Strafrecht.

A. Einleitung

Der folgende kleine Beitrag gibt einen kurzen Einblick, vor welche Herausforderungen das japanische Strafrecht in Fällen von Gremienentscheidungen und von Organisationsverschulden gestellt wird. Auch in Japan, ebenso wie in Deutschland, geht das Strafrecht zunächst davon aus, dass der Täter oder die Täterin alleine handelt, wenn er oder sie eine Straftat begeht. Doch ist die Welt heute so kompliziert, dass wir zunehmend bei der Lösung von Problemen kommunizieren und zusammenarbeiten, ganz so wie wir dies auch im Rahmen dieses gemeinsamen türkisch-deutsch-japanischen Seminars tun. Wenn viele Menschen zusammenwirken, so verantworten in der Regel auch viele Menschen die im Rahmen des Zusammenwirkens zu treffenden Entscheidungen. Wenn dabei staatliche (strafbewehrte) Regeln verletzt werden, kommt das Strafrecht ins Spiel. Die Frage lautet dann, wer hat eigentlich entschieden, die Norm zu verletzen, wer hat konkret die Norm verletzt und wer trägt für die Normverletzung die Verantwortung. Haben ganze Gremien oder Organisationen gehandelt, können das jeweils verschiedene Personen sein. Fraglich ist dann, wen die strafrechtliche Verantwortung als Täter oder Teilnehmer trifft und warum.

Aus japanischer Sicht möchte ich hierzu auf zwei Fälle eingehen (B.). Darin geht es um die strafrechtliche Verantwortung für den Vertrieb HIV-kontaminierter Produkte (B.I.) und um die Produktverantwortung für entstandene Schäden an Personen und/oder Sachen nach dem Vertrieb fehlerhafter Produkte (B.II.). In beiden Fällen wird aus japanischer Sicht letztlich relevant, inwieweit den Hersteller eine strafrechtliche Verantwortlichkeit mangels Erfüllung einer „Rückholpflicht“ trifft (C.). Die strafrechtliche Untersuchung zeigt, dass die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortung sowohl für die Entscheidungsträger in den Gremien und Organisationen als auch für die entscheidenden Gremien und Organisationen selbst auf eine Vielzahl noch ungelöster Fragen und Probleme trifft. Fraglich ist die Vorhersehbarkeit (D.) des Eintritts eines Schadens und die Begründung einer Kausalität des Schadenseintritts, weil ein Produkt nicht zurückgerufen wurde (E.). Treten Vorsatzfragen

hinzu – und das wird in aller Regel der Fall sein – bleibt unklar, wer Täter und wer Teilnehmer sein kann (F.).

B. Die Fälle

I. HIV-Blutprodukte-Fall1

In den 80er Jahren traten weltweit Infektionen durch HIV-kontaminierte Blutprodukte insbesondere gegen Hämophile auf. Auch in Japan wurde man seit 1983 auf Probleme und Risiken mit Blutprodukten (insbesondere) aus den USA aufmerksam. Im Januar 1986 begann in Japan der Vertrieb der Blutprodukte aus (für die HIV-Virusinaktivierung) erhitztem Blutplasma. Allerdings vertrieb ein pharmazeutisches Unternehmen, die Midori-Juji (Grüne-Kreuz) AG – eine Arzneimittelherstellungs-Aktiengesellschaft, ihre bereits hergestellten und vorrätigen Blutprodukte wie bisher noch bis Ende 1986 weiter und spiegelte dabei unter Angabe falscher Informationen vor, dass es sich um rein japanische Blutprodukte, hergestellt allein aus dem Blut von japanischen Bürgern, handle; vermutlich für die Aktivierung eines sogenannten „Räumungsausverkaufs²“). Tatsächlich handelte es sich aber um Blutprodukte aus den USA.

1996 wurden die drei ehemaligen Direktoren der Midori-Juji – der ehemalige Präsident A, der ehemalige höchste Vizepräsident und Abteilungsleiter für Forschung B und der ehemalige Vizepräsident und Abteilungsleiter für Herstellung C – wegen fahrlässiger Tötung bei der Ausübung gefährlicher Geschäftstätigkeit gegen einen Kranken (§ 211 Abs.1 jap. StGB³) angeklagt, weil sich ein Bluttransfusionsempfänger

¹ Vgl. *Yamanaka*, Die Bilanz des AID-Skandals in Japan – Strafrechtliche Haftung wegen der Produktion, der Aufsichtspflichtverletzung und der ärztlichen Verschreibung von AIDS kontaminierten Blutprodukten, in: *Die gegenwärtigen Aufgaben des Rechts in sich ändernden Sozialsystemen*, 2011, S. 147 ff. (<http://kops.ub.uni-konstanz.de/handle/urn:nbn:de:bsz:352-187531>).

² Vgl. Osaka 高裁 Urteil vom 24.02.2000.

³ § 211 Abs.1 jap. StGB : Wer dadurch, dass es ihm an der bei seiner Geschäftstätigkeit

im Verlaufe einer Operation und der hierbei notwendigen Bluttransfusion (zur Blutstillung) an den zwischen Januar und März 1986 von der Midori-Juji verkauften Blutprodukten aus den USA infiziert hatte. Die Produkte waren tatsächlich HIV-kontaminiert, der Bluttransfusionsempfänger war an AIDS erkrankt und schließlich 1995 daran gestorben.

Im Jahr 2000 entschied das zuständige Gericht in der ersten Instanz, dass die drei ehemaligen Präsidenten der Midori-Juji jedenfalls zu dem Zeitpunkt der Zulassung von Virusinaktivierungs-Blutprodukten in Japan im Januar 1986 den möglichen Erfolgseintritt der Tötung eines Bluttransfusionsempfänger hätten vorhersehen können, wenn sie trotzdem den Vertrieb nicht virusinaktivierter Blutprodukte so wie geschehen fortsetzen.⁴ Weil sie trotzdem den Verkauf der Blutprodukte nicht eingestellt und keinen Rückruf der bereits verkauften Blutprodukte veranlasst hatten, verurteilte das Gericht der ersten Instanz alle drei ehemaligen Präsidenten zu einer Freiheitsstrafe, den Präsidenten A zu zwei Jahren, den höchsten Vizepräsidenten B zu einundeinhalb Jahren und den Vizepräsidenten C zu einem Jahr und 4 Monaten Gefängnisstrafe.⁵ Alle drei Angeklagten legten gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung ein mit der Begründung, das verhängte Strafmaß sei zu hoch. Das Obergericht in Osaka senkte daraufhin im Ergebnis seiner Berufungsverhandlung das Strafmaß auf einundeinhalb Jahre für A und ein Jahr und zwei Monate Freiheitsstrafe für B. C war inzwischen verstorben. Dieses Urteil hielt vor dem japanischen Obersten Gerichtshof stand.

Daneben wurde der zuständige Beamte des für die Zulassung der Blutprodukte zuständigen japanischen Gesundheitsministeriums, der zum Zeitpunkt der Zulassung der Blutprodukte Abteilungsleiter der Biomedikamentabteilung war, wegen fahrlässiger Tötung und Körper-

erforderlichen Sorgfalt fehlt, den Tod oder die Körperverletzung eines anderen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu ein Millionen Yen bestraft. Das gleiche gilt auch für denjenigen, der durch grobe Fahrlässigkeit den Tod oder Körperverletzung eines anderen verursacht. Zu einer Übersetzung vgl. Saito/Nishihara, Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch, 1954 (zur a.F. des jStGB)

⁴ LG Osaka, Urt. v. 24.02.2000 (Hanrei Times 1042, 94).

⁵ LG Osaka, Urt. v. 24.02.2000 (Hanrei Times 1042, 94).

verletzung bei der Ausübung seiner Geschäftstätigkeit angeklagt und zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr auf Bewährung (mit zweijähriger Bewährungsfrist) verurteilt.⁶ Denn, so die Urteilsbegründung, er hätte aufgrund seiner Stellung im für die Zulassung von Blutprodukten zuständigen japanischen Gesundheitsministerium, das Blutprodukt nur zutreffend – also virusinaktiviert – zulassen dürfen. Durch die Nichtzulassung der weiter vertriebenen Blutprodukte der Midori-Juji hätte er folglich Schaden von der Bevölkerung abwenden können. Diese Pflichten hatte er nicht erfüllt. Im Midori-Juji-Fall wurde damit erstmals die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines staatlichen Beamten wegen falscher Produktzulassung gerichtlich festgestellt und ausgeurteilt. Die Entscheidung hat deshalb in der japanischen Öffentlichkeit und Strafrechtswissenschaft viel Aufmerksamkeit erfahren⁷.

II. Mitsubishi-Auto-Fall

Seit dem Jahr 1992 verursachte ein bestimmter Reifentyp der Firma Mitsubishi-Automobile bei LKWs und Bussen viele Unfälle, weil sich der Reifen vom Fahrzeug löste. Eine eigenständige Untersuchung durch das Unternehmen Mitsubishi Automobile selbst ergab, dass die Ursache der Unfälle eine fehlerhafte Nabe des Reifens bildete, die dessen Ablösen vom Fahrzeug bewirkte. Das Unternehmen teilte das Ergebnis dieser Untersuchung und die darin festgestellten Mängel allerdings dem zuständigen japanischen Ministerium für Transport nicht mit. Bis zum Zeitpunkt der Untersuchung war es bereits zu insgesamt 16 Unfällen gekommen. Mitsubishi Automobile berichtete hierzu, jene Unfälle seien allein auf die mangelhafte Unterhaltung der Fahrzeuge durch ihre Eigentümer und den jeweils schonungslosen Einsatz der Fahrzeuge zum Zeitpunkt des Unfalleintritts zurückzuführen.

⁶ Der Jap. OGH, Beschluss v. 03.03.2008 (OGHSt 62, 567).

⁷ Vgl. nur *Kai*, *Waseda Law Review* 85 (2009) S. 1 ff.; *Kitagawa*, *Criminal Law Journal* 14 (2009) S. 73 ff.; *Okabe*, *Himeji Law Review* 49 (2009) S. 316 ff. Vgl. auch *Shimada*, *Criminal Law Journal* 3 (2006) S. 26 ff. (auf japanisch).

Im Januar 2002 löste sich erneut ein Reifen eines fahrenden LKWs der Marke Mitsubishi und erfasste eine spazierende Mutter und ihre zwei Kinder. Die Mutter verstarb bei dem Unfall. Der japanische Oberste Gerichtshof verurteilte in dem daraufhin angestregten Strafverfahren gegen den ehemaligen Ableitungsleiter der Mitsubishi Automobile für Qualitätskontrolle X und seinen ehemaligen Assistenten Y beide Angeklagte wegen fahrlässiger Tötung bei Ausübung gefährlicher Geschäftstätigkeit gem. § 211 Abs.1 jap. StGB zu einer einundeinhalb jährigen Freiheitsstrafe auf Bewährung bei dreijähriger Bewährungsfrist.⁸ Darüber hinaus wurde die Mitsubishi-Auto-AG selbst als juristische Person sowie ihre drei Direktoren wegen Verstoßes gegen das Kraftfahrzeuggesetz – in Form einer falschen Mitteilung – verurteilt.

C. Rückrufflichten

In beiden Fälle basieren die gerichtlichen Entscheidungen auf Produktrückrufflichten. Fraglich ist aber, woraus diese strafrechtsrelevanten Rückrufflichten der Angeklagten hergeleitet werden können. Man könnte etwa daran denken, die Pflicht zum Rückruf auf das jeweils vorangegangene Tun⁹ sei es der Schaffung von Kenntnissen über neue gefahrverringende Herstellungsmethoden¹⁰ oder der Durchführung von Erkenntnis bringenden Untersuchungen¹¹ zu stützen. Wenn aber die Herstellung und der Vertrieb der Ware selbst ohne einen Sorgfaltsmangel und ohne einen Sorgfaltsverstoß erfolgt sind, so fehlt es doch an einem strafrechtlichen Anknüpfungspunkt.¹² Denkbar wäre es demgegenüber auch, die Rückrufflicht auf die mit der Herstellung eines Produkts verbundene zivilrechtliche Produkthaftung zu stützen, wobei sich allerdings gegen eine unmittelbare Transformations schadensorientierter Haftungs-

⁸ Jap. OGH, Beschluss v. 08.02.2012 (OGHSt 66, 200).

⁹ So LG Tokio Urt. vom 11.05. 2010 (Hanrei-Times 1328, 241). Vgl. *Matsumiya*, *Ritsumeikan Law Review* 343 (2012), S. 615 (auf japanisch).

¹⁰ So etwa der Midori-Juji-Fall (unter B.I.).

¹¹ So etwa der Mitsubishi-Fall (unter B.II.).

¹² *Yamanaka*, *Kansai University Review of Law and Politics* 60 (2011) S. 45 ff.; *Inagaki*, *Studies in Criminal Law IX* (2015) S. 9 ff. (auf japanisch).

prinzipien des Zivilrechts in strafrechtliche Garantienpflichten Bedenken äußern ließen. Denn die Anerkennung strafrechtlicher Sanktionen als „ultima ratio“ erfordert für das Strafrecht auch einen strengeren Maßstab als für das Zivilrecht.¹³

Richtig ist, dass der Produzent einer Ware über mögliche Mängel seiner Produkte als erster die umfassenden Informationen erlangen kann. Er kann durch die Rekonstruktion der Herstellungsmethoden Fehlerquellen aufdecken und infolge seiner Einsicht in die Vertriebswege seiner Produkte die Ware am ehesten „anhalten“, bevor sie Zugang zu etwaig gefährdeten Abnehmern findet¹⁴. Dem Produzent kommt daher eine überlegene Schutzposition gegenüber dem auf seine Kompetenz angewiesenen Verbraucher zu. Das kann aber umgekehrt nicht bedeuten, dass der Produzent, wenn er nachträglich (nach dem Vertriebsbeginn) von Mängeln an seinen Produkten erfährt, seine Ware um jeden Preis und in jedem Fall zurückholen muss.¹⁵

Dagegen kann der Hersteller gefährlicher Produkte dann, wenn er auch die Herrschaft über die Vertriebswege hat, zum Garant für Produkt und Vertrieb werden. Das meint, wenn in den beiden Eingangsfällen der Hersteller, ohne weiteres ermitteln kann, wer das Produkt (seien es die Blutplasmaerzeugnisse oder die LKW- und Busreifen) erworben hat, käme ihm schon insoweit eine Garantienpflicht zur Nichtgefährdung dieser Verbraucher zu.

D. Vorhersehbarkeit

Fraglich ist in beiden Fällen neben der notwendigen Feststellung einer Garantienpflicht, ob der Eintritt des Erfolges für die Angeklagten jeweils überhaupt vorhersehbar war: im Fall 1 der Tod des Patienten; im Fall 2 der Tod eines Fußgängers, hier der betroffenen Mutter. Im HIV-Blutprodukte Fall wurde neben den Direktoren der Midori-Juji in

¹³ Kitagawa, Waseda Law Review 71 (1996), S. 173 f. (auf japanisch).

¹⁴ Roxin, Strafrecht AT Band , § 32 Rn. 211.

¹⁵ Matyumiya, Journal of criminal law 52, 2 (2013), S. 329 ff.; Iwama, Produkthaftung und Dogmatik der Unterlassungsdelikte (2010), S. 192 ff. (auf japanisch).

einem weiteren Einzelfall in Tokio auch ein Arzt für Hämophilie, ein anerkannter Spezialist auf diesem Gebiet, wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 221 jap. StGB angeklagt, aber freigesprochen. Der Gerichtshof erklärte insoweit, dass bei der Anwendung der Blutprodukte zur Bluttransfusion im konkreten Einzelfall im Mai 1985 für den Arzt eine nur „geringe“ Vorhersehbarkeit für den Tod des betreffenden Patienten, bestanden habe und den Arzt deshalb keine Erfolgsabwendungspflichten traf.¹⁶ Die Direktoren der Midori-Juji und der zuständige Beamte des Gesundheitsministeriums wurden dagegen verurteilt. Denn nach der Genehmigung erhitzter Blutprodukte im Januar 1986 konnten sie die Risiken nicht virusinaktivierter Blutprodukte erkennen und für sie war damit ein möglicher Erfolgseintritt auch vorhersehbar.

In der Gegenüberstellung zeigt dies aber auch, dass es schwierig ist, im Einzelfall den genauen Gegenstand der Vorsehbarkeit zu bestimmen. So ist jedenfalls nicht vorhersehbar, wer in concreto das Opfer eines fehlerhaften Produktes sein wird. Es ist aber ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit zu fordern, so in Fall 1, dass eine Bluttransfusion mit nicht virusinaktivierten Blutprodukten zur Übertragung des HIV-Virus, zum Ausbruch der entsprechenden Krankheit und letztlich zum Eintritt des Todes führen kann oder in Fall 2 mindestens, dass ein bestimmter Reifentyp einen sogar tödlichen Unfall verursachen kann.

E. Kausalität

Ein weiteres Problem ist noch die Feststellung des Kausalzusammenhangs. Das wirft nun insbesondere bei Gremienentscheidungen schwierige neue Fragen auf. Wenn ein Gremium einen rechtswidrigen Beschluss mit einer größeren Mehrheit trifft, als dies für die Wirksamkeit des Beschlusses notwendig wäre, so tritt letztlich der Erfolg ohnehin

¹⁶ Kritisch hierzu *Matsumiya*, , Kashistuhanron no gendaiteki kadai (Die gegenwärtige Aufgabe der Lehre von den Fahrlässigkeitsdelikten), 2004, S. 168 ff. (auf japanisch).

und unabhängig von der einzelnen, abgegebenen und für oder gegen die Mehrheit votierenden Stimme ein.¹⁷

Die Verteidigung jedes einzelnen angeklagten Gremienbeteiligten könnte in der Folge gerade damit argumentieren, dass auch dann, wenn der Angeklagte seine Zustimmung erteilt hätte oder dann, wenn er gerade die Gegenstimme vertreten hätte, der Erfolg der Tötung oder (auch nur) der Körperverletzung des Opfers eingetreten wäre. Im ersten hier besprochenen Fall wurde dies vor Gericht im Rahmen der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der drei ehemaligen Präsidenten nicht diskutiert, obgleich dies auch hier hätte Verfahrensgegenstand sein können.

Hinzu tritt die Frage der Feststellung des notwendigen kausalen Zusammenhangs zwischen der Rückrufentscheidung, die in beiden hier unter 1. und 2. besprochenen Fällen nicht getroffen wurde, und dem Eintritt des Erfolges, in beiden Fällen der Tod eines Menschen. Denn es ist unklar, ob der Erfolg (Eintritt des Todes) in beiden Fällen bei Erlass der zu treffenden Rückrufentscheidung ausgeblieben wäre. Hätte die Mutter in Fall 2 überlebt? So äußert eine Gegenmeinung, dass „der LKW-Halter an dem betreffenden LKW Umbauten vorgenommen hatte und dass darüber hinaus der LKW-Fahrer bei der konkreten Unfallbegehung besonders hart gefahren sei. Es sei damit gerade nicht auszuschließen, dass der Reifen sich nicht aufgrund des Reifenfehlers, sondern in der Folge der Umbauten des Halters und der besonders harten Fahrweise des Fahrers gelöst habe. Was Kausalität hier bedeutet und zu welcher Handlung sie herzustellen ist, muss noch verdeutlicht werden.“ Das bedeutet aber im Ergebnis auch: Wenn ein Verbraucher ein Produkt in einer für das Produkt ungeeigneten Weise benutzt oder verwendet, könnte er für den dabei eintretenden strafrechtsrelevanten Erfolg selbst verantwortlich sein.¹⁸ Die Kausalkette würde durchbrochen.

¹⁷ So auch im Lederspray-Fall. BGH St 37, 106 im deutschen Recht, vgl. hierzu den Beitrag von *Wörner*, Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden (im gleichen Band).

¹⁸ So der Richter Tahara in seiner Gegenmeinung.

F. Täterschaft und Teilnahme

Schließlich gilt es zentral für Gremienentscheidungen die Täterschaft und Teilnahme der beteiligten Personen zu erörtern. In beiden hier unter 1. und 2. erläuterten Fälle haben die zuständigen Gerichte jeden einzelnen Angeklagten als Täter angesehen, obgleich die Angeklagten jeweils nicht „Alleinentscheider“ über den weiteren Vertrieb der Produkte waren. Fraglich ist aber, ob nicht vielmehr nach dem einzelnen Tatbeitrag jedes Angeklagten im konkreten Einzelfall und nach seiner Bedeutung für die Gesamtentscheidung zu differenzieren wäre. Fraglich ist damit, ob auch eine Strafbarkeit der fahrlässigen Teilnahme oder der so genannten „fahrlässigen Mittäterschaft“ in Betracht zu ziehen wäre.

Die japanische h.M. lehnte dies zunächst ab, weil man sich bei Fahrlässigkeit einen „gemeinsamen Wille“ der Mittäter nicht vorstellen könne. Fraglich ist, ob dies auch für Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden gelten kann.

Inzwischen wird eine fahrlässige Mittäterschaft aber doch zunehmend bejaht.¹⁹ Dem stimmt nun auch der japanische Oberste Gerichtshof zu.²⁰ Hintergrund jenes Wandels in der Rechtsprechung und der Literatur ist der Umstand, dass im Falle von zu treffenden Gremienentscheidungen gerade nicht einer Person alleine, sondern mehrere Personen in ihrem Zusammenwirken eine Entscheidung mit bestimmten Folgen für die Außenwelt treffen. So konnte gerade auch in den beiden vorliegend besprochenen Fällen keiner der betroffenen Angeklagten alleine über einen Rückruf der nicht virusinaktivierten Blutprodukte oder der fehlerbehafteten Reifen entscheiden.

Ihre gemeinsame Verantwortung mit der Nichtrückholung der betroffenen Produkte entspricht dann am Ehesten der Situation einer fahr-

¹⁹ Fälle über fahrlässige Brandstiftung; OLG Nagoya Urt. v. 03.09.1986 (OLGHSt 39, 371), LG Tokio Urt. v. 23. 01. 1992 (Hanrei-jiho 1419, 133), fehlerhafte ärztliche Fälle; LG Tokio Urt. v. 27. 12. 2000 (Hanrei-jiho 1771, 168), LG Tokio Urt. v. 14.05. 2004 (LEX/DB 28095650) usw.

²⁰ Der jap. OGH, Urt. v. 23. 01. 1953 (OGHSt 7, 30), Beschul. 31. 05. 2010 (OGHSt 64, 447).

lässigen (weil gemeinsam verursachten) Mittäterschaft.²¹ Aber natürlich darf das nicht bedeuten, jede Pflicht (Garantenpflicht) oder Kausalität zu verschleiern, und dadurch letztlich einer Person die Gesamtverantwortung für das Tatgeschehen aufzubürden. Vielmehr hat sich jeder Beteiligte nach seiner Pflicht zu verantworten.

Hierfür aber ist es notwendig, die Pflichten jedes Einzelnen und die gemeinsamen Pflichten festzustellen, um jeden Beteiligten nach seiner eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu bestrafen. Wie dies zu geschehen hat, ist auch in Japan noch strittig und damit im Ergebnis offen. Bisher wird der Vorwurf in Fällen dieser Art gegen die Entscheidungsträger – gegen die Präsidenten oder die Direktoren – der betreffenden Produkthersteller erhoben und in Einzelfällen auch gegen zuständige Beamte der Behörden gerichtet. Welche Probleme bei der Prüfung der Strafbarkeit dabei entscheiden und ob auf die rechtliche Stellung des Täters abgestellt werden sollte oder auf den „Gefahreninhalt“ der begangenen Tat bleibt offen. Es gilt darüber nachzudenken, ob sich aus zusammenhängenden Verantwortungsbereichen auch gemeinsame Pflichten ergeben können und genauer darauf die strafrechtliche Verantwortlichkeit beruhen sollte.²² Der vorliegende Beitrag sollte damit für das japanische Recht zunächst aufzeigen, dass man auch hier erst am Beginn einer Lösungsfindung steht.

²¹ *Kaneko*, *Ritsumeikan Law Review* 344 (2012) S. 135 ff. Vgl auch. *Utsumi*, *Journal of Law, Politics, and Sociology* 83, 9 (2010) S. 31 ff.; *Matsuo*, *Journal of Criminal Law* 50, 1 (2010), S. 63.

²² *Kaneko*, *Ritsumeikan Law Review* 326 (2010) S. 26 (auf japanisch).

Literaturverzeichnis:

- Der Jap. OGH, Beschluss v. 03.03.2008 (OGHSt 62, 567).
- Der Jap. OGH, Urt. v. 23. 01. 1953(OGHSt 7, 30), Beschul. 31. 05. 2010 (OGHSt 64, 447).
- Iwama*, Produkthaftung und Dogmatik der Unterlassungsdelikte (2010), S. 192 ff. (auf japanisch).
- Jap. OGH, Beschluss v. 08.02.2012 (OGHSt 66, 200).
- Kai*, Waseda Law Review 85 (2009) S. 1 ff.; *Kitagawa*, Criminal Law Journal 14 (2009) S. 73 ff..
- Kaneko*, Ritsumeikan Law Review 344 (2012) S. 135 ff. Vgl auch. *Utsumi*, Journal of Law, Politics, and Sociology 83, 9 (2010) S. 31 ff.; *Matsuo*, Journal of Criminal Law 50, 1 (2010), S. 63.
- Kaneko*, Ritsumeikan Law Review 326 (2010) S. 26 (auf japanisch).
- Kitagawa*, Waseda Law Review 71 (1996), S. 173 f. (auf japanisch).
- LG Osaka, Urt. v. 24.02.2000 (Hanrei Times 1042, 94).
- LG Osaka, Urt. v. 24.02.2000 (Hanrei Times 1042, 94).
- LG Tokio Urt. vom 11.05. 2010 (Hanrei-Times 1328, 241). Vgl. *Matsumiya*, Ritsumeikan Law Review 343 (2012), S. 615 (auf japanisch).
- LG Tokio Urt. v. 27. 12. 2000 (Hanrei-jiho 1771, 168)
- LG Tokio Urt. v. 14.05. 2004 (LEX/DB 28095650).
- LG Tokio Urt. v. 23. 01. 1992 (Hanrei-jiho 1419, 133).
- Matyumiya*, Journal of criminal law 52, 2 (2013), S. 329 ff..
- Matsumiya*, 過失犯論の現代的課題, Kashistuhanron no gendai-teki kadai (Die gegenwärtige Aufgabe der Lehre von den Fahrlässigkeitsdelikten), 2004, S. 168 ff. (auf japanisch).
- Okabe*, Himeji Law Review 49 (2009) S. 316 ff..
- OLG Nagoya Urt. v. 03.09.1986 (OLGHSt 39, 371).
- Osaka高裁 Urteil vom 24.02.2000.
- Roxin*, Strafrecht AT Band II, § 32 Rn. 211.
- Saito/ Nishihara*, Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch, 1954 (zur a.F. des jStGB).
- Shimada*, Criminal Law Journal 3 (2006) S. 26 ff. (auf japanisch).

- Yamanaka*, Die Bilanz des AID-Skandals in Japan –Strafrechtliche Haftung wegen der Produktion, der Aufsichtspflichtverletzung und der ärztlichen Verschreibung von AIDS kontaminierten Blutprodukten, in: Die gegenwärtigen Aufgaben des Rechts in sich ändernden Sozialsystemen, 2011, S. 147 ff. (<http://kops.ub.uni-konstanz.de/handle/urn:nbn:de:bsz:352-187531>).
- Yamanaka*, Kansai University Review of Law and Politics 60 (2011) S. 45 ff..
- Inagaki*, Studies in Criminal Law IX (2015) S. 9 ff. (auf japanisch).

Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden - aus deutscher Sicht -*

*Liane WÖRNER***

The German Legal Concept of Perpetration and Participation Faced With the Challenges of Board Decisions and Negligent Failure of Organization

Abstract: The paper discusses in how far the German legal theory on complicity is been challenged by sentencing boards (bodies) or panels for wrongful products, which they developed cooperatively, or for decisions, which they made cooperatively. Unclear is how to handle internal faults by wrongful organization, because the German criminal law does only know the concept of individual responsibility. In medical criminal law these issues become obvious, if the liability for medical products, like pharmaceutical products, or the liability of hospital owners is in question. Hereto the paper explains the German theory on criminal liability and why only the head of the controlling enterprise (the management or executive director) can be made responsible. Due to the accretive development of board or panel made decisions, where neither the individual's impact nor the individual's responsibility can be detected, it becomes critical, whether the German liability concept helps solving appealing societal questions *or whether* a criminal law for corporations and enterprises needs to be installed.

* Geliş Tarihi: 24.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Akad. Rätin a.Z. Dr., LL.M. (UW-Madison), Justus Liebig University Giessen, Giessen, Germany, liane.woerner@recht.uni-giessen.de

Keywords: Board decision, panel decisions, organizational fault, legal entity, theory on criminal liability, product liability, medical criminal law, German criminal law, criminal law for corporations and enterprises.

Zusammenfassung: Der Beitrag untersucht die Herausforderungen für die deutsche Täterschaftslehre zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die Entscheidung von Gremien über (wirtschaftliche) Produkte und für (internes) Organisationsverschulden nach dem deutschen Strafrecht. Im Bereich des Medizinstrafrechts wirken sich diese Grundfragen etwa bei der Haftung für Medizinprodukte und von Krankenhausträgern aus. Voraussetzend werden die Grundlagen der Täterschaft- und Teilnahmeregeln und der strafrechtlichen Verantwortung im deutschen Strafrecht dargestellt. Weil das deutsche Strafrecht Individualstrafrecht ist, sind der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und Organisationsträgern Grenzen gesetzt. Bestraft werden können nur ihre Organträger (Vorstand, Geschäftsführer). Gefragt werden kann dann nur, ob und wie sich das so konstruierte Täterschafts- und Teilnahmemodell auf die Strafbarkeit von Personenmehrheiten selbst und ihrer Mitglieder auswirkt. Kritisch ist damit zu fragen, ob das deutsche Strafrecht noch hinreichend Antworten auf die sich weiter entwickelnden Gremienentscheidungsfragen und Organisationsfragen gerade im medizinischen Bereich, sei es bei der Produktherstellung und -haftung oder bei der Organisation in Krankenhäusern und hier festzustellender Verantwortlichkeiten bieten kann, oder ob es doch der Einführung eines umfassenderen Unternehmensstrafrechts bedarf.

Schlüsselwörter: Gremienentscheidungen, Organisationsverschulden, juristische Personen, Handlungsfähigkeit, Täterschaftsmodell, Teilnahmemodell, Produkthaftung, Medizinstrafrecht, deutsches Strafrecht, Unternehmensstrafrecht.

A. Einleitung

Das folgende Diskussionspapier beschäftigt sich ausschnittshaft allein mit den Herausforderungen für die deutsche Täterschaftslehre bei der strafrechtlichen Verantwortung von Gremien für ihre (wirtschaft-

lichen) Produkte und für (internes) Organisationsverschulden. Im Bereich des Medizinstrafrechts wirken sich diese Grundfragen etwa bei der Haftung für Medizinprodukte und von Krankenhausträgern aus.

Zur Veranschaulichung dient mir folgender (hierfür leicht abgewandelter) Fall¹:

B musste nach der Geburt in der Kinderklinik in einem Inkubator versorgt werden. Weil dort in der Nacht seine Temperatur auf nur 35,7°C absank, legte die Krankenschwester (auf ärztliche Veranlassung und entsprechend den Behandlungsrichtlinien) zwei mit heißem Wasser gefüllte Gummiwärmflaschen der Marke M zu seinen Füßen. Als einige Zeit später ein Alarm die Überprüfung des Inkubators veranlasste, stellte sie fest, dass eine der beiden Flaschen ausgelaufen war. Der linke Fuß des B war so verbrüht, dass er amputiert werden musste. Bei den Ermittlungen stellte sich heraus, dass eine bestimmte Serie der Wärmflaschen M einen Materialfehler aufwies. Ob die Krankenschwester eine Wärmflasche aus dieser Serie verwendet hatte, konnte aber nicht festgestellt werden, weil der Verwaltungsdirektor der Kinderklinik nach dem Vorfall der Entsorgung der zwei Wärmflaschen zugestimmt hatte. Fraglich ist damit, wer für die Verletzung des B strafrechtlich verantwortlich ist und wer zivilrechtlich für die Folgeschäden einzustehen hat.

Die international diskutierte *auch* strafrechtliche Haftung von Unternehmen *einerseits* und ihren Mitgliedern *andererseits* stellt das als dogmatisch ausgereift geltende deutsche Strafrecht vor Herausforderungen. Doch zivilrechtliche Haftungsmaßstäbe lassen sich nicht unbesehen auf das Strafrecht übertragen,² auch wenn dies für das Zivilrecht vielleicht wünschenswert wäre. Dem Zivilrecht geht es um Schadensausgleich, dem Strafrecht um Verantwortung.³ Umgekehrt: Ist das Strafrecht hier überhaupt Mittel zum Zweck? Die Zurechnung von Verantwortung an die Organisationsträger scheint jedenfalls nicht automatisch zu höheren

¹ Nachgebildet BGH NJW 1994, 1594.

² Vgl. *Zwiehoff*, MedR 2004, 364, 366.

³ *Gropp* Strafrecht Allgemeiner Teil (im folgenden: Strafrecht AT), 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 39.

Sicherheitsstandards zu führen.⁴ Sie birgt aber das Risiko, dass individuelles Fehlverhalten nicht weiter ermittelt wird, weil der Organisationsträger zur Verantwortung gezogen wird. Oder ist dies gerade erwünscht?

Was also gibt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen und Organisationsträgern dem deutschen Strafrecht auf?

