

Nur ja heißt ja! Änderung des Sexualstrafrechts in der Ukraine

Die Ausgangslage

Am 11. Januar 2019 trat in der Ukraine eine Änderung des Sexualstrafrechts in Kraft, dergemäß Geschlechtsverkehr bzw. ähnliche sexuelle Handlungen nur dann legal sind, wenn beide Partner im Vorhinein ausdrücklich zugestimmt haben.

Das wirft aus deutscher Sicht natürlich Fragen hinsichtlich des Auslieferungs- und Vollstreckungshilfeverkehrs mit der Ukraine auf. Denn diese Arten der Rechtshilfe sind im allgemeinen nur zulässig, soweit die zu Grunde liegende Tat nicht nur im um Rechtshilfe ersuchenden, sondern auch im ersuchten Staat strafbar ist (Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit).

Das deutsche Sexualstrafrecht

Weshalb könnten sich im Hinblick auf die beiderseitige Strafbarkeit nach der Einführung der „Nur ja heißt ja“-Regelung in der Ukraine nun Probleme ergeben?

Der Grund dafür liegt darin, dass das deutsche Sexualstrafrecht, von einem Ausnahmefall abgesehen, vom Grundsatz „Nein heißt Nein“ geprägt ist (Laue, § 177 Rn. 2a).

Anders ausgedrückt könnte man auch sagen, dass in der Ukraine sexuelle Handlungen *ohne* den Willen der Beteiligten, in Deutschland aber lediglich *gegen* den Willen der Beteiligten verboten sind.

Ausnahmsweise muss aber auch nach deutschem Recht die Zustimmung eingeholt werden, und zwar im Fall, dass das Opfer in Folge seines körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung seines Willens erheblich eingeschränkt ist (§ 177 II Nr. 2 StGB).

Das rechtshilferechtliche Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit

Wie wirkt sich nun aber das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit aus?

Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es am besten, konkrete Fallgestaltungen zu betrachten.

Überstellung eines in der Ukraine verurteilten deutschen Staatsbürgers

Der Deutsche D wird in der Ukraine wegen Vergewaltigung zu einer Haftstrafe verurteilt, weil er dort mit einer anderen Person ohne deren explizit erklärte Zustimmung den Beischlaf oder eine ähnliche sexuelle Handlung ausgeführt hat. Nach den Maßstäben des deutschen Strafrechts liegt aber keine Straftat vor, denn das „Opfer“ wies weder einen entgegenstehenden Willen auf (vgl. § 177 I StGB) noch war seine Fähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, eingeschränkt (vgl. § 177 II StGB). Es fehlte eben lediglich eine ausdrückliche Zustimmung, was

aber, wie oben dargelegt, für die deutsche Konzeption des sexuellen Übergriffs bzw. der Vergewaltigung irrelevant ist.

Da er dort keinerlei Bindungen hat und auch die Sprache nicht beherrscht, äußert D den Wunsch, die Haftstrafe nicht in der Ukraine, sondern in Deutschland verbüßen zu dürfen. Deutschland ersucht daraufhin die Ukraine um Überstellung des D (Die Initiative des Vollstreckungsstaats wird durch Art. 2 III ÜberstÜbk, zu diesem Übereinkommen gleich mehr, ermöglicht).

Ist das möglich?

Rechtsgrundlage für die Vollstreckungshilfe zwischen der Ukraine und Deutschland ist primär das multilaterale Überstellungsübereinkommen vom 21. März 1983, dem neben Mitgliedstaaten des Europarats auch mehrere außereuropäische Länder angehören.

Art. 3 I lit. e) ÜberstÜbk sieht vor, dass eine verurteilte Person überstellt werden kann, wenn die Tat, wegen der sie im Urteilsstaat (hier: Ukraine) verurteilt wurde, auch im Vollstreckungsstaat (hier: Deutschland) eine Straftat darstellen würde. Damit beginnen aber gerade die Probleme, denn, wie bereits erwähnt, hat D keinen deutschen Straftatbestand verwirklicht.

Muss D. seine Hoffnung auf Überstellung nach Deutschland also aufgeben? Nicht unbedingt.

Denn für einen solchen und ähnlich gelagerte Fälle hat der deutsche Gesetzgeber vor kurzem Vorkehrungen getroffen.

§ 49 III IRG läßt eine Vollstreckungsübernahme nunmehr auch dann zu, wenn eine Person mit deutscher Staatsangehörigkeit im Ausland zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde und die Tat nach deutschem Recht *nicht* strafbar wäre. Es wird also ausnahmsweise auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet.

So weit, so gut für D.

Allerdings besteht in Gestalt des § 1 III IRG möglicherweise ein weiteres Hindernis hinsichtlich seiner Überstellung. Denn diese Norm erklärt völkervertragsrechtliche Regelungen, soweit sie unmittelbar anwendbares deutsches Recht geworden sind (siehe dazu Art. 59 II GG), für vorrangig gegenüber dem IRG.

Als so eindeutig, wie es der Wortlaut des § 1 III IRG auf den ersten Blick suggeriert, erweist sich die Rechtslage dann aber doch nicht.

Der Vorrang der völkervertragsrechtlichen Regelung kommt nämlich nur dann zum Zug, wenn diese Regelung als abschließend verstanden werden muss (*Vogel*, § 1 IRG Rn. 26, 1. Lfg. Sept. 2007).

Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, ob die in Art. 3 I lit. e) ÜberstÜbk geforderte beiderseitige Strafbarkeit eine abschließende Regelung darstellt, jedoch wohl nicht.

Warum könnte man diese Ansicht vertreten?

Erstens, weil hier gerade das Problem im Raum steht, ob Deutschland berechtigt ist, die Ukraine um die Überstellung des Verurteilten, also des D, zu bitten. Deutschland nimmt in dieser Konstellation demnach die Rolle des ersuchenden Staats ein.

