

Strafbare Beteiligung an Sexualdelikten gehorsamspflichtiger Kleriker Zugleich eine kritische Betrachtung des Kölner Gercke-Gutachtens

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Was die Überschrift als den Schwerpunkt andeutet, ist genauer gesagt die Frage strafbarer Beihilfe, durch aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen, begangen vom Bischof oder anderen Personen im Bistum, die dem jeweils sexuell übergriffenen Priester Weisungen erteilen können. Das Gercke-Gutachten, erstattet von Kölner Anwälten, hat die Frage nahezu gänzlich verneint. Die Gutachter prüfen unter verschiedenen Gesichtspunkten, ob strafbare Beteiligung in Frage kommt, präsentieren aber Punkt für Punkt ein negatives Ergebnis, was erkennbar beabsichtigt war. Die Begründungen, die die Resultate tragen sollen, sind in erschütterndem Ausmaß fehlerhaft. Dies deckt der vorliegende Beitrag auf. Sein eigenes Ergebnis lautet in der Hauptsache: Es ist durchaus realistisch, dass ein Bischof sich als Gehilfe strafbar beteiligt an Sexualdelikten gehorsamspflichtiger Kleriker. Solche Beihilfe wird auch tatsächlich vielfach geleistet, sogar durch aktives Tun, vor allem aber durch Unterlassen. Bestraft worden ist sie bislang noch niemals.

I. Einführung

Unter Federführung des Strafverteidigers und Honorarprofessors der Universität zu Köln Björn Gercke hat die Strafverteidigerkanzlei Gercke/Wollschläger das Missbrauchsgeschehen im Kölner Bistum rechtlich begutachtet.¹ Beraten wurden die Gutachter dabei von einem Münchener Kollegen, dem Strafrechtsprofessor Mark Zöllner. Die in der Presse als „Gercke-Gutachten“ firmierende Expertise hat einige Wellen geschlagen, weil sie zahlreiche kirchenrechtliche Verfehlungen von Bischöfen, Vikaren und anderen Kirchenverantwortlichen herausgearbeitet hat. Dies in quantitativer Übertrumpfung des zuvor von einer Münchener Kanzlei vorgelegten und von Erzbischof Woelki zunächst nicht veröffentlichten Gutachtens.²

Fürs staatliche Recht jedoch bescheinigt das Gercke-Gutachten den Kirchenverantwortlichen, dass sie keine strafbewehrte Pflicht verletzt haben. Insbesondere geht es dabei um aktive Beihilfe und um Beihilfe durch Unterlassen der Verantwortlichen an den Sexualstraftaten der – meist klerikalen – unmittelbaren Täter. Von den fast 900 Seiten des Gutachtens entfallen auf diese strafrechtliche Problematik ganze zwanzig (S. 146–166). Auf die betreffenden Ausführungen im Gutach-

ten aufmerksam gemacht haben mich Scheinfeld/Gade/Roßmüller mit ihrem kritischen Beitrag in der ZEIT-Beilage Christ & Welt.³ Sie rügen insoweit das Gutachten besonders scharf: Es ziehe „die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur selektiv heran“ und es enthalte insgesamt „viele Merkmale eines Gefälligkeitsgutachtens“. Zur vollkommen entgegengesetzten Bewertung kommt Zöllners Fakultätskollege, der Münchener Kriminologe Heinz Schöch, der im Auftrag des Bistums geprüft hat, „inwieweit in dem Gutachten [...] die methodischen Standards der rechtswissenschaftlichen Begutachtung [...] eingehalten worden sind“.⁴ Diese Standards eingehalten zu haben, bescheinigt der Obergutachter Schöch dem Gercke-Gutachten auch für den das staatliche Strafrecht betreffenden Teil. Zudem komme es in seiner Bestimmung des strafrechtlichen Maßstabs „zu durchweg richtigen Ergebnissen“.⁵

Die beiden krass gegensätzlichen Beurteilungen geben Anlass, die Problematik der Beteiligung der Leitungsverantwortlichen eines Bistums näher zu betrachten. Hauptsächlich geht es um die Frage, inwieweit ein Bischof „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“ (§ 13 Abs. 1 StGB), hier also dafür, dass ein ihm gehorsamspflichtiger Priester oder ein anderer Untergebener keinen sexuellen Missbrauch oder Übergriff verübt (vgl. §§ 176, 177 StGB). Ferner will ich klären, ob die Kölner Gutachter ihren Auftrag erfüllt und den Umgang mit Missbrauchsfällen im Erzbistum Köln nach wissenschaftlichen Maßstäben korrekt am staatlichen Recht gemessen haben. Dies hatte auch Schöch in seinem methodischen Obergutachten zu prüfen.