B. Die Grundlagen der Täterschaft- und Teilnahmeregeln im deutschen Strafrecht

Beteiligen sich mehrere an einer Straftat, so lassen sich die dadurch aufgeworfenen strafrechtlichen Fragen ihrer Verantwortung prinzipiell auf zwei Arten lösen:

Entweder man erklärt *extensiv* jeden Beteiligten an der Straftat zum Täter oder man schichtet *restriktiv* die Beteiligungsformen nach ihrer Intensität unter Hinzunahme weiterer Verantwortungskriterien ab.⁵ Ein extensives Modell korrespondiert mit einem sog. Einheitstätersystem, indem jeder, der an der Handlung beteiligt ist, zum Täter wird. Es liegt dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht, vergleichend auch dem österreichischen Strafrecht, zugrunde.⁶

Ein restriktives Modell korrespondiert dagegen mit einem Täterschafts- und Teilnahmesystem, wie es das deutsche Strafrecht mit §§ 25-27 dStGB vorsieht (im Schaubild *links*). Dass das deutsche Strafrecht restriktiv vorgeht, hat wohlerwogene Gründe. Es ermöglicht, zwischen unterschiedlichen Beteiligungsformen bereits auf Tatbestandsebene und damit auf Unrechtsebene zu differenzieren, führt so zu einer gleichmäßi-

⁴ Kritisch gerade insoweit auch: *Zwiehoff*, MedR 2004, 364, 372 f.

⁵ Vgl. dazu nur *Gropp* Strafrecht AT § 10 Rn. 24 ff.

⁶ Vgl. ausführlich *Rotsch* „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft (2009), S. 177 ff.; dazu auch *Gropp* Strafrecht AT § 10 Rn. 27 – 40 oder auch §§ 12-15 öStGB; ib. § 12 öStGB. In Österreich wird allerdings lebhaft diskutiert, ob das gesetzlich vorgeschlagene Einheitstätersystem gleichwohl akzessorische Teilnahme zulässt, vor allem weil in der Strafzumessung sehr wohl auch in Österreich zwischen „Bestimmungstäterschaft“ und „Beitragstäterschaft“ und damit zwischen dem bestimmen einer Straftat und dem Beitragen zu einer Straftat unterschieden wird.

geren Bestrafung je nach Mitwirkungsgrad und trägt damit letztlich zur Rechtssicherheit bei.⁷ Nicht jede Mitwirkung ist einheitlich als Täterschaft strafbar, sondern nur die in § 25 dStGB bestimmte. Als Teilnahme ist „abgeschichtet“ nur strafbar, was die Voraussetzungen von Anstiftung und Beihilfe (§§ 26-27 dStGB) erfüllt. Das dStGB (§§ 25-27) legt damit restriktiv Verantwortungsformen fest, die – und nur die – Strafbarkeit begründen.⁸ Daneben besteht Straffreiheit. Doch der restriktive Täterbegriff gilt nur für das Vorsatz- nicht für das Fahrlässigkeitsdelikt.⁹ Ist fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht, ist jede Tatbestandsverwirklichung täterschaftlich.¹⁰ Das liegt letztlich daran, dass Gefahrverursachung oder -erhöhung (oder Sorgfaltspflichtverletzung, wer darauf abstellen möchte) einer differenzierenden Abschichtung in bestimmend – dann Täterschaft - oder begleitend – dann Teilnahme – wenig zugänglich sind.

Das restriktive Modell erfordert nun aber bei handelnden Personenmehrheiten den Nachweis, dass die Merkmale der explizit geregelten Täterschafts- und Teilnahmevorschriften (§§ 25-27 dStGB) erfüllt sind oder fahrlässige Nebentäterschaft gegeben ist, wenn die Personenmehrheit selbst strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden soll, für diese. Denn daneben besteht Straffreiheit.

In unserem Beispielsfall könnten Wärmeflaschenhersteller und Krankenhausbetreiber, neben anweisendem Arzt und Krankenschwester nur strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie die Tatbestandsvoraussetzungen der schweren Körperverletzung i.V.m. den Zurechnungsnormen der Täterschaft und Teilnahme erfüllen oder ihnen die Schädigung des B als täterschaftlich fahrlässige Körperverletzung zugerechnet werden kann.

⁷ Ebenso *Gropp* Strafrecht AT § 10 Rn. 41.

⁸ *Gropp* Strafrecht AT § 10 Rn. 42.

⁹ Vgl. dazu den Wortlaut von §§ 25, 15 dStGB und §§ 26, 27 dStGB.

¹⁰ Das wird deshalb auch kritisiert. Zu den Restriktionsforderungen, denen hier im Einzelnen nicht nachgegangen werden kann, ib. *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (1997); *Walther* Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung (1991); *Cramer/Heine* in Sch/Sch Rn. 112 ff. vor § 25.

Schaubild: Handlungsfähigkeit und strafrechtliche Verantwortung

„Individual“-Täter „Kollektiv“-Täter

Handlungs-unwert

Erfolgs-unwert

Schuldhaftig-keit

C. Die Strafbarkeit Juristischer Personen

Fraglich ist also, ob und wie sich das so konstruierte Täterschafts- und Teilnahmemodell auf die Strafbarkeit von Personenmehrheiten selbst und ihrer Mitglieder auswirkt. Das sei anhand einer der prominentesten Vertreter, der juristischen Person¹¹ (I.) erläutert. Hier lässt sich beispielhaft zeigen, welche Aufgaben die diskutierte Strafbarkeit juristischer Personen der Täterschaftslehre *de lege ferenda* aufgeben würde aber ebenso welche Probleme *de lege lata* bei Bestrafung ihrer Mitglieder und Organe bereits bestehen (II.).

I. Systematik

Das deutsche Recht hält juristische Personen für nicht deliktstfähig und nicht strafrechtlich verantwortlich. Bestraft werden können nur ihre Organträger (Vorstand, Geschäftsführer). Denn für sie lassen sich nach dem „abschichtenden“ restriktiven Modell die Merkmale nach §§ 25-27

¹¹ Juristische Personen sind „Personenvereinigung oder Zweckvermögen mit vom Gesetz anerkannter rechtlicher Selbstständigkeit. Die juristische Person ist Träger von Rechten und Pflichten, hat Vermögen, kann als Erbe eingesetzt werden, in eigenem Namen klagen und verklagt werden.“ (Schäfer, in: Gabler Wirtschaftslexikon Online, Stichwort: „Juristische Person“, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/juristische-person.html> (14.2.2017)). Krankenhausträger, Krankenhausbetreiber oder Klinikbetreiber etwa können durchaus natürliche und juristische Personen sein. Allerdings treten Verbunderscheinungen vermehrt und auch im öffentlichen Bereich auf, auch als kommunale GmbH oder Aktiengesellschaft, vgl. <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/krankenhaustraeger/krankenhaustraeger.htm> (14.2.2017).

dStGB bestimmen und – alle praktischen Strafverfolgungsprobleme einmal außen vor – auch nachweisen. Nach der wohl (noch) vorherrschenden Ansicht in der deutschen Literatur sind juristische Personen damit *per se nicht handlungsfähig*.

Juristische Personen können allerdings Adressaten teils empfindlicher strafrechtlicher Sanktionen sein, seien es Einziehung und Verfall gemäß §§ 73, 75 dStGB, „Mehrerlösabführung“ – also das Einziehen von Mehrerlösen – gemäß §§ 8, 10 Abs. 2 WiStrG oder Geldbußen gemäß § 30 OWiG. Wenn man aber anerkennt, dass Sanktionen gegen juristische Personen selbst gerichtet sein können, so muss man auch anerkennen, dass sie sanktionsrechtlich als handlungsfähig gelten.¹² Nur wer handelt, kann sanktioniert werden. Das gilt für das deutsche Ordnungswidrigkeitsrecht und für das deutsche Strafrecht. Im Unterschied zum Strafrecht kommt der Ordnungswidrigkeit nur nicht die gleiche sozialetische Missbilligung zu.¹³ Das Anerkennen ordnungswidrigkeitsrechtlicher Handlungsfähigkeit bedeutet dann auch das Anerkennen strafrechtlicher Handlungsfähigkeit.¹⁴

Die Probleme strafrechtlicher Verantwortung von juristischen Personen liegen an anderer Stelle: Es sind der Nachweis der restriktiven Tätermerkmale nach §§ 25-27 dStGB, die Kausalität, die Feststellung einer „Pflichtverletzung“ und der Nachweis der Garantenstellung, die mit dem *de lege lata* Strafrecht nicht gelingen wollen.¹⁵

Bei allen Versuchen, das deutsche Strafrecht für die Strafbarkeit juristischer Personen zugänglich zu machen – ich nenne einmal nur die weitgehend bekannten Modelle der „Zurechnung“¹⁶, der „Einführung von

¹² Zum Ganzen ähnlich *Gropp* Strafrecht AT, § 4 Rn. 7 ff. (9).

¹³ Vgl. nur *Schild* in: Kindhäuser/Neuman/Paeffgen, StGB, Rn. 129 vor §§ 25 ff.

¹⁴ Ebenso *Gropp* Strafrecht AT § 4 Rn. 9.

¹⁵ Kritisch zur Einführung von Unternehmensstrafrecht ib.: *Peglau* JA 2001, 608 f.; *MK-Joecks*, Vor § 25 Rn. 18.

¹⁶ Bundesjustizministerium, Zurechnungsmodell, in: *Hettinger* (Hrsg.): *Verbandsstrafe: Bericht der Arbeitsgruppe „Strafbarkeit jur. Personen“ an die Kommission nebst Gutachten sowie Auszug aus dem Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionenrechts*, Teilband 3 (Verbandsstrafe), 2002, S. 155 ff.

eigenen Maßnahmen¹⁷ und der „neuen originären Verbandshaftung“¹⁸ –, stellt sich heraus, dass die „Personengruppe“ als solche nicht für die eigentliche Zuwiderhandlung, die unmittelbar zur Schädigung Dritter führt, sondern nur für das vorgelagerte Außerachtlassen der Vorsorge für normgemäßes Verhalten der Gruppenzugehörigen haftbar gemacht werden kann.¹⁹ Der juristischen Person wird dann letztlich vorgeworfen, dass es mangels „Unternehmensphilosophie“, defizitärer Organisationsstruktur oder mangelhafter „Gruppenregeln“ zu einem Schaden in der Außenwelt, verursacht durch ein Gruppenmitglied gekommen ist. Das ist deshalb richtig, weil sich die Addition der einzelnen Handlungen – siehe im Schaubild rechts – als *eine* Handlung der Gruppe nicht direkt auf den individuellen Erfolg (Schaden), sondern nur auf die aus der Gruppierung geschaffene Gefahr richten kann.

Ist aber die Gefahrschaffung der strafrechtliche Anknüpfungspunkt, so lässt sich das vergleichbar mit dem fahrlässigen Verwirklichen eines Straftatbestandes nicht in den Formen bestimmenden, mitbestimmenden oder begleitenden Verwirklichens nach restriktiven Tätermodellen abbilden. Es korrespondiert vielmehr mit einem Einheitstätersystem und einem extensiven Täterbegriff. Im deutschen Strafrecht bedürfte es schon deshalb einer gesonderten gesetzlichen Regelung, wonach juristische Personen für von ihnen geschaffene Gefahren strafrechtlich verantwortlich sind.²⁰

¹⁷ Arbeitsgruppe „Strafbarkeit juristischer Personen“, Bericht an die Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, in Hettinger (Fn. 15), S. 22 ff.

¹⁸ Heine in: Hettinger (Fn. 15), S. 121 ff.; Dannecker GA 2001, 101 ff.

¹⁹ Ausdrücklich *Gropp* Strafrecht AT § 4 Rn. 12, wenn auch insoweit nur zum Modell der originären Verbandshaftung.

²⁰ De lege ferenda Überlegung zur Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht; siehe schon Kommission / Arbeitsgruppe „Strafbarkeit juristischer Personen“, Bericht an die Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, in *Hettinger* (Fn. 15), S. 8.

Die EU forderte bereits mehrfach die Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen, was Deutschland bisher ablehnte. Im Jahre 2000 setzte die Bundesregierung eine Kommission ein, um eingehend prüfen zu lassen, ob eine solche Umsetzung supranationaler Vorgaben nicht doch möglich sei. Das Ergebnis war insoweit eindeutig, als die Kommission sich eindeutig für das Bestehen der damaligen Regelungen aussprach (zu den

Das klingt recht einfach. Doch dass man diese Vorschrift im deutschen Strafrecht bis heute nicht findet, hat gute Gründe. Dem restriktiven Täterbegriff erteilte sie nach der Fahrlässigkeit eine weitere Absage. Das abschichtende Modell wäre damit letztlich insgesamt gefährdet und in einem weiteren Bereich Vorschub für eine nicht unerhebliche Vorverlagerung des Strafrechts hin zu allein präventiver Risikovermeidung geleistet.

Allerdings entspräche die eigenständige Strafbarkeit der juristischen Person dem deutlich feststellbaren *Kollektivierungsprozess* der Gesellschaft, indem es über die individuelle Einzelverantwortlichkeit hinaus in den zentralen Lebensbereichen immer mehr auf die Verantwortung für durch die Kumulation von Handlungen gesetzte Gefahren ankommt, so kürzlich nachgewiesen von *Susanne Beck* in ihrer Habilitationsschrift.²¹ Allein das deutsche Strafrecht ist unter seinen gegenwärtigen Prämissen einer maßgeblich individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei restriktiver „Abschichtung“ damit überfordert. Ihm bleibt nur der Rückzug oder eine Neuausrichtung seiner Grundlagen.²²

II. Ausnahmen

Überforderung und mögliche Neuausrichtung des Strafrechts schon *de lege lata* werden gerade durch das Eingangsbeispiel veranschaulicht. Denn im Wirtschaftsrecht – im Besonderen im Bereich der Produkthaftung²³ – gelten vermeintlich andere Regeln. Und bei Organisationsverschulden verschwimmen die ehernen Grundsätze des tradierten Strafrechts scheinbar. Die strafrechtlichen Fragen der Verantwortlichkeit von (individuellen) Entscheidungsträgern, die damit zusammenhängen, haben eine enorme Relevanz im Zusammenhang mit der Haftung von

Argumenten *Gropp* Strafrecht AT § 4 Rn. 11).

²¹ *Beck*, Manuskript, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Kollektiven, 2013, S. 1 ff.; vgl. ib. In der Zusammenfassung dieses Teils S. 278 (Manuskript).

²² Deutlich *Beck*, ebd., S. 278.

²³ Vgl. zur Geschichte der strafrechtsrelevanten Produkthaftung des BGH *Kuhlen*, Strafrechtliche Produkthaftung, in FS für BGH, IV, S. 648. *Kuhlen* weist zu Recht darauf hin, dass richtungsweisend bereits der *Mandelbienenstich* – Fall aus dem Jahr 1988 war.

Krankenhäusern, weil die strafrechtliche Ausweitung hier eine Haftungsvervielfachung²⁴ erzeugt.

1. Produkthaftung: Strafrechtliche Verantwortung der Entscheidungsträger

In der insoweit meist diskutierten BGH-Entscheidung überhaupt, dem *Lederspray-Fall*,²⁵ verurteilte der BGH alle Geschäftsführer einer GmbH wegen fahrlässiger Körperverletzung und (in einem Fall) mitäterschaftlich begangener, gefährlicher Körperverletzung. Der Leiter des Zentrallabors wurde darüber hinaus wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung verurteilt. Die Firmengruppe hatte in den 80er Jahren Ledersprays hergestellt und vertrieben, die bei Benutzung zu teils schweren Lungenödemen geführt hatten. Die eigentliche Ursache hatte man im Firmenlabor nicht finden können. In einem Mehrheitsbeschluss votierten die Geschäftsführer deshalb gegen Rücknahme und Produktionsstopp der Ledersprays. Hierin sah der BGH den strafrechtlichen Anknüpfungspunkt. Er machte den Geschäftsführern den Vorwurf, nicht alles Erforderliche zum Zustandekommen der gebotenen Rückrufentscheidung getan zu haben. Weil das deutsche Strafrecht für den Vorwurf „Schaffung einer strafrechtsrelevanten Gefahr“ an die Firmengruppe selbst keine Regelung bereithält, suchte der BGH mit §§ 25-27 dStGB absichtend nach der Verantwortung der bestimmenden (Geschäftsführer) und begleitenden (Zentrallaborleiter) Entscheider. Wo darüber hinaus ein Ursachenzusammenhang festgestellt werden konnte, zog sich der BGH auf die fahrlässige Einheitstäterschaft zurück.²⁶ Insbesondere bejahte der BGH „tatbestandmäßiges Verhalten durch positives Tun ..., soweit Schäden durch die Verwendung der Sprays eintraten, die erst *nach* der Sondersitzung der Geschäftsführung ... produziert oder vertrieben worden waren“ und rechnete Produktion und Vertrieb den „Geschäftsführern als eigenes Handeln – auch strafrechtlich – zu“.²⁷ *Günter Heine*

²⁴ Ebenso *Beck* (Fn. 21), S. 278.

²⁵ BGHSt 37, 106 = BGH, *Urteil* vom 06-07-1990 - 2 StR 549/89.

²⁶ Vgl. insoweit allein die Leitsätze der Entscheidung im *Lederspray-Fall* BGHSt 37, 106.

²⁷ BGHSt 37, 106, 114.

und *Thomas Rotsch* sahen darin implizit die rechtliche Anerkennung der Handlungsfähigkeit juristischer Personen.²⁸ *Bernd Schünemann* fragte gar nach einem „revolutionierenden neuen Handlungsbegriff“ des BGH.²⁹ Denn der weitere Vertrieb der Ledersprays wird in all seinen Teilprozessen der Herstellung und des Vertriebs zu einem Handeln der Geschäftsführer. Aus der vom BGH (zu Recht) nur in ganz engen Grenzen angenommenen Garantenstellung der Geschäftsführer für vorangegangenes Tun,³⁰ weil sie das „Zurückholen“ der Ledersprays unterließen, wurde kausal aktives Tun der weiteren Herstellung und des Vertriebs. Darin werden die Letztverantwortlichen zu Handelnden; das Prinzip der Unmittelbarkeit der strafrechtlichen Handlung steht Kopf.

Für die strafrechtliche Verantwortung des Wärmflaschenherstellers im Eingangsfall bedeutet das, dass Strafbarkeit anzunehmen wäre, wenn die Entscheidungsträger die Wärmflaschen M der bestimmten Serie wegen Materialfehlers hätten zurückrufen müssen, dies aber gerade unterließen. Vorliegend kommt das nur deshalb nicht zum Tragen, weil aufgrund eines Organisationsverschuldens des Krankenhausträgers nicht festgestellt werden konnte, welche Wärmeflasche überhaupt verwendet wurde.

2. Haftungsfragen innerhalb der Kinderklinik wg. Verwendung/Entsorgung der Flasche?

Die Frage aber, inwieweit die Unternehmensführung/ die Entscheidungsträger über eine mögliche eigene Garantenverpflichtung hinaus, auch für ein Verschulden von Mitarbeitern bei Organisationsverschul-

²⁸ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen – Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, 1995, S. 156 Fn. 33; *Rotsch*, *wistra* 1991, 321 (325); dazu auch *Schünemann*, Unternehmenskriminalität in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht und Strafprozessrecht, München 2000, S. 624.

²⁹ *Schünemann* (Fn 29), S. 620, 623.

³⁰ Dem zustimmend mit weiteren Argumenten auch *Schünemann* (Fn 29), S. 620, 623 ff.

den einzustehen hat, ließ das Lederspray-Urteil noch unbeantwortet.³¹ Wenn aber im Außenverhältnis (aus Rücknahmepflichten) eine Garantspflicht zu wachsen droht, scheint nur die „innere“, vollumfängliche, präventive Pflichterfüllung die Kausalkette durchbrechen zu können.

Das ist ebenso konsequent, wie es zu kritisieren ist.

Zwar hat der BGH in mehreren Entscheidungen nunmehr Kriterien zur strafrechtlichen Verantwortung des Einzelnen entwickelt,³² aber ein einheitliches Bild in der rechtswissenschaftlichen Literatur existiert bis heute nicht. Nach einer Ansicht haftet der Vorgesetzte als Überwachungsgarant für die Abwendung aller betriebsbezogenen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten seiner Mitarbeiter.³³ Eine andere restriktivere Ansicht beschränkt die Verpflichtung des Vorgesetzten auf besondere Gefahrenquellen für die Allgemeinheit.³⁴ Entscheidend wird die Beweisbarkeit des Wissens auf den verschiedenen Ebenen. Unternehmen begegnen dem Garant- und Zurechnungsproblem in der Praxis längst mit der Beschäftigung sog. „Compliance“ Beauftragten. Das entpflichtet die vorgesetzte Stelle und bindet die strafrechtliche Verantwortlichkeit an den Sonderbeauftragten.³⁵ Von der Verhängung einer Geldbuße wegen Aufsichtspflichtverletzung gegen das Unternehmen selbst (§ 130 OWiG) kann auch das nur befreien, wenn die Aufsicht über die „Com-

³¹ Vgl. in aller Deutlichkeit *Schünemann* (Fn 29), S. 620, 635. *Schünemann* weist zu Recht insbesondere darauf hin, dass der BGH im Lederspray-Fall die Garantstellung der Geschäftsführer allein auf den Fall einer „Verpflichtung zum Rückruf“ beschränkt hat und eine allgemeine Aussage zum Bestehen einer Garantpflicht nicht hat treffen wollen.

³² insbesondere anhand der Verantwortlichkeit der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR als mittelbare Täter der Tötung in den sog. Mauerschützen-Prozessen; Vgl. näher *Kuhlen*, Strafrechtliche Produkthaftung, in FS für BGH, IV, S. 671.

³³ Vgl. *Stree*, in Sch/Sch, § 13 RN 52; *Lackner/Kühl* § 13 RN 14.

³⁴ Vgl. *Jakobs*, AT, Abschn. 29 RN 36; *Rudolphi/Stein*, in: SK, § 13 StGB RN 35a.

³⁵ Dazu und zu den dennoch auftretenden Problemen *Fateh-Moghadam*, Criminal Compliance ernst genommen – zur Garantstellung des Compliancebeauftragten. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 54, 44 in: *Steinberg/Valerius/Popp* (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB. Analysen zur aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung, Baden-Baden 2011, S. 25 - 48 mwN. Eingrenzend insbesondere auch *Rotsch* Klausurenlehre, 2. Aufl., Rn. 3457.

pliance“ gesichert ist. Die Diskussion über Compliance-Regelungen gewinnt auch deshalb an Bedeutung. Dabei geht es eigentlich, um eine möglichst gerechte Risikoverteilung, weil durch das kollektive Zusammenwirken personen-übergeordnete Risiken entstanden sind, die bei Anwendung der tradierten strafrechtlichen Prinzipien in einer Vervielfachung einzelner Haftungen münden.³⁶

So auch im Eingangsbeispiel: Am Inkubator handelt nicht die Krankenschwester allein, sondern ein Ärzteteam trifft Entscheidungen, ein Verwaltungsteam entwirft hierfür Regelungen, ein Krankenhausträger sorgt für die Ausstattung mit medizinischen Geräten, Instrumenten und Medikamenten. Richtlinien regeln den Ablauf. Krankenschwester und Arzt stehen in einem Über- und Unterordnungsverhältnis. Den Arzt treffen neben der sorgfältigen Mitarbeiterauswahl Anleitungs-, Überwachungs- und Kontrollpflichten.³⁷ Ähnliche Pflichten bestehen zwischen medizinischem und nicht medizinischem Personal. Die Überwachungspflicht entfällt, wenn die Beteiligten auf einer Ebene aber aus verschiedenen Fachrichtungen am Prozess mitwirken.³⁸

Weil die einzelnen Handlungspflichten nur im Gesamtprozess einen reibungslosen „Gruppen“-Ablauf ermöglichen, muss ein Vertrauensgrundsatz vorherrschen, dass jeder ihm obliegende Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt. Hier schließt sich der Kreis zu den Produkthaftungsfällen. Wie *Ingeborg Puppe* dort richtig anmerkt, kann es für die Kausalität einer nichterfüllten Pflicht zum eingetretenen Erfolg nicht darauf ankommen, ob ein anderer seine Pflicht ohnehin nicht oder auch nur wahrscheinlich nicht erfüllt hätte, denn das wäre eine Fiktion.³⁹ Vielmehr müssen wir „bei der Kausalerklärung von der Regel ausgehen, dass

³⁶ Dazu ib. *Beck* (Habil), in Teil 1 passim. Siehe nur die Zusammenfassung auf S. 278 (Manuskript).

³⁷ Erklärend ausgeführt auch bei *Zwiehoff*, *MedR* 2004, 358, 370.

³⁸ Ähnlich *Zwiehoff*, *MedR* 2004, 358, 368.

³⁹ *Puppe* in: *Kindhäuser/Neuman/Paeffgen*, *StGB*, 3. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 133. „Das fiktive Verhalten dieser Person (steht) objektiv nicht fest“.

andere Beteiligte ihre Pflichten erfüllen, solange sie sie tatsächlich nicht verletzt haben.⁴⁰

Dass heißt ohne Vertrauensgrundsatz könnte sich jeder darauf zurückziehen, dass auch der andere seine Pflicht nicht erfüllt hätte. Eine Erfolgszurechnung wäre letztlich unmöglich.⁴¹ Mit Vertrauensgrundsatz führt dagegen jede festgestellte Pflichtverletzung kausal zum Erfolg. Verletzten mehrere ihre Pflichten, können Formen der alternativen oder kumulativen Kausalität auftreten.⁴² Die Haftung vervielfältigt sich. Das liegt vor allem daran, dass sich im Prozess der Kollektivierung Pflichten entwickelt haben, für die der Einzelne jeweils einstehen soll. Kommt es zu einem Schaden – im Eingangsbeispiel: Amputation des linken Fußes des B – lässt sich der eigentliche Behandlungsfehler oft kaum nachweisen. Meist – auch hier – weiß man nicht, wer falsch gehandelt hat. Setzt man dagegen am Organisationsverschuldens der Gruppe und damit an der Nichterfüllung innerorganisatorisch übertragener Pflichten an, gelingt der Kausalitätsnachweis um ein vielfaches leichter.⁴³ Es genügt das Nichterfüllen auch nur einer Handlungsanweisung (Pflicht), denn aus ihr resultiert ein gefahrerhöhendes Organisationsverschulden.⁴⁴

Im Eingangsbeispiel können das sein: fehlende Sicherheitsmaßnahmen über Wärmflaschen, die Nichtkontrolle der Wärmflasche durch die Krankenschwester, die fehlende Überwachung der Krankenschwester durch den Arzt, die Nichtrückgabe der Wärmflaschen der Marke M (der beschädigten Serie) durch den Krankenhausträger und schließlich die Entsorgung der schadhaften Wärmflasche nach dem Vorfall auf

⁴⁰ *Puppe*, AT/1 § 2 Rn. 33; nunmehr auch BGHSt 48, 77; vgl. auch schon *Puppe* in FS-Roxin (2001), S. 287, 298; *Jakobs*, AT 2. Aufl., 7/24.

⁴¹ So auch *Puppe*, Die Erfolgzzurechnung im Strafrecht: dargestellt an Beispielfällen aus der höchststrichterlichen Rechtsprechung (2000), S. 129 ff.

⁴² dazu *Gropp* AT, § 4 Rn. 55 ff.

⁴³ Parallel lässt sich dieses Ergebnis ebenso anhand der Verletzung einer ärztlichen Aufklärungspflicht statt eines Behandlungsfehlers nachvollziehen, siehe ebenso *Zwiehoff*, MedR 2004, 358, 367.

⁴⁴ Der Anknüpfungspunkt für das Organisationsverschulden ist das Unterlassen der Erfolgsabwendung, also der Vorwurf, dass eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen wurde; *Zwiehoff*, MedR 2004, 358, 368, 370.

Anweisung des Verwaltungsdirektors. Realisiert sich dieses Organisationsverschulden als strafrechtliche Verantwortung des Einzelnen, käme das einer Unternehmensstrafbarkeit faktisch gleich. Der Umbau des Strafrechts in ein präventives Risikostrafrecht findet längst statt.

Der BGH dagegen entschied im Eingangsbeispiel:

Der Verwaltungsdirektor der Klinik hatte die ihm obliegenden Pflichten nicht erfüllt und erforderliche Sicherungsmaßnahmen nicht eingehalten. Anweisungen zur Verwendung von Wärmflaschen in Inkubatoren, zu deren Aufbewahrung, Anschaffung und Materialprüfung existierten nicht. Weil der Verwaltungsdirektor jedoch der Entsorgung der fraglichen Wärmflasche nach dem Vorfall zugestimmt hatte, konnte nicht festgestellt werden, ob sich dieser Sorgfaltspflichtverstoß im Schaden realisiert hatte. Ohne das Beweismittel „Wärmeflasche“ war nicht feststellbar, warum sie ausgelaufen war.⁴⁵ Es war weiter nicht nachweisbar, ob die Verletzung des B bei sorgfaltsgemäßigem Handeln des Verwaltungsdirektors vermieden worden wäre.⁴⁶

Zivilrechtlich dagegen führte die Zustimmung zur Entsorgung der Wärmflaschen zu einer Beweislastumkehr, § 444 ZPO analog, zu Lasten des Krankenhausträgers, der wegen dieser Organisationspflichtverletzung zu Schadensersatz und Schmerzensgeldzahlung verpflichtet wurde. Grundlage der zivilrechtlichen Verurteilung ist die gleiche Sorgfaltspflichtverletzung, die auch der strafrechtlichen Verantwortungsfrage zugrunde liegt. Doch konnte sich die Klinik wegen der Umkehr der Beweislast zivilrechtlich nicht entpflichten.

D. Fazit und Diskussion für heute

Der Versuch, das deutsche Strafrecht mit seinem restriktiv auf die Individualschuld ausgelegten Täterschafts- und Teilnahmesystem der Strafbarkeit juristischer Personen zugänglich zu machen, löst im Kern drei Probleme aus.

⁴⁵ BGH NJW 1994, 1594 ff.

⁴⁶ so *Zwiehoff* in ihrer Besprechung MedR 2004, 358, 367.

1. Weil die „Gruppe“ nicht für eine in einem Erfolg resultierende Individualhandlung, sondern nur für die vorgelagerte Gefahrschaffung aufgrund übergeordneter Organisation verantwortlich gemacht werden kann, entsteht notwendig eine weitere Vorverlagerungstendenz im Strafrecht. Geschützt wird dann nicht vor einer Verletzung des Angriffsobjekts, sondern präventiv vor einer Gefahr für das Angriffsobjekt.
2. Die „Gruppe“ muss folglich das Schaffen von Gefahren vermeiden. Damit wird eine „Welt aus Pflichten“ kreiert. Das Unterlassen wird zum maßgeblichen Strafanknüpfungspunkt; die Unmittelbarkeit der Handlung wird letztlich in ihr Gegenteil verkehrt.
3. Die Zurechnung potenziert dann die strafrechtliche Verantwortlichkeit, während Garantenstellung und Garantenpflichten im „Gruppen-Schema“ erweitert werden.

Im Zusammenspiel jener Probleme werden Kausalitätsanforderungen und damit schließlich die Differenzierung in Täterschaft und Teilnahme verwässert. Das gilt es deshalb zu bedenken, weil die „Spielwiese“ nicht am Rande des Geschehens liegt, sondern zentralgestaltend wirkt. Die zu beobachtende Ausweitung von Garantenpflichten fragt nicht mehr, ob das Risikostrafrecht überhaupt in der Lage ist, bestimmte aktuelle Fragestellungen besser zu lösen. Es löst sie über Vorverlagerung und Unterlassungsdelikt schadenspräventiv auf. Das Ergebnis ist ein die Zivilrechtshaftung bestätigendes Präventionsstrafrecht mit dem Bild des Gefahrschaffenden Einheitstäters.

Anhang – Gesetzliche Vorschriften

§ 25 dStGB (Täterschaft)

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.

(2) **Begehen mehrere** die Straftat **gemeinschaftlich**, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

§ 26 dStGB (Anstiftung)

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, **wer vorsätzlich einen anderen** zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat **bestimmt** hat.

§ 27 dStGB (Beihilfe)

(1) Als Gehilfe wird bestraft, **wer vorsätzlich einem anderen** zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat **Hilfe geleistet** hat.

(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

§ 15 dStGB (Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln)

Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz **fahrlässiges Handeln** ausdrücklich **mit Strafe bedroht**.

§ 14 OWIG (Beteiligung)

(1) Beteiligten sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit, **so handelt jeder von ihnen ordnungswidrig**. Dies gilt auch dann, wenn besondere persönliche Merkmale (§ 9 Abs. 1), welche die Möglichkeit der Ahndung begründen, nur bei einem Beteiligten vorliegen. ...

§ 30 OWIG (Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen)

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,

3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.

(2) Die Geldbuße beträgt

1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu einer Million Euro,
2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünfhunderttausend Euro. ...

Literaturverzeichnis

- Beck, Susanne*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Kollektiven (Manuskript der Habilitationsschrift), Würzburg 2013.
- Dannecker, Gerhard*, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, GA 2001, 101-130.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Criminal Compliance ernst genommen – zur Garantenstellung des Compliancebeauftragten – Zugleich eine Besprechung von BGHSt 54, 44, in: Steinberg/ Vale-rius/ Popp (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB. Analysen zur aktuellen höchstrichterlichen Rechtspre- chung, Baden-Baden 2011, S. 25 – 48.
- Gropp, Walter*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Heidelberg 2015.
- Heine, Günther*, Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen – Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlent- wicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden 1995.
- Hettinger, Michael* (Hrsg.): Verbandsstrafe: Bericht der Arbeitsgruppe „Strafbarkeit jur. Personen“ an die Kommission nebst Gu- tachten sowie Auszug aus dem Abschlussbericht der Kom- mission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionenrechts, Teilband 3 (Verbandsstrafe), Baden-Baden 2002.
- Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin, New York 1991.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, C.H. Beck, München 2012.
- Kuhlen, Lothar*, Strafrechtliche Produkthaftung, in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 647 ff.
- Lackner, Karl/ Kühl, Kristian* (Hrsg.), bearb. v. Kühl, Kristian und Heger, Martin, StGB Kommentar, 28. Auflage, München 2014.
- Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfried/ Paeffgen, Hans-Ullrich*, Strafgesetz- buch Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.
- Peglau* JA 2001, S. 606 ff..

