

Man spricht auch vom »Anfüttern« des Bediensteten, das bisher nicht strafbar ist. Ein neuer § 331 StGB soll auch die Vorteilsannahme ohne Gegenleistung unter Strafe stellen. Die Vorteilsannahme mit einer Diensthandlung als Gegenleistung stellt sich dann als Qualifikationstatbestand dar. Geschütztes Rechtsgut ist das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Objektivität der Amtsführung und die mangelnde Käuflichkeit von Amtsträgern. Es geht also um den Schutz der Sachlichkeit der Amtsführung gegen die Gefahren aus einer möglichen Verknüpfung von dienstlicher Tätigkeit und privaten Vorteilen, wie *Dölling* in seinem Gutachten formuliert.

Vorteilsgewährung

Wenn Amtsträger nach Vornahme einer Diensthandlung Vorteile wie elektronische Geräte, Reisen oder Sonderkonditionen, wie z.B. großzügige Preisnachlässe, erhalten haben, war diese Art der Vorteilsgewährung bislang nicht strafbar. Vor dem Hintergrund, die Käuflichkeit von Diensthandlungen zu verhindern, soll das künftig anders werden. Wie bei den §§ 331 - 334 StGB überhaupt, wird auch hier der Vorteil auf Drittzuwendungen erweitert.

Bestechlichkeit und Bestechung

Die Höchststrafen sollen von jetzt 5 Jahren auf zukünftig 10 Jahre heraufgesetzt werden. Für die gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung werden Regelbeispiele eines besonders schweren Falles verankert.

Rechtsfolgen

Einerseits werden die genannten gravierenden Fälle von Bestechlichkeit und Bestechung in den Anwendungsbereich der Vermögensstrafe und des erweiterten Verfalls einbezogen, andererseits werden als Kronzeugenregelung Möglichkeiten der Strafmilderung oder des Absehens von Strafe geschaffen. Mit den Milderungs-

möglichkeiten möchte der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, daß es bei der Korruption unmittelbar nur Täter und keine Opfer gibt.

Im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist die Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten geregelt (§ 12 UWG). Auch hier sollen die Strafrahmen erhöht, benannte Strafschärfungsgründe geschaffen und die genannten Rechtsfolgen entsprechend verankert werden. Bisher ist § 12 UWG als reines Strafantragsdelikt ausgestaltet. Mit dem Ziel einer effektiven Bekämpfung des Schmiergeldunwesens soll künftig auch eine Strafverfolgung von Amts wegen möglich werden, wenn ein besonderes öffentliches Interesse vorliegt.

Bestechlichkeit und Bestechung sollen in den Katalog des § 100 a StPO aufgenommen werden, so daß die Überwachung des Fernmeldeverkehrs und der Einsatz technischer Mittel zulässig sind.

Einschätzung

Korruption als Teilausschnitt der »Kriminalität der Mächtigen« wird vom Gesetzgeber durchaus zutreffend eingeschätzt. Prävention vor Repression innerhalb eines Gesamtkonzeptes erscheint als der gangbare Weg. Die neuen Strafvorschriften sind als abstrakte Gefährdungsdelikte sehr bzw. zu weit im Vorfeldbereich der eigentlichen Rechtsgutsverletzung verankert. Die Erhöhung der Strafrahmen hat eher symbolischen Charakter. Der Gesetzgeber setzt zu hohe (empirisch nicht gesicherte) Erwartungen in die generalpräventive Wirkung. Wenn aber der Gesetzgeber im materiellen Recht mit Vorfeldtatbeständen und eher symbolischen Gesetzen arbeitet, bleiben die erweiterten prozessualen Möglichkeiten der Überwachung des Fernmeldeverkehrs und des Einsatzes technischer Mittel, die ihrerseits nur einen konkretisierten Tatverdacht voraussetzen, rechtsstaatlich problematisch.

Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Sonnen lehrt Strafrecht an der Universität Hamburg und ist Mit-Herausgeber dieser Zeitschrift.

§ 218 SONDERGESETZE

Schlechte Verlierer

Im Mai brachte die bayerische Staatsregierung zwei § 218 – Sondergesetze im Landtag ein, ein Beratungsgesetz und ein sog. Schwangerenhilfegeränzungsgesetz. Letzteres ist in Wahrheit ein Änderungsgesetz, das in Bayern spezialisierte Abtreibungskliniken niedergelassener Ärzte de facto verhindern will.