II. Pflichten des Rechtsgutachters

Der Gutachtauftrag des Bistums sah nämlich für die Kanzlei Gercke/Wollschläger sehr deutlich vor, den „Umgang mit Fällen sexuellen Missbrauchs“ dahingehend zu „evaluieren, ob die Vorgehensweise der damaligen Diözesanverantwortlichen im Einklang mit den insoweit bestehenden Vorgaben des kirchlichen und des staatlichen Rechts und/oder dem kirchlichen Selbstverständnis stand bzw. steht“.⁶ Offenkundig ist die Würdigung des Umgangs mit Missbrauchsfällen nach staatlichem Recht in puncto Verantwortlichkeit der Leitungspersonen des Erzbistums der bedeutsamste Teil des Gutachtens. Wie man weiß, geht der Papst sehr milde um mit Bischöfen,

¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger, Pflichtverletzungen von Diözesanverantwortlichen des Erzbistums Köln im Umgang mit Fällen sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen und Schutzbefohlenen durch Kleriker oder sonstige pastorale Mitarbeitende des Erzbistums Köln im Zeitraum von 1975 bis 2018 – Verantwortlichkeiten, Ursachen und Handlungsempfehlungen, 2021, 895 S., abrufbar unter <https://www.erzbistum-koeln.de/news/Unabhaengige-Untersuchung-jetzt-online-einsehbar/> (17.1.2023).

² Schöch, Exemplarischer Vergleich des Münchener Gutachtens (WSW) vom 1.10.2020 und des Kölner Gutachtens (GW) vom 18.3.2021, S. 9.

³ Scheinfeld/Gade/Roßmüller, ZEIT, Beilage Christ & Welt v. 2.6.2021, S. 4, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2021/23/erzbistum-koeln-bjoern-gercke-gutachten-missbrauch-kardinal-woelki> (17.1.2023).

⁴ Schöch, Gutachten zu Fragen der Einhaltung methodischer Standards aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht, 15.3.2021, abrufbar unter <https://www.erzbistum-koeln.de/news/Unabhaengige-Untersuchung-jetzt-online-einsehbar/> (17.1.2023).

⁵ Schöch (Fn. 4), S. 10.

⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 1 (Hervorhebung nur hier).

die sich ihrerseits im Umgang mit Missbrauchsfällen fehlerhaft verhalten haben. Ernsthafte Konsequenzen müssen Bischöfe und Bistümer nur vom weltlichen Recht fürchten. Deshalb schaut auch die Öffentlichkeit in erster Linie auf Gutachten- teile und sonstige Stellungnahmen, die insoweit Aussagen machen.⁷ Ich habe mich umgehört und unter den Befragten niemanden gefunden, der wissen will, wie das problematische Verhalten von Bischöfen nach kanonischem Recht zu beurteilen ist und ob ihnen kirchenrechtliche Sanktionen drohen wie Exkommunikation, Klosterhaft, Auferlegung einer Bußwallfahrt oder eine päpstlich angeordnete „Auszeit“. Vielmehr fragt man, was das *weltliche* Strafrecht, aber auch das strenge Haftungsregime des Zivilrechts ergeben: Begehen die betreffenden Personen Unrecht? Kommen sogar Freiheitsstrafen ernsthaft in Betracht? Haben die Opfer Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld gegen den Bischof oder das Bistum? Darüber will informiert werden, wer *Gerckes* Gutachten zur Hand nimmt.