- Puppe*, Die Erfolgzurechnung im Strafrecht: dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Baden-Baden 2000.
- Puppe* Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT), 2. Auflage, Baden-Baden 2011.
- Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997.
- Rotsch, Thomas*, Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere (Teil 1), wistra 1991, 321 ff.
- Rotsch, Thomas*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Tübingen 2009.
- Schönke, Adolf/ Schröder, Horst* (Begr.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2010.
- Schünemann, Bernd*, Unternehmenskriminalität in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht und Strafprozessrecht, München 2000, S. 624 ff.
- Walther, Susanne*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung: zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und „Opfer“ bei riskantem Zusammenwirken, Freiburg i.Br. 1991.
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lieferung, 8. Auflage, Köln 2014, zit. als SK-StGB/Bearbeiter § Rn.
- Zwiehoff, Gabriele*, Strafrechtliche Aspekte des Organisationsverschuldens, MedR 2004, S. 364-373.

Einwilligungsfähigkeit und Wirksamkeit der Einwilligung – die Lage in Japan*

*Makoto TADAKI** / Shogoro YANO****

Capacity for and effectiveness of consent – the legal discussion in Japan

Abstract: The paper discusses issues of capacity for consent and effectiveness of consent within the context of Japanese and German criminal law and compares both legal systems hereto with each other. The discussion in Japan lacks, because legal requirements to give consent to certain treatments and certain medical care are not yet ascertained. The uncertainty is played out at the expense of physicians, practitioners, and medical doctors. The papers discusses the necessity to fix the requirements of consent to be effective in practice.

Keywords: consent, capacity for consent, effectiveness of consent, Japanese criminal law, medical criminal law

Zusammenfassung: Der Beitrag beschäftigt sich mit den Fragen der Einwilligungsfähigkeit und der Wirksamkeit von Einwilligungen im Spannungsfeld zwischen Medizin und Strafrecht und vergleicht hierzu japanisches und deutsches Strafrecht aus japanischer Perspektive. Es wird kritisiert, dass eine rechtliche Diskussion über die Einwilligung nicht einwilligungsfähiger Personen in Japan noch nicht weit gediehen sei, während die Debatte in Deutschland zeige, dass dazu einiger Anlass auch über internationale Abkommen wie Art. 27 Helsinki-Abkommen,

* Geliş Tarihi: 21.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Prof. Dr., Chuo University, Tokyo, Japan, mtadaki@tamacc.chuo-u.ac.jp

*** Dr., Chuo University, Tokyo, Japan

§ 17 (2) Biomedizinkonvention des Europarates bestehe. Weil *medizinische* Eingriffe grundsätzlich tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind, bedarf es aber zu ihrer *juristischen* Rechtfertigung der wirksamen *Einwilligung* von Patienten. Dass die Anforderungen an die Wirksamkeit jener Einwilligung noch immer im Diskussionsstadium stecken, obwohl in der medizinischen Praxis eben solche Eingriffe täglich in großer Zahl stattfinden, sei dann doch überraschend. Hierauf werde gerade aus Sicht der betroffenen Ärzte immer wieder hingewiesen. Weil die Einwilligung notwendige Bedingung einer Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe in die grundsätzlich verfassungsrechtlich geschützten Bereiche körperlicher Unversehrtheit sei, sind aber Inhalt und Wirksamkeit der Einwilligung des Geschädigten klar festzustellen, ohne zugleich die Debatte über deren praktische Wirkungsmacht zu überschätzen.

Schlüsselwörter: Einwilligung, Einwilligungsfähigkeit, Wirksamkeit der Einwilligung, Japanisches Strafrecht, Helsinki-Abkommen, Biomedizinkonvention.

I. Vorbemerkung

Von alters her wird der Ausdruck „*volenti non fit iniuria*“ auf Fälle angewendet, in denen ein Geschädigter der Ausführung einer schädigenden Handlung im Voraus zugestimmt hat und er gegen diese Handlung deshalb nicht rechtlich vorgehen kann. Diesen Falltypus findet man vielfach auch in der japanischen Gesetzesdebatte wieder. Da es viele unterschiedliche Möglichkeiten solcher Handlungen gibt, entwickelt sich die Debatte in unterschiedliche Gesetzesbereiche und unter vielerlei Perspektiven. So handelt etwa im Zivilrecht rechtswidrig und macht sich schadensersatzpflichtig, wer eine andere Handlung ausführt als jene, in die der Betroffene eingewilligt hat, wenn der Betroffene einen Schaden erleidet. Im Strafrecht hingegen wird gefragt, ob im Falle der Einwilligung, z.B. in eine körperverletzende Handlung, diese Handlung nicht dennoch rechtswidrig ist, oder ob trotz der Erlaubnis zur Wegnahme von Eigentum oder zum Eindringen in eine Wohnung nicht doch ein

Diebstahl bzw. Hausfriedensbruch vorliegen könnte. Im Bereich des Verfassungsrechts wird unter der Perspektive der Einwilligung über die Achtung des Selbstbestimmungsrechts und die Autonomie des Individuums und die sie betreffenden Grundsätze diskutiert. Dass diese Debatten in unterschiedlichen Rechtsgebieten stattfinden, ist auch darauf zurückzuführen, dass sie die Achtung der Selbstbestimmung übergreifend treffen und damit einen der elementaren Grundsätze moderner gesetzlicher Systeme.

Als allen Debatten gemeinsame Problematik lässt sich die Fähigkeit zur wirksamen Einwilligung feststellen, d.h. ob und in welchem Umfang die Fähigkeit zur Einwilligung bzw. zur Zustimmung gegeben sein muss. Veröffentlichungen zu dieser Problematik sind bisher noch nicht zahlreich vorhanden, und die vorhandenen betreffen fast nur ein Gebiet: den ärztlichen Heileingriff. Im Folgenden soll nun in einfacher Form zunächst die Rechtslage hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit bei ärztlichen Heileingriffen dargelegt werden (II.), die Problematik von Fremdentscheidungen, in denen eine Einwilligungsfähigkeit nicht gegeben ist (III.) sowie schließlich die Problematik der Einwilligung in Eingriffe im Interesse klinischer Forschung, selbst wenn diese Eingriffe keine therapeutischen Zwecke verfolgen (IV).

II. Einwilligungsfähigkeit bei ärztlichen Heileingriffen

Als ärztliche Maßnahmen nach medizinisch allgemein anerkannten Methoden (Verschreibung von Medikamenten, Operationen u.a.) bedürfen ärztliche Heileingriffe wegen ihrer Invasivität der Rechtfertigung durch

- eine medizinische Indikation,
- eine Approbation als Arzt
- eine vorhergehende Einwilligung des Patienten nach einer entsprechenden Aufklärung (informed consent).¹

¹ K. Naito, Keihokogi-soron (Strafrecht AT II), 1986, S. 531; S. Saito, Keiho-soron

Voraussetzung jener Einwilligung des Patienten ist dessen Einwilligungsfähigkeit, deren Voraussetzungen jedoch doch noch nicht rechtlich geregelt sind.

Die Einwilligungsfähigkeit kann wegen Minderjährigkeit, einer geistigen Behinderung, Bewusstlosigkeit oder hohen Alters eingeschränkt sein. Die Einwilligungsfähigkeit in Therapiehandlungen ist dabei nicht unbedingt gleichbedeutend mit der Handlungsfähigkeit im zivilrechtlichen Sinne. Vielmehr geht man davon aus, dass hinsichtlich der Fähigkeit des Patienten zur Zustimmung in Körpereingriffe das Wesen und Ausmaß dieser Eingriffe sowie die Verständlichkeit der Äußerung des Patienten wichtig sind, während die Handlungsfähigkeit für eine Einwilligung in ärztliche Heileingriffe nicht unbedingt nötig seien.²

Uneinig ist man sich hinsichtlich der Rolle des Mindestalters für eine wirksame Einwilligung. Für Eheschließungen von Frauen, für das Ende der Schulpflicht oder für bestimmte Führerscheine wird z.B. ein Mindestalter von 15 – 16 Jahren vorausgesetzt.³ Für Organtransplantationen oder die Errichtung eines Testaments liegt das Mindestalter bei 15 Jahren.⁴ Über die Einwilligungsfähigkeit bei Therapiebehandlungen wird hingegen nicht einheitlich altersbedingt entschieden, sondern je nach Sachlage, abhängig etwa davon, „in welchem Grade der Patient den eigenen Zustand sowie den Sinn, den Inhalt und auch die Gefährlichkeit

(Strafrecht AT), 6. Aufl. 2008, S. 167; *K. Kai*, Iryo-koui to “higai-sha” no shoudaku, *Gendaikeiji-ho*, Bd. 6, Heft 3, 2004, S. 27; *S. Horiuchi*, Keiho-soron (Strafrecht AT II), 2004, S. 188ff.; *K. Asada*, Keiho-soron (Strafrecht AT), 2007, S. 197f.; *M. Tadaki*, Keijihogaku ni okeru gendai-teki kadai, *Nihon-hikaku-ho-kenkyujo-sousho77*, 2009, S. 112; *Y. Tejima*, Introduction to Medical Law, 3. Aufl. 2011, S. 36f.

² Vgl. *A. Tasaka*, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criminal Law, *Doshisha-hogaku* (The Doshisha Law Review), No.329, 2008, S. 221; in ähnlicher Weise wird auch bezüglich mit einer Handlung verbundenen Absichten oder der Fähigkeit, für rechtswidrige Handlungen verantwortlich zu sein, unterschieden.

³ *Y. Hasimoto/K. Nakatani*, Kanja no chiryou-kyohi wo meguru horitsu-mondai-”ehoba no shonin” no shinjya ni yoru yuketsu-kyohi-jiken wo keiki to shite-, *Hanrei-taimuzu*, No.569, 1986, S. 11f.

⁴ *S. Hayakawa*, Miseinen-sha no doui, in: *Tatsuo Kuroyanagi u.a.* (Hrsg.), *Know your law on medicine*, 2008, S. 374.; *Y. Oda*, Miseinen-sha heno yuketsu, in: *Tatsuo Kuroyanagi u.a.* (Hrsg.), *Know your law on medicine*, 2008, S. 376.

ärztlicher Eingriffe zu erkennen in der Lage ist“⁵ bzw. „inwieweit der Patient aufgrund seiner geistigen Fähigkeiten den Inhalt von Diagnose und Therapie, Prognose und Risiken zu unterscheiden fähig ist“,⁶ bzw. „inwieweit der Patient bei Operationen die Folgen des Eingriffs oder seines Unterbleibens versteht und abwägend zu entscheidend fähig ist“.⁷ In letzter Zeit hat aus England und Amerika stammend der sogenannte funktionale Ansatz Beifall gefunden, nach dem als Inhalt der Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit erforderlich sei,

- Informationen um Heileingriffe zu verstehen,
- diese Informationen im Gedächtnis zu behalten und
- mittels ihrer Heranziehung eigene Schlüsse zu ziehen.⁸

Nach all diesen Ansichten wäre der wesentliche Inhalt der Einwilligungsfähigkeit, therapiebezogene Informationen zu verstehen und zu bewerten und daraus eigene Schlüsse zu ziehen.

Jedoch lässt sich leicht vorhersehen, dass auf diese Kriterien gegründete Entscheidungsergebnisse über die Einwilligungsfähigkeit je nach der Position des Urteilenden unterschiedlich ausfallen werden. Es bedarf somit einer objektiveren Urteilsgrundlage und –Methode.⁹ Mindestaltersgrenzen bieten insoweit keinen zureichenden Anhaltspunkt.¹⁰

⁵ LG Sapporo, Urt. v. 29. 9. 1978, Hanrei-jiho, No. 914, S. 85.

⁶ Y. Hasimoto/K. Nakatani (o. Fußn. 3), S. 11.

⁷ T. Awaji, Iryokeiyaku, in: Taniguchi/Kato u.a.(Hrsg.), Shinminpo-enshuu 4, 1968, S. 184.

⁸ A. Tasaka, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criterion for Judgment in England, Doshisha-hogaku (The Doshisha Law Review), No. 333, 2009, S. 417.

⁹ F. Kitamura/T. Kitamura, Seisinn-ka-iryo ni okeru kanja no jiko-ketteiken to chiryo-doui-handannouryoku, 2000. S. 139ff.; M. Hayasi, Iryo ni okeru isi-noryoku to isi-kettei, in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), Seinenkoken to isi-noryoku, 2002, S. 236. Ein weiterer diskussionswürdiger Punkt wäre die Überlegung, dass an die Ablehnung eines ärztlichen Eingriffs höhere Anforderungen und Fähigkeiten zu stellen wären als an eine Zustimmung.

¹⁰ Vgl. zu diesem Punkt S. Machino, Self-Determination and Surrogate Determination, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 50; S. Machino, Kanja no jiko-kettei-ken to ho, 1986, S. 184ff.; R. Tatara, Shoni-iryo to infomudo konsento, in: Katsunori Kai (Hrsg.),

Soviel zur allgemeinen Lage in Japan bezüglich der Fähigkeit zur Einwilligung in ärztliche Heileingriffe. Wo diese Entscheidungsfähigkeit fehlt, wird vertretungsweise eine Einwilligung durch Dritte notwendig, die viele Probleme aufwirft. Falls eine Entscheidungsfähigkeit doch als vorhanden erkannt wird, ist sie als Selbstentscheidung des Betroffenen selbstverständlich zu respektieren. Doch ist im Falle Minderjähriger die Beteiligung der Eltern als Erziehungsberechtigte bei der Entscheidung relevant¹¹ und es bleibt zu klären wessen Entscheidung hier den Vorrang haben soll.

III. Fremdeinwilligung bei Heileingriffen

Im Alltag werden Einwilligungen durch Dritte generell für Minderjährige von ihren Eltern, für Volljährige von ihrer Familie oder von Verwandten abgegeben und Heileingriffe aufgrund dieser Einwilligung durchgeführt. Relativ oft und mit unterschiedlichen Ergebnissen wird das Problem erörtert, wer und aus welchen Gründen solche Einwilligungen als Vertreter geben darf.¹² So wurde in einem Fall eines zehnjährigen Kindes, das nach einer Operation gestorben war, eine Pflicht festgestellt, „dem Patienten bzw. seinem gesetzlichen Vertreter den Inhalt und die Gefahren der Operation zu erklären“,¹³ jedoch wurden mehrere Punkte als noch unentschieden bezeichnet:

- ob der Vertreter als Vertreter des Minderjährigen berechtigt sei oder als gesetzlich anerkannter Vertreter (Vormund),
- ob seine Vertretungsbefugnis unbegrenzt sei,
- ob sich die Ablehnung von Therapien innerhalb dieser Grenzen halte und

Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 270.

¹¹ Vgl. z.B. T. Terasawa, *Miseinen-sha heno iryo-koui to shoudaku* (III), *Minshoho-zashi*, Bd.107, Heft 1, 1992, S. 58.

¹² M. Isikawa, *Iryo ni okeru daiko-handan no hori to kazoku-dare ga daiko-handan-sha ka-*, in: Kouichi Bai, Minoru Ihikawa (Hrsg.), *Kazoku to Iryo-sono hogaku-teki-kosatsu*, 1995, S. 48.

¹³ Das Oberste Gericht, Urt. v. 19. 6. 1981, *Hanrei taimuzu*, No. 447, S. 78.

- inwieweit der Wille des Minderjährigen selbst zur Geltung komme.

Ergänzend wies das Gericht darauf hin, dass der „gesetzlich anerkannte Vertreter“ im vorliegenden Fall schlicht als Vertreter der Patientenseite aufgefasst werden konnte.¹⁴ Gegenwärtig ist noch unentschieden, ob es vor diesem Hintergrund angemessen ist, den Argumentationsschwerpunkt auf den subjektiven Nutzen des Patienten oder sein Selbstbestimmungsrecht zu legen, auf seinen objektiven Nutzen, der nicht unbedingt mit seinem subjektiven Willen zusammenfallen muss, oder aber auf seinen besten objektiven Nutzen.¹⁵

Noch konkreter wird in der wissenschaftlichen Diskussion und in der Gesetzgebung gegenwärtig über folgende Punkte diskutiert:

- ob beide Eltern einwilligen müssen und wie bei unterschiedlichen Meinungen zu verfahren sei,¹⁶
- ob es im Falle der (allgemein üblichen) Einwilligung der Familie Interessenkonflikte gebe,¹⁷
- ob Vormünder von Volljährigen, die in der Regel kein Einwilligungsgeschäft zu ärztlichen Eingriffen haben, nicht doch für Einwilligungen in Therapien herangezogen werden können,¹⁸

¹⁴ N. Ienaga, Iryo to kodomo no jiko-kettei, Horitsu-jihō Bd. 75 Heft 9, 2003, S. 37.

¹⁵ Zum gegenwärtigen Streitstand vgl. T. Terasawa, „hodaku-noryoku”no nai hito heno chiryo-koui no kettei to shodaku, in: Yosio Shiomi u.a. (Hrsg.), minpogaku no kiseki to tenbo, 2002, S. 116; K. Ohsugi, Einführung in die sog. „Fremdbestimmung bei der Einwilligung” in ärztlicher Heilbehandlung, Hogaku shinpo Bd.113 Heft 3-4, 2007, S. 388; T. Terasawa, Kureisha iryo to infomudo konsento, in:Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 222ff.

¹⁶ T. Terasawa, Miseinen-sha heno iryo-koui to shodaku (I), Minshohō-zasshi, Bd. 106, Heft 5, 1992, S. 657; K. Ohsugi (o. Fußn. 15), S. 389.

¹⁷ M. Hirose, Problems of the substituted judgment to medical treatment in Japan, Waseda-daigaku-daigaku-in The Graduate School Law Review, No. 60, 1991, S. 259ff.; M. Isii, Consent to Medical Care of the Aged by the Family, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 104.

¹⁸ Vgl. z. B. F. Tokotani, Seinen-koken ni okeru sinjyo-hairyō-gimu, minshohō-zasshi, Bd. 122, Heft 4-5, 2000, S. 547f.; Y. Kamiyama, Kanja no doui ni kansuru hoteki mondaiten,

- ob nicht einem dem deutschen Betreuungsrecht entsprechenden Rechtssystem für Japan nötig sei,¹⁹
- ob eine vorhandene Einwilligungsfähigkeit und die Notwendigkeit einer Einwilligung durch einen Vertreter wirklich als Alternativen begriffen werden können²⁰ und schließlich
- wie man Fällen begegnen soll, in denen eine Einwilligungsfähigkeit zwar im Prinzip gegeben, aber reduziert und eingeschränkt sei²¹ usw.

Zum Themenbereich der Zustimmung durch Dritte liegen zu vielen Punkten noch keine übereinstimmenden Meinungen vor. Die Beurteilung bleibt noch immer weitgehend der ärztlichen Seite überlassen.

IV. Weitere Einzelprobleme im Bereich der klinischen Forschung

Außerhalb von Heilbehandlungen liegen fast keine eingehenden Untersuchungen zur Einwilligungsfähigkeit und dazu vor, wie bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit durch Dritte entschieden werden soll. Allerdings lässt sich das hier Ausgeführte vielfach auf andere Einwilligungsbereiche anwenden, und auch die Widersprüche stimmen – in Grenzen – überein. So bedarf das Problem der Einwilligungsfähigkeit und der Fremdbestimmung bei klinischer Forschung, soweit sie nicht das Ziel hat, Krankheiten zu heilen, einer separaten Erörterung, obwohl auch hier ein „informed consent“ erforderlich ist. Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden.

in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), *Seinenkoken to isi-noryoku*, 2002, S. 127ff.; *K. Shinomiya=Y. Noumi*, *Minpo-sosoku*, 2010, S. 57.

¹⁹ Vgl. z. B. R. *Jinno*, *Seishinka-iryō to infomudo konsento*, in: Katsunori Kai (Hrsg.), *Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2*, 2010, S. 256f.; *M. Arai*, *Igirisu to doitsu ni okeru seinen-koken-ho no aratana tenkai*, *Jurisuto* (Juristische Zeitung) No.972, 1991, S. 15.

²⁰ *T. Terasawa* (o. Fußn. 11), S. 57ff.

²¹ Bis heute gibt es keine Untersuchung zur begrenzten Einwilligungsfähigkeit, allerdings existieren Untersuchungen zu einem ähnlichen Begriff. Zu diesem Punkt vgl. *S. Machino* (o. Fußn. 10), S. 49; *H. Ogyu*, *Decision-Making Competency in Mental Health Care*, *Journal of Medical Law*, No. 15, 2000, S. 85f.; *M. Hayasi* (o. Fußn. 9), S. 235.

Das Erfordernis des „informed consent“ hat sich in diesem Bereich weltweit im Zuge der Regulierung der auf den Menschen gerichteten Forschungen eingebürgert, als Reaktion auf die Menschenexperimente während des Zweiten Weltkriegs und der auch danach noch durchgeführten klinischen Forschungen unter Verstoß gegen ethische Prinzipien. Gesetze, welche auf den Menschen gerichtete Forschungen umfassend regulieren, existieren in Japan gegenwärtig zwar noch nicht. Doch liegt die Notwendigkeit eines „informed consent“ etwa in dem Erlass des Sozial- und Arbeitsministeriums zu Maßstäben für die Durchführung klinischer Tests und den ethischen Richtlinien für klinische Forschungen desselben Ministeriums zugrunde. Es wird also wie bei Heileingriffen die Einwilligung des Patienten verlangt.

Wie aber steht es mit der Durchführung klinischer Tests, wenn keine Einwilligungsfähigkeit gegeben ist? Der Erlass des Sozial- und Arbeitsministeriums zu Maßstäben für die Durchführung klinischer Tests sieht vor, dass ein Test auch ohne Einwilligung der Testperson durchgeführt werden kann, wenn er lebensrettend ist oder eine Fremdeinwilligung vorliegt, was unter Umständen auch bei Tests ohne therapeutischen Charakter der Fall sein soll. Auch in den ethischen Richtlinien werden Tests an Personen ohne Einwilligungsfähigkeit für möglich erklärt, wenn es dort heißt: „Wenn es für Forscher schwierig ist von der Testperson einen ‘informed consent’ zu erhalten, können sie entweder die Einwilligung durch eine Ethikkommission erhalten, wenn es für unbedingt notwendig erachtet wird, an dieser Testperson Forschungen durchzuführen, oder es kann der ‘informed consent’ von einem Vertreter eingeholt werden, wenn die Genehmigung der Leitung der klinischen Forschungsinstitution vorliegt.“ Grundsätzlich ist also die Einwilligung des Betroffenen notwendig, aber in Ausnahmefällen können unter bestimmten Bedingungen auch an geistig Behinderten, Minderjährigen und anderen Einwilligungsunfähigen klinische Tests durchgeführt werden.²²

²² Zum allgemeinen juristischen Streitstand zur klinischen Forschung in Japan vgl. *T. Watanabe*, Present State of Clinical Trial in Japan, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 26ff.; *K. Bai*, Medico-legal Approach to Clinical Research, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 37ff.; *T. Mitsuisi*, Japanese System and it's Related Issues, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 97ff.; *K. Kai*, *Hikensha-hogo to keiho, ijikeiho-kenkyu*, Vol. 3,

Es gibt aber auch „vorsichtigere Auffassungen“: Eine Auffassung hält therapeutische Tests für zulässig, wenn sie das Ziel des unmittelbaren Nutzens für den *Patienten* erstreben, während ein solches Ziel bei nichttherapeutischen Tests nicht verlangt wird. Klinische Tests brächten viele konkrete Probleme mit sich, die unter Umständen nicht kompetenten Stellen zur Beurteilung „zugeschoben“ würden, weshalb man die Regelungen zur Einwilligung durch Dritte nicht unkritisch auf klinische Tests anwenden dürfe.²³ Für Kleinkinder, schwer Geistesbehinderte und andere Zustimmungsunfähige müssten besondere Maßstäbe gelten, es seien Systeme zur Verhinderung von Eingriffen in Menschenrechte erforderlich und es sei insbesondere problematisch, die vertretungsweise Einwilligung von Erziehungsberechtigten einfach so anzuerkennen.²⁴ Als problematisch wird auch die Befugnis von Eltern zur vertretungsweisen Einwilligung in die Teilnahme ihres Kindes an klinischen Forschungen ohne therapeutischen Nutzen bezeichnet. Man sieht darin die Gefahren, dass sie ihre Eltern- und Pflegerechte überschreiten könnten.²⁵

Klinische Forschung ist für den medizinischen Fortschritt sehr wichtig, selbstverständlich nützlich und daher notwendig. Andererseits ist es nicht unproblematisch und verlangt höchste Vorsicht, wenn mittels einer Entscheidung durch Dritte klinische Tests (einschließlich nicht therapeutischer, die den Betroffenen somit keinen Nutzen bringen) an nicht zustimmungsfähigen Personen durchgeführt werden. Über die rechtliche Grundlage für die Durchführung solcher Tests lohnt es sich nachzudenken. Im Vordergrund muss hierbei vor allen Dingen stehen, was der wirkliche Nachteil für den Betroffenen durch den Eingriff ist und was sein konkreter Nutzen sein soll und ob dieser Nutzen für den medizinischen Fortschritt und der gesundheitliche Nutzen für die Patienten und Patientengruppen wichtig genug ist, um den Eingriff zu rechtfertigen.

2005, S. 136ff.

²³ T. Mitsuishi, Safeguarding the Rights of Research Subjects, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 61f.

²⁴ K. Kai (o. Fußn. 22), S. 78.

²⁵ Y. Sato, Hitogenomu-kenkyu to infomudo konsento, In:Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 215f.

V. Weitere konkrete Probleme

1. Verweigerungen von Bluttransfusionen (Zeugen Jehovas)

In einem am 29.02.2000 entschiedenen Fall²⁶ hatte ein Krebspatient aus Glaubensgründen eine Bluttransfusion verweigert. Der operierende Arzt hatte auch versichert, keine Transfusion vorzunehmen. Dennoch erhielt der Patient während der Operation eine Bluttransfusion, weil Lebensgefahr eingetreten war. Der Oberste Gerichtshof verurteilte das Krankenhaus zu Schadensersatz, da „das Recht des Kranken auf Durchsetzung seines Willens als ein Menschenrecht zu achten ist und das Krankenhaus die Therapierichtlinien im Voraus dem Kranken hätte erklären müssen“. Dieses Urteil findet im Allgemeinen Zustimmung. Allerdings ist in der wissenschaftlichen Theorie eine auf der Arbeitsethik des Arztes beruhende Pflicht anerkannt, Leben zu erhalten. Auf ihr beruht die einflussreiche Auffassung, dass bei Bluttransfusionen und anderen Grenzfällen und selbstverständlich auch in Fällen, in welchen ohne eine Bluttransfusion der Tod eintreten würde, eine Art von Pflichtenkollision vorliege, die weder durch das Zivilrecht noch das Strafrecht erfasst werde. Die japanischen Ärztlichrichtlinien sehen lediglich die Wahl zwischen einer Ablehnung der Therapie und einer Therapie ohne Bluttransfusion vor. In Fällen, in denen der Patient entweder minderjährig oder nicht entscheidungsfähig ist, kann nach diesen Richtlinien eine Transfusion auch dann durchgeführt werden, wenn ein Bevollmächtigter sie ablehnt, eine klare Willenskundgebung des Patienten gegen eine Bluttransfusion hingegen fehlt. Dies beruht darauf, dass eine Person ab dem Alter von 15 Jahren mit schriftlicher Einwilligung eine Bluttransfusion erhalten darf, während für Kinder oder Kleinkinder ohne die Fähigkeit zur Willensbildung beim Familiengerichtshof der Verlust der Vormundschaft erwirkt werden muss. In gleicher Weise hat bei Geisteskranken die Lebensrettung Vorrang vor dem Ablehnen einer Bluttransfusion durch die Familie.

²⁶ Oberste Gerichtshof (Zivilsenat), am 29.2.2000, Minshu, Bd. 52, Heft 42, S. 582.

2. Sterbehilfe (Euthanasie)

Bisher sind in Japan acht Strafverfahren wegen aktiver Sterbehilfe bekannt geworden. Bei zwei der Angeklagten handelte es sich um Ärzte, die zwar schuldig gesprochen wurden, deren Strafe aber zur Bewährung ausgesetzt wurde. Als Voraussetzung für eine Rechtfertigung im Bereich der Sterbehilfe haben die Urteile die eindeutige Einwilligung des Patienten genannt.²⁷ Jedoch wurde die Vorlage einer Willensbekundung des Patienten als letzte Stufe nach Ausschöpfung aller alternativen ärztlichen Mittel verlangt. Wenn man bedenkt, dass ein Patient auf dieser Stufe in den meisten Fällen seinen Willen schon nicht mehr eindeutig zu äußern in der Lage sein wird, dann wird man diese Rechtsprechung als Ablehnung der Sterbehilfe auslegen müssen.²⁸ Auch in neueren Urteilen des Obersten Gerichtshofs wird der Angeklagte schuldig gesprochen, wenn ein Herannahen der Todesstunde nicht deutlich und der Wille des Betroffenen nicht exakt erkennbar ist.²⁹ Zu beachten ist, dass in diesem letztgenannten Fall nicht auf die „Vertretung“ durch die Familie, sondern uneingeschränkt auf den „mutmaßlichen Patientenwillen“ abgestellt wird. Fraglich ist freilich, ab welchem Alter des Patienten dies gelten soll und wie die Sache bei Alzheimerkranken liegt.

In Deutschland können Minderjährige kein förmliches Patiententestament errichten. Doch kann seit 2009 nach § 1901a II BGB das Sterbeverlangen in die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Minderjährigen eingebracht werden. Aber auch hier stellt sich die Frage, von welchem Alter an dies gelten soll.

3. Hirntod und Organtransplantation

In Japan hat bisher die Auffassung überwogen, dass der Herztod der maßgebliche Todeszeitpunkt sei. Deshalb konnte sich die Organ-

²⁷ Oberster Gerichtshof (Strafsenat), am 7.12.2009, Keishu, Bd. 63, Heft 11, S. 1899.

²⁸ S. Machino, „Tokaidaigaku-anrakusi-hanketsu’oboegaki“, Jurisuto Nr. 1072, S. 113.

²⁹ Sammlung vom 7. Dezember 2008, Band 63, Nr.11, S. 1899.

transplantation als Therapieform nicht entwickeln. Zwar wurde 1997 ausschließlich für das Gebiet der Organtransplantation das Kriterium des Hirntodes anerkannt, doch da seitens der Betroffenen eine im Voraus schriftlich niedergelegte Willenskundgabe verlangt wurde und eine Organentnahme von Personen unter 15 Jahren nicht für zulässig erachtet wurde, gab es in der Praxis in den folgenden zehn Jahren nur eine zweistellige Zahl von Organtransplantationen. Das revidierte Organtransplantationsgesetz von 2007 ließ Transplantationen ohne ausdrückliche Ablehnung seitens des Betroffenen zu und hob die Altersbeschränkung auf fünf Jahre und mehr auf. Daraufhin stieg die Anzahl der jährlichen Organtransplantationen auf 30 bis 50 Fälle. 2011 ist in Japan zum ersten Mal ein Organ eines Organspenders unter fünfzehn Jahren und 2012 das Organ eines nicht einmal sechsjährigen Organspenders einem unter Zehnjährigen bzw. über Sechzigjährigen übertragen worden.

Die Revision tat sich schwer, eine Grundlage für die Rechtfertigung der Organentnahme zu finden, wenn man am Herztod als gesetzlichem Todeszeitpunkt festhalten wollte. Und auch wenn man bei Personen, die fünfzehn Jahre und älter sind eine mutmaßliche Zustimmung zur Organtransplantation anerkennt, wäre deshalb ein noch nicht sechsjähriges Kind keineswegs einwilligungsfähig. Es fragt sich daher, wie die Organentnahme in diesem Fall zu rechtfertigen ist.

VI. Kontrolle durch Ethikkommissionen und Ärztevereinigungen

Für Fälle, in denen Eingriffe an Einwilligungsunfähigen problematisch sind, sind an deutschen Universitäten und an anderen Stellen Ethikkommissionen eingerichtet worden, die der Bundesethikkommission unterstehen. In Japan gibt es keine entsprechenden Institutionen. Dort dienen die Leitfäden des Gesundheits- und Arbeitsministeriums sowie der Gynäkologen- und anderer Ärztevereinigungen als dauerhafte Kontrollmechanismen, auf deren Grundlage die Ethikkommissionen der einzelnen Universitäten problematische Fälle überprüfen. Dabei bestehen zwischen japanischen und deutschen Ärztevereinigungen Unterschiede.

Auch Ärzte, die keiner Vereinigung angehören oder sogar ausgeschlossen worden sind, können in Japan weiterhin praktizieren, solange ihnen die ärztliche Qualifikation nicht vom Ministerium entzogen worden ist. So hat es mehrere Fälle von Ärzten gegeben, welche die 1995 durch die Richtlinien der Gynäkologenvereinigung untersagte Präimplantationsdiagnostik weiterhin praktiziert haben.