Monika Frommel

Die Kritik der Presse verengte sich schnell auf das Endlosband: § 218, Zwangsberatung und die Einschüchterung betroffener Frauen. Es scheint frauenpolitisch das brisantere Thema zu sein, so daß es ausgiebig diskutiert wird, während die in meinen Augen sehr viel folgenreichere Zerschaltung des Angebots an ambulanten Abbruchsmöglichkeiten in Bayern nur am Rande erwähnt wird. Eine engmaschige und mit empfindlichen Strafvorschriften des Landesstrafrechts verstärkte repressive Kontrolle niedergelassener »Abtreibungs-Ärzte« (angedroht wird auch Freiheitsstrafe, also ist theoretisch und praktisch ein Haftbefehl durchsetzbar).

Die ungleiche Gewichtung der Themen ist von der Staatsregierung wohl einkalkuliert. Sie bekommt Öffentlichkeit dort, wo sie gewünscht wird, nämlich beim Beratungsgesetz. Denn wie soll eingeschüchtert werden, wenn sich die Drohung mit der (in meinen Augen allerdings eher theoretischen) Verweigerung des Beratungsscheins nicht herumspricht. Das neue Beratungsgesetz soll wohl eher psychologisch und nicht instrumentell (etwa zur gerichtlich überprüfbaren Kontrolle einzelner Beratungsstellen) wirken. Keiner Beraterin kann gekündigt werden, weil sie Schwangere ergebnisoffen berät. Denn vor Gericht würde das Landesgesetz dem Freistaat wenig nutzen, da es erkennbar dem vorrangigen Bundesrecht widerspricht und von den Adressaten bundes-

treu auszulegen ist. Wie das im einzelnen aussieht, wird noch erläutert werden. Jedenfalls ist der Zwang zur Selbstantäußerung bei beiden Beratungen (Beratungsstelle und später beim Arzt) selbst bei wörtlicher Auslegung der jeweiligen Bestimmungen des Landesrechts eher minimal. Eine Frau, die sagt, »mich leiten höchstpersönliche Gründe, über die ich hier nicht nochmals sprechen will, weil ich mich entschieden habe«, hat ihre Pflicht auch nach bayerischer Lesart erfüllt. Die Wiederholung der Debatte erscheint mir daher wie eine rechthaberische Geste notorisch schlechter Verlierer.

Ganz anders sieht es beim vorgeschlagenen Arztrecht aus. Hier ist der Staatsregierung eine kritische Öffentlichkeit wohl eher hinderlich. Sich abzeichnende Kompromisse mit der berufsständischen Vertretung werden hinter verschlossenen Türen stattfinden. Denn auch der bayerischen Landesärztekammer gehen einzelne Bestimmungen (nicht das Ganze) zu weit (so ihre Presseerklärung vom 23. Mai 1996).

Wer beiden Sondergesetzen wirksam begegnen will, sollte also die Schwerpunkte klug setzen. Denn der durch das bayerische Arztrecht (BaySchwHEG) bewußt geschaffene »Standortnachteil Bayern« wird sich insbesondere dann für bayerische Frauen schmerzlich bemerkbar machen, wenn spezialisierte Ärzte ein erhöhtes strafrechtliches Risiko trifft (wobei nicht erst eine Verurteilung, sondern schon

Peter H. Frank **Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater** Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht

Die Diskussion um den Einsatz moderner technischer Mittel im Rahmen der Verbrechensbekämpfung hat die seit jeher existente Problematik des Inhalts und der Reichweite des Rechts am gesprochenen Wort im Strafverfahrensrecht noch deutlicher hervortreten lassen. Mit der Untersuchung »Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht« benennt Peter H. Frank zentrale Anliegen aus dem Themenbereich der Beweisverbote: das Unterscheiden von privater und staatlicher Ermittlungstätigkeit und die Bedeutung der materiellen Rechtswidrigkeit für die prozessuale Verwertbarkeit. Kritisch wird zudem die bisherige Auslegung des § 201 StGB und damit der Einfluß des Rechts am gesprochenen Wort auf das materielle Recht hinterfragt.

1996, 156 S., brosch., 59,- DM, 431,- öS, 53,50 sFr, ISBN 3-7890-4162-9
(Nomos Universitätsschriften – Recht, Unterreihe: Strafrecht in Deutschland und Europa, Bd. 5)

 **NOMOS**

das Ermittlungsverfahren ruinieren kann). Wegen der engmaschigen Kontrolle (die Rechtsfolgen reichen von der Verweigerung der Zahlung aus der Landeskasse bis hin zur Schließung der Praxis und Einleitung eines Strafverfahrens) müssen sie künftig mit unkalkulierbaren persönlichen wie ökonomischen Nachteilen rechnen.