Und was ist von diesem Gutachten noch zu fordern? Es muss zum einen den rechtswissenschaftlichen Standards genügen und zum anderen den Zweck des Auftrags erfüllen. Der Gutachtauftrag des Erzbistums Köln verstand sich als Teil der Aufklärungsarbeit im Bistum, das Missbrauchsgutachten sollte der Gesellschaft zeigen, dass das Erzbistum umfassend jedwedes Fehlverhalten nicht nur kirchenrechtlich, sondern auch nach den für alle geltenden Rechtsregeln aufdecken entschlossen ist. Diesen Zweck kann das Gutachten von vornherein nur erfüllen, wenn es das praktizierte Recht zugrunde legt. Für das Gercke-Gutachten ist deshalb insbesondere relevant, wie die Obergerichte das „staatliche Recht“ konkretisieren. Dies bringen die Kölner Gutachter selbst zum Ausdruck, wenn sie sich bei der abstrakten Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme an „der für die Strafverfolgungspraxis maßgeblichen Rechtsprechung“ orientieren.⁸

Damit sachlich übereinstimmend orientiert sich *Schöch* in seinem Obergutachten plausibel am Rechtsgedanken des § 839a BGB, bestimmt so seinen eigenen Prüfmaßstab und zugleich, wann ein Gutachten unrichtig ist: „Das ist dann der Fall, wenn das Gutachten aufgrund fehlerhafter Befunderhebung von einem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgeht oder wenn die aus den Tatsachen abgeleiteten rechtlichen Schlussfolgerungen falsch sind. [...] Abweichungen von der obergerichtlichen Rechtsprechung oder einer herrschenden Meinung in der Literatur sind deutlich zu machen.“⁹

⁷ Siehe nur *Florin*, Deutschlandfunk v. 2.3.2022, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/missbrauch-katholische-kirche-100.html> (17.1.2023);

Wawatschek/Neumeier, BR24 v. 25.1.2022, abrufbar unter <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/heilige-scheu-justiz-zurueckhaltend-bei-sexuellem-missbrauch,SvRwNC2> (17.1.2023);

Rath, ZEIT, Beilage Christ & Welt v. 20.9.2021, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2021/38/strafverfolgung-bischoefe-katholische-kirche-justiz> (17.1.2023).

⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 152.

⁹ *Schöch* (Fn. 4), S. 3.

Schauen wir, was herauskommt, wenn man das Gercke-Gutachten nach diesen Vorgaben durchsieht, und ob es die objektive Rechtslage richtig erfasst!

III. Die Rechtslage in kritischer Würdigung des Gercke-Gutachtens

1. Aktive Beihilfe

Die Gutachter wenden sich, bezogen auf das weltliche Strafrecht, der Frage zu, ob die Leitungspersonen des Bistums wegen aktiver Beihilfe zu Sexualstraftaten ihrer Kleriker oder sonstigen pastoral Mitarbeitenden verantwortlich sind (S. 143, 146 ff.). Bereits eingangs erfährt der Leser, dass „die Gutachter bei der Auswertung der zur Verfügung gestellten Aktenvorgänge jedoch keinerlei Anhaltspunkte für eine aktive Beteiligung von Verantwortungsträgern an einzelnen Missbrauchstaten erkennen konnten“, weshalb „lediglich ein kursorischer Überblick über die Voraussetzungen einer aktiven Tatbeteiligung“ gegeben werde (S. 143). Im Folgenden wird dann allerlei Lehrbuchwissen ausgebreitet und auf dieser Grundlage die Rechtsprechung dargelegt. Eine denkbare konkrete Handlung eines Kirchenverantwortlichen wird jedoch nicht genannt, die Ausführungen bleiben ganz im Abstrakten. Unter der Überschrift „Übertragung auf eine aktive Beteiligung an Sexualstraftaten“ wird schließlich knapp und zusammenfassend betont, dass ein Gehilfe an einer Missbrauchstat zumindest bedingten Vorsatz haben müsse und dass reines Dulden der Haupttat nicht für eine strafbare aktive Beihilfe hinreiche.

Was an dieser Stelle fehlt und was den Leser irritiert, ist der Umstand, dass die Gutachter nicht eine einzige (hypothetische) Verhaltensweise eines Verantwortungsträgers daraufhin prüfen, ob