VII. Zusammenfassung und Schluss

Bezüglich der Einwilligung nicht einwilligungsfähiger Personen wird in Deutschland über Artikel 27 des Helsinki-Abkommens, § 17 2 der Biomedizinkonvention des Europarates von 1974, Artikel 4 der Richtlinie von 2001 und § 41 2 des Arzneimittelgesetzes lebhaft debattiert. In Japan ist die Rechtsdebatte in diesem Bereich noch nicht weit gediehen. Medizinische Eingriffe können tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sein, und jeden Tag werden Eingriffe durchgeführt, zu deren Rechtfertigung die Zustimmung des Patienten notwendig ist. Doch die Anforderungen an die Wirksamkeit dieser Zustimmung stecken noch immer im Diskussionsstadium. Andererseits muss man ironischerweise aber auch Äußerungen wie die Folgende von Ärzten anhören:³⁰

Wer von einer rein rationalen Basis ausgeht, der übersieht, dass ein großer Teil des medizinischen Wissens sich im Spannungsfeld zwischen dem Studium von Literatur und persönlicher Erfahrung abspielt. Diese komplexe Basis macht das Medizinstudium so aufwändig und die ständige Fortbildung so notwendig. Die Forderung nach einer rationalen Patientenaufklärung ist somit im Einzelfall und unter Praxisbedingungen aus vielen Gründen nicht immer erfüllbar und verkommt zu Alibi-Leistungen wie Unterschriften unter Vordrucken und Pseudoerklärungen. Letztere folgen dem Motto: Wie sage ich es meinem Kinde oder meinem Patienten? Darüber hinaus sieht sich der Arzt vor variablen Hindernissen,

³⁰ So Professor *J.R. Wolff* (Anatomiker aus Göttingen) in einem Gespräch am 3. März 2012.

wenn er seine Patienten über Diagnosen ihrer Erkrankungen aufklären will. Jede medizinische Diagnose ist „vorläufig“ und kann nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gestellt und damit nicht eindeutig geklärt werden. Meistens folgen deshalb weitere Untersuchungen, denen der Patient zustimmen soll, obwohl er glaubt, der Arzt wüsste schon jetzt, was ihm fehlt. Darüber hinaus gibt es bei komplexen Systemen (wie einem kranken Körper oder einer kranken Seele) grundsätzliche Kommunikationsprobleme. Eine wirklichkeitsgetreue Aufklärung unterbleibt in den meisten Fällen, weil der Patient die Mechanismen seiner Erkrankung nicht genau wissenschaftlich erklärt bekommen kann. Denn oft versteht selbst der Arzt sie nicht vollständig.

Angesichts von Ratschlägen, die von solchen Ärzten kommen, tut es not, sich über den Inhalt und die Wirksamkeit der Zustimmung des Geschädigten klar zu werden, ohne die Debatte über die Einwilligung zu überschätzen. Allerdings ist die Einwilligung notwendige Bedingung für die Rechtfertigung notwendiger Eingriffe durch den Arzt in die körperliche Unversehrtheit, die als Grundrecht gesetzlich anerkannt ist.

Literaturverzeichnis:

- A. *Tasaka*, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criterion for Judgment in England, *Doshisha-hogaku* (The Doshisha Law Review), No. 333, 2009, S. 417.
- A. *Tasaka*, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criminal Law, *Doshisha-hogaku* (The Doshisha Law Review), No.329, 2008, S. 221.
- Das Oberste Gericht, Urt. v. 19. 6. 1981, *Hanrei taimuzu*, No. 447, S. 78.
- F. *Kitamura*/T. *Kitamura*, *Seisinn-ka-iryō ni okeru kanja no jiko-ketteiken to chiryo-doui-handannouryoku*, 2000. S. 139ff..
- F. *Tokotani*, *Seinen-koken ni okeru sinjyo-hairyo-gimu*, *minshoho-zasahi*, Bd. 122, Heft 4-5, 2000, S. 547f..
- K. *Asada*, *Keiho-soron* (Strafrecht AT), 2007, S. 197f..
- K. *Naito*, *Keihokogi-soron* (Strafrecht AT II), 1986, S. 531.
- K. *Kai*, *Iryo-koui to "higai-sha" no shoudaku*, *Gendaikeiji-ho*, Bd. 6, Heft 3, 2004, S. 27.
- K. *Ohsugi*, Einführung in die sog. „Fremdbestimmung bei der Einwilligung“ in ärztlicher Heilbehandlung, *Hogaku shinpo* Bd.113 Heft 3- 4, 2007, S. 388.
- K. *Kai*, *Hikensha-hogo to keiho, ijikeiho-kenkyu*, Vol. 3, 2005, S. 136ff.
- K. *Bai*, *Medico-legal Approach to Clinical Research*, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 37ff..
- K. *Shinomiya*=Y. *Noumi*, *Minpo-sosoku*, 2010, S. 57.
- LG Sapporo, Urt. v. 29. 9. 1978, *Hanrei-jiho*, No. 914, S. 85.
- M. *Hirose*, Problems of the substituted judgment to medical treatment in Japan, *Waseda-daigaku-daigaku-in The Graduate School Law Review*, No. 60, 1991, S. 259ff..
- M. *Isii*, Consent to Medical Care of the Aged by the Family, *Journal of Medical Law*, No. 15, 2000, S. 104.
- M. *Hayasi*, *Iryo ni okeru isi-noryoku to isi-kettei*, in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), *Seinenkoken to isi-noryoku*, 2002, S. 236.

- M. Tadaki, Keijihogaku ni okeru gendai-teki kadai, Nihon-hikaku-ho-kenkyujo-sousho77, 2009, S. 112.
- M. Isikawa, Iryo ni okeru daiko-handan no hori to kazoku-dare ga daiko-handan-sha ka-, in: Kouichi Bai, Minoru Ihikawa (Hrsg.), Kazoku to Iryo-sono hogaku-teki-kosatsu, 1995, S. 48.
- M. Arai, Igrisu to doitsu ni okeru seinen-koken-ho no aratana tenkai, Jurisuto (Juristische Zeitung) No.972, 1991, S. 15.
- N. Ienaga, Iryo to kodomo no jiko-kettei, Horitsu-jiho Bd. 75 Heft 9, 2003, S. 37.
- Oberste Gerichtshof (Zivilsenat), am 29.2.2000, Minshu, Bd. 52, Heft 42, S. 582.
- Oberster Gerichtshof (Strafsenat), am 7.12.2009, Keishu, Bd. 63, Heft 11, S. 1899.
- Professor J.R. Wolff (Anatomiker aus Göttingen) in einem Gespräch am 3. März 2012.
- R. Tatara, Shoni-iryō to infomudo konsento, in: Katsunori Kai (Hrsg.) , Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 270.
- R. Jinnno, Seishinka-iryō to infomudo konsento, in: Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 256f.
- Sammlung vom 7. Dezember 2008, Band 63, Nr.11, S. 1899.
- H. Ogyu, Decision-Making Competency in Mental Health Care, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 85f..
- S. Machino, Self-Determination and Surrogate Determination, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 50.
- S. Machino, Kanja no jiko-kettei-ken to ho, 1986, S. 184ff..
- S. Machino, „Tokaidaigaku-anrakusi-hanketsu’oboegaki“, Jurisuto Nr. 1072, S. 113.
- S. Hayakawa, Miseinen-sha no doui, in: Tatsuo Kuroyanagi u.a. (Hrsg.), Know your law on medicine, 2008, S. 374.
- S. Horiuchi, Keiho-soron (Strafrecht AT II), 2004, S. 188ff..

- S. Saito, Keiho-soron (Strafrecht AT), 6. Aufl. 2008, S. 167.
- T. Awaji, Iryokeyaku, in: Taniguchi/Kato u.a.(Hrsg.), Shinminpo-enshuu 4, 1968, S. 184.
- T. Terasawa, Miseinen-sha heno iryo-koui to shoudaku (III), Minsho-ho-zashi, Bd.107, Heft 1, 1992, S. 58.
- T. Terasawa, "hodaku-noryoku"no nai hito heno chiryo-koui no kettei to shodaku, in: Yosio Shiomi u.a. (Hrsg.), minpogaku no kiseki to tenbo, 2002, S. 116.
- T. Terasawa, Kureisha iryo to infomudo konsento, in:Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 222ff..
- T. Terasawa, Miseinen-sha heno iryo-koui to shodaku (I), Minshohozassi, Bd. 106, Heft 5, 1992, S. 657.
- T. Watanabe, Present State of Clinical Trial in Japan, Journal of Medical Law, No. 13, 1998, S. 26ff..
- T. Mitsuishi, Japanese System and it's Related Issues, Journal of Medical Law, No. 13, 1998, S. 97ff..
- T. Mitsuishi, Safeguarding the Rights of Research Subjects, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 61f..
- Y. Oda, Miseinen-sha heno yuketsu, in: Tatsuo Kuroyanagi u.a. (Hrsg.), Know your law on medicine, 2008, S. 376.
- Y. Hasimoto/K. Nakatani, Kanja no chiryou-kyohi wo meguru horitsumondai-"ehoba no shonin" no shinjya ni yoru yuketsu-kyohi-jiken wo keiki to shite-, Hanrei-taimuzu, No.569, 1986, S. 11f..
- Y. Tejima, Introduction to Medical Law, 3. Aufl. 2011, S. 36f..
- Y. Kamiyama, Kanja no doui ni kansuru hoteki mondaiten, in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), Seinenkoken to isi-noryoku, 2002, S. 127ff..
- Y. Sato, Hitogenomu-kenkyu to infomudo konsento, In: Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 215f..

Der Verteidigungswille bei der Notwehr*

Sudo HYON**

The Volition to Defend in Case of Self- Defense

Abstract: The aim of this paper is to reveal how the individual will (volition) to defend oneself or another in cases of self-defense matter in Japanese criminal theory, and whether and how it is applied in actual cases in court. While in criminal theory the majority of scholars favors requiring the subjective element of volitive defending oneself or another, research shows that in practice questions of proportionality and necessity of defense prevail and lead to reasonable results. The discussion on subjective elements only causes additional evidence proof and is not decisive.

Keywords: defense, self-defense, Japanese legal theory, Japanese criminal theory, excessive self-defense, volition to defend, Japanese criminal law

Zusammenfassung: Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist eine Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand in der japanischen Literatur und Rechtsprechung über den *Verteidigungswillen* als besonderes Rechtfertigungsmerkmal der Notwehr. Voraussetzend werden zunächst die grundsätzlichen Elemente der Notwehr nach § 36 des japanischen Strafgesetzbuchs (jStGB) besprochen. Während über die grundsätzlichen Voraussetzungen der Notwehr weitgehend Einigkeit besteht, ist in der Literatur umstritten, ob darüber hinaus ein *Verteidigungswille* bei Ausübung der unvermeidbar erforderlichen Abwehrhandlung zu fordern

* Geliş Tarihi: 26.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Prof. Dr., Ryukoku University, Kyoto, Japan, sudohyon@gmail.com

ist. Der Beitrag prüft die hierzu vorgetragenen Theorien anhand der tatsächlich auftretenden Fragen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und resümiert, dass es seiner zur Abgrenzung nicht bedarf, weil es eigentlich um Fragen des Vorliegens von Notwehr oder eines anzuerkennenden Notwehrexzesses geht und die Abgrenzung hierzu auf Basis der Angemessenheit und Erforderlichkeit der Notwehrhandlung erfolge und erfolgen könne.

Schlüsselwörter: Angriff, Notwehr, Notwehrexzess, Verteidigung, Verteidigungswille, japanisches Strafrecht.

I. Das Problem: Die Regelungen zur Notwehr in Japan und der Verteidigungswille

Das japanische Strafgesetzbuch regelt Notwehr und Notwehrexzess in seinem § 36. Darin heißt es:

- (1) Eine Handlung, die unvermeidbar ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden, wird nicht bestraft.
- (2) Überschreitet die Verteidigungshandlung die Grenzen der Verteidigung, so kann die Strafe nach den Umständen gemildert oder von der Strafe abgesehen werden.

Die Notwehr hat danach in Japan folgende Voraussetzungen:

- (1) die Gegenwärtigkeit des Angriffs,
- (2) die Rechtswidrigkeit des Angriffs,
- (3) die Erforderlichkeit der Abwehr,
- (4) die Angemessenheit der Verteidigungshandlung.

Über diese grundsätzlichen Voraussetzungen der Notwehr besteht im japanischen Schrifttum und in der Rechtsprechung Einigkeit. Ob aber darüber hinaus der *Verteidigungswille* bei Ausübung der unvermeid-

bar erforderlichen Abwehrhandlung eine Voraussetzung der Notwehr bildet, ist in der Literatur umstritten. Es werden im Wesentlichen zwei Auffassungen vertreten: Eine Auffassung bejaht die Erforderlichkeit eines eigenen Verteidigungswillens (Theorie von der Erforderlichkeit des Verteidigungswillens).¹ Die dem gegenüber stehende zweite Auffassung lehnt umgekehrt die Erforderlichkeit einer solchen Willensfeststellung ab (objektive Verteidigungstheorie).²

1. Erforderlichkeit des Verteidigungswillens

Die Theorie von der *Erforderlichkeit des Verteidigungswillens* ist im Schrifttum vorherrschend und wird auch von der Rechtsprechung, die den Verteidigungswillen ebenfalls für unentbehrlich hält, befürwortet. Falls Verteidigungswille fehlt, liegen nach dieser Auffassung weder Notwehr noch Notwehrexzess vor. Der erforderliche Verteidigungswille stellt vielmehr ein notwendiges subjektives Rechtfertigungselement dar. Das wird wie folgt begründet: Die menschliche Handlung besteht aus einer Einheit einer subjektiven und einer objektiven Komponente. Eine Handlung, die ohne einen *Verteidigungswillen* ausgeführt werde, sei deshalb von vornherein keine *Verteidigungshandlung*. Diese Auffassung ist erkennbar der Lehre vom *Handlungsunwert* zuzuordnen.³ Innerhalb dieser vorherrschenden Lehre wird weiter aber diskutiert und unterschiedlich beantwortet, was unter dem Verteidigungswillen zu verstehen ist. Teilweise will man unter dem Verteidigungswillen einschränkend eine spezifische Verteidigungsabsicht oder ein Verteidigungsmotiv verstanden wissen. Dagegen lassen andere Stimmen in der Literatur einen einfachen Willen zur Verteidigung, also zur Abwendung eines Angriffs, genügen.⁴ Eine dritte Gruppe von Autoren hält sogar eine bloße Kenntnis der Notwehrlage ausreichend.⁵

¹ Dando, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1984, S. 218 ff.

² Hirano, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 1975, S. 241 ff.

³ Fukuda, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001, S. 154.

⁴ Otsuka, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1986, S. 338.

⁵ Oya, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2007, S. 288 f.

2. Objektive Verteidigungstheorie

Nach der *objektiven Verteidigungstheorie* soll demgegenüber eine Handlung schon dann gerechtfertigt sein, wenn nur die objektiven Voraussetzungen der Notwehr erfüllt sind. Ein spezifischer Verteidigungswille sei für die Erfüllung der Voraussetzungen der Notwehr überflüssig. Diese Auffassung wird mit der Lehre vom *Erfolgswert* begründet⁶. Basierend auf dem Grundgedanken des Erfolgswerts sei ein gleichwie zu formulierender Verteidigungswille ebenso wie weitere Voraussetzungen allein auf der subjektive Täterseite für die Rechtswidrigkeit grundsätzlich irrelevant. Es genüge vielmehr eine Prüfung der Willensvoraussetzungen auf der Schuldebene.

3. Der Sonderfall der sog. Zufallswehr

Stellt man beide Auffassungen einander gegenüber, so lässt sich für die Diskussion in Japan feststellen, dass man dort, wo ein Verteidigungswille für erforderlich gehalten wird, die Anforderungen an dessen Qualität oft derart erleichtert werden, dass ein bloßer Wille, den Angriff zu vermeiden oder sogar eine bloße Kenntnis der Notwehrlage ausreichen. Beide Auffassungen unterscheiden sich damit lediglich in dem *einen* Fall einer Notwehrhandlung ohne jeden Verteidigungswillen. Dieser Sonderfall wird in Japan auch als sog. *Zufallswehr* bezeichnet. Bei einer *Zufallswehr* wehrt sich also der Handelnde mit seiner Handlung gegen einen gegen ihn geführten Angriff, ohne überhaupt zu wissen, dass ein Angriff vorliegt. Er handelt vielmehr in Verletzungsabsicht. Der Täter handelt also objektiv rechtmäßig, ohne hiervon überhaupt Kenntnis zu haben: Erschießt also etwa der A den B, der seinerseits und ohne Wissen des A gerade angesetzt hatte, um den ahnungslosen A zu erschießen, so wird der Schuss des A gegen B objektiv zur unvermeidbar erforderlichen Verteidigungshandlung. Die objektiven Voraussetzungen der Notwehr liegen vor.

⁶ Naito, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1986, S. 343.

Bei dieser Form der *Zufallswehr* ist damit traditionell umstritten, ob auch die Verteidigungshandlung ohne einen Verteidigungswillen gerechtfertigt werden kann. Wird ein Verteidigungswille mit der herrschenden Lehr und Rechtsprechung grundsätzlich für erforderlich gehalten, so streitet man dennoch über die hieraus folgenden Konsequenzen. Eine Auffassung lehnt bei Fehlen des Verteidigungswillens das Vorliegen einer Notwehr insgesamt ab, weil es mit dem Verteidigungswillen an einer wesentlichen Voraussetzung der Notwehr fehle.⁷ Eine andere Auffassung will dagegen anerkennen, dass objektiv kein Unrecht verwirklicht wird und möchte in dem mangelnden Verteidigungswillen einen eigenständigen Versuch bejahen. Handlungsunwert und Deliktvorsatz bleiben danach bestehen.⁸

Die *objektive Verteidigungstheorie* rechtfertigt dagegen die *Zufallswehr*.⁹ Denn die herrschende Meinung müsse eingestehen, dass sie bei Ablehnen der Notwehr allein wegen des fehlenden subjektiven Verteidigungswillens den Täter letztlich nur wegen seines „bösen“ inneren Willens bestrafen könne. Denn objektiv seien die Voraussetzungen der Notwehr gerade erfüllt, ein Erfolgswert sei nicht gegeben.¹⁰ Doch auch innerhalb der objektiven Verteidigungslehre will eine Unterauffassung eine Versuchsstrafbarkeit bejahen. Danach soll ein strafbarer Versuch nach einer *ex ante* Beurteilung darin bestehen, dass im Zeitpunkt der objektiven Verteidigungshandlung für den Täter die Möglichkeit eines Erfolgesintritts besteht und er damit in diesem Moment eine rechtswidrige Gefahr verursache, aufgrund derer seine Handlung als Versuchshandlung auch als rechtswidrig zu beurteilen sei. Die Herbeiführung des Erfolges wird demgegenüber weiter *ex post* gerechtfertigt, weil die betreffende Handlung trotz des Deliktvorsatzes objektiv eine Verteidigung in Notwehr bleibe.¹¹ Dem wird von anderer Seite freilich entgegnet, dass

⁷ Otsuka, a. a. O., S. 339., Fukuda, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001, S. 156.

⁸ Naka, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1981, S. 135 f.

⁹ Naito, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1986, S. 344.

¹⁰ Matsubara, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2013, S. 151 f.; Matsumiya, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2009, S. 251 f.

¹¹ Nishida, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2011, S. 170 f.; Hirano, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 1975, S. 243.

nicht einzusehen sei, warum nur Handlung als rechtswidrig eingestuft werden solle, während der von ihr gerade bewirkte Erfolg dennoch als rechtmäßig zu bewerten sei.¹² Wer mit seiner Handlung einen rechtmäßigen Erfolg herbeiführt, der handelt vielmehr auch rechtmäßig.

Insgesamt lässt sich sagen, das mit unterschiedlichen Begründungen im Detail, derzeit in Japan eine Auffassung vorherrschend ist, wonach der im Rahmen einer *Zufallswehr* handelnde Täter wegen eines Versuchs bestraft wird.

II. Die Behandlung des Verteidigungswillens in der gerichtlichen Praxis in Japan

Allerdings treten solche spezifischen Fälle einer *Zufallswehr* in der Praxis der Gerichte nur selten auf und werden demgemäß nur selten behandelt. Scheinbar stehen in der Praxis ganz andere Probleme im Zusammenhang mit dem Verteidigungswillen im Vordergrund. Um dies zu erläutern, seien hier kurz fünf für die japanische Rechtsprechung in diesem Kontext wesentliche Gerichtsentscheidungen zum Verteidigungswillen besprochen und einander gegenüber gestellt. Dazu werden jeweils kurz Sachverhalt und Entscheidung erläutert.

1. Beschluss vom obersten Gerichtshof, 24. Februar 1958 (Keisyu Band 12 Heft 2, S. 297)

Unserem ersten Beispiel liegt ein Sachverhalt zugrunde, indem es zwischen dem Angeklagten und dem B zu einem Streit kam. Sie setzten sich zunächst verbal miteinander auseinander. Im Verlauf der verbalen Auseinandersetzung nahm der B jedoch eine kleine Pfanne und verletzte den Angeklagten damit mit einem Schlag am Kopf. Der Angeklagte entschloss sich daraufhin wiederum unmittelbar, den B zu töten. Er nahm eine Axt und verletzte den B damit an dessen Kopf schwer, um ihn im Anschluss zu erdrosseln.

¹² *Matsumiya*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2009, S. 251 f.

In diesem Fall entschied der japanische oberste Gerichtshof, dass der Angeklagte nicht gehandelt habe, um sich selbst und sein Recht zu verteidigen, sondern vielmehr aus Zorn und Ärger über den Angriff des B mit der kleinen Pfanne. Die Handlung des Angeklagten stelle deshalb überhaupt keine Verteidigungshandlung dar. Diese Entscheidung wird im Nachgang in der japanischen Literatur und Rechtsprechung so verstanden, dass der japanische oberste Gerichtshof den Inhalt des Verteidigungswillens als Verteidigungsabsicht verstehe.

2. Urteil vom obersten Gerichtshof, 16. November 1971 (Keisyu Band 25 Heft 8, S. 996.)

Der zweite Fall spielte in einem Gasthaus. Der Angeklagte hielt sich in einem Gasthaus auf. Dort geriet er in einen Streit mit einem anderen Gast G. Im Verlauf des Streits verließ deshalb der Angeklagte das Gasthaus und ging nach draußen, um sich zu beruhigen. Als er anschließend wiederum das Gasthaus betrat, ging er auf den Gast G zu, um sich für den Streit zu entschuldigen. Den G ließ die Entschuldigung offenbar unbeeindruckt, denn er schlug den Angeklagten trotzdem. Darauf geriet der Angeklagte in einen mächtigen Zorn auf den G und stach ihm unvermittelt ein kleines Schwert in die Brust. Gast G verstarb an der Verletzung.

In diesem Fall wiederum entschied der japanische oberste Gerichtshof, dass die Gegenwärtigkeit des Angriffs im Rahmen einer Notwehr auch dann nicht verloren sei, wenn auch der Angegriffene – hier der Angeklagte – den Angriff erwartet habe. Dann habe es dem Angegriffenen, hier dem Angeklagten, auch nicht am erforderlichen Verteidigungswillen gefehlt, selbst dann nicht, wenn der Gegenangriff aus Zorn erfolgt sei. Ein Handeln in Notwehr wurde also bejaht.

3. Urteil vom obersten Gerichtshof, 28. November 1975 (Keisyu Band 29 Heft 10, S. 983)

In unserem dritten hier zu besprechenden Verfahren, wird brach der B einen Streit mit dem Angeklagten vom Zaun, schlicht weil der

Angeklagte mit Freunden mit einem Auto gefahren ist. Der Angeklagte sah daraufhin voraus, dass er von dem B verprügelt werden würde. Der Angeklagte zog deshalb eine Waffe und schoss auf den B, um nicht verprügelt zu werden. Dabei erkannte er die Möglichkeit, dass er den B tatsächlich tödlich verletzen könnte. B wurde nur verletzt.

In diesem Fall entschied der japanische oberste Gerichtshof, dass der Schuss des Angeklagten auf den B auch dann als eine Verteidigungshandlung angesehen werden könne, wenn der Angeklagte gegenüber dem Angreifer nicht mit *Verteidigungs-* sondern mit einem *Angriffswillen* handle, wenn seine (Angriffs)Handlung allein dazu diene, einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder anderen abzuwenden. Notwehr wurde also auch hier bejaht.

4. Beschluss vom obersten Gerichtshof, 21. Juli 1977 (Keisyu Band 31 Heft 4, S. 747.)

Die vierte Entscheidung betrifft einen Angeklagten, der zusammen mit anderen Studenten, die alle Mitglieder einer Partei einer Studentenbewegung waren, zu einer Versammlung ansetzte. Zu dieser Versammlung erschienen wiederum Studenten einer Gegenpartei, um die Versammlung des Angeklagten und seiner Parteifreunde zu stören. Es gelang dem Angeklagten und seinen Parteifreunden zunächst einmal, die Störenfriede zurückzuschlagen und von der Versammlung auszusperren. Um sich auf einen etwaigen Gegenangriff vorzubereiten, bewaffneten sich der Angeklagte und seine Parteifreunde in der Folge mit Kampfmitteln. Im Rahmen des tatsächlich folgenden weiteren Gegenangriffs verletzten der Angeklagte sowie weitere seiner Parteifreunde Mitglieder der Gegenpartei.

Hier entschied der japanische oberste Gerichtshof, dass die Gegenwartigkeit des Angriffs dann nicht notwendigerweise verloren gehe, wenn der Angegriffene den Angriff mit großer Sicherheit erwarte und sich sogar darauf vorbereite. An der Gegenwartigkeit des Angriffs fehle es aber dann, wenn der sich vorbereitende Angegriffene den Angriff nicht

nur unmittelbar erwarte, sondern darüber hinaus die *positive (aktive)* Absicht habe, während des anstehenden Angriffs den oder die Angreifer vorsätzlich zu verletzen. Diesen Willen nennt man in der japanischen Rechtsprechung einen „*positiven Angriffswillen*“.

5. Urteil vom obersten Gerichtshof, 12. September 1980 (Keisyu Band 39 Heft 6, S. 275)

Im fünften hier vorgestellten Fall schließlich, hatte der japanische oberste Gerichtshof einen Fall zu entscheiden, in dem der Angeklagte zunächst einseitig von einem Angreifer G verprügelt worden war. Dabei führte der Angeklagte aus Zorn und Ärger ein Messer bei sich, war jedoch zunächst mit dem Messer in der Hand von dem Geschehen weg nach draußen gegangen. Der Angreifer G verfolgte den Angeklagten nach draußen und fasste ihm dort auf die Schulter. Weil der Angeklagte sofort befürchtete, erneut verprügelt zu werden, stach er dem G das Messer unmittelbar in die Brust. G verstarb.

Hier entschied der japanische oberste Gerichtshof, dass der Angeklagte ein Messer im Zorn bei sich geführt habe und deshalb vorwiegend mit Angriffswillen und nicht mit Verteidigungswillen auf den G eingestochen habe. Dann aber seien die Voraussetzungen einer Notwehrhandlung nicht mehr gegeben.

III. Analyse und Fazit

Diese hier kurz im Überblick vorgestellten Entscheidungen des japanischen obersten Gerichtshofs erweisen sich für ein Verständnis der japanischen Rechtsprechung als wesentlich. Denn im vorgestellten ersten Fall hat der japanische oberste Gerichtshof den Verteidigungswillen als eine Verteidigungsabsicht und ein spezifisches Verteidigungsmotiv einschränkend interpretiert. Dagegen fehlte es nach Ansicht des Gerichts im zweiten entschiedenen Fall auch dort nicht an einem Verteidigungswillen, wo der Angeklagte aus Zorn handelte. Ferner hat das Gericht entschieden, dass die Gegenwärtigkeit eines Angriffs nicht schon deshalb

entfalle, weil der Angegriffene einen Angriff tatsächlich erwartete. Ganz wesentlich erscheint aber insbesondere, dass der Verteidigungswille nach diesem zweiten entschiedenen Fall offenbar nicht mehr als Absicht oder Motiv interpretiert wurde. Im hier vorgestellten dritten Verfahren ließ der japanische oberste Gerichtshof den Verteidigungswillen sogar neben einem Angriffswillen bestehen.

An der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlte es dagegen im vierten hier besprochenen Verfahren, weil der Angegriffene nicht nur den Angriff erwartete und sich darauf vorbereitete, sondern darüber hinaus mit dem Willen handelte, den/die Angreifer im Rahmen des Angriffs *positiv* zu verletzen. Hier verknüpfte das Gericht also den Willen des Täters bei seiner Abwehrhandlung mit der Gegenwärtigkeit des Angriffs. So verneinte der japanische oberste Gerichtshof auch im fünften oben angesprochenen Fall das Vorliegen von Notwehr, hier weil der Angeklagte vorwiegend mit einem Angriffs- statt mit einem Verteidigungswillen gehandelt habe.

Aus dieser Analyse der Rechtsprechung des Gerichts ergeben sich für die Beurteilung des Verteidigungswillens zwei Problem: So verneint der Gerichtshof die Gegenwärtigkeit des Angriffs letztlich, wenn sich der Täter in dessen Erwartung *positiv* vorbereite. Nicht ersichtlich ist dabei aber, woraus die Verknüpfung mit einer Frage der Gegenwärtigkeit bestehen soll oder wie deshalb die Gegenwärtigkeit des unmittelbar bevorstehenden Angriffs entfallen soll (1.). Entscheidender aber ist, dass der Gerichtshof denn das Vorliegen eines Verteidigungswillens verneint, wenn wie im fünften Fall, der Täter zwar auch zur Verteidigung aber vorwiegend mit Angriffswillen handelt (2.).

1. Ausschluss der Gegenwärtigkeit eines Angriffs wegen bestehenden Angriffswillens des in Notwehr Handelnden

Warum im vierten hier besprochenen Beschluss des japanischen obersten Gerichtshofs vom 21. Juli 1977 mit dem sogenannten positiven

Angriffswillen die Gegenwärtigkeit verneint wurde, lässt sich eventuell folgendermaßen erklären: Der japanische oberste Gerichtshof kam hier deshalb zu dem Entschluss, dass keine Notwehr gegeben sein solle, wenn sich der Angegriffene vorbereite, um einen Angriff zu zurückschlagen und dabei darüber hinaus die Absicht habe, den Angreifer – sozusagen aufgrund der günstigen Angriffsgelegenheit – auch noch *positiv* zu verletzen. Freilich besteht unter Berücksichtigung des *dritten* oben besprochenen Urteils vom 16. November 1971 die Möglichkeit, dass ein Verteidigungswille neben einem Angriffswillen besteht. Denn dort hatte der japanische oberste Gerichtshof den Verteidigungswillen als allenfalls einfachen Willen, den gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff zu kennen und hinzunehmen, angesehen. Jedenfalls hatte der Gerichtshof ab dieser Entscheidung davon abgesehen, eine spezifische Absicht oder ein Motiv zur Verteidigung einzufordern. In dem vierten Verfahren war der Gerichtshof deshalb sozusagen „in Not“ geraten. Denn der Verteidigungswille als lediglich einfacher Wille der Kenntnis der Notwehrlage ließ sich nicht mehr mit der Begründung verneinen, dass der Angegriffene darüber hinaus einen Angriffswillen habe. Dem Gerichtshof verblieb damit allein die Möglichkeit, die Notwehr mittels der Figur des sog. „positiven Angriffswillens“ unter Verneinen der Gegenwärtigkeit des Angriffs abzulehnen.

2. Angriffs- oder Verteidigungswille

Bei genauerer Betrachtung muss allerdings festgestellt werden, dass in den meisten vom japanischen obersten Gerichtshof entschiedenen Fällen ein *positiver Angriffswille* bejaht und deshalb die Notwehr verneint wurde. Daraus schlussfolgern wiederum einige Autoren in der japanischen Literatur, dass die Annahme eines *positiven Angriffswillens* die Verneinung der Notwehr unter Berufung auf allein objektive Umstände – die Umstände eines Angriffs – bedeute.¹³ Wenn man dem folgt, dann soll es dabei aber nicht um den Willen des Angegriffenen (auf Verteidigung

¹³ Vgl. Saeki, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2013, S. 135.

oder auf Angriff) gehen, sondern allein um die objektiven Voraussetzungen der Notwehr und der Notwehrhandlung.

In der japanischen Rechtsprechung zeigen sich zwei Tendenzen zur Behandlung des Verteidigungswillens *ohne* die Erwartung eines Angriffs. Danach steht *erstens* der Streit um die Erforderlichkeit eines Verteidigungswillens in der Regel mit Fällen im Zusammenhang, in denen zugleich die Fragen des Vorliegens eines Notwehrexzesses aufgeworfen werden. *Zweitens* zeigt sich, dass die Rechtsprechung das Vorliegen eines Verteidigungswillens in gleicher Weise wie das Vorliegen eines Angriffswillens allein anhand objektiver Umstände überprüft. Es sind das *Verhalten* des Angegriffenen vor und nach der Handlung sowie insbesondere die Art und Weise der ausgeübten Verteidigungshandlung, auf deren Basis der Gerichtshof entscheidet.¹⁴

3. Fazit und Ausblick

Zentrale Fragestellung ist damit, ob dem Angegriffenen eine Strafmilderung oder eine Strafbefreiung wegen eines bestehenden Notwehrexzesses gewährt werden soll. Dort, wo die Rechtsprechung den Verteidigungswillens verneint und zugleich bejaht, dass der Angegriffene vorwiegend mit einem Angriffswillens gehandelt habe, so tut sie dies, um die Strafmilderung im Notwehrexzess zu verneinen. Denn eine als Angriff statt als Verteidigung geführte Gegenmaßnahme stelle keinen Schuld-milderungsgrund aufgrund von Verwirrung, Furcht oder Schrecken dar. Vielmehr handle der Angegriffene in diesen Fällen aus einer weder zu bemitleidenden noch zur Strafmilderung berechtigenden *Rachsucht* heraus. Daraus folgt aber, dass die Annahme vorwiegenden Angriffsverhaltens in der japanischen Rechtsprechung eine Bewertung einer Sachlage der objektiven Überschreitung erforderlicher Verteidigungshandlungen mit nicht zur Strafmilderung berechtigenden Motiven bedeutet.¹⁵ Wenn diese Analyse wiederum trägt, dann diskutiert die Rechtsprechung hier über die Frage der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Notwehr-

¹⁴ Vgl. *Matsumiya*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2009, S. 147 f.

¹⁵ *Matsumiya*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2009, S. 147 f.

handlung in Abgrenzung zum Vorliegen eines Notwehrexzesses und als Voraussetzung für die Annahme eines Strafmilderungs- oder eines Strafbefreiungsgrundes. Der Verteidigungswille selbst als zwingende Voraussetzung der Notwehr erscheint damit aber weder im japanischen Strafgesetzbuch noch bedarf es seiner zur Lösung bestehender Sachfragen weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur.

Literaturverzeichnis:

Dando, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1984, S. 218 ff..

Fukuda, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001, S. 154.

Hirano, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 1975, S. 243.

Matsubara, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2013, S. 151 f..