Spielen wir zur Verdeutlichung dieser meiner These einmal folgende Konstellation durch: Eine Schwangere will in der Zwangsbberatung ihre Gründe nicht nennen und erhält – gestützt auf Art. 10 des BaySchwBerG – von einer besonders eifrigen Beratungsstelle die Bescheinigung nicht. Sie läßt sich aber schriftlich bestätigen, warum ihr die Bescheinigung nicht ausgehändigt worden ist. Kein bayrischer Arzt wird es riskieren, den (bundesrechtlich legalen) Eingriff durchzuführen. Nicht weil er meint, der Eingriff wäre materiell gesehen illegal, sondern weil er in Bayern ohnehin schon genug Schwierigkeiten hat. In Hessen aber könnte ein Arzt die bayerische Verweigerung der Bescheinigung (weil die Gründe nicht so, wie verlangt, dargelegt wurden) als Bestätigung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Beratung interpretieren. Er wäre im Recht, da Bundesrecht Landesrecht bricht. Nur in Bayern ist eine solche materielle Betrachtung riskant, da dort ein Arzt, wenn er etwa denunziert wird (wie damals in Memmingen), es möglicherweise mit ideologisch vernagelten Staatsanwälten zu tun haben könnte, die von der Regierung Rückendeckung erhalten. Opportunismus ist langfristig gesehen ein Gut, das nicht zu den knappen, sondern zu den sich immer wieder erneuernden Gütern zählt.

Klären wir abschließend, warum Art 10 Abs.1 des BaySchwBerG – Dr. 13/4962, wonach die Beratungsbescheinigung der Schwangeren ausgehändigt wird, »wenn sie die Gründe mitgeteilt hat, derentwegen ...«, rechtswidrig ist? Hätte der Bundesgesetzgeber – so wie jetzt Bayern – das Prinzip der Ergebnisoffenheit ignoriert und stattdessen nur die Zielorientierung betont, wäre dies ein machtsstrategischer Trick, der die Ambivalenz der Bundesverfassungsge-

richtsentscheidung strategisch ausnutzte, um de facto eine verkappte Indikationenlösung durchzusetzen. Das Bundesgesetz wäre möglicherweise verfassungswidrig (wegen des Verstoßes gegen die informationelle Selbstbestimmung), aber niemand hätte ein Interesse, die § 218-Debatte wieder vor dem BVerfG erneut aufzugreifen. Im Falle einer bundesrechtswidrigen Landesgesetzgebung löst sich in meinen Augen das Ganze als simples Machtspiel auf, vorausgesetzt, die Kritiker agieren selbstbewußt. Ein Normenkontrollantrag (berechtigt wäre etwa ein Drittel aus der Mitte des Bundestages) würde nur noch die Frage der Kompetenz des Landesgesetzgebers überprüfen lassen. Es ginge nicht mehr um Strafrecht, schon gar nicht um § 218, sondern nur noch um Art. 74 GG (konkurrierende Gesetzgebung). Leider wird dieser Punkt in der öffentlichen Debatte weitgehend übersehen oder als bloße Formalie (so selbst Der Spiegel, Kneifall vor dem Kardinal, 25/1996, S. 75) abgetan. Aber im Ergebnis sind sich alle einig: ein Normenkontrollantrag gegen die Beratungsregelungen ist wohl überflüssig. Das restriktive Landesrecht muß bundestreu ausgelegt werden und kann deshalb von allen Betroffenen – folgenlos – ignoriert werden, bis auf den zwar theoretischen, aber zu diskutierenden Grenzfall einer tatsächlich verweigerten Beratungsbescheinigung. Folgenlos wäre dies für die Frau sicher nicht. Denn sie müßte entweder eine andere Beratungsstelle aufsuchen oder zum Eingriff in ein anderes Bundesland fahren. Erst danach kann sie ggf. zivilrechtlich klären lassen, ob sie Schadensersatz verlangen kann.

Abschließend sei nochmals betont: das bayerische Sondergesetz zwingt nicht zu einer neuen § 218-Debatte, sondern nur zu einer Klärung des Satzes: Bundesrecht bricht Landesrecht. Strafrecht gehört zur konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG). Die sog. Schwangerschaftskonfliktberatung ist aus gutem Grund bundesrechtlich abschließend geregelt. Das insoweit vorrangige Bundesgesetz stellt in § 5 Abs.1 das Prinzip der Ergebnisoffenheit in den Vordergrund und hängt die Ziel-