Art. 3 I lit. e) ÜberstÜbk statuiert insoweit ein Mindestrecht des ersuchenden Staats, hier wie gesagt Deutschlands, wobei das Recht darin besteht, dass *zumindest* bei Vorliegen beiderseitiger Strafbarkeit um eine Überstellung zum Zweck der Strafvollstreckung ersucht werden kann.

Die logische Schlussfolgerung daraus ist, dass auch beim Fehlen dieser Voraussetzung um die Überstellung gebeten werden darf. Aus Sicht des ersuchten Staates, hier der Ukraine, besteht dann aber eben gerade keine Pflicht, der Bitte nachzukommen (vgl. *Vogel*, § 1 IRG Rn. 25, 1.Lfg. Sept. 2007).

Aber wie gesagt stellt Art. 3 I lit. e) ÜberstÜbk keinen Hinderungsgrund dafür dar, dass Deutschland, von der in § 49 III IRG enthaltenen innerstaatlichen Ermächtigung, auch bei fehlender Strafbarkeit nach deutschem Recht eine Vollstreckungsübernahme anzustreben, Gebrauch macht.

Zweitens muss neben dem soeben angesprochenen zwischenstaatlichen Verhältnis auch die Rechtsstellung des betroffenen Individuums, also des D., bedacht werden (Subjektstellung der verfolgten Person, *Ambos/Poschadel*, 1.Hauptteil, Teil 1, Rn. 21) und zwar in folgender Hinsicht:

Grundsätzlich gehen, wie gesagt, Rechtshilfeverträge den Regelungen des IRG vor (§1 III IRG).

Würde mit D. nun auf Grundlage des § 49 III IRG (Vollstreckungsübernahme auch ohne Strafbarkeit nach deutschem Recht) und eben nicht auf Grundlage des Art. 3 I lit. e) ÜberstÜbk (Strafbarkeit nicht nur nach ukrainischem, sondern nach deutschem Recht erforderlich) verfahren werden, wäre dies auf den ersten Blick als willkürlich zu beurteilen, denn Art. 20 III GG bindet ja die Exekutive und die Judikative an Gesetz und Recht, und das Überstellungsübereinkommen hat gem. Art 59 II GG Gesetzesrang.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Anwendung des § 49 III IRG zu keiner Beeinträchtigung der subjektiven Rechte des D führen würde. Denn eine Vollstreckungsübernahme trotz des Fehlens beiderseitiger Strafbarkeit setzt einen entsprechenden Antrag der verurteilten Person voraus (§ 49 III 1 a.E. IRG). Somit kann D also selbst darüber entscheiden, ob er unter Umgehung des in Art. 3 I lit. e) ÜberstÜbk trotz Fehlens der beiderseitigen Strafbarkeit möglicherweise zur Strafvollstreckung nach Deutschland überstellt wird.

Die grundsätzliche Problematik eines individuellen Verzichts auf ein objektives Recht wie das in Art. 20 III GG verankerte Gebot der Rechtsstaatlichkeit sollte gerade im Anwendungsbereich des § 49 III IRG nicht überbetont werden.

Denn der Gesetzgeber wollte bewußt von „Grundmaximen des deutschen Vollstreckungshilferechts“ abweichen, um die „Interessen des Betroffenen“ zur Geltung zu bringen und damit der „Fürsorgepflicht des deutschen Staates gegenüber seinen Staatsbürgern“ nachzukommen (*Meyer/Hüttemann*, S.777 f). Damit bestehen unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses zwischen der deutschen Staatsgewalt und dem betroffenen Individuum, d.h. der zu überstellenden Person, also keine Bedenken dagegen, § 49 III IRG auch im vertraglich geregelten Vollstreckungshilfeverkehr anzuwenden.

Dasselbe gilt, wie oben bereits dargelegt, zumindest im Falle des Überstellungsübereinkommens auch im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat, da hier die Vollstreckungshilfe fakultativ ausgestaltet ist (Art. 3 I ÜberstÜbk: „kann“) und es dem *ersuchten* ausländischen Staat folglich freisteht, über die Mindestpflicht zur Überstellung bei beiderseitiger Strafbarkeit im Sinne des § 49 III IRG hinauszugehen.

Fazit: Deutschland ist berechtigt, die Ukraine um Überstellung des D zu bitten.

Fortsetzung folgt, vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwalt Sven Ringhof, 29.Januar 2019

Literatur, Abkürzungen

Ambos/Poschadel in *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilferecht in Strafsachen, 1.Aufl., 2015

GG Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

IRG Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl. I S.1537)

Laue, Christian, in *Dölling/Duttge/König/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, 4.Aufl., 2017

Meyer, Frank/Hüttemann, Suzan Denise, Die Vollstreckung ausländischer freiheitsentziehender Strafurteile über das innerstaatliche Höchstmaß hinaus - eine kritische Analyse des § 54a IRG, ZIS 11/2016, S. 777- 787 (Anm.: Der zitierte Artikel widmet sich mit § 54a IRG einem anderen Teilaspekt des Spannungsfelds zwischen traditionellen deutschen Rechtshilfekzepten einerseits und den humanitären Interessen im Ausland verurteilter deutscher Staatsbürger andererseits, wobei die zitierten Gedanken jedoch für § 49 III IRG genauso Gültigkeit besitzen.)

ÜberstÜbk Überstellungsübereinkommen vom 21.März 1983 (BGBl. II S.98)

Vogel, Joachim, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Internationaler Rechtshilfeverkehr
in Strafsachen

§ 49 III 1 a.E. IRG. § 49 Absatz 3 Satz 1 am Ende (des Satzes)