Matsumiya, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2009, S. 251 f..

Naito, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1986, S. 343ff..

Naka, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1981, S. 135 f..

Nishida, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2011, S. 170 f..

Otsuka, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1986, S. 338.

Oya, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2007, S. 288 f..

Saeki, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2013, S. 135.

Suizid im japanischen Medizinstrafrecht*

Beihilfe zur Selbsttötung und aktuelle Entwicklungen bei Behandlungsabbruch

*Shinichi ISHIZUKA***

Suicide in Japanese Criminal and Medical Law: Euthanasia and Practices in Terminal Care

Summary: This article discusses current issues of committing suicide or euthanasia especially by ways of near-death assistance, and actual developments in terminal care in Japan from the point of view of criminal and medical law. First, the paper shows ways, how to recognize and seriously think about these issues by demonstrating societal discussions in reference to two movies: Clint Eastwood's U.S. movie "A Million Dollar Baby" (2004) is introduced in order to explain that the decision of committing voluntary suicide rather is an individual decision asserting individual interests and individual dignity, than being a decision on behalf of family or societal interests, like the boxing studio the main character belonged to. On the other hand, the Japanese movie "TSUI no SHIN-TAKU" (A Terminal Trust) by Masayuki Suoh (2012) reflects the set of social and judicial perspectives on euthanasia, who still play a major role in society and legal discussion in Japan. Against this background the paper compares the Western and Eastern concepts of suicide and near-death assistance and classifies different forms of euthanasia within the judicial framework.

* Geliş Tarihi: 22.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Prof. Dr., Ryukoku University, Kyoto, Japan, ishizuka@law.ryukoku.ac.jp

Accordingly the paper discusses two leading *legal Japanese* cases: that of *Nagoya* Appeal Court of Dec. 22, 1962, and that of *Yokohama* District Court of March 26, 1995. It is been shown that near-death assistance and especially terminal care in medical practices in Japan *de facto* exists and that practises are applied, but that neither passive nor active euthanasia is yet officially or legally accepted or allowed. As a result, decisions on near-death assistance are been made in secret.

The paper concludes that we have to recognize difficulties of near-death situations and respect individual decisions. Hereto we have to discuss concrete judicial conditions surrounding acts of suicide and euthanasia in public, not in secret. We need legal but not practical decisions to assure human dignity. However, it seems easier for a camel to go through a needle's eye, than for a medical doctor to undertake a mercy killing for his terminal patient without punishment.

Keywords: suicide; near-death assistance, active euthanasia, death with dignity, terminal care

Zusammenfassung: Der Beitrag setzt sich mit den medizinstrafrechtlichen Fragestellungen des Suizids, der Beihilfe zur Selbsttötung und abgrenzend den aktuellen Entwicklungen bei Behandlungsabbruch in Japan auseinander. Wie sich die Diskussion in Japan verändert hat, zeigt dabei eine Auseinandersetzung mit zwei Kinofilmen und deren jeweiliger Perspektive. *Clints Eastwoods* 2004er Drama „*Million Dollar Baby*“ verdeutlicht in eindrücklicher Weise, dass der Entschluss zu einem Suizid nicht nur auf dem Interesse einer Familie oder eines bestimmten engen sozialen Umfeldes (hier das Box-Studio) die Problematik beruhen kann, sondern gerade auch auf rein individuellen Interessen menschlicher Würde. Im Vergleich mit *Masayuki Suohs* Drama 2012 „*TSUI no SHINTAKU*“ wird ein Blick auf Selbsttötungshandlungen aus gesellschaftlicher und aus juristischer Sicht in West und Ost geworfen. Vor diesem Hintergrund werden der Begriff des Suizids im japanischen und im deutschen Recht miteinander verglichen und die Sterbehilfe wird im Rahmen medizinischer Behandlungen weiter klassifiziert. Hierzu diskutiert der Beitrag mit den Entscheidungen des OLG Nagoya vom

22.12.1962 und des LG Yokohama vom 26.3.1995 auch wesentliche japanische Rechtsprechung. Der Beitrag zeigt, dass die Probleme in Japan vor allem darin bestehen, dass neben passiver auch aktive Sterbehilfe in der Praxis tatsächlich geleistet wird, ohne dass jedoch in der Öffentlichkeit darüber gesprochen würde oder es auch nur möglich erschiene, dass man offen darüber diskutierte. Dabei gilt es über die konkreten rechtlichen Voraussetzungen gerade hier nachzudenken.

Schlüsselwörter: Suizid, Beihilfe zur Selbsttötung, Behandlungsabbruch, aktive Sterbehilfe, japanisches Medizinstrafrecht

„Eher geht ein Kamel durch ein Nadelöhr, als dass ein Reicher in das Reich Gottes gelangt.“

Markus Evangelium 10, 25

I. Einleitung¹

Um die Problematik der Sterbehilfe in Japan besser zu verstehen, werden zunächst (II) die Filme „*Millionen Dollar Baby*“ (Clint Eastwood, 2004) und „*TSUI no SHINTAKU*“ (Masayuki Suoh, 2012) vorgestellt, gefolgt von einer Einschätzung des Selbstmordes aus gesellschaftlicher und juristischer Sicht in West und Ost.

Im dritten Teil (III) werden der Begriff des Suizids strafrechtlich definiert, die rechtlichen Grundlagen in Japan und in Deutschland verglichen und eine Klassifikation von Sterbehilfe im Rahmen medizinischer Behandlungen vorgenommen.

Anschließend (IV) werden Entscheidungen des OLG Nagoya vom 22.12.1962 und des LG Yokohama vom 26.3.1995 vorgestellt.

In diesem Zusammenhang spielt der klassische Roman *TAKASE-BUNE* von Ōgai Mori eine wichtige Rolle (V). Er eignet sich besonders

¹ Überarbeitete und eingerichtete Fassung meines Vortrags vom 1. März 2013 im Rahmen des „Diskussionsseminars“ am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er hatte zum Inhalt, die Situation der Sterbehilfe in Japan vorzustellen und mit den rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland zu vergleichen.

gut, um die typisch japanische Gefühlslage zu verstehen und den damit zusammenhängenden Konflikt zwischen „GIRI“ und „NINJO“ zu erklären. Anhand des Titels *Chrysantheme und Schwert: Formen der japanischen Kultur*, (1946), von R. Benedicts wird die japanische Kultur der „Schande“ mit der europäischen Kultur der „Schuld“ verglichen, um den Begriff der Schande besser zu verdeutlichen.

Im letzten Paragraph wird aus der Dichotomie von Handeln als Teil der Gesellschaft und Handeln als Individuum der Gedanke des „Dazwischen“ vorgestellt und eine eigene Ansicht entwickelt.

II. Zwei Filme aus West und Ost

1. Clint Eastwood (2004): „*Million Dollar Baby*“

Der Film *„Million Dollar Baby“* handelt von Frankie, einem Boxtrainer, der es mit seinen Schützlingen noch nie zu einem großen Titel gebracht hat. Als Maggie Fitzgerald, eine in ärmlichen Verhältnissen lebende Kellnerin, davon träumt, Profi-Boxerin zu werden, und ihn bittet, sie zu trainieren, lehnt Frankie dies zunächst ab. Aber schließlich nimmt er Maggie doch an.

Die ersten Kämpfe gewinnt Maggie problemlos, jedoch gibt es zunehmend Schwierigkeiten, überhaupt noch Gegner für Maggie zu finden. Deshalb lässt Frankie Maggie in einer höheren Gewichtsklasse antreten. Sie begibt sich in ein Profi-Camp und fährt schließlich zur Weltmeisterschaft nach Las Vegas.

Ihre Gegnerin dort ist die deutsche amtierende Boxweltmeisterin im Mittelgewicht, die besonders aggressiv kämpft und zu unfairen Mittel greift. Als der Ringrichter die Runde beendet und sich gerade umdreht, versetzt die deutsche Boxweltmeisterin der nichtsahnenden Maggie einen Schlag von hinten, worauf sie so unglücklich auf die Kante eines bereitgestellten Schemels fällt, dass sie sich mehrere Halswirbel bricht. Als Maggie wieder zu sich kommt, liegt sie im Krankenhaus. Sie muss

erfahren, dass sie für den Rest ihres Lebens vom Hals abwärts gelähmt sein wird.

Ihre Familie kommt erst nach einigen Wochen zu Besuch und versucht Maggie zu überreden, ihr Vermögen auf die Mutter zu überschreiben. Maggie bricht daraufhin jeglichen Kontakt zu ihrer Familie ab.

In der Folge verschlechtert sich ihr Zustand. Nach Durchblutungsstörungen und Dekubitus muss ihr ein Bein amputiert werden.

Schließlich bittet Maggie ihren Boxtrainer Frankie, ihre Lebenserhaltungssysteme abzuschalten. Sie möchte nicht in diesem Zustand verbleiben und sieht den Tod als einzigen Ausweg. Ihre größte Angst ist es, langsam dahinzuvegetieren und zu vergessen, was sie einmal erreicht hatte und wie sie von einem großen Publikum bejubelt wurde. Frankie lehnt ihre Bitte jedoch ab. Maggie begeht einen Selbstmordversuch, indem sie sich die Zunge zerbeißt. Kurz vor dem Ersticken am eigenen Blut wird sie jedoch von den Ärzten gerettet, woraufhin sie ein zweites Mal versucht, sich das Leben zu nehmen. Jetzt erkennt Frankie, wie ernst es ihr ist. Er schleicht sich nachts mit zwei Spritzen in das Krankenhaus und tötet sie.

Nach Maggies Tod taucht Frankie nie wieder im Boxstudio auf.

2. Masayuki Suoh (2012): „TSUI no SHINTAKU (Auftrag am Lebensende)“

AYANO ist eine ausgezeichnete, bei ihren Patienten sehr beliebte Elite-Ärztin. Sie ist unglücklich und hoffnungslos in einen Kollegen verliebt und begeht schließlich einen Selbstmordversuch.

Als sie einen Patienten, TAIZO, kennenlernt, der an schwerem Asthma erkrankt ist, verstehen sich die beiden sehr gut und entwickeln intensive Gefühle füreinander. Als TAIZO erkennt, dass seine Krankheit sehr ernst und schwer ist und er nicht mehr lange leben wird, bittet er AYANO: „Wenn mein Lebensende naht, möchte ich keine übermäßigen

lebenserhaltenden Maßnahmen bekommen. Lass mich in Ruhe sterben. Ich vertraue dir.”

Zwei Monate später verschlechtert sich TAIZO's Zustand so sehr, dass es zum zeitweiligen Herzstillstand kommt. AYANO fragt sich, ob sie etwas unternehmen oder seiner Bitte entsprechen soll, ihn sterben zu lassen. Ihre Gefühle bewegen sich zwischen ärztlicher Pflichterfüllung und menschlicher Rücksichtnahme, zwischen Vernunft und Gefühl, zwischen ihrer Rolle als Ärztin und als Frau. Letztlich entscheidet sich AYANO für eine aktive Sterbehilfe für Taizo, indem sie ihm eine Muskelrelaxans injiziert. TAIZO bleibt zunächst jedoch noch am Leben. AYANO verabreicht deshalb eine weitere Dosis. Endlich stirbt er.

TAIZO's Familie glaubt AYANO nicht. Drei Jahre später wird sie wegen Mordes angeklagt und verurteilt.

3. *Wichtige Unterschiede zwischen West und Ost in der Einschätzung der Selbsttötung*

In der westlichen Welt ist Selbstmord eine Sünde gegenüber Gott. Bestrafen kann man den Verstorbenen natürlich nicht. Man kann aber Personen, die bei der Selbsttötung mitgewirkt haben, u.U. als Täter eines Tötungsdelikts, bestrafen. Die Entwicklung der Gesellschaften zu mehr Humanität führt jedoch mehr und mehr dazu, dass auf die individuelle Entscheidung Rücksicht genommen wird. So geht die Diskussion über Selbstmord oder Sterbehilfe weltweit und auch in Deutschland dahin, ob man Sterbehilfe legalisieren sollte, um die Würde des Menschen zu achten.

Die erwähnte rechtliche Einordnung der Sterbehilfe gilt in Japan im Prinzip ebenso. Jedoch spielt in Japan die traditionelle Überzeugung eine Rolle, den Selbstmord, den Doppelselbstmord oder auch den gemeinschaftlichen Selbstmord einer ganzen Familie *ethisch* nicht als „Sünde“ zu betrachten. Die Betroffenen werden deshalb nur *gesellschaftlich* verurteilt, da die Selbsttötung *rechtlich* lediglich als „unvernünftig“ betrachtet wird.

III. Der Begriff des Suizids im Strafrecht

1. *Rechtliche Grundlagen in Japan*

Das japanische Strafgesetzbuch (JStGB) enthält die folgenden, für eine Selbsttötung relevanten, Strafvorschriften:

§ 199 [Totschlag und Mord]

„Wer einen Menschen tötet (ermordet), wird mit dem Tode oder lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf (höchstens 20) Jahren bestraft“;

§ 202 [Beteiligung an der Selbsttötung eines anderen; Tötung mit Zustimmung]

„Wer einen Menschen zur Selbsttötung anstiftet oder zur Selbsttötung Beihilfe leistet, oder wer einen Menschen auf dessen Verlangen oder mit dessen Einwilligung tötet, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu sieben Jahren bestraft“;

§ 218 [Unterlassene Hilfeleistung durch einen besonders Verpflichteten]

„Unterlässt ein Verantwortlicher, einem alten Menschen, einem kleinen Kind, einem Behinderten oder einem Kranken pflichtgemäß zu helfen, indem er diese Person entweder im Stich lässt oder bei Lebensgefahr nicht eingreift, so wird er mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft“;

§ 35 [Gesetzmäßige oder berufsrechtliche Handlungen]

Eine Handlung, die den Gesetzen oder den Regeln eines Berufes entspricht, wird nicht bestraft.

Suizid ist im Japanischen Medizinstrafrecht somit nur in Form der Hilfe zur Selbsttötung strafbar.

2. *Rechtliche Grundlagen in Deutschland*

Das Deutsche Strafgesetzbuch (DStGB) enthält die folgenden, für eine Selbsttötung relevanten, Strafvorschriften:

§ 211 [Mord]

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.;

§ 212 [Totschlag]

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu (erkennen)bestehen.;

§ 213 [Minder schwerer Fall des Totschlags]

War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.;

§ 216 [Tötung auf Verlangen]

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

3. Sterbehilfe bei medizinischer Behandlungen

- Aktive Sterbehilfe ist in Japan und in Deutschland gleichermaßen strafbar, im Gegensatz zur Rechtslage in den Niederlanden und in Belgien. Der Patient wird durch das aktive Tun eines Dritten, z.B. eines Arztes oder eines Angehörigen, getötet.²
- Indirekte Sterbehilfe ist hingegen nicht strafbar, obwohl medizinisch gebotene schmerzlindernde oder bewusstseinsdämpfende Medikamente möglicherweise als unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen. „Indirekt“ wird diese Art der Sterbehilfe genannt, weil sie zum Zweck der Schmerzlinderung medizinisch erforderlich erscheint.

Auch wenn hinsichtlich der Begründung im Einzelnen Uneinigkeit besteht, ist ihre Zulässigkeit weitestgehend anerkannt.³

- Passive Sterbehilfe ist nicht strafbar. Der Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen - sei es als Therapieverzicht, -abbruch oder Beschränkung - kann unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur rechtlich zulässig, sondern sogar geboten sein.

In der Rechtsprechung wird insoweit differenziert zwischen der Hilfe im Sterben und der Hilfe zum Sterben.

² D. Albrecht, Die Rechtslage zur Sterbehilfe in Deutschland, in: Schreiber/Rosenau/Tadaki/Lilie (Hrsg.), Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik: Das Leben an seinem Anfang und an seinem Ende, Frankfurt a.M. 2007, S. 9ff. (S.11).

³ D. Albrecht (o. Fußn. 2), S. 12.

IV. Rechtsprechung in Japan

1. Die Entscheidung des OLG Nagoya vom 22.12.1962

Das OLG Nagoya hat in seiner Entscheidung vom 22.12.1962 Kriterien erarbeitet, bei deren Vorliegen aktive Sterbehilfe rechtmäßig ist.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt betraf einen Patienten, der schon lange Zeit wegen einer schweren Krankheit im Krankenhaus behandelt wurde. Er hatte so starke Schmerzen, dass er manchmal äußerte, sterben zu wollen und aufrief, ihn zu „ermorden“. Auch sein Sohn, der Angeklagte, hatte dies manchmal gehört. Der Arzt teilte ihm mit, dass sein Vater nur noch sieben bis höchstens 10 Tage zu leben habe. Der Sohn entschied sich, seinen Vater zu ermorden, weil er den Wunsch seines Vaters erfüllen wollte. Er goss ihm ein starkes Gift in die Milch. Seine ahnungslose Mutter gab dem Vater die giftige Milch zu trinken und der Patient verstarb daran.

Die Staatsanwaltschaft klagte den Sohn wegen Beteiligung am Selbstmord an. Das Gericht verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung. Ein Bewährungshelfer wurde nicht bestellt. .

Das Gericht orientierte sich an folgenden Kriterien als Voraussetzungen für eine straffreie Sterbehilfe:

- 1) Der Patient leidet an einer unheilbaren Krankheit, an der er alsbald sterben wird.
- 2) Seine körperlichen Schmerzen sind so groß, dass seine Familie und seine Bekannten diesen Zustand aus Mitleid nicht mehr mit ansehen können.
- 3) Der Täter handelt mit dem Ziel, die Todesqualen des Kranken zu mildern.
- 4) Die Tat entspricht dem mutmaßlichen Willen des Patienten oder erfolgt mit dessen ernstlicher Einwilligung.

- 5) Die Maßnahme muss grundsätzlich von einem Arzt durchgeführt werden, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor.
- 6) Die Durchführung der Tötung muss dem allgemeinen Sittlichkeitsgefühl angemessen sein.

Der Angeklagte wurde nach § 202 verurteilt, weil die Kriterien 5) und 6) nicht erfüllt waren.⁴

2. Die Entscheidung des LG Yokohama, vom 26.3.1995

Die Entscheidung betraf einen Patienten im Krankenhaus, der an Krebs erkrankt war und dessen Tod unmittelbar bevorstand. Der Patient wusste nicht, welche Krankheit er hatte. Seine Frau und sein Sohn baten sehr darum, keine aufwändigen Lebenserhaltungsmaßnahmen mehr zu ergreifen. Die Ärztin stellte daraufhin die Lebenserhaltungsmaßnahmen ein. Der Sohn sagte, dass er das Röcheln des Vaters nicht mehr hören könne. Daraufhin verabreichte die Ärztin eine Spritze, die zum Tod des Kranken führte.

Die Staatsanwaltschaft klagte die Ärztin wegen des Mordes an. Das Gericht verurteilte sie zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung. Ein Bewährungshelfer wurde auch in diesem Fall nicht bestellt.

Das Gericht orientierte sich an folgenden Kriterien als Voraussetzungen für eine straffreie Sterbehilfe:

- 1) Der Patient leidet unter rasenden und unerträglichen Schmerzen.
- 2) Sein Tod ist unvermeidbar und steht unmittelbar bevor.
- 3) Alle möglichen Behandlungsmaßnahmen zur Beseitigung oder Linderung der Schmerzen des Kranken sind ausgeschöpft und alternative Maßnahmen sind nicht vorhanden.

⁴ M. Tadaki, Zur Notwendigkeit und Zulässigkeit der Sterbehilfe in Japan, in: Schreiber u.a. (o. Fußn. 2), S. 211ff. (212); M. Okaue, „Die Rechtslage zur Sterbehilfe in Japan“, in: Schreiber u.a. (o. Fußn. 2), S. 115ff. (117).

- 4) Eine ausdrückliche und eindeutige Willensäußerung des Patienten ist vorhanden.

Der Angeklagte wurde wegen Totschlags (§ 199 JStGB) verurteilt, weil nicht alle Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit erfüllt waren.⁵

V. Die typisch Japanische Gefühlslage

1. TAKASEBUNE (*Ogai Mori*)⁶ - *Das Geleitschiff Takasabune*⁷

TAKASEBUNE ist der Name eines kleinen Bootes auf dem Fluss TAKASEGAWA in Kyoto. Mit ihm befördern einfache Polizeibeamte (Doushin), die ihren Dienst unter dem Polizeichef in Kyoto während des Tokugawa-Shogunats absolvieren, die Verurteilten bis nach OSAKA, um sie von dort in die Verbannung zu bringen.

Eines Tages befördert der Doushin SHOBEI HANEDA den Verurteilten KISUKE, der seinen jüngeren Bruder getötet hat, mit dem TAKASEBUNE. SHOBEI hatte schon mehrere Verbrecher in dem TAKASEBUNE gefahren, die meistens in einer sehr schlechten Verfassung waren. Dagegen sieht KISUKE eher fröhlich aus. SHOBEI fragt KISUKE, warum er festgenommen wurde.

KISUKE erzählt, dass er bereits als Kind seine Eltern durch eine epidemische Krankheit verloren habe. Er habe dann mit seinem jüngeren Bruder gelebt, sie hätten einander unterstützt und zusammen gelebt.

⁵ *M. Tadaki* (o. Fußn. 4), S. 213; *M. Okaue* (o. Fußn. 4), S. 117.

⁶ *Mori Ōgai* (1862-1922) war ein japanischer Militärarzt, Dichter und Übersetzer. *Ōgai* ist sein Schriftstellernamenname, den er mit Unterbrechungen in den Jahren 1885 bis 1913 gebrauchte. Sein Familienname ist Mori, sein persönlicher Name Rintaro. Von 1884 bis 1888 studierte er als Regierungsstipendiat Hygiene und Heeresanitätswesen in Leipzig, Dresden, München und Berlin, unter anderem bei Robert Koch und Max von Pettenkofer. Daneben beschäftigte er sich intensiv mit europäischer Literatur, Religion, Philosophie, Musik und Kunst. http://de.wikipedia.org/wiki/Mori_Ōgai (3.3.2016). Die Mori-Ōgai-Gedenkstätte ist ein ihm gewidmetes Museum in Berlin-Mitte. <http://de.wikipedia.org/wiki/Mori-Ōgai-Gedenkstätte> (3.3.2016).

⁷ *Das Geleitschiff Takasabune*, übersetzt von Kakuji Watanabe, in: *Japanische Meister der Erzählung*, Berlin 1960, S. 29ff.

Wegen einer Krankheit sei der jüngere Bruder bettlägerig geworden und habe nicht mehr arbeiten können.

Eines Tages sei KISUKE nach der Arbeit nach Hause gekommen und habe gesehen, dass sein Bruder mit Blut besudelt im Bett lag. KISUKE sei überrascht zu seinem Bruder hingelaufen. Sein Bruder habe ihm erklärt, dass seine Krankheit nicht zu heilen sei und er für KISUKE nur noch eine Belastung sei. Deshalb wolle er Selbstmord begehen. Er habe sich mit einem Messer in den Hals geschnitten, es ist ihm aber nicht gelungen, sich zu töten. Das Messer sei ihm im Hals stecken geblieben. Als KISUKE einen Arzt habe holen wollen, habe ihn sein Bruder jedoch eindringlich darum gebeten, das Messer aus seinem Hals herauszuziehen. KISUKE sei keine andere Wahl geblieben, denn er wollte seinen Bruder von den Schmerzen erlösen. Deshalb habe er schließlich das Messer aus dem Hals seines Bruders herausgezogen.

In diesem Moment sei seine ältere Nachbarin zufällig ins Haus gekommen und habe KISUKE mit dem blutenden Messer in der Hand in angetroffen. Er sei daraufhin festgenommen und schließlich verbannt worden. Deshalb sitze er jetzt im Takasebune.

2. „Giri“ und „Ninjo“

„In den Konflikt zwischen ‚Giri und Ninjo‘ geraten zu sein“ ist ein Gemütszustand, den Japaner sehr gerne mögen.

Giri hat zwei Bedeutungen:

(1) Der richtige Weg der Dinge, den man als Mensch einhalten soll. Vernunft - Besonnenheit - „besonnenes Handeln“.

(2) Das Verhalten, das man als Person im gesellschaftlichen Leben anderen entgegen bringt und für das man geschätzt wird.⁸

Auch Ninjo hat zwei Bedeutungen:

⁸ In Englisch bedeutet das Wort „justice“ oder „duty“.

- (1) Natürliche menschliche Seelenregungen, menschliche Gefühle.
- (2) Zuneigung und Mitgefühl anderen gegenüber.⁹

Der Gefühlskonflikt zwischen „Giri“ der gesellschaftlichen Pflicht (Sollen, gesellschaftliche Norm) und „Ninjo“, der Wirklichkeit (Sein, menschliche Bedürfnisse) wird als menschlicher Seelenzustand verstanden, unter dem die Betroffenen leiden: Ein Kind würde gerne schlafen („Ninjo“), sollte aber seine Hausaufgaben erledigen („Giri“). So erlebt bereits das Kind „den Konflikt zwischen ‚Giri‘ und ‚Ninjo‘“.¹⁰

Typische Beispiele für jenen Konflikt kann man in den „Joruri“ – Stücken von Chikamatsu Monzaemon finden, in denen es um „Doppelsebstmord“ geht. Das „Giri“ versteht man hier einerseits als die Pflicht innerhalb der Ehe oder der Familie beziehungsweise als gesellschaftliches Vertrauen, das „Ninjo“ andererseits als Liebe zwischen Mann und Frau oder als menschliches Gefühl.¹¹

3. *Schulden- und Schandkultur*

In dem Buch „The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture“ (Boston 1946)¹² von Ruth Benedict (1887 – 1948), die nie Japan besucht und dennoch die berühmteste Abhandlung über Japan geschrieben hat, kann man Folgendes lesen: Westliche Menschen halten es für wichtig, sich nach innen konsequent zu verhalten, während

⁹ In Englisch bedeutet das Wort „human feeling“.

¹⁰ In den japanischen Theaterstücken gibt es dieses Thema schon in der EDO Zeit (1603-1867) sehr häufig. Ein Mann, der sich in eine Frau verliebt hat („Ninjo“), ist zugleich ein Ladenbesitzer eines großen Geschäftes („Giri“) und hat Frau und Kind („Giri“). Die Frau, in die er verliebt ist, ist noch minderjährig (Giri) und wird sogar schwanger („Ninjo“). Angesichts des großen Kummers und Leidens in der Situation entscheiden sie sich am Ende, Doppelsebstmord zu begehen. Solche Tragödien ohne Rettung werden sehr „genossen“.

¹¹ In den JOURURI Stücken „MEIDO no HIKYAKU“ und „SONEZAKI SINJU“ wird gezeigt, wie durch den Konflikt zwischen „Giri“ und „Ninjo“ das Leben ruiniert wird und schließlich in der Trennung oder im Doppelsebstmord endet.

¹² B. Ruth (Übersetzer Jobst-Mathias Spannagel), Chrysantheme und Schwert: Formen der japanischen Kultur, Berlin 1989.

Japaner es bevorzugen, sich an die jeweiligen Umstände anzupassen. Diese Anpassung entwickelte sich im Klassensystem während der Edo – Zeit und entstand aus der Besonderheit der japanischen Gesellschaftsform, die darin besteht, dass in Japan mehrere Einflüsse (Tenno und Shogun, Buddhismus und Shinto) ihre jeweiligen Bereiche geschützt haben und gemeinsam existieren. Diese besondere Eigenschaft erzeugt als innere Moral „Gnade und Giri“. Es gibt für die japanischen Menschen kein geschlossenes Moralverständnis auf der Grundlage von Religion und Gesamtpersönlichkeit. Alles wird von „Fall zu Fall“ entschieden. Dem Verhalten liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Pflicht besteht, „eine Wohltat zu vergelten“, dass man dem Tenno, dem Ehepartner, den Eltern, den Lehrern und allen anderen Dank schuldet. Es gilt, „Dank zu schulden und die Pflicht, eine Wohltat zu vergelten“. Der Erfüllung dieser Pflicht, liegen drei verschiedene Motivlagen zugrunde: Freiwilligkeit, gesellschaftlicher Zwang oder etwas in der Mitte von beidem. Unabhängig von diesem Entstehungsgrund kann man zwei Formen dieser Pflicht unterscheiden: eine Pflicht, die ein ganzes Leben lang besteht und eine andere, die nur so lange besteht, bis sie durch das Vergelten der Wohltat erfüllt ist. Die Pflicht gegenüber den Eltern gehört zu der ersten Form, die dem Ehepartner gegenüber zu der zweiten. Die zweite Form der Pflicht, das Zurückgeben des Dankes, nennen Japaner „Giri“ und halten die Erfüllung dieser Pflicht für sehr wichtig. Es wird in der japanischen Gesellschaft obligatorisch angesehen, ja als Grundlage der gesellschaftlichen Moral, dass diese „Giri“ strikt erfüllt wird. Stößt nun „Giri“ mit „Ninjo“ zusammen, so entsteht ein Konflikt, unter dem man leidet. Der Film „NINKYO“¹³ aus den sechziger Jahren ist eines der guten Beispiele für diese typische Situation in Japan. Er handelt von der Tragödie eines verliebten Paares, das Doppelselbstmord begeht, ausgelöst durch den

¹³ Die Filme NINKYO und YAKUZA (jap. Yakuza eiga) repräsentieren ein Genre des japanischen Films, in dem die Aktivitäten von Gangstern, die zu einer kriminellen Organisation (ähnlich der Mafia) gehören, behandelt werden. Insbesondere im Film NINKYO, einer Art YAKUZA Film, war in 60er Jahren ein kimono tragender Protagonist, Ken Takakura, jeweils als ehrbarer Gesetzloser dargestellt, hin und hergerissen zwischen den sich widersprechenden Werten von „Giri“ (Pflicht) und „Ninjo“ (persönliche Gefühle). Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Yakuza-Film> (3.3.2016).

Konflikt zwischen den Anforderungen der gesellschaftlichen Moral und ihrer Liebe zueinander.

Das Verhalten der Menschen in Japan beruht darauf, einen fairen Kompromiss zwischen Giri und Ninjo zu finden. Man könnte diesen kulturellen Unterschied wie folgt beschreiben: einerseits die Kultur in den westlichen Ländern, die das individuelle Schuldgefühl zum Handlungsmaßstab macht, andererseits die japanische Kultur, die anhand der gesellschaftlichen Moral abwägt, ob man der individuellen Pflicht treu sein kann, also ein Abwägen zwischen der individuellen „Schuld“ und der gesellschaftlichen „Schande“.

VI. Zusammenfassung

1. *Individualismus oder Handeln im Interesse der Gemeinschaft*

In dem Film *Millionen Dollar Baby* wird beschrieben, dass Maggies Selbstmord nicht im Interesse der Familie und auch nicht im Interesse des Boxstudios, sondern aus rein individuellem Interesse zur Wahrung der menschlichen Würde verübt wird. Unter den gegebenen Bedingungen will Meggie nicht mehr weiterleben.

Dagegen beschreibt Takasebune, dass der jüngere Bruder nicht in seinem eigenen Interesse, sondern im Interesse seines älteren Bruders Kisuke einen Selbstmordversuch begeht. Kisuke beteiligt sich an dem Handeln des jüngeren Bruders, weil er den Bruder von den Schmerzen befreien möchte. Die Beiden entscheiden sich sozusagen gemeinsam für den Tod des jüngeren Bruders. Dies ist ein Ausdruck der „Ninjo-Moral“ in Japan. Dennoch erfolgt eine Verurteilung. Dabei zeigen alle Beteiligten, der Richter ebenso wie Doushin, ihr Mitgefühl. Diesem Phänomen, dem Spannungsverhältnis zwischen „Giri“ (Pflicht) einerseits und „Ninjo“ (Mitgefühl) andererseits wird in Japan traditionell Rechnung getragen.

In dem Film „Tsui no Shintaku“ von Suoh wird ein Hauptdarsteller beschrieben, der unter einer schweren Krankheit leidet und sich im Interesse seiner Familie den eigenen Tod wünscht, damit seine Familie die Prämie aus der Lebensversicherung erhalten kann. Der Wunsch von Frau und Kind geht hingegen dahin, ihn von seinen Schmerzen zu befreien. Die Ärztin, die eine westliche Einstellung zu Leben und Tod hat, hält den Willen des Patienten für entscheidend. Die Überlegung, keine unverhältnismäßigen lebensverlängernden Maßnahmen zu ergreifen, stellt sie deshalb an, weil sie den „living will“ ihres Patienten (Patientenverfügung) zur Kenntnis erhalten hat. In dieser Konstellation spiegeln sich die Konflikte in Japan zwischen der traditionellen Denkweise, die die Interessen der Gemeinschaft in den Vordergrund stellt, und dem modernen, individuellen Denken über Leben und Tod wider.

2. *Der Gedanke des „Dazwischen“*

In Japan lässt sich eine sehr eigentümliche Mentalität feststellen, die „Ninjo“ heißt und die man am ehesten als „Mitgefühl“ übersetzen könnte. Diese Mentalität gerät in Konflikt mit den „Giri“ Normen, und es entsteht so ein Konflikt zwischen der „Welt des Seins“ und der „Welt des Sollens“. Wenn zum Beispiel ein Student sehr nett und freundlich ist, aber eine schlechte Klausur abgegeben hat, so müsste der Lehrer im Sinne von „Giri“ dem Studenten auch entsprechend schlechte Noten geben. Jedoch würde ihm der Lehrer im Sinne von „Ninjo“ doch eher die besten Noten geben. So entsteht aus Giri und Ninjo ein „Dazwischen - Gefühl“. Diese Beziehung kommt aus dem Konfuzianismus und geht auf den hermeneutischen Gedanken zurück, der hier „dazwischen“ genannt wird. Die meisten Japaner neigen in der Tat in solchen Situationen dazu, „ritualistische Problemlösungen“ auszuwählen. Viel seltener entscheiden Sie sich für eine von mehreren Alternativen.