orientierung etwas niedriger. Das Bundesrecht formuliert: es wird »erwartet«, daß Gründe mitgeteilt werden. Wird diese Erwartung enttäuscht, so ist dennoch der Beratungsschein auszustellen. Im Klartext bedeutet dies, daß rein rechtlich gesehen die vorgeschriebene Beratung im Sinne des Bundesgesetzes selbst dann stattgefunden hat, wenn die Bescheinigung – gestützt auf den Wortlaut des insofern rechtswidrigen Landesrechts – verweigert werden sollte (ein Vorgang, mit dem die Staatsregierung auf geduldigem Papier droht, denn diesen Fall gab es bislang auch in Bayern nicht im wirklichen Leben, sondern es wurde immer nur ideologisch mit diesem Grenzfall gedroht). Eigentlich würde es genügen, wenn der Bund (nach der Verabschiedung des Landesgesetzes nach der Sommerpause) erneut bestätigt, was Mitte Mai, also vor der nun vorgelegten offiziellen Fassung, der Bundesjustizminister seinem Kollegen in München bereits mitgeteilt hat, daß nämlich das Landesrecht wegen eines Verstoßes gegen Bundesrecht rechtswidrig und Bayern nicht bundestreu ist. Die bauernschlaue Replik von Herrn Leeb: »... aber das Bundesverfassungsgericht ...«, ist in meinen Augen geschickt, aber falsch, weil das Bundesverfassungsgerichtsurteil sicher nicht das Prinzip der konkurrierenden Gesetzgebung über den Haufen geworfen hat. Offenbar kommt man in Bayern mit Bauernschläue durch. Jedenfalls haben sich die angehörten Verbände bereits »zur Sache« und nicht zur »Zuständigkeit« geäußert. Damit ist das Endlosband wieder eingeleget, das uns alle langweilt, bis auf die Staatsregierung, die noch einmal allen anderen ihren Willen aufzwingt: erneut zu diskutieren, was längst entschieden ist.

Ginge es also »nur« um die Zwangsbberatung, wäre daher zu überlegen, ob man nicht den ersten Fall einer abgelehnten Beratungsbescheinigung abwarten sollte, um dann eine kluge Gegenwehr zu organisieren. Sollte dieser Fall eintreten, möge die Betroffene sich bei der bayerischen Landesgruppe des Deutschen Juristinnenbundes melden. Dort wird qualifizierter Rechtsrat vermittelt. –

Aber selbst wenn man sich beim Beratungsgesetz auf die Strategie der bundestreuen Auslegung zurückzieht und den bayerischen Sonderweg als letztlich lächerlich abtut, so läßt sich der Gang nach Karlsruhe beim Arztrecht wohl nicht vermeiden. Das BaySchwHEG (Dr. 13/4961) greift in das Eigentumsrecht und das Grundrecht auf freie Berufsausübung niedergelassener Ärzte in einer Weise ein, die ihresgleichen sucht. § 13 des 1995 beschlossenen SFHÄndG sieht vor:

(1) »Ein Schwangerschaftsabbruch darf nur in einer Einrichtung vorgenommen werden, in der auch die notwendige Nachbehandlung gewährleistet ist.«

Bis 1992 konnte ein Abbruch in einer (vom Land) nicht zugelassenen Einrichtung nur ordnungsrechtlich, aber nicht strafrechtlich verfolgt werden. 1992 wurde diese Zulassungserfordernis gestrichen. Das bayerische Ergänzungsgesetz setzt sich über diesen gesetzgeberischen Willen hinweg, konstruiert in der Begründung (erkennbar am Bundesrecht vorbei) ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und bewehrt Verstöße gegen dieses Verbot landesstrafrechtlich. Damit ist die alte Rechtslage – verschärft – wiederhergestellt worden. Erlaubt werden sollen in Bayern künftig nur Einrichtungen, die von einem Gynäkologen geführt und die nicht mehr als 25 % Abbrüche vorsehen. Der Verstoß gegen das Bundesrecht ist evident. Denn danach steht es einem Land seit 1992 nicht mehr zu, ambulante Abbrüche generell zu verbieten, es sei denn sie seien landesrechtlich ausnahmsweise erlaubt. Es ist auch nicht zulässig, zwingend die fachärztliche Qualifikation als Gynäkologe zu verlangen und spezifische, im Interesse der Gesundheit der Frauen angemessene Qualifikationen (etwa eine besondere Erfahrung auf diesem Spezialgebiet) zu ignorieren. Aus der Gesetzgebungsgeschichte und der Begründung zum SFHG 1992 ergibt sich eindeutig, daß die Qualifikation nicht formal, sondern material und somit bewußt im Interesse eines optimalen Schutzes der Gesundheit der Frauen ausgestaltet worden ist. Es wurde bewußt auf eine fachärztliche Qualifikati-