3. Sterbehilfe „on the table“ und „under the table“

In Japan wird nicht nur passive, sondern aktive Sterbehilfe geleistet, ohne dass darüber gesprochen werden würde. Die meisten Fälle, in denen Ärzte aufgrund einer Einwilligung der Familie der Patienten Sterbehilfe leisten, werden als Dunkelziffer¹⁴ nicht registriert. Normalerweise ist kein Arzt gerne bereit, seinen Patienten aktive Sterbehilfe zu leisten. Selbst wenn die Familie des Patienten eine aktive Sterbehilfe fordert, belassen es die meisten Ärzte im Prinzip bei der passiven Sterbehilfe. Trotz der Einwilligung der Familie des Patienten in eine aktive Sterbehilfe zögern die Ärzte, eine solche durchzuführen. Ergänzend sei schließlich hinzugefügt, dass es keine klaren Richtlinien gibt, nach denen man eine aktive und eine passive Sterbehilfe unterscheiden könnte. Aus dieser Situation könnte man schließen, dass man in Japan über passive Sterbehilfe „on the table“ offen spricht und für Transparenz sorgt, dass sich dagegen Ärzte und Mitglieder der Familie des Patienten „unter dem Tisch“ über eine aktive Sterbehilfe einigen müssen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die meisten Fälle aktiver Sterbehilfe strafbar sind. Die Familie des Patienten ist ohnehin immer strafbar, wenn sie ohne ärztliche Hilfe handelt. Es ist leichter, dass ein *Kamel durch ein Nadelöhr geht*, als dass ein Arzt in Japan straflos aktive Sterbehilfe „on the table“ leisten könnte.¹⁵

¹⁴ Als Dunkelziffer (bzw. „Dunkelzahl“) wird in der Regel das *Verhältnis* zwischen der Zahl der statistisch ausgewiesenen und der wirklich begangenen Straftaten verstanden. Der Begriff stammt aus der Kriminalstatistik und wird heute auch in einem weiteren Sinne verwendet. Ursprünglich beruht er auf einer falschen Übersetzung des englischen Begriffs „dark number“ (Dunkelzahl) in einer deutschen Dissertation, die im Jahr 1908 von einem japanischen Staatsanwalt (S. Oba, Unverbesserliche Verbrecher und ihre Behandlung, Berlin 1908, S. 28.) angefertigt wurde. Der Begriff hat sich dennoch in der Folgezeit in der deutschsprachigen Forschung eingebürgert, auch wenn die Dunkelziffer keine Ziffer, sondern eine Zahl bezeichnet.

¹⁵ Das Gleichnis vom Kamel und vom Nadelöhr in drei synoptischen Evangelien : (1) „Eher geht ein Kamel durch ein Nadelöhr, als dass ein Reicher in das Reich Gottes gelangt.“– Markus 10, 25; (2) „Denn eher geht ein Kamel durch ein Nadelöhr, als dass ein Reicher in das Reich Gottes gelangt.“– Lukas 18, 25 und (3) „Nochmals sage ich euch: Eher geht ein Kamel durch ein Nadelöhr, als dass ein Reicher in das Reich Gottes gelangt.“– Matthäus 19,24.

Literaturverzeichnis:

- B. Ruth (Übersetzer Jobst-Mathias Spannagel), Chrysantheme und Schwert: Formen der japanischen Kultur, Berlin 1989.
- D. Albrecht, Die Rechtslage zur Sterbehilfe in Deutschland, in: Schreiber/Rosenau/Tadaki/Lilie (Hrsg.), Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik: Das Leben an seinem Anfang und an seinem Ende, Frankfurt a.M. 2007, S. 9ff..
- Das Geleitschiff Takasabune*, übersetzt von Kakuji Watanabe, in: Japanische Meister der Erzählung, Berlin 1960, S. 29ff..
- http://de.wikipedia.org/wiki/Mori_Ōgai (3.3.2016).
- <http://de.wikipedia.org/wiki/Mori-Ōgai-Gedenkstätte> (3.3.2016).
- <http://de.wikipedia.org/wiki/Yakuza-Film> (3.3.2016).
- M. Tadaki,, Zur Notwendigkeit und Zulässigkeit der Sterbehilfe in Japan, in: Schreiber u.a. (o. Fußn. 2), S. 211ff..
- M. Okaue, „Die Rechtslage zur Sterbehilfe in Japan“, in: Schreiber/Rosenau/Tadaki/Lilie (Hrsg.), Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik: Das Leben an seinem Anfang und an seinem Ende, Frankfurt a.M. 2007, S. 115ff..
- S. Oba, Unverbesserliche Verbrecher und ihre Behandlung, Berlin 1908, S. 28.

Die ärztliche Schweigepflicht und die Anzeigepflicht von Straftaten im türkischen Recht*

*Rahime ERBAŞ***

Medical Confidentiality and Mandatory Reporting Duty in Turkish Criminal Law

Abstract: Medical practitioners such as physicians, clinicians, midwives and nurses are obliged to immediately inform the authorities, when they, during performing medical practices, come across some sort of clues showing that a crime has been committed. This duty is stipulated in Art. 280 of Turkish Criminal Code in 2005. However, medical practitioners are ethically bound to confidentiality, which dates back to the Hippocratic Oath. While this essay focuses on the competing ideas between mandatory reporting law and medical confidentiality in respect to arguments which are developed in comparative law analysis, the central basis of this essay is to examine the elements of the crime type- not fulfilling the mandatory reporting- as it is stipulated in Art. 280.

Keywords: physician, crime, mandatory reporting law, confidentiality, Hippocratic Oath.

* Geliş Tarihi: 24.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

Diese Arbeit wurde als die Zusammenfassung von meiner Master- Thesis, welche ich im Jahr 2012 an der Universität İstanbul verteidigt habe, im deutsch- japanisch- türkisches Diskussionsseminar, Strafrecht AT – Auswirkungen im Medizinstrafrecht, im Jahr 2013 an der Justus-Liebig-Universität Gießen (JLU) präsentiert.

** *Ph.D. candidate, works as a research assistant at the University of Istanbul, Faculty of Law, The Chair of Criminal Law & Criminal Procedure Law, Turkey, rerb@istanbul.edu.tr*

Zusammenfassung: Die Angehörigen eines Heil- und Pflegeberufs bzw. Ärzte, Krankenschwestern, und Hebammen, die bei der medizinischen Untersuchung auf Spuren einer Straftat stoßen, sind dazu verpflichtet, die Straftat, anzuzeigen. Dieser Anzeigepflicht ist in Art. 280 tStGB geregelt. Jedoch, auf anderer Seite, sind sie verpflichtet Geheime, die sie von oder über ihre Patienten erfahren haben, zu bewahren wegen ethischen Anspruchs, der auch im hippokratischen Eid verankert ist. Dieses Werk zielt eine Analyse zum Spannungsfeld zwischen Anzeigepflicht und Schweigepflicht im Sinne von den Ansichten, die in der rechtsvergleichenden Arbeit gezogen sind. Jedoch, die Hauptziel dieses Werk liegt in den Straftatbestandsmerkmale des Straftat- *Nichtanzeige einer Straftat durch Angehörige von Heil- und Pflegeberufen*“, die die betroffene Regelung im türkischen Strafrecht sich in Art. 280 tStGB befindet.

Schlüsselwörter: Ärzte, Straftat, Anzeigepflicht, Schweigepflicht, der hippokratische Eid.

I. Einleitung

Die ärztliche Schweigepflicht existiert seit langer Zeit als ein ethischer Anspruch, der auch im hippokratischen Eid verankert ist. Im Laufe der Zeit ist sie zu einem ethischen Grundsatz des ärztlichen Berufs geworden. Heutzutage beinhaltet diese Pflicht nicht nur ethische Aspekte. Sie dient auch dem Schutz verschiedener Rechte, unter welchen das Recht auf Privatsphäre besonderen Vorrang genießt. Dieses wird durch die Verfassung, Strafrecht, Privat- und Verwaltungsrecht geschützt. Die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht verstößt gegen den Schutz der Privatsphäre und Intimbereiche des Lebens. Darüber hinaus ist die ärztliche Schweigepflicht in der Genfer Deklaration¹ und im Europäischen Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschen-

¹ Zu den Genfer Deklaration siehe *Weltärztebund/ World Medical Association, WMA, Handbuch der ärztlichen Ethik*, 2005, S. 41 ff., http://www.wma.net/en/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_german.pdf, zuletzt aufgerufen am 31.07.2013.

würde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin² verankert. In diesem Sinne haben auch Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (*EMRK*), der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gewährt, und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (*EGMR*) eine bedeutende Rolle, da sie den Umfang und die Grenzen des Schutzes der Privatsphäre festsetzen.

Allerdings ist die Schweigepflicht nicht absolut, da es auch Regelungen gibt, die Angehörige eines Heilberufs zur Anzeige bestimmter Vorgänge bei den Behörden verpflichten, weil die Angehörigen eines Heilberufs wegen ihres medizinischen Fachwissens vieles einfacher feststellen können. Dies gilt insbesondere für die Feststellung ansteckender Krankheiten. Gesetzliche Anzeigepflichten finden sich z. B. im allgemeinen Gesundheitsgesetz (*Umumi Hıfzıssihha Kanunu*) bei der Gefahr von Epidemien oder für Krankheiten mit besonders hoher Infektionsgefahr; beispielsweise, Cholera und Pest. Denn bei solchen Krankheiten liegt eine Gefährdung der Gesellschaft vor, die die öffentliche Gesundheit betrifft.

Es gibt jedoch auch Anzeigepflichten, mit denen gerade die Personen, in deren Privatsphäre durch die Verletzung der Schweigepflicht eingegriffen wird, geschützt werden sollen, so etwa die Pflicht zur Anzeige bei Hinweisen auf Kindesmissbrauch, Gewalt gegen ältere Menschen und häuslicher Gewalt. Im türkischen Recht ist eine solche Anzeigepflicht im Strafgesetz geregelt. Sie betrifft jedoch nicht nur den Schutz der jeweils behandelten Person, sondern jeden Hinweis auf eine Straftat, auch wenn es sich um eine Straftat handelt, welche die behandelte Person begangen hat. Die betroffene Regelung im türkischen Strafrecht befindet sich in Art. 280 tStGB. Die „Nichtanzeige einer Straftat durch Angehörige von Heil-

² Der Art. 10 mit dem Titel „Privatsphäre und Recht auf Auskunft“ des Überkommen lautet wie „1. Jeder hat das Recht auf Wahrung der Privatsphäre in Bezug auf Angaben über seine Gesundheit. 2. Jeder hat das Recht auf Auskunft in Bezug auf alle über seine Gesundheit gesammelten Angaben. Will jemand jedoch keine Kenntnis erhalten, so ist dieser Wunsch zu respektieren. 3. Die Rechtsordnung kann vorsehen, dass in Ausnahmefällen die Rechte nach Absatz 2 im Interesse des Patienten eingeschränkt werden können“ (Das Vertragsbüro des Europarats, <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/164.htm>, zuletzt aufgerufen am 31.07. 2013.)

und Pflegeberufen" gemäß Art. 280 tStGB ist eine Straftat, die sich im 2. Abschnitt, „Straftaten gegen die Rechtspflege“, des Vierten Teils des tStGB, „Straftaten gegen Nation und Staat“, befindet. Der Artikel lautet wie folgt:

„(1) Der Angehörige eines Heil- und Pflegeberufs, der bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf Spuren einer begangenen Straftat stößt und dennoch den zuständigen Behörden keine Meldung davon macht oder diese verzögert, wird mit bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft.

(2) Als Angehörige eines Heilberufs gelten Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, Krankenschwester oder sonstige Personen, die in Heil- und Pflegeberufen tätig sind“ .3

II. Argumente für und gegen die ärztliche Anzeigepflicht

Einerseits sind Ärzte verpflichtet Geheimnisse, die sie von oder über ihre Patienten erfahren haben, zu bewahren; andererseits sind sie verpflichtet Straftaten, auf die sie bei der Erfüllung ihrer ärztlichen Aufgaben stoßen, anzuzeigen. Dieser Widerspruch zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und der Pflicht Straftaten Anzuzeigen, wird in der Lehre streitig diskutiert. Manche Autoren halten eine Anzeigepflicht für angemessen und zulässig, manche Autoren sind gegen eine Anzeigepflicht. Einige vertreten, dass die Anzeigepflicht in jedem konkreten Fall gesondert zu bewerten ist. Im Folgenden werden die gegensätzlichen Meinungen in dieser Frage dargestellt.

A. Argumente für die ärztliche Anzeigepflicht

Die Ansichten, die die ärztliche Anzeigepflicht von Straftaten befürworten, argumentieren zunächst damit, dass in einem Rechtsstaat nur die Angelegenheiten, die nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen

³ Übersetzung nach Silvia Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch, Freiburg 2008, Art. 280, S. 178.

als ein rechtlicher Wert geschützt werden sollen⁴. Die Anhänger dieser Auffassung betonen außerdem dass jeder das Recht hat, friedlich in der Gesellschaft zu leben⁵. Der Schutz des gesellschaftlichen Friedens ist eine staatliche Aufgabe, zu deren effektiveren und leichteren Durchführung die Anzeige der Straftat durch den Arzt dient. Die Anzeigepflicht dient also der schnelleren Wiederherstellung des gesellschaftlichen Friedens. In Verbindung mit diesem Argument wird darauf hingewiesen, dass der Staat sich das Recht der Bestrafung vorbehält. Deswegen hat also jede einzelne Person das Recht, vom Staat zu verlangen, dass Straftäter bestraft werden. Die Anzeige einer Straftat an die zuständigen Behörden stellt deshalb auch die Ausübung eines Rechts dar⁶. Das Recht des Bürgers auf Anzeige einer Straftat und damit auf das Verlangen der Verfolgung der Straftat durch den Staat, bedeutet auf der anderen Seite die Pflicht des Staates zur Bekämpfung der Kriminalität und der Straftaten⁷.

Eine besondere Bedeutung bekommt diese staatliche Pflicht zur Verfolgung von Straftaten, wenn es um Bereiche geht, in denen die Opfer sich nur schwer wehren können bzw. Schwierigkeiten haben, die staatliche Unterstützung einzufordern. Die hohe Dunkelziffer bei Delikten des Kindesmissbrauchs, der Gewalt gegen ältere Menschen und der häuslichen Gewalt gegen Frauen machen deutlich, dass hier die Sicherung der Strafverfolgung und damit auch des Schutzes dieser Gruppen besondere Anstrengungen erfordert⁸. Zum Beispiel kann ein Kind, das

⁴ İlhan Üzülmöz, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280), in V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, S. 844.

⁵ Üzülmöz (Fn. 4), S.837; Dieses Argument ist in der Begründung zu Art. 278 tStGB, der jeden verpflichtet eine Straftat anzuzeigen, wenn sie gerade begangen wird oder es noch möglich ist, Folgen der Straftat zu verhindern. Ausgenommen von dieser strafbewehrten allgemeinen Anzeigepflicht sind Personen, die berechtigt sind, das Zeugnis zu verweigern.

⁶ Üzülmöz (Fn. 4), S. 824.

⁷ İzzet Özgenç, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları, SD Dezember- Januar- Februar 2007-2008, Heft 5, S. 86; Özlem Yenerer Çakmut, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, in Mehmet Somer'e Armağan, Ankara 2008, S. 1054.

⁸ Füsün Sokullu-Akıncı, Viktimoloji (Mağdurbilim), 2. Aufl., İstanbul, Beta, 2008, S. 102-103.

sexuell missbraucht wurde, dies oft nicht richtig erfassen. Es hat auch oft besondere Ängste davor, diese Tat seinen Eltern oder anderen Personen mitzuteilen.

Der Anstieg der älteren Bevölkerung in der (heutigen) modernen Gesellschaft aus ökonomischen, sozialen und kulturellen Gründen, führt auch zu einem zahlenmäßigen Anstieg der Gewalt gegen ältere Menschen⁹. Alte Menschen können sich gegen einen Angriff aufgrund ihrer geringeren körperlichen Kräfte nicht oder sehr viel schwerer wehren¹⁰. In diesem Zusammenhang ist auch die häusliche Gewalt gegen Frauen besonders wichtig. Diese wird heute nicht mehr als eine familieninterne Angelegenheit, sondern als ein gesellschaftliches Problem betrachtet. Diese Gewalt, die bis hin zu tödlichen Verletzungen, und sogar bis hin zu Ehrenmorden reichen kann, erfordert effektive staatliche Maßnahmen. Die Pflicht, bei Hinweisen auf derartige Straftaten Anzeige erstatten zu müssen, wird als wichtiges Hilfsmittel zur Bekämpfung dieser Gewaltdelikte betrachtet¹¹.

Die Pflicht von Ärzten zur Anzeige von Straftaten gilt auch als Hilfsmittel zur *Verhütung der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung*. Dieses Argument ist vor allem deshalb besonders wichtig, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zahlreiche Urteile gefällt hat, mit denen die Türkei wegen Verstoßes gegen Art. 3 und das Verbot der Folter verurteilt wurde¹². In vielen Fällen, die vor dem EGMR verhandelt wurden, wurde behauptet, dass Verdächtige

⁹ *Sokullu-Akıncı* (Fn. 8), S.105; Im Aufschwung befindet sich, aufgrund der Zunahme von Straftaten gegen die ältere Generation, dass so genannte „*Rechte der Älteren*“ in Bewegung gesetzt. Dazu siehe *Fusun Sokullu-Akıncı*, *Mağdur Tipolojisi Bağlamında Yaşlı İstismarı Mağdurları*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, Prof. Dr. Doğan Soyaslan'a Armağan, Band 8, Heft 2, S. 2 ff.

¹⁰ Es gibt das Phänomen „*der Angst vor Kriminalität*“ bei alten Menschen. Dazu siehe *Sokullu-Akıncı*, (Fn. 8), S.104-105.

¹¹ *Sokullu-Akıncı* (Fn. 8), S.103.

¹² 10 % Prozent der Anzahl der Verurteilungen der Türkei ergingen wegen einer Verletzung des Art. 3 der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Siehe dazu *ECHR*, Overview 1959-2011, www.echr.coe.int, zuletzt aufgerufen am 29.07.2013.

nach ihrer Festnahme verletzt und ihre Gesundheit geschädigt wurde¹³. Hier kann nur ein Arzt entscheiden, ob die Gesundheit des Verdächtigen in der Haft beschädigt wurde oder nicht¹⁴. Deshalb hat die Pflicht des Arztes zur Anzeige bei der Verhütung der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung eine große Bedeutung. Heute ist eine Gesundheitskontrolle durch einen Arzt nach der Festnahme oder bei Überstellungen obligatorisch¹⁵. Ein anderes wichtiges Argument für die ärztliche Anzeigepflicht ist die Verhütung der Straftaten, die im Rahmen *terroristischer Aktivitäten* begangen werden¹⁶. Mitglieder einer terroristischen Vereinigung, die gegen die Sicherheitskräfte des Staats kämpfen, suchen z. B. einen Arzt für eine Behandlung auf, um feststellen zu lassen, ob sie für die Begehung von Straftaten *tauglich* sind. Dass ein Arzt verpflichtet ist, Hinweise auf eine begangene Straftat den zuständigen Behörden anzuzeigen, kann die Mitglieder der Vereinigung von dem Arztbesuch abhalten¹⁷.

B. Argumente gegen die Ärztliche Anzeigepflicht

Die Beziehung zwischen Arzt und Patient beruht auf Vertrauen. Aufgrund dieses Vertrauens willigen die Patienten in die Behandlung durch den Arzt ein. Das Verhalten des Arztes gegenüber den Patienten

¹³ Zu diesen Urteile siehe *Mehmet Semih Gemalmaz*, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi*, 1. Aufl., Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2006, S. 358 ff.

¹⁴ Das Verhalten der Ärzte in der Türkei in Fällen der Folter wurde von einer internationalen ärztlichen Verneinung für Menschenrechte, *Physicians for Human Rights*, untersucht wozu sie auch mehrere Recherchen in der Türkei durchgeführt hat. Dazu siehe *Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TİHV)*, 1996 tarihli Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, September 1998, S. 306 ff, http://www.tihv.org.tr/dosya_arsiv/07cbef725545c4a4287877d632c7531d.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.07. 2013.

¹⁵ Art. 99 tStPO, Gesetz Nr. 5271 vom 4.12.2004 und Art. 9 der Verordnung über Festnahme, Polizeihaft und Vernehmung, Verordnung Nr. 25832 vom 1.6.2005.

¹⁶ *Üzülmez* (Fn. 4), S. 844.

¹⁷ *Rede von Adem Sözüer in der Justizkommission des Parlaments, Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları (TBMM)*, in *Niyazi Güney/ Kenan Özdemir/ Yusuf Solmaz Balo*, *Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Adil Yayınevi, 2004, S. 796-797.

beruht auf den Grundsätzen ärztlicher Ethik¹⁸. *Beauchamp* und *Childress* haben diese Grundsätze formuliert, die heute als Klassiker der ärztlichen Ethik gelten: Der Arzt hat sein Handeln auf das Wohlergehen des Menschen auszurichten, er darf dem Menschen nicht schaden und muss das Recht des Patienten auf Selbstbestimmung (Patientenautonomie) achten¹⁹. Diesen Prinzipien dient die Schweigepflicht des Arztes, der Vertrauliches, das er über oder von den Patienten erfahren hat, nicht offenbaren soll. Zeigt der Arzt bei Hinweisen auf Straftaten, auf die er bei der Erfüllung seiner ärztlichen Aufgaben gestoßen ist, diese an, kann dies dem Patienten schaden oder auch die Autonomie des Patienten verletzen²⁰. In diesem Sinne behaupten manche, dass die Anzeige das Recht auf Privatsphäre verletze. Ausdruck dessen sind die Straftaten nach den Art. 134, 135 und 136, mit welchen die unbefugte Mitteilung personenbezogener Daten und die Verletzung der Privatsphäre unter Strafe gestellt wird sowie das in Art. 46 tStPO geregelte Zeugnisverweigerungsrecht.

Doch das steht in Widerspruch zur strafbewehrten Anzeigepflicht nach Art. 280 tStGB. Damit hat der Gesetzgeber eine Pflichtenkollision verursacht²¹. Inwieweit trotz eines bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts eine Anzeigepflicht besteht, ist in der Lehre sehr streitig. Darauf wird unten in dem Abschnitt zur Rechtswidrigkeit eingegangen.

Dass die ärztliche Anzeigepflicht dabei auch Straftaten umfasst, deren Verfolgung einen Strafantrag voraussetzt, wird kritisiert, weil dies dem Zweck der Bedingung für die Strafverfolgung widerspreche²². Wenn z. B. eine 17 Jährige Frau, die schwanger ist, zum Arzt geht, ist der Arzt verpflichtet, dies den zuständigen Behörden anzuzeigen, da Ge-

¹⁸ *Sevtap Metin*, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, 1. Aufl., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, S. 3.

¹⁹ Zu diesen Prinzipien siehe *Tom L. Beauchamp/ James F. Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*. 6. Aufl., Oxford University Press, 2009, S.99 ff; *Metin* (Fn. 18), S. 112.

²⁰ *Michael A. Rodríguez/ Elizabeth McLoughlin/ Gregory Nah/ Jacquelyn C. Campbell*, *Mandatory Reporting of Domestic Violence Injuries to the Police: What Do Emergency Department Patients Think?*, *JAMA* 1 August 2001, Band 286, Heft 5, S. 580, <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=194050>, zuletzt aufgerufen am 15.07. 2015.

²¹ *Hakan Hakeri*, *Tıp Hukuku*, 4. Aufl., Seçkin Yayıncılık, 2012, S. 49.

²² *Üzülmez* (Fn. 4), S. 830- 832.

schlechtsverkehr mit einer Minderjährigen zwischen 15 und 18 Jahren nach Art. 104 tStGB eine Straftat darstellt. Diese Anzeigepflicht besteht unabhängig davon, dass die Straftat des Geschlechtsverkehrs mit einer Person zwischen 15 und 18 einen Strafantrag erfordert und auch dann, wenn die Frau, welche der Arzt behandelt hat, keinen Strafantrag gestellt hat²³. Kritisiert wird, dass der Gesetzgeber keinen Unterschied zwischen Antrags- und Officialstraftaten gemacht hat. Begründet wurde dies in der Gesetzgebung damit, dass es nicht Sache des Arztes sei, sich darum zu sorgen, welche Straftat ein Antrags- oder ein Officialdelikt ist²⁴. Gegen die gesetzliche Begründung wird jedoch vorgebracht, dass die Anzeige von Straftaten für einen Arzt eine weitere zusätzliche Aufgabe neben den ärztlichen Aufgaben bedeutet. Wenn ein Arzt auf eine Straftat stößt, soll er sich darauf konzentrieren den Patienten noch besser und vorsichtiger zu untersuchen und einen entsprechenden Bericht zu erstellen²⁵.

Ein wichtiges anderes Argument gegen die ärztliche Anzeigepflicht betrifft die Auswirkungen der Anzeige auf das Opfer und den Täter. Verletzte weigern sich eventuell, einen Arzt aufzusuchen, um zu verhindern, dass eine Straftat aufgedeckt wird. Eine vergewaltigte Frau kann Angst davor haben, dass ihre Familie oder ihre Beziehung unter einem Verfahren leidet. Die Opfer können also Angst haben, erneut Opfer zu sein²⁶. Denn die Täter könnten etwa aus Gefühlen der Rache erneut gegen die Opfer vorgehen²⁷. In diesen Fällen kommt eine Gefährdung oder Verletzung des Rechts auf Leben oder körperliche Unversehrtheit

²³ *Hakeri* (Fn. 21), S. 525.

²⁴ *Üzülmez* (Fn. 4), S. 830- 832.

²⁵ *Stephanie A. Wolfson*, Screening or Violence and Abuse Through the Lens of Medical Ethics, *DePaul J. Health Care L.* 2007-2008, Band 11, Heft 1, S. 12, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/dephcl11&div=4&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=Wolfson,%20Stephanie%20A.&type=matchall, zuletzt aufgerufen am 14. 07. 2014.

²⁶ Siehe dazu *Ariella Hyman/Ronald A. Chez*, Mandatory Reporting of Domestic Violence by Health Care Providers: A Policy Paper, *Women's Health Issues* Winter 1995, Band 5, Heft 4, S. 210- 211, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S104938679500050X#>, zuletzt aufgerufen am 15. 12. 2014.

²⁷ *Wolfson* (Fn. 25), S. 9.

in Betracht²⁸. Die Patienten könnten besorgt sein, dass sie durch die Anzeige des Arztes in ihren Rechten verletzt würden. Sie könnten sich deshalb weigern, dem Arzt den Grund ihrer Krankheit oder Verletzung mitzuteilen. Ein weiteres Argument ist, dass der Verletzte ganz auf eine Behandlung verzichtet, weil er eine Strafverfolgung befürchtet.

III. Die Straftat der Nichtanzeige einer Straftat durch Angehörige der Heil- und Pflegeberufe nach Art. 280 tStGB

A. Rechtsgut

Zunächst ist zu klären, welches Rechtsgut durch die in Art. 280 tStGB geschützt wird. Einen Hinweis darauf gibt die Einordnung der Vorschrift im türkischen Strafgesetzbuch, denn die Straftaten werden nach Rechtsgütern eingeteilt. Die Straftat wird im 2. Abschnitt des Vierten Teil des tStGB, „*Straftaten gegen die Rechtspflege*“, geregelt. Deswegen ist mit dieser Straftat die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Rechtsgut geschützt²⁹. Die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Staates ist nur möglich, wenn die Rechtspflege von den Straftaten und den Tätern Kenntnis hat³⁰.

²⁸ Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, S. 77; Hakeri (Fn. 21), S. 523- 528.

²⁹ Hakeri (Fn. 21), S.795; vgl. auch Ayşe Nuhoğlu, Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m.280), in Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, S.18; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Aufl., Savaş Yayınevi, Ankara 2010, S.323; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Aufl., Turhan Yayınevi, Ankara 2012, S.1030; nach anderer Ansicht wird mit dieser Straftat das Recht auf ein faires Verfahren als Rechtsgut geschützt. Siehe dazu Yener Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, in ROCHE Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, S. 138, Fn: 80; Dazu also siehe Yener Ünver, Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar (TCK. m. 267- 298), 3. Aufl., Seçkin Yayıncılık, 2012, S. 326; Für die Meinungen über Rechtsgut, der mit dieser Straftat geschützt wird Siehe Rahime Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, S.124 ff.

³⁰ Üzülmez (Fn. 4), S.827.

B. Objektiver Tatbestand

1. Voraussetzungen für das Entstehen einer Anzeigepflicht

Der objektive Tatbestand des Art. 280 erfordert zunächst, dass der Angehörige eines Heil- und Pflegeberufs eine Spur- einen Hinweis auf eine begangenen Straftat- bemerkt³¹. Eine **Spur** ist etwas, das ermöglicht ein Ereignis oder einen Zustand zu erkennen³². Die Spur kann als ein Indiz dienen, aus dem man Rückschlüsse auf eine Tat ziehen kann³³. Die Angehörigen eines Heil- und Pflegeberufs können auf eine solche Spur sowohl beim Opfer als auch beim Täter stoßen³⁴. Die Beurteilung der Spur und die möglichen Rückschlüsse auf eine Straftat haben durch den Arzt zu erfolgen, der auf die Spur aufmerksam geworden ist. Hierbei gibt es ein ärztliches Ermessen. Zu berücksichtigen ist aber, dass die ärztliche Beurteilung sich von der juristischen Begutachtung unterscheidet³⁵.

Es gibt bestimmte Anforderungen an die Straftat, auf welche die Spur hindeutet und die den Arzt zur Anzeige verpflichtet. Diese Straftaten sind bereits begangene Straftaten, auf deren Spuren der Arzt während **der Erfüllung der ärztlichen Aufgaben stößt**³⁶. Das Erfüllen der ärztlichen Verpflichtungen ist mit der Ausübung der vorgeschriebenen gesundheitlichen Aufgaben gleichgesetzt. Angehörige eines Heil- und Pflegeberufs sind daher nicht verpflichtet, die Straftaten, auf die sie außerhalb ihrer ärztlichen Tätigkeit stoßen, anzuzeigen³⁷. Der Arzt ist zum Beispiel nicht zur Anzeige verpflichtet, wenn er auf die Spur einer Straftat

³¹ Üzülmöz (Fn. 4), S. 830- 832.

³² *Türk Dil Kurumu*, Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>, zuletzt aufgerufen am 09.07.2013.

³³ Aus diesem Grund ist die Spur als ein Beweis, der sprachlos ist, ausgewertet. Dazu siehe Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku*, Band I, 4. Aufl., Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, S. 767.

³⁴ Özgenç (Fn. 7), S.86.

³⁵ Hakeri (Fn. 21), S. 798.

³⁶ Hakeri (Fn. 21), S. 796; Üzülmöz (Fn. 4), S.828; vgl. dazu Nuhoğlu (Fn. 29), S. 22.

³⁷ Dazu Nuhoğlu (Fn. 29), S.22; Çakmut (Fn. 7), S. 1053.

stößt, während er einen Nachbarn im angrenzenden Haus behandelt³⁸. Unberührt hiervon bleiben natürlich Anzeigepflichten, die nach Art. 278 tStGB jeden Bürger bei Straftaten betreffen, werden die gerade begangen werden oder wurden bzw. deren Folgen noch verhindert können.

Die zweite Voraussetzung der Anzeigepflicht ist, dass die Straftat **bereits begangen** sein muss. Dabei bezeichnet die Formulierung „auf Spuren einer begangenen Straftat“ die Anzeigepflicht für eine Tat, die zwar schon begangen wurde aber noch nicht vollendet sein muss³⁹. Schließlich begründet auch eine Tat, die ein tauglicher Versuch ist, eine Anzeigepflicht.⁴⁰ Auch bleibt die Anzeigepflicht noch nach dem Rücktritt des Täters bestehen. Eine allgemeine Verpflichtung, geplante Delikte anzuzeigen oder zu verhindern, besteht dagegen nicht. Die Anzeigepflicht gründet allein auf der Kenntnis von der begangenen Tat. In diesem Zusammenhang ist eine Kenntnis von der Person des Täters nicht erforderlich.

2. Tathandlung

Tathandlung ist das Unterlassen der Anzeige bei den zuständigen Behörden oder die Verzögerung der Anzeige. Der Tatbestand des Art. 280 ist verwirklicht, wenn Angehörige eines Heil- und Pflegeberufs bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auf Spuren einer begangenen Straftat stoßen und den zuständigen Behörden keine Meldung davon machen oder diese Meldung verzögern. Es handelt sich bei der Nichtanzeige und dem Verzögern der Anzeige um zwei Varianten der Tat. Die Anzeige muss rechtzeitig erfolgen. Wenn die Anzeige nicht rechtzeitig erstattet wird, bleibt sie bedeutungslos und ist nicht geeignet, die Verwirklichung der Aufgaben der Strafrechtspflege zu fördern. Deswegen ist das Verzögern als eine der Tatvarianten vorgesehen.

³⁸ Zu diesem Beispiel siehe *Erbaş* (Fn. 29), S. 131.

³⁹ *Hakeri* (Fn. 21), S. 799.

⁴⁰ Im türkischen Recht ist der Versuch jeder Straftat strafbar, soweit dies nicht der Charakter der Straftat selbst ausschließt. Allerdings ist nur der taugliche Versuch strafbar.

Das Problem liegt jedoch darin, was unter dem Verzögern zu verstehen ist. In der Doktrin wird das Verzögern als einer der Fälle gesehen, in denen die pflichtwidrige Nichtanzeige zu Rechtsfolgen führt oder eine Anzeige aufgrund der Verzögerung keinen Sinn mehr macht, weil etwa die Straftat schon aufgeklärt ist oder nicht mehr aufgeklärt werden kann⁴¹. Der Straftatbestand der Nichtanzeige ist ein echtes Unterlassungsdelikt⁴², weil Kern des Tatbestandes der Straftat ein Handlungsgebot nämlich die Meldepflicht ist⁴³. Diese Straftat ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Es kommt nicht darauf an, ob durch die Tat eine konkrete Gefahr geschaffen wurde⁴⁴. Gemäß Art. 158 tStPO gelten als zuständige Behörden zur Entgegennahme einer Strafanzeige die Staatsanwaltschaft, die Polizei, die obersten Beamten eines Landkreises, die Gerichte, Botschaften und Konsulate der Türkei.

3. Täter

Die Vorschrift des Art. 280 tStGB ist ein echtes Sonderdelikt. Täter kann nur Angehöriger eines Heil- und Pflegeberufs sein⁴⁵. Was unter Angehörigen eines Heil- und Pflegeberufs verstanden wird, ist in Art. 280 Abs. 2 tStGB definiert. Gemäß Art. 280 Abs. 2 tStGB gelten als Angehörige eines Heilberufs Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, Krankenschwester oder sonstige Personen, die in Heil- und Pflegeberufen tätig sind. Die Aufzählung in Artikel 280 tStGB ist nicht abschließend, vorausgesetzt wird, dass nur die betreffenden Personen den Heil- oder Pflegeberuf ausüben.

Eine der wichtigsten Fragen, die die Täterschaft nach Art. 280 tStGB betrifft, ist, ob Angehörige eines Heilberufs zur Anzeige von Straftaten

⁴¹ Siehe dazu *Nuhoğlu* (Fn. 29), S. 24.

⁴² *Üzülmez* (Fn. 4), S.827; *Erbaş* (Fn. 29), S. 142 ff.

⁴³ *Hakan Hakeri*, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suç Çeşitleri*, 1. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, S.107-108.

⁴⁴ *Ünver* (Fn. 29), S.281.

⁴⁵ *Çakmut* (Fn. 7), S. 1052; *Nuhoğlu* (Fn. 29), S. 19; *Hakeri* (Fn. 21), S. 795; *Ünver* (Fn. 29), S. 327; *Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok*, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, S. 972.

verpflichtet sind, die von ihnen selbst begangen wurden. Art. 280 macht keine näheren Angaben und Differenzierungen zur Person des Täters. Der Wortlaut des Art. 280, „*bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf Spuren einer begangenen Straftat stoßen*“, muss aber so ausgelegt werden, dass er die Anzeigepflicht für die Straftaten bezeichnet, die von Dritten begangen wurden. Dies ergibt sich auch aus dem „*nemo tenetur*“- Grundsatz, wonach niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten und anzuzeigen, der in der Türkei als Verfassungsgrundsatz in Art. 38 Abs. 5 verankert ist und deshalb zwingend bei der Auslegung dieser Vorschrift zu beachten ist⁴⁶.

Eine andere wichtige Frage bei der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale ist die Situation, in der mehrere Personen zur Anzeige verpflichtet sind. Hierbei stellt sich die Frage, ob die Anzeige des einen Anzeigepflichtigen die Anzeigepflicht der anderen ausschließt. Hierzu gibt es verschiedene Meinungen. Während nach einer Meinung die Anzeige der anderen ausgeschlossen wird, verneint eine andere Ansicht den Ausschluss der Anzeigepflicht der anderen mit der Begründung, dass die Pflicht jeden einzelnen persönlich trifft⁴⁷. Letztlich überzeugt die erstere Ansicht, dass die Anzeigepflicht des einen die Pflicht der anderen ausschließt, weil es nicht das Ziel des Gesetzgebers war, Raum für neue Straftaten zu schaffen⁴⁸.

4. Opfer (Betroffenen)

Der Opferkreis des Art. 280 tStGB ist nicht beschränkt. Die durch Art. 280 tStGB geschützten Rechtsgüter sind die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege und die rechtlichen Interessen des Staates und der ganzen Gesellschaft. Deswegen ist Opfer dieser Straftat jeder, der das Recht hat, in der Gesellschaft auf Grundlage des Friedens zu leben⁴⁹.

⁴⁶ ausführlich dazu: *Erbaş* (Fn. 29), S. 162 ff.

⁴⁷ *Faruk Erem*, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Band III, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, S.2582; *Ünver* (Fn. 29), S. 339- 340.

⁴⁸ *Hakeri* (Fn. 21), S. 800.

⁴⁹ *Üzülmez* (Fn. 4), S. 837.

C. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des Art. 280 Abs. 1 erfordert vorsätzliches Handeln. Der Täter muss wissen, dass die Spur, auf die er stößt, eine begangene Straftat betrifft. Der Vorsatz hat auch die Rechtzeitigkeit der Anzeige zu umfassen. Darüber, ob bei Art. 280 tStPO auch ein bedingter Vorsatz ausreichend ist oder nicht, wird wiederum gestritten⁵⁰. Nach einer Meinung kann die Straftat nur mit *dolus directus* Vorsatz verwirklicht werden⁵¹. Nach anderer Meinung stellt Art. 280 tStGB auch eine bedingte vorsätzliche Begehung (*dolus eventualis*) unter Strafe. Demzufolge muss der Täter es wenigstens für möglich halten, dass eine Spur einer Straftat besteht⁵². Wenn der Täter sich über die Spur oder den Zeitpunkt der rechtzeitigen Anzeigeerstattung irrt, so liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nach Art. 30 tStGB vor. Ein Irrtum über das Bestehen der Anzeigepflicht dagegen ist ein Verbotsirrtum⁵³.

D. Rechtswidrigkeit

In der Rechtswidrigkeit liegen hier besondere Schwierigkeiten. Eine wichtige Frage betrifft die Schweigepflicht und die Straftat der Verletzung der Vertraulichkeit des Privatlebens und des Intimbereichs im Hinblick auf die Wirkung des Art. 280 tStGB (1.). Ein weiteres wichtiges Thema ist die Frage, wie sich die Strafbarkeit der Nichtanzeige mit der Ausübung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit (2.) und Zeugnisverweigerung (3.) verträgt.

1. Die ärztliche Schweigepflicht im Zusammenhang mit Art. 280 tStGB

Die Strafbarkeit der Anzeigepflicht ist in Bezug auf die Schweigepflicht sehr strittig. Die Anzeige einer Straftat aufgrund von Hinweisen,

⁵⁰ ausführlich dazu: Erbaş (Fn. 29), S. 132.

⁵¹ Özgenç (Fn. 7), S. 86.

⁵² Ünver (Fn. 29), S.332; Tezcan et. al. (Fn. 45), S. 974.

⁵³ dazu: Erbaş (Fn. 29), S. 155.

die während der ärztlichen Behandlung auftauchen, kann zugleich eine Verletzung der Vertraulichkeit des Privatlebens darstellen. Die Verletzung der Vertraulichkeit des Privatlebens stellt nach Art. 134 eine Straftat dar. Zu dem vertraulichen Bereich des Privatlebens gehören sicherlich Bereiche wie Krankheit, Verletzungen und Ähnliches. Erfolgt diese Verletzung durch eine Anzeige einer Straftat, auf die ein Arzt bei seiner ärztlichen Tätigkeit gestoßen ist, so erfolgt dies in Ausübung einer Anzeigepflicht, die ihm Art. 280 auferlegt. Diese Handlung erfolgte also in Ausführung einer gesetzlichen Vorschrift. Die Ausführung einer gesetzlichen Vorschrift ist im türkischen Recht ein Rechtfertigungsgrund der in Art. 24 Abs. 1 tStGB geregelt ist. Stellt die Anzeige durch einen Arzt oder anderen Angehörigen eines Heil- oder Pflegeberufes also eine Verletzung des Privatlebens dar, so greift der Rechtfertigungsgrund des Art. 24. Demzufolge ist die Anzeige durch Angehörige von Heil- und Pflegeberufen bei den zuständigen Behörden auch bei Verletzung der Vertraulichkeit des Privatlebens nach Art. 134 nicht rechtswidrig⁵⁴. Umgekehrt kann die Nichterfüllung der Anzeigepflicht deshalb nicht damit begründet werden, dass rechtswidrige Eingriffe in das Privatleben verhindert werden sollten.

2. Der „nemo tenetur“- Grundsatz

Gemäß Art. 38 Abs. 5 der türkischen Verfassung „darf niemand gezwungen werden auszusagen oder Beweis anzutreten, wenn er dadurch sich selbst oder im Gesetz bestimmte Angehörige belastet“⁵⁵. Demzufolge besteht bei Angehörigen von Heil- und Pflegeberufen keine Anzeigepflicht, wenn sie sich dadurch selbst oder ihre im Gesetz bestimmten Angehörigen belasten würden. So ist ein Arzt zum Beispiel nicht zur Anzeige verpflichtet, wenn er auf die Spur einer Straftat stößt, die von seinem Sohn begangen wurde.

⁵⁴ ausführlich dazu: *Erbaş* (Fn. 29), S. 158.

⁵⁵ Übersetzung nach *Christian Rumpf*, Die Verfassung der Republik der Türkei (Übersetzung) <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/verfassung.pdf>, zuletzt aufgerufen am 11.07.2013, Art. 38 Abs. 5.

In der türkischen Lehre scheiden sich die Meinungen über die Rechtsfolge des „*nemo tenetur*“-Grundsatzes. Nach einer Meinung handelt es sich um einen Entschuldigungsgrund, da es als für den Anzeigepflichtigen unzumutbar angesehen wird, sich selbst oder Angehörige zu belasten⁵⁶. Nach anderer Auffassung handelt es sich um einen persönlichen Strafausschließungsgrund, weil er in der Person des Täters liegt, schon zur Tatzeit bestand und so zur persönlichen Straflosigkeit des Täters führt⁵⁷. Nach einer weiteren Ansicht, der ich mich anschließe, stellt der „*nemo tenetur*“-Grundsatz einen Rechtfertigungsgrund dar, weil er in Art. 38 Abs. 5 der türkischen Verfassung geregelt ist, handelt es sich um eine Form der Ausübung eines Rechts. Als Ausübung eines Rechts ist er ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 24 Abs. 1 tStGB, denn gem. Art. 24 Abs. 1 wird nicht bestraft, wer sein Recht ausübt.

3. Das Zeugnisverweigerungsrecht

Gemäß Art. 46 Abs. 1 tStPO können Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, Krankenschwestern oder ihre Hilfskräfte aus beruflichen Gründen bzw. aufgrund ihrer dauerhaften Beschäftigung in bestimmten Bereichen das Zeugnis verweigern. Das Zeugnis aus beruflichen Gründen zu verweigern ist ein Recht, zu dessen Ausübung die Angehörigen dieser Berufe oder in diesem Bereich Beschäftigten befugt sind. Insofern ist es auch als ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der Ausübung eines Rechts nach Art. 24 Abs. 1 tStGB zu verstehen.

Das Verhältnis zwischen dem Zeugnisverweigerungsrecht und Art. 280 tStGB wird unterschiedlich bewertet⁵⁸. Während nach einer Meinung das Zeugnisverweigerungsrecht auf der ärztlichen Schweigepflicht beruht und damit inhaltlich der Anzeigepflicht widerspricht⁵⁹, verneint eine andere Ansicht den Widerspruch zwischen den beiden Pflichten

⁵⁶ Üzülmöz (Fn. 4), S. 839.

⁵⁷ Mustafa Ruhan Erdem, Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278), Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi 2009, Heft 80, S.109.

⁵⁸ ausführlich dazu: Erbaş (Fn. 29), S.166 ff.

⁵⁹ Çakmut (Fn. 7), S. 1060; Hakeri, (Fn. 21), S.794.

mit der Begründung, dass die Zeugnisverweigerung gemäß StPO erst nach der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder während der Durchführung des Hauptverfahrens möglich sei⁶⁰.

Die zweite Ansicht bewertet das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 46 Abs. 1 tStPO) und die Anzeigepflicht (Art. 280 tStGB) als unabhängig voneinander bestehend. So könnten Angehörige von Heil- und Pflegeberufen, welche ihre Anzeigepflicht erfüllt haben, das Zeugnis verweigern⁶¹. In ähnlicher Weise argumentiert eine dritte Ansicht, dass die Gegenstände des Zeugnisverweigerungsrechts (Art. 46 Abs. 1 tStPO) und der Anzeigepflicht (Art. 280 tStGB) unterschiedlich seien⁶². Man kann sich fragen, ob eine Anzeige durch den Arzt sinnvoll ist wenn er anschließend von seinem Zeugnisverweigerungsrecht gebraucht macht.

Die Sinnhaftigkeit liegt aber darin, dass allein die Anzeige auf Grund der Beweislage auch ohne Aussage des Arztes zu Überführung des Täters führen kann. Nach einer weiteren, vierten, Auffassung sollen Art. 280 tStGB und Art. 46 Abs. 1 tStPO gemeinsam bewertet werden. Wenn das Zeugnisverweigerungsrecht besteht, kann keine Anzeigepflicht bestehen. Deswegen ist das Zeugnisverweigerungsrecht auch ein Rechtfertigungsgrund im Hinblick darauf, dass die betreffende Person ihr Recht ausübt nach Art. 24 Abs. 1 tStGB. Das bedeutet, dass die Angehörigen der Heil- und Pflegeberufe immer dann, wenn sie in ihrer Funktion als Arzt etc. etwas erfahren, keine Anzeige erstatten müssen - also in allen Fällen. Nach der letzten Meinung gibt es zwischen beiden eine Pflichtenkollision, wonach das höherwertige Rechtsgut zu schützen, die Verletzung des geringwertigeren Rechtsguts dagegen zu rechtfertigen ist⁶³. Sehr schwierig ist die Beurteilung welches das höherwertige Rechtsgut ist und wer dies zu entscheiden hat.

⁶⁰ Üzülmöz (Fn. 4), S.824; Rede von Adem Sözüer in der Justizkommission des Parlaments, Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları (TBMM), in Güney et. al. (Fn. 17), S. 796.

⁶¹ Ünver (Fn. 29), S. 346.

⁶² Nuhoglu (Fn. 29), S. 26.

⁶³ Özgenç (Fn. 7), S. 84. Also Siehe Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Söyleşi, in Nabız Dergisi, 2 Juni 2010, http://www.nabizdergisi.org/index.php?option=com_content&view=article&id=862:turkcezanunu&catid=83:18sayi-dosya&Itemid=109, zuletzt aufgerufen am 22.02.2013.

E. Besondere Erscheinungsformen der Straftat

1. Versuch

Umstritten ist, ob die Tat nach Art. 280 tStGB auch als Versuch begangen werden kann, weil Art. 280 StGB eine Gebotsnorm darstellt. Denn der Tatbestand des Art. 280 StGB ist bereits mit der Anzeige (Tathandlung) erfüllt⁶⁴. Demzufolge ist nach herrschender Meinung der Versuch der Nichtanzeige nicht möglich. Jedoch ist eine Strafbarkeit wegen Versuchs theoretisch denkbar, wenn eine konkrete Zeitvorgabe zur Erfüllung der Anzeigepflicht existiert⁶⁵, nämlich bis zum Ablauf dieser Frist. Doch die Feststellung eines solchen Versuchs in der Praxis erscheint überaus schwierig, zumal der Täter bis zum Frist Ablauf zurücktreten könnte. Darüberhinaus stellt der Tatbestand nur ein Nicht-Anzeigen oder ein verspätetes Anzeigen ohne konkrete Zeitvorgabe unter Strafe.

2. Beteiligung

Weil Art. 280 ein echtes Sonderdelikt ist, können Täter nur Angehörige eines Heil- und Pflegeberufs sein. Gemäß Art. 40 Abs. 2 kann bei einem Sonderdelikt nur Täter sein, wer die besonderen Tätereigenschaften erfüllt⁶⁶. So liegt Mittäterschaft nur vor, wenn jeder von den Tätern persönlich anzeigepflichtig nach Art. 280 tStGB ist. Es können sich zum Beispiel mehrere Ärzte entscheiden, die Straftat, auf die sie gemeinsam gestoßen sind, nicht anzuzeigen⁶⁷. Auch die mittelbare Täterschaft ist beim Sonderdelikt nicht möglich, da hier der Hintermann die verbotene Handlung selbst ausführen müsste. Nach Art. 40 Abs. 2 sind jedoch als

⁶⁴ Hakeri (Fn. 43), S. 263; Nuhoğlu (Fn. 29), S.26; Çakmut (Fn. 7), S. 1057; Üzülmöz (Fn. 4), S. 841; Hakeri (Fn. 21), S. 799.

⁶⁵ Nuhoğlu (Fn. 29), S.24; dazu siehe auch Erbaş (Fn. 29), S.152-153.

⁶⁶ Art. 40 Abs. 2 tStGB (Akzessorietät): „Bei Sonderdelikten kann nur Täter sein, wer die besonderen Tätereigenschaften besitzt. Die Sonstigen Personen, die an der Begehung dieser Taten beteiligt sind, sind jedoch als Anstifter und Gehilfen verantwortlich“. (Übersetzung nach Telenbach, Das türkische Strafgesetzbuch (Fn.3), Art. 40 Abs. 2, S. 34).

⁶⁷ Üzülmöz (Fn. 4), S.841.

Anstifter und Gehilfen auch sonstige Personen verantwortlich, die an der Begehung dieser Taten beteiligt sind. Eine sonstige Person ist zum Beispiel als Anstifter verantwortlich, wenn sie den Arzt dazu verleitet, eine Straftat, auf die dieser gestoßen ist, nicht anzuzeigen⁶⁸.

3. Konkurrenzen

Im tStGB gibt es auch andere Paragraphen, die eine Anzeigepflicht vorsehen. Gemäß Art. 278 muss jeder die Straftaten, die gerade begangen wurden oder bereits vollendet sind, aber deren Auswirkungen noch begrenzt werden können, den zuständigen Behörden anzeigen. Gemäß Art. 279 muss der Amtsträger des Officialdelikts, das er im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit erfährt, anzeigen. Da Art. 280 spezieller als Art. 278 ist, geht der speziellere Paragraph Art. 280, als *lex specialis*, dem allgemeineren vor⁶⁹. Die Frage der Konkurrenz zwischen Art. 279 und Art. 280 ist umstritten. Während nach einer Meinung eine Auswertung nach der Spezialität erfolgt⁷⁰, ist nach anderer Ansicht eine Idealkonkurrenz gegeben⁷¹. In der Begründung zu Art. 280 heißt es, dass für die Ärzte, die in vom Staat betriebenen Gesundheitseinrichtungen arbeiten, Art. 279 angewendet wird.

Wenn der Arzt seine Anzeigepflicht nicht erfüllt, um einem Straftäter die Möglichkeit zu verschaffen, unentdeckt und straflos zu bleiben, macht er sich auch wegen Strafvereitelung nach Art. 283 strafbar. Der Arzt verletzt sowohl Art. 280 als auch Art. 283. Zwischen beiden Delikten besteht Handlungsmehrheit und damit echte Gesetzeskonkurrenz. Deswegen wird der Täter sowohl nach Art. 280 als auch nach Art. 283 bestraft⁷².

⁶⁸ Zu den Beispielen siehe *Erbaş* (Fn. 29), S.179.

⁶⁹ *Ünver* (Fn. 29), S.305- 306; Siehe auch *Erbaş* (Fn. 29), S.182 ff.

⁷⁰ *Ünver* (Fn. 29), S.328.

⁷¹ *Tezcan et. al.* (Fn. 45), S.976.

⁷² Siehe nur *Erbaş* (Fn. 29), S. 180.

F. Prozessuales

Um eine prozessuale Wertung vornehmen zu können, muss die Person zunächst schuldhaft gehandelt haben. Als Entschuldigungsgrund spielt bei der Straftat der Nichtanzeige nach Art. 280 der Notstand, der im türkischen Strafgesetzbuch als ein Entschuldigungsgrund angesehen wird, eine besondere Rolle. Nach Art. 25 Abs. 2 setzt die erforderliche Notlage eine schwere und tatsächlich bestehende Gefahr voraus, in der sich der Täter oder eine dritte Person befindet. Zeigt der Arzt zum Beispiel eine Straftat gegen die sexuelle Freiheit eines Mädchens nicht an, um sie vor Gewalttaten ihrer Familie im Namen der Ehre zu schützen, liegt eine solche Notlage vor. Eine Entschuldigung der Handlung des Täters aufgrund eines Notstandes setzt weiter eine Verhältnismäßigkeit zwischen der Gefahr, die abgewendet wird und dem mit der Notstandshandlung verletzten Rechtsgut voraus. Hier wäre zwischen dem Rechtsgut des Lebens und der Rechtspflege als Rechtsgut abzuwägen. In diesem Fall handelt sich um einen Notstand⁷³.

Zum Abschluss möchte ich einen kleinen Vergleich zum deutschen Recht ziehen. Im deutschen Recht gibt es eine Pflicht zur Anzeige *begangener* Straftaten nicht. Eine ärztliche Anzeigepflicht besteht nur gegenüber Gesundheitsbehörden und bezieht sich auf das Auftreten bestimmter Krankheiten. Hier geht es also nicht um die Strafverfolgung, sondern um den Schutz der Allgemeinheit vor bestimmten Krankheiten.

Soweit im deutschen Strafgesetzbuch eine Anzeigepflicht von Straftaten geregelt ist, handelt es sich um *geplante* Straftaten. Nach § 138 dStGB besteht für jedermann eine Anzeigepflicht bei bestimmten schweren Straftaten, wie Hochverrat, Geldfälschung, Mord, Völkermord, bestimmten Straftaten gegen die persönliche Freiheit oder gemeingefährlichen Straftaten. Eine Anzeigepflicht besteht solange bis die Ausführung oder Vollendung oder ein Erfolg der Tat noch abgewendet werden kann, also unter diesen Bedingungen auch während der Ausführung der Tat. Da § 138 dStGB dafür sorgen soll, dass bestimmte Straftaten verhindert werden bzw. ihr Erfolg sich nicht verwirklicht, werden

⁷³ Zu diesem Beispiel siehe *Erbaş* (Fn. 29), S. 180.

hier deshalb nach herrschender Meinung nicht die Rechtspflege oder die Strafverfolgung, sondern die Rechtsgüter der im Katalog enthaltenen Straftaten geschützt⁷⁴.

Eine Anzeigepflicht von Ärzten, Psychologischen Psychotherapeuten oder Kinder- und Jugendliche Psychotherapeuten ist, wie auch eine Anzeigepflicht von Rechtsanwälten, gem. § 139 dStGB noch auf einige wenige dieser schweren Straftaten (Mord, Totschlag, Völkermord, Geiselnahme) beschränkt. In den anderen Fällen des Art. 138 dStGB sind diese Berufsgruppen wie auch jedermann, wenn sich die Anzeige gegen einen Angehörigen richten würde, von dieser Anzeigepflicht befreit. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sie sich ernsthaft bemüht haben, den Täter von den geplanten Straftaten abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden. Die berufliche Besonderheit des Arztes oder Psychotherapeuten, die hier berücksichtigt wird, ist also nicht seine besondere fachliche Kenntnis, sondern das Vertrauen in ihn, das Voraussetzung der Berufsausübung ist. Sie führt deshalb nicht zu einer Ausweitung der Anzeigepflicht des Arztes gegenüber anderen Personen, sondern zu einer Einschränkung der Anzeigepflicht.,

⁷⁴ S. dazu *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl., München, 2014, Rn. 3 zu § 138.

Literaturverzeichnis:

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Aufl., Turhan Yayınevi, Ankara 2012.
- Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972.
- Beauchamp, Tom L./ Childress, James F., Principles of Biomedical Ethics*. 6. Aufl., Oxford University Press, 2009.
- Das Vertragsbüro des Europarats*, <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/164.htm>, zuletzt aufgerufen am 31.07.2013.).
- ECHR, Overview 1959-2011*, www.echr.coe.int, zuletzt aufgerufen am 29.07.2013.
- Erbaş, Rahime, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Erdem, Mustafa Ruhan, Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)*, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi 2009, Heft 80, S.105- 120.
- Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Band III, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993.
- Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 61. Aufl., München 2014.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasası) Analizi*, 1. Aufl., Ankara, Barosu Yayınları, Ankara 2006.
- Güney, Niyazi / Özdemir, Kenan / Balo, Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku*, 4. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suç Çeşitleri*, 1. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

- Hyman, Ariella/ Chez, Ronald A.*, Mandatory Reporting of Domestic Violence by Health Care Providers: A Policy Paper, Women's Health Issues Winter 1995, Band 5, Heft 4, S. 208-213, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S104938679500050X#>, zuletzt aufgerufen am 15. 12. 2014.
- Metin, Sevtap*, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, 1. Aufl., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Nuhoğlu, Ayşe*, Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m.280), in Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, S. 17-32.
- Özgenç, İzzet*, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları, SD Dezember- Januar- Februar 2007-2008, Heft 5, S. 84- 87.
- Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Söyleşi*, in Nabız Dergisi, 2 Juni 2010, http://www.nabizdergisi.org/index.php?option=com_content&view=article&id=862:turkcezakanunu&catid=83:18sayidosya&Itemid=109, zuletzt aufgerufen am 22.02.2013.
- Rodríguez, Michael A./ McLoughlin, Elizabeth/ Nah, Gregory/ Campbell, Jacquelyn C.*, Mandatory Reporting of Domestic Violence Injuries to the Police: What Do Emergency Department Patients Think?, JAMA 1 August 2001, Band 286, Heft 5, S. 580- 583, <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=194050>, zuletzt aufgerufen am 15.07. 2015.
- Rumpf, Christian*, Die Verfassung der Republik der Türkei (Übersetzung) <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/verfassung.pdf>, zuletzt aufgerufen am 11.07.2013, Art. 38 Abs. 5.
- Sokullu-Akıncı, Füsun*, Viktimoloji (Mağdurbilim), 2. Aufl., Beta, İstanbul 2008.
- Sokullu-Akıncı, Füsun*, Mağdur Tipolojisi Bağlamında Yaşlı İstismarı Mağdurları, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, Prof. Dr. Doğan Soyaslan'a Armağan, Band 8, Heft 2, S. 1-6.
- Tellenbach, Silvia*, Das türkische Strafgesetzbuch, Freiburg 2008.

- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Aufl., Savaş Yayınevi, Ankara 2010.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku, Band I, 4. Aufl., Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.
- Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>, zuletzt aufgerufen am 09.07.2013.
- Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TİHV), 1996 tarihli Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, September 1998, http://www.tihv.org.tr/dosya_arsiv/07cbef725545c4a4287877d632c7531d.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.07.2013.
- Üzülmez, İlhan, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280), in V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, S. 823-844.
- Ünver, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, in ROCHE Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, S. 118-158.
- Ünver, Yener, Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar (TCK. m. 267- 298), 3. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Yenerer Çakmut, Özlem, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, in Mehmet Somer'e Armağan, Ankara 2008, S. 1051-1060.
- Weltärztebund/ World Medical Association, WMA, Handbuch der ärztlichen Ethik, 2005, http://www.wma.net/en/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_german.pdf, zuletzt aufgerufen am 31.07.2013.
- Wolfson, Stephanie A., Screening or Violence and Abuse Through the Lens of Medical Ethics, DePaul J. Health Care L. 2007-2008, Band 11, Heft 1, S. 1-22, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/dephcl11&div=4&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=Wolfson,%20Stephanie%20A.&type=matchall, zuletzt aufgerufen am 14. 07. 2014.

Das Verbot der Produktion geklonter Menschen und die Vorverlagerung von Strafbarkeit*

Sangyun KIM**

The Prohibition of Production of Human cloning and its Criminalisation

Abstract: This Article deals with the prohibition on the production of human cloning and the problem of the advancement of criminal legislature. Medical development nowadays opens up new possibilities. It goes with technological advances und Innovations, and in the meantime not only facilitates the treatment and care of many diseases, but also the production of humans whose somatic cells bear the same genetic information that is cloned. But what happens in the “production” of human cloning and their live? While the industrialized societies are looking at declining birth rates and also labor shortage, cloned people could be used as “replacement workers” in these societies. But is human cloning allowed at all and will our society be ethically and from aspect of justice happy?

Keywords: cloning, human cloning, technological advances, criminal legislature, replacement workers, Japan criminal law

Zusammenfassung: Die medizinische Entwicklung eröffnet immer neue Möglichkeiten. Der technische Fortschritt im Bereich der Medizin ermöglicht mittlerweile nicht nur die Behandlung und Heilung von Erkrankungen, sondern darüber hinaus die *Erzeugung von Menschen*, deren somatische Zellen identische Erbinformationen tragen, das Klonen von

* Geliş Tarihi: 23.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Prof. Dr., Ryukoku University, Kyoto, Japan, kimsangyun12@gmail.com

Zellen und deren Entwicklung ist möglich geworden. Der vorliegende Beitrag prüft, was bei der „Produktion“ geklonter Menschen passiert. Aus japanischer Perspektive wird gefragt, ob etwa in der Zukunft „geklonte Menschen“ als „Ersatzarbeitskräfte“ in Industriegesellschaften eingesetzt werden könnten, die sich über sinkende Geburtenraten gegenüber einer zunehmenden Vergreisung der Bevölkerung und deshalb einen Mangel an Arbeitskräften beklagen? Schon die Fragestellung zeigt, dass zunächst zu klären ist, ob das Klonen von Menschen überhaupt zulässig wäre und inwieweit dabei dem Strafrecht die Zuständigkeit zukäme, entsprechende Verfahren zu reglementieren. Ansätze hierfür werden in der Rechtsgutstheorie gesucht.

Deshalb fragt der Beitrag zunächst, was unter einem „geklonten Menschen“ zu verstehen ist, *zweitens*, inwieweit die Erzeugung geklonter Menschen als riskantes Verhalten eingeordnet werden kann und ob deshalb die Strafbarkeit zum Verbot der Erzeugung von Klonen vorverlagert werden darf. Danach erweist sich das Strafrecht aus japanischer Perspektive als *Mittel zur Risikoregulierung*. Hierin könnte eine Begründung zur Rechtfertigung einer zunehmenden Regelungstechnik von Strafgesetzgebern liegen: dem Erlass von abstrakten Gefährdungsdelikten. Denn Ziel der Inkriminierung abstrakter Gefährdungsdelikte ist eine Risikoregulierung, wenn Risikofaktoren potentiell erhöht vorliegen oder kumulieren. Die Klondebatte bietet damit Anlass, über die Rolle des Strafrechts in der Gesellschaft neu nachzudenken.

Schlüsselwörter Klon, geklonter Mensch, Medizin, Strafrecht, Vorverlagerung, Strafbarkeit, japanisches Strafrecht, Risikoregulierung mittels Strafrecht.

I. Was ist ein geklonter Mensch?

Mein Thema befasst sich mit dem Verbot der Erzeugung geklonter Menschen und der Problematik der Vorverlagerung von Strafbarkeit. Die medizinische Entwicklung eröffnet immer neue Möglichkeiten. Sie geht eng mit dem technischen Fortschritt einher und ermöglicht mittlerweile nicht nur die Behandlung und Heilung der meisten Erkrankungen,

sondern auch die Erzeugung von Menschen, deren somatische Zellen identische Erbinformationen tragen, die geklont sind. Was passiert aber bei der „Produktion“ geklonter Menschen? Während sich die Industriegesellschaften sinkender Geburtenraten gegenüber sehen und eine Vergrößerung beklagt wird, könnten geklonte Menschen als „Ersatzarbeitskräfte“ in diesen Gesellschaften eingesetzt werden. Aber ist das Klonen von Menschen überhaupt zulässig? Es stellen sich die folgenden Fragen:

- Gibt es für die Strafbarkeit der Erzeugung geklonter Menschen eine legitimierende Grundlage?
- Wie sollte die Inkriminierung der Erzeugung geklonter Menschen erfolgen (Verbrechenstyp)?
- Welches Rechtsgut könnte die Inkriminierung der Erzeugung geklonter Menschen legitimieren?
- Mit welchen Gefährdungen ist bei der Erzeugung geklonter Menschen und deren Übertragung auf eine Frau zu rechnen?

Bei der Erzeugung geklonter Menschen geht es um das Hervorbringen eines oder mehrerer Individuen mit genetisch identischem Muster (reproduktiver Klon). Dieses Vorgehen beruht auf der natürlichen Entstehung eines neuen Organismus nach einem Nukleustransfer des Erbmaterials in eine normale Eizelle. Wenn man den Kern einer somatischen Zelle eines Mannes auf die Eizelle einer Frau überträgt, wird ein geklonter Embryo erzeugt. Indem man diesen geklonten Embryo auf eine Frau überträgt, wird ein geklonter Mensch erzeugt. In Japan ist die Übertragung eines geklonten Embryos auf eine Frau unter Strafe gestellt.¹ Das reproduktive Klonen ist somit verboten. Aber auch die

¹ Japanese Act on Regulation of Human Cloning Techniques:

“ Wer einen geklonten menschlichen Embryo auf eine Frau überträgt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 10,000,000 YEN (80,000 Euro) bestraft (§ 3 und § 16).“

Deutschland (Embryonenschutzgesetz):

(1) Wer künstlich bewirkt, dass ein menschlicher Embryo mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Fötus, ein Mensch oder ein Verstorbener entsteht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Herstellung geklonter Embryonen zu therapeutischen Zwecken ist nicht erlaubt. Für die wissenschaftliche Forschung ist jedoch die Herstellung geklonter Embryonen zulässig.

In Deutschland ist der Transfer eines geklonten Embryos ebenfalls unter Strafe gestellt. Während in Deutschland aber auch die Erzeugung geklonter Menschen strafbewehrt ist, steht in Japan die schlichte Herstellung nicht unter Strafe. Es wird nicht bestraft, wer künstlich bewirkt, dass ein menschlicher Embryo mit derselben Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Fötus, ein Mensch oder ein verstorbener Mensch entsteht. Die Erzeugung geklonter Embryonen wird nur durch eine Richtlinie des Wissenschaftsministeriums reguliert.

II. Die Erzeugung geklonter Menschen als riskantes Verhalten und die Diskussion um die Vorverlagerung von Strafbarkeit

Wer bereits die Erzeugung geklonter Menschen verbietet und unter Strafe stellt, will damit Gefahren der modernen Risikogesellschaft begegnen und unvorhersehbare Risiken regulieren. Dies führt zu einer Vorverlagerung von Strafbarkeit. Denn um die Menschenwürde, deren Verletzung es zu schützen gilt, zu wahren, wird ein Verhalten inkriminiert, das zwar gefährlich ist, aber im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung liegt.