on verzichtet. Den »hohen Anforderungen an die personelle, apparative und räumliche Ausstattung« genüge auch ein Arzt/Ärztin, die »über eine entsprechende Qualifikation« verfüge und die einen Narkosearzt/ärztin hinzuziehe (BT Dr. 12/2605 (neu) – Begründung zu Art. 13 SFHG). Da diese Teile des 1992 beschlossenen Gesetzes nicht vor dem BVerfG angegriffen wurden, sind sie 1995 ungeändert übernommen worden, in Kenntnis der Passage im BVerfG-Urteil, die sich spezialisierten Abbruchskliniken gegenüber skeptisch äußert. Mit der unveränderten Neufassung hat der Bund daher 1995 von seinem Recht der insofern vorrangigen Gesetzgebung nach Art. 74

Nr. 19 GG Gebrauch ge-

macht. Die Länder müssen sich an den bundesrechtlichen Rahmen halten. Bayern überschreitet diesen bewußt mit der listigen Begründung, es handele sich um Arztrecht und damit um reine Fragen der Berufsausübung. Dort sei das Land zuständig. In dieser Funktion erfülle Bayern »Regelungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, deren sich der Bundesgesetzgeber nicht angenommen hat« (Landtagsdr. 13/4961 – Vorbemerkung). Diese Kompetenzfrage wird noch einige Probleme aufwerfen. Aber dem Geist des Bundesgesetzes widerspricht das Landesgesetz sicher. Mit der Verabschiedung des unveränderten § 13 SFHÄndG hat der Bund sein gesetzgeberisches Ermessen gebraucht. Er hat die Anregung, nicht den Regelungsauftrag, des BVerfG geprüft und sie verworfen. Es gibt also keine Regelungslücke, die durch Landesrecht gefüllt werden muß. Im einzelnen beschneiden die hohen Zugangsregeln die Grundrechte betroffener Ärzte und Ärztinnen

erheblich und unverhältnismäßig. Man stelle sich vor: rückwirkend wird die auf Abbrüche zugeschnittene Einrichtung und Ausstattung einer Praxis sinnlos, da ein Landesarztrecht vorschreibt, Abbrüche allenfalls gelegentlich neben einer normalen gynäkologischen Praxis vorzunehmen. Zugleich stellt aber das Bundes ebenso wie das Landesrecht so hohe Anforderungen an ambulante Abbrüche, daß sich – rein ökonomisch gesehen – der Aufwand gemessen am wirtschaftlichen Ertrag nur lohnt, wenn sich ein Arzt oder eine Ärztin spezialisiert. Im übrigen kann er oder sie auch nur dann angemessen mit ambivalenten Patientinnen umgehen, wenn

In der Begründung antizipiert der bayerische Gesetzgeber naheliegende Einwände: die strafbewehrte Erlaubnis- und Anzeigepflicht (nicht das Gynäkologenfordernis) solle erst neun Monate nach Inkrafttreten gelten: »Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, daß das Gesetz einerseits auch für bereits 'tätige' Einrichtungen gelten soll – einen Bestandsschutz für solche Einrichtungen im Sinne einer Freistellung von den Bindungen des Gesetzentwurfes ist im Hinblick auf dessen Schutzzweck von Verfassungs wegen nicht geboten – andererseits gebietet das Rechtsstaatsprinzip angemessene Übergangsfristen...«. Mit anderen Worten: rechtsstaatlich vertretbar



sie die entsprechende Routine und Flexibilität haben. Man stelle sich einen Gynäkologen vor, der an einem bestimmten Tag für einen Eingriff einen Narkosearzt bestellt hat und dann merkt, daß die Frau im Grunde das Kind will. Er befindet sich in der – für den Lebensschutz – mißlichen Situation, daß ihn die fehlgeschlagene Planung ökonomisch belastet, während eine spezialisierte Einrichtung sehr viel flexibler reagieren kann.

Das Bundesgesetz ist also nicht nur ein Kompromiß, an den man sich aus formalen Gründen halten soll, sondern in diesem Punkt auch angemessen.

sei es, wenn Grundrechte erst nach neun Monaten versagt werden. Die Länge der Frist wurde offenbar vom Klapperstorch als Sachverständigem geraten. Wie auch immer: bei diesem Gesetz wird sich ein Gang nach Karlsruhe nicht vermeiden lassen. Da es um die Grundrechte niedergelassener Ärzte und Ärztinnen geht, ist nicht der 2. Senat, sondern der 1. Senat zuständig. Das Publikum kann gespannt sein.

*Prof. Dr. Monika Frommel
ist Direktorin des Instituts für
Kriminologie an der Universität
Kiel und Mit-Herausgeberin
dieser Zeitschrift.*