Der Gesetzgeber sieht sich in Deutschland und in Japan zusätzlich dem gesellschaftlichen Druck ausgesetzt, für mehr Sicherheit in der Gesellschaft zu sorgen. Die gesellschaftliche Verunsicherung verlangt eine folgenorientierte Kriminalpolitik. So sucht der Strafgesetzgeber etwa im Umweltstrafrecht, im Drogenstrafrecht, bei der Regulierung des Klonens und bei der Terrorismusbekämpfung zukünftige Gefahrensituationen und damit unkalkulierbare Risiken für die moderne Gesellschaft zu vermeiden. Dann liegt indessen eine Tendenz zur Vorverlagerung

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Embryo auf eine Frau überträgt. (3) Der Versuch ist strafbar.

von Strafbarkeit und zur Verschärfung der bestehenden Strafgesetze auf der Hand.² Kriminalpolitik gerät so in den Sog des Populismus, und das traditionelle Kernstrafrecht sieht sich genötigt, traditionelle Zurechnungsprinzipien „abzuschleifen“, um die Bedürfnisse der Gesellschaft befriedigen zu können. Populistisch beeinflusste Kriminalpolitik neigt zur Kriminalisierung bisher nicht strafbaren Verhaltens, zur Vorverlagerung von Strafrecht und zur Verschärfung von Strafen. Ein modernes Strafrecht setzt jedoch ein uneingeschränktes Gesetzlichkeitsprinzip voraus und sieht sich vorrangig dem Schutz der bürgerlichen Freiheit als seine Aufgabe, d.h. einer „Freiheit vom Staat“ verpflichtet. Strafrechtlicher Schutz dient somit der Gewährleistung von Bürgerfreiheit. Auch diese Aufgabe des Strafrechts ist bis heute unverändert von Bedeutung.

Gerade in jüngerer Zeit wird Strafrecht mehr und mehr zur Gewährleistung gesellschaftlicher Interessen eingesetzt. Dies eröffnet den Weg von einer „Freiheit vom Staat“ zu einer „Freiheit durch den Staat“, was mit einem Prinzipienwiderstreit verbunden ist. Man könnte hierin das Phänomen einer Umkehrung der Ausnahme sehen. Wenn man aber berücksichtigt, dass Strafrecht mit höchster Intensität in das menschliche Leben, Freiheit und andere wichtige Interessen eingreift, so zeigt sich, dass Strafrecht nicht ohne Weiteres als Instrument zur Gewährleistung von Sicherheit heran gezogen werden kann, sondern einer festen Begrenzung bedarf. Wenn die Freiheitsorientierung in der Konzeption des Strafrechts durch eine sicherheitsgerichtete Präventionsorientierung verdrängt wird, droht eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Strafrechts um den Preis einer Einschränkung von Freiheit im Interesse der Sicherheit.

Was die Vorverlagerung von Strafbarkeit anbelangt, so wird deren fundamentaler Zweck im Schutz der Grundlagen des menschlichen Lebens und wohl auch der Infrastruktur des sozialen Lebens gesehen. Die Entwicklung der letzten Jahre ist deshalb dahingehend geprägt, dass das

² G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 774; vgl. W. Gropp, Tagungsbericht „Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a.M.“, ZStW 1985, S. 919 ff.; vgl. W. Stree, Strafrechtsschutz im Vorfeld von Gewalttaten, NJW 1976, S. 1177 ff.

gesamte gesellschaftliche System, das ökologische Umweltsystem, das wirtschaftliche System und die Staatsicherheit als Angelegenheiten des Strafrechts aufgefasst werden. Es geht damit um den Schutz sogenannter Universalrechtsgüter durch Strafrecht.³ So wird – um ein Beispiel zu nennen – aus der ökologischen Umwelt als schützenswertes Interesse ein ökologisches Strafrechtsgut abgeleitet. Es dient der Verhinderung ökologischer Großschäden. So sind Universalrechtsgüter in den letzten Jahren den herkömmlichen Individualrechtsgütern gegenüber auf dem Vormarsch. Der Begriff „ökologisches Rechtsgut“ wird zum Mittel, um Umweltkriminalität vorzubeugen. Dieser Zweck legitimiert besondere Mittel für die Lösung des Problems. Genauer gesagt: Je weiter Universalrechtsgüter von individuellen Rechtsgütern abgehoben sind, umso schwieriger ist es, den Einsatz des Strafrechts zu begrenzen.⁴

III. Strafrecht als Mittel zur Risikoregulierung

Die moderne Gesellschaft wird oft als „Risikogesellschaft“ bezeichnet. Faktoren, welche Unsicherheit und den Ruf nach Sicherheit begründen, werden zu Problemen, die die gesamte Gesellschaft und alle gesellschaftlichen Schichten betreffen und von allen Bürgern gemeinsam zu bewältigen seien. Unvorhersehbaren Risiken gegenüber fühlt man sich unsicher. Es bedarf daher der Schaffung einer entsprechenden Sicherheit oder zumindest eines Sicherheitsgefühls. Der Begriff „Risiko“ bezeichnet damit nicht nur Gefahren oder Gefährdungen, durch welche dem menschlichen Leben zukünftig Verletzungen drohen. „Risiko“ bezieht sich vielmehr auch auf die Stabilität des sozialen Systems insgesamt, der sozialen Zusammenhänge und der bürgerlichen Ethik. Man wird deshalb nicht nur die Vermeidung von Schäden, sondern auch die Schaffung eines Sicherheitsgefühls als Aufgabe des Strafrechts diskutieren müssen. Wenn Sicherheit und Sicherheitsgefühl die Hauptrolle im gesellschaft-

³ Vgl. S. Scheerer, Die Ohnmacht der Rechtsgutsidee und die Dominanz der Problemdefinition, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S. 181.

⁴ Dies ist charakteristisch für abstrakte Gefährdungsdelikte. Diese Zunahmetendenz gilt wahrscheinlich auch für das Verwaltungsstrafrecht in Japan.

lichen Diskurs spielen, so zeigt dies, dass die eigene Lebenswirklichkeit auf einer schwachen und unstabilen Grundlage gesehen wird. Es besteht eine „Unsicherheit des Daseins“.⁵

Ulrich Beck beschreibt die moderne Gesellschaft mit dem Begriff des Risikos angesichts der Unvorhersehbarkeit der Zukunft.⁶ Als Beispiel seien hier ökologische Katastrophen als negative Auswirkungen des technologisch-ökonomischen Wachstums genannt wie etwa die Explosion eines Atomreaktors. Eine Risikogesellschaft ist nach Beck ein gesellschaftlicher Zustand bei dem im voranschreitenden Selbstvernichtungsprozess der Gesellschaft große und nicht kalkulierbare Schäden verursacht werden.⁷

Anhand des Risikobegriffs werden folgende Straftatbestände gekennzeichnet: Die Strafbestimmungen betreffend den Fortschritt der Technologie und zum Schutz der dadurch beeinflussten Umwelt und Gesellschaft (Technologiesystem) stehen im Mittelpunkt. Typische Phänomene der Technologieentwicklung werden genannt, so etwa die Umweltzerstörung, die genetische Rekombination und die Klontechnik, die Infektion mit Maul- und Klauenseuche oder etwa der Drogenmissbrauch. In diesen Fallgruppen ist die Gefahr nicht einschätzbar, unsichtbar und unkalkulierbar, was die Größe der Schäden anbelangt. Ferner fehlt die Kenntnis, wann die Ursache für die Gefahr gesetzt wurde. Man lebt also zwangsläufig mit der Unsicherheit, dass in der Zukunft eine gro-

⁵ F. Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 54.

⁶ U. Beck, Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 1 ff.; P. A. Albrecht, Das Strafrecht auf Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, S. 183; C. Lau, Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um Definition von Risiken, Sozial Welt, 1989, S. 418ff.; U. Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht, Universitas, 1992, S. 230ff.; A. Baratta, Jenseits der Strafe, in: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 401; W. Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, KritV 1993, S. 154.

⁷ Vgl. G. Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 1993, S. 681; vgl. F. Herzog, Die „Abstraktionshöhen“ der Strafrechtswissenschaft und die „Niederungen“ der Strafrechtspraxis, StV 1988, S. 130f.; vgl. K. Nuotio, Das Bild des Strafrechts im Zeitalter der Risikogesellschaft, in: Raimo Lahti und Kimmo Nuotio (Hrsg.), Strafrechtstheorie im Umbruch, 1992, S. 175.

ße Katastrophe eintreten könnte aufgrund einer Gefahr, deren Kontrolle nicht möglich ist. Die Hauptproblematik liegt hier in der Unsicherheit für die Gesundheit der kommenden Generationen, ferner in der Instabilität von Teilsystemen des Gesellschaftssystems und natürlich auch beim Umweltschutz. Besonders im Umweltschutz treten Mensch und Umwelt mit dem Verzicht auf den Anthropozentrismus, d.h. mit der Trennung von Natur und Mensch, als schützenswerte Größen in ein Spannungsverhältnis.

Im Zusammenhang mit der modernen Technologie liegt das Risiko beispielsweise in der Verwendung von Technologien und neuen Produkten, die erst in der Zukunft Schaden anrichten können. Diese Risiken können gesellschaftlich nicht reduziert werden, weil sie noch nicht gesteuert werden können. Denn es ist unklar, wie groß die Schäden sein werden.

1. Zu den Strafbestimmungen betreffend den Fortschritt der Technologie gehören ein „Klontechnik-Regulierungsgesetz“, ein Gesetz über den unberechtigten Zugang zu Computern, eine „Strafbestimmung für die Herstellung von unechten elektromagnetischen Scheckkarten“ sowie eine Reihe von Gesetzen zur Regulierung des Drogenkonsums und schließlich Criminal Compliance beim Betrieb von Atomanlagen.⁸
2. Der Einsatz von Strafrecht zur Regulierung von Risiken betrifft aber auch die Bereiche der inneren und internationalen Sicherheit wie Terrorismus oder Krieg (nach innen und innerhalb international ausgerichteter Sicherheitssysteme), die Sarin-Angriffe in der U-Bahn von Tokio im März 1995 und die Angriffe von Terroristen auf die USA am 11. September 2001. Seit der Forderung nach einer weltweiten Terrorismusabwehr als Folge des 11. September scheint in der Gesellschaft die Vorstellung vorzuherrschen, dass die Sicherheit ein Wert ist, der höher als der Schutz der Menschenrechte einzuschätzen sei. Dabei ist die Risikoquelle unsichtbar. Es handelt sich um „Menschen

⁸ G. Stratenwerth, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, 1993, S. 11f.

oder Organisationen, die auf Dauer von unserer Gesellschaft ausgeschlossen“ sein sollten. Die Gefahr scheint hier die Möglichkeit eines groß angelegten Verbrechens einzuschließen. Das Sicherheitsbedürfnis entspringt der Existenz und der Gefährlichkeit von Personen oder Gruppen, die sich in ihrem Wertesystem von der modernen Zivilgesellschaft losgelöst haben. Das gemeinsame Bewusstsein der an einem Wertesystem in der Gesellschaft Beteiligten verlangt damit nach dem Ausschluss solcher Personen, die in ihren Wertvorstellungen grundlegend abweichen. Als Risiko wird der soziale Kontakt mit jenen gefährlichen Personen oder Gruppen verstanden, deren Verhalten sich mittels Rechtsnormen nicht regulieren lässt. Als Strafvorschriften seien in diesem Zusammenhang das „Verhütungsgesetz gegen umstürzlerische Aktivitäten“ (der Anti-Subversion Act), das „Sarin-Regulierungsgesetz“, das „Gesetz zur Kontrolle von Organisationen, die wahllos Massenmord verüben“ (Act under the Control of Organizations which Committed Indiscriminate Mass Murder) sowie das „Gesetz, das die Finanzierung des Terrorismus unter Strafe stellt“ (Act on Punishment of the Financing of Terrorism).

3. Strafbestimmungen sind auch darauf gerichtet, im Vorfeld die klassischen, auf Personen bezogenen Rechtsgüter zu schützen (flankierender Rechtsgüterschutz). Durch den flankierenden Schutz individueller Rechtsgüter wird eine Legitimation für das Eingreifen der Strafverfolgungsorgane geschaffen. Hier kann z.B. auch das „Gesetz zum Verbot des Besitzes spezieller Stechwerkzeuge und anderer vergleichbarer Gegenstände“ (The Act on Prohibition of Possession of Special Picking Tools and Other Related Matters) verwiesen werden sowie auf das „Gesetz gegen Kindesmissbrauchs“, das „Gesetz gegen Kinderpornographie“ und das „Gesetz gegen häusliche Gewalt“.
4. Zu nennen seien hier weiterhin Probleme, die im täglichen gesellschaftlichen Leben entstehen (anti-soziales Verhalten/ unerfreuliches Verhalten). Hierzu gehören z.B. das Verschän-

deln von öffentlichen Flächen durch Graffiti oder das Entstehen einer Alkoholiker- und Pennerszene an Bahnhöfen oder in Parks, das wilde Entsorgen von Hausmüll, das Wegwerfen von Getränkedosen oder Zigarettenskippen, das Rauchen in der Öffentlichkeit oder auch das unerlaubte Parken. Hier besteht die Gefahr im Erlernen unsozialen Verhaltens, in der Auflösung der öffentlichen Ordnung und in dem Verlust der Moral wegen der Häufigkeit eines solchen Verhaltens. Durch die Sauberhaltung der Umgebung und die Strafverschärfung auch bei leichten Übertretungen wird in diesem Bereich mehr Sicherheit bewirkt. Das Risiko besteht im unerfreulichen Verhalten als solchem, aber auch darin, ein solches Verhalten nicht zur Kenntnis zu nehmen. Vorschriften gegen antisoziales Verhalten gibt es in jedem Land, sofern dieses Verhalten die Öffentlichkeit in bemerkenswerter Weise beunruhigt.⁹

IV. Abstrakte Gefährungsdelikte als gesetzliche Technik der Risikoregulierung

Wenn der Strafgesetzgeber sozial erhebliche Rechtsgüter schützen und nicht erst darauf warten will, dass konkrete Schäden eintreten, muss er Eingriffe durch das Strafrecht bereits im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung vorsehen. In diesem Zusammenhang könnte man auch an eine Veränderung der Gesellschaft durch die Erzeugung geklonter Menschen denken. So bestimmt z.B. das Klonesgesetz in Deutschland und Japan, dass die Übertragung eines geklonten Embryos auf eine Frau strafatbestandsmäßig ist. Es wird aber kein Beweis dafür gefordert, dass dadurch eine tatsächliche und konkrete Beeinträchtigung eines Rechtsguts als

⁹ In der japanischen Gesellschaft gilt ein solches Verhalten als risikoträchtig. Man befürchtet dadurch in der Zukunft eine soziale Klimaverschlechterung und ferner ein Nachlassen des Normbewusstseins bei der Jugend. Der Eigenkonsum von Cannabis wird als zugleich anti-soziales und unerfreuliches Verhalten eingeordnet, weil beide einen gemeinsamen Anhaltspunkt über den Strafgrund und die Bedeutung einer Strafe abgeben. In den letzten Jahren werden anti-soziales Verhalten, unerfreuliches Verhalten oder unsoziales Verhalten mit Verordnungen, insbesondere solchen zur Verhinderung von Gewalttaten oder falschem Handeln, in einzelnen Ländern unter Strafe gestellt.

elementare Lebensgrundlage der Bevölkerung eintritt. Ein solcher Nachweis ist ohnehin bei Schäden oder Gefährdungen, die auf Summations- oder Kumulationseffekten beruhen, sehr schwierig. Für eine Strafbarkeit reicht es daher aus, nur die Tathandlung festzustellen.

Die Rechtsgutslehre droht damit ihre systemkritische Funktion zu verlieren. Sie gerät gegenüber dem Universal- und Kollektivrechtsgüterschutz in die Defensive. Selbst wenn im Umweltstrafrecht gewisse Veränderungen der Umweltmedien gefordert werden, unterscheidet sich dieser geforderte Erfolg dennoch erheblich von den für die Verletzungsdelikte typischen Zerstörungen oder gravierenden Verletzungen eines Individualguts. Entsprechend setzt auch der Tatbestand eines Gesetzes gegen die Erzeugung geklonter Menschen tatsächlich nicht den Eintritt schwerwiegender Schäden für Individuen oder die Gesellschaft selbst voraus, sondern es genügt jede Übertragung eines geklonten Embryos auf eine Frau. Ihre Vermeidung ist der Zweck des Strafgesetzes und es wird kein genaueres Schutzobjekt beschrieben. Vielmehr genügt es für den Vorfeldschutz, dass der Gesetzgeber sich an einer bereits bestehenden Norm orientiert und bei der neu zu schaffenden Strafvorschrift den Erfolg entfallen lässt.

Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ist ein Erfolg nicht erforderlich. Es reicht aus, dass die Tathandlung selbst eine allgemeine Gefährlichkeit für ein rechtlich geschütztes Interesse mit sich bringt. Die tatsächliche Gefährdung von Angriffsobjekten spielt dabei keine Rolle. Die potentielle Gefährlichkeit der Handlung kann aus allgemeinen Gefährlichkeitsüberlegungen hergeleitet werden. Abstrakte Gefährdungsdelikte zeichnen sich durch die bloße Möglichkeit aus, dass die Tathandlung in der Zukunft Schäden an einem Rechtsgut herbeiführen könnte.

V. Kumulation und Potential als Risikofaktoren

Die Regulierung von Risiken ist charakteristisch für die Strafgesetzgebungen in der modernen Risikogesellschaft und führt – wie oben gesagt – offensichtlich zur Vorverlagerung von Strafbarkeit. Der Risikobegriff enthält einerseits in sich selbst substantielle Elemente. Umgekehrt stellt

er im Hinblick auf strafrechtliche Regulierungen etwas Negatives dar, das die Stabilität der Gesellschaft erschüttern könnte, eine allgemeine oder reale Wahrscheinlichkeit einer Schädigung, die zukünftig akkumulierend¹⁰ zu einer Katastrophe führen könnte und insbesondere bei der Erzeugung geklonter Menschen das Potential einer Schädigung in sich birgt. Man kann hierfür bei der Betrachtung der o.g. Strafvorschriften Anhaltspunkte finden. Insbesondere bei der Umweltstrafgesetzgebung¹¹ und beim Klonverbot, bei denen schon durch die Inkriminierung auf Prävention abgezielt wird, ist an Großschäden oder soziale Unruhen in der Zukunft gedacht, durch die die Gesamtgesellschaft in einen katastrophalen kritischen Zustand geraten kann.¹² Großschäden sind eine Folge des gesellschaftlichen Wandels. Sie müssen als zu beseitigende soziale Phänomene in der gesellschaftlichen Entwicklung berücksichtigt

¹⁰ L. Kuhlen, Umweltstrafrecht, ZStW 1993, S. 698: Nach Kuhlen braucht man Verhaltensnormen, die entsprechende für sich genommen ungefährliche Handlungen verbieten, wo Gemeinschaftsgüter durch die Kumulation durch eben diese ungefährlichen Einzelbeiträge gefährdet werden. Neben der Problematik abstrakt gefährlicher Handlungen finden sich auch die reinen Kumulationsbeiträge nicht nur im Umweltstrafrecht, sondern ebenso in anderen Tatbeständen, die Gemeinschaftsgüter schützen sollen. Das Unrecht der Einzelhandlung wird aber bei Kumulationsdelikten nicht mehr mit dem individuellen Fehlverhalten selbst, sondern dessen Bezug zu potentiellen Massenverhaltensweisen begründet. Durch das Kumulationsdelikt werden die als individuelles Ereignis nicht für eine Rechtsgutsbeeinträchtigung ausreichenden Handlungen dadurch aufgefangen, dass der Erfolg gänzlich von der Handlung gelöst und durch einen potentiellen Gefährdungszusammenhang ersetzt wird.

¹¹ Man kann im Drogenkonsum Einzelner und dem Einleiten von Hausabwasser in einen Fluss keinen großen Schaden für das menschliche Leben und die körperliche Unversehrtheit erkennen, auch wenn es sich dabei natürlich um sozial unerfreuliches Verhalten handelt. Es ist auch fraglich, ob dieses Verhalten selbst bei dem Einzelnen einen Schaden verursacht und daher gleichwohl unter Strafe gestellt werden sollte. Wenn man jedoch die Akkumulierung einzelner geringer Belastungen für die ökologische Umwelt und die Volksgesundheit berücksichtigt, könnte man einen Schädigungszusammenhang zwischen diesen geringen Beiträgen und vorangegangenen und nachfolgenden Belastungen sehen. Man sieht dabei die Gefährlichkeit des einzelnen Verhaltens in der möglichen Kumulation geringer Belastungen, denen dadurch ein Schädigungszusammenhang oder -potential innewohnt.

¹² Vgl. G. Stratenwerth, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, 1993, S. 17; L. Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, S. 366; H. M. Dietz, Instrumentelle vs. sozialetische Funktionen des Strafrechts, in: Lothar Philipps und Heinrich Sollen (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, S. 101.

werden. Würden sich solche Probleme durch soziale Autonomie noch immer selbst lösen lassen, könnten sie ohne heteronome Regulierungen bewältigt werden. Je komplexer und anonymisierter eine Gesellschaft indessen wird, umso mehr ist sie auf rechtliche Regulierungen angewiesen, was zu einem Ausbau strafrechtlicher Zuständigkeiten geführt hat.

Auch der Begriff der Potentialität muss im Zusammenhang mit der Vorverlagerung von Strafbarkeit erwähnt werden. Das ergibt sich schon aus dem Begriff selbst, der die Möglichkeit einer Schädigung zum Gegenstand hat. Damit orientiert sich der Begriff der Potentialität an der strafrechtlichen Präventionsfunktion. Potentialität bezieht sich damit gleichsam auf ein Verhalten, das erfahrungsgemäß eine Rechtsgutsgefährdung verursachen könnte.

Potentialität tritt bei abstrakten Gefährdungsdelikten in zwei Gruppen in Erscheinung: Einerseits kann die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung in der nahen Zukunft durch sogenannte Vorbereitungs-handlungen herbeigeführt werden, andererseits kann sich eine Rechtsgutsverletzung letztendlich als Folge der Kumulation einzeln für sich genommen nur geringfügiger Schäden ergeben.

Bei der ersten Fallgruppe werden abstrakte Gefährnungsdelikte ganz traditionell damit gerechtfertigt, dass ein bestimmtes Verhalten mit signifikanter Häufigkeit zu Verletzungen des Rechtsguts führen kann. Das Potential der Schädigungen der Universalrechtsgüter, das dem einzelnen Verhalten innewohnt, und die kurze Zeitspanne zwischen Vorbereitung und Versuch sollen den Erlass von Strafgesetzen rechtfertigen. Als Potential einer Schädigung werden nicht bereits verwirklichte Sachverhalte erfasst, sondern die pure Möglichkeit, d.h. die Befürchtung, dass ein schädlicher Erfolg herbeigeführt werden könnte. Solch ein Begriff des Potentials ist beispielsweise der Terrorgefahr immanent. Der Begriff der Potentialität kann etwa bei der Strafbarkeit der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a dStGB) und beim Tatbestand der Verschwörung (conspiracy) beim organisierten Verbrechen im japanischen Gesetzentwurf den Begriff des Risikos genauer konkretisieren. Was eine einzeln geringfügig schädliche und außerdem

nur vage Gefährlichkeit eines Verhaltens betrifft, lässt sich der Begriff „Potential“ besser bei der Rechtfertigung und bei der Problematik der Vorverlagerung von Strafbarkeit erfassen. Eine Tathandlung, die für sich genommen als nicht strafwürdig und nicht strafbedürftig, also als sozial neutrale Handlung erscheint, lässt sich mittels Abstellens auf das Schädigungspotential in eine strafrechtlich relevante Handlung umdeuten. Dieses Verhalten bezieht sich nicht auf eine aktuelle Gefährdung des Rechtsguts, sondern auf das Potential einer zukünftigen Gefährdung und eventuell einer noch später einsetzenden Schädigung. Wird ein solches Verhalten in eine strafrechtliche Vorschrift gegossen, so wird damit ein Rechtsgut erst geschaffen. Dieser Rechtsgüterschutz umfasst nicht nur eine Herbeiführung der Rechtsgutsverletzung, sondern auch Angriffe im Vorfeld der Schädigung des Rechtsguts. Der strafrechtliche Schutz wird so vom tatsächlichen Eintritt der Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung zu einer Vorfeldkriminalisierung.

Beim Klonverbot wird ein Potential des einzelnen Verhaltens zu einer zukünftigen Schädigung mit der Rechtsgutsgefährdung gleich gestellt. Es ließe sich aber auch argumentieren, dass eine einzelne Handlung das Potential für eine Rechtsgutsverletzung in sich bergen kann, wenn sie sich als Teil der Gefährdung darstellt. Sozial neutrale Handlungen werden so umgedeutet. Das Potential und die zukünftige Auswirkung des einzelnen Verhaltens bilden die Legitimation für eine Inkriminierung. Mithilfe des Potentials kann somit ein Vorbereitungstatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt legitimiert werden.

VI. Frage (bessere Formulierung? – Gesellschaftliche Werte und die Rolle des Strafrechts)

Die Strafvorschriften, die man als abstraktes Gefährdungsdelikt - mittels Kumulation und Potential - zu legitimieren versucht, haben einen gemeinsamen Anhaltspunkt darin, dass der Strafgesetzgeber eine Zukunftsversicherung gewährleisten will. Sie können Tathandlungen erfassen, die noch keine konkrete Rechtsgutsverletzung verursachen und die vielleicht nie eine Schädigung in der Zukunft auslösen können.

Abstrakte Gefährdungsdelikte als Regulierungsmittel dienen zur Abkürzung und zur Erleichterung des Nachweises für eine Gefährdung und ersetzen damit die Unsicherheit hinsichtlich der konkreten Gefährlichkeit der einzelnen Tathandlungen.

Das Rechtsgut bei dem Verbot der Erzeugung geklonter Menschen ist die Menschenwürde. Man könnte wohl auch an die Erhaltung der menschlich-sozialen Ordnung als Rechtsgut denken. Es fragt sich aber, worin die Besonderheit bei der Formulierung einer Strafvorschrift zum Verbot der Erzeugung geklonter Menschen liegen sollte. Denn niemand kann einen realen Schaden bei der Entstehung geklonter Menschen definieren. Solange geklonte Menschen auch Menschen sind, können Sie von anderen nur dann unterschieden werden, wenn sie als Kind als geklonter Mensch gesetzlich registriert worden sind. Ein körperlicher Unterschied lässt sich hingegen nicht feststellen. Wenn geklonte Menschen die gleiche Freiheit genießen und nutzen und Pflichten wie nicht geklonte Menschen erfüllen können, könnte der geklonte Mensch ohne Schwierigkeit seine Rolle als Bürger in der Gesellschaft spielen. Auch wenn man davon ausgehen wollte, dass eine Geburt einen Geschlechtsverkehr voraussetzt, gerät diese Behauptung in Begründungsnot, sobald die Fortschritte bei der Fortpflanzungsmedizin die Erzeugung geklonter Menschen ermöglichen. Damit werden sozio-psychologische Unsicherheit und die Kumulation der potentiellen Gefährlichkeit als Begründung für das Verbot der Erzeugung geklonter Menschen entlarvt. Bei der Schaffung eines Straftatbestands gegen die Erzeugung geklonter Menschen wird der Mangel an Strafbegründung durch den Begriff des Potentials kompensiert. Erstreckt man den Begriff des Potentials auf neutrale, sozialadäquate Handlungen, wandelt er diese Handlungen in strafrechtlich zu verbietende Handlungen um und dehnt die Gefährlichkeit der Rechtsgutsverletzung aus. Als Strafbegründung lässt sich die Möglichkeit der Schädigung heranziehen, die letztlich in dem Begriff „Potential“ verborgen ist. Jedoch wäre es unzulässig, bei der Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit auf den Begriff des Potentials abzustellen.

In Bezug auf das Verbot der Erzeugung geklonter Menschen orientiert sich das Strafrecht nicht an vergangenen Rechtsgutsverletzungen

und –gefährdungen, sondern hat zukünftige Verletzungen im Blickpunkt. Es wird so über Strafwürdigkeit im Zusammenhang mit der Sicherung der zukünftigen Gesellschaftsverhältnisse entschieden. Man hofft dabei, dass Strafrecht eine Rolle für die Erhaltung oder die Schaffung von Normbewusstsein spielt. Die Theorie der positiven Generalprävention erklärt die Bestätigung der Normgeltung und die Erregung des Normbewusstseins zum Sinn des Strafens.¹³¹⁴ Die Strafe trifft bei der Verhängung über den Täter eine öffentliche Aussage über die Fehlerhaftigkeit des bewerteten Verhaltens. Außerdem kann diese Theorie die Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes im Strafrecht mittels der Strafbewährung durch Strafgesetzgebung erklären. Auch die o.g. Gesetzgebung zur Strafbarkeit der Erzeugung geklonter Menschen zielt auf die deklaratorische Wirkung des Strafrechts. Sie wird deshalb oft kritisch als „symbolische Gesetzgebung“ bezeichnet.¹⁵

Das Strafrecht folgt dem Ultima-Ratio-Prinzip auf allen Rechtsebenen. Nur wenn es keine andere angemessene und effektive Sanktion gegen Erscheinungen des Unrechts gibt, kann man als rigoroseste Sanktion die Strafe anwenden. Dementsprechend nimmt sich das Strafrecht individueller Rechtsgüter an wie z.B. Leben, Körper, Vermögen, Ehre

¹³ G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin 1991, S. 13 f.; W. Schild, *Umweltschutz durch Kriminalstrafrecht?*, JB 1979, S. 12ff.; ders., *Probleme des Umweltstrafrechts*, Jura 1979, S. 421 ff.; vgl. B. D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Aufl., Berlin 2001, S. 27ff.; W. Hassemer, *Einige Bemerkungen über „positive Generalprävention“*, in: *Problemy Odpowiedzialności Karnej*, 1994, S. 146; M. Bock, *Prävention und Empirie*, JuS 1994, S. 99; K. F. Schumann, *Positive Generalprävention*, 1989, S. 50; H. Achenbach, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 140ff.

¹⁴ Man erwartet aber gerade vom Strafrecht einen wichtigen Beitrag zu Bewältigung dieser Probleme. Das drückt sich einerseits in der Vorverlagerung des Strafrecht aus, das in der Risikogesellschaft zum Mittel der Prävention zu avancieren scheint, und in dem symbolischen Strafrecht andererseits, dem in der rationalisierten, individualisierten und anonymisierten Risikogesellschaft die Rolle eines Garanten von Orientierungssicherheit zugeordnet zu sein scheint. Die Lehre von der positiven Generalprävention ist gerade der Versuch einer theoretischen Bewältigung der Probleme in der Risikogesellschaft und ein Versuch, die Frage nach dem Zweck und der Legitimität des Strafrechts zu beantworten.

¹⁵ Vgl. M. Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, S. 28.

usw. an. Das Strafrecht folgt deswegen nicht dem sola-ratio-Prinzip, sondern hat vielmehr fragmentarischen Charakter. Das Strafgesetzbuch, das gesetzliche Verzeichnis der Verbote, die das Kernstrafrecht ausmachen sollen, kann für sich in Anspruch nehmen, rational zu sein. Die Reform der Strafgesetze nach dem 2. Weltkrieg hat unter dem Einfluss des Prinzips des Rechtsgüterschutzes einerseits fast alle moralisierenden Strafvorschriften beseitigt. Sie hat andererseits neue Interessen in den Katalog der durch das Strafgesetzbuch geschützten Rechtsgüter aufgenommen. Es will so dem Wandel der sozialen Verhältnisse und der Gefährdung der menschlichen Existenz durch Umweltzerstörung und Genmanipulation usw. besser gerecht werden.

Es gilt eine juristische Methode zu finden, welche die Zuständigkeit des Strafrechts einzuschränken vermag. Sollte dies die Rechtsgutstheorie sein?

Literaturverzeichnis:

- A. Baratta, Jenseits der Strafe, in: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 401.
- B. D. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Berlin 2001, S. 27ff..
- C. Lau, Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um Definition von Risiken, Sozial Welt, 1989, S. 418ff..
- F. Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 54.
- F. Herzog, Die „Abstraktionshöhen“ der Strafrechtswissenschaft und die „Niederungen“ der Strafrechtspraxis, StV 1988, S. 130f..
- G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 774.
- G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1991, S. 13 f..
- G. Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 1993, S. 681.
- G. Stratenwerth, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, 1993, S. 11f..
- H. M. Dietz, Instrumentelle vs. sozialetische Funktionen des Strafrechts, in: Lothar Philipps und Heinrich Sollen (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, S. 101.
- H. Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 140ff..
- K. Nuotio, Das Bild des Strafrechts im Zeitalter der Risikogesellschaft, in: Raimo Lahti und Kimmo Nuotio (Hrsg.), Strafrechtstheorie im Umbruch, 1992, S. 175.
- L. Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, S. 366.
- L. Kuhlen, Umweltstrafrecht, ZStW 1993, S. 698.
- M. Bock, Prävention und Empirie, JuS 1994, S. 99; K. F. Schumann, Positive Generalprävention, 1989, S. 50.
- M. Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989, S. 28.
- P. A. Albrecht, Das Strafrecht auf Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, S. 183.

- S. Scheerer, Die Ohnmacht der Rechtsgutsidee und die Dominanz der Problemdefinition, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S. 181.
- U. Beck, Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 1 ff..
- U. Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht, Universitas, 1992, S. 230ff..
- W. Gropp, Tagungsbericht „Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a.M.“, ZStW 1985, S. 919 ff..
- W. Hassemer, Einige Bemerkungen über die „positive Generalprävention“, in: Problemy Odpowiedzialności Karnej, 1994, S. 146.
- W. Schild, Umweltschutz durch Kriminalstrafrecht?, JB 1979, S. 12ff..
- W. Schild, Probleme des Umweltstrafrechts, Jura 1979, S. 421 ff..
- W. Stree, Strafrechtsschutz im Vorfeld von Gewalttaten, NJW 1976, S. 1177 ff..
- W. Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, KritV 1993, S. 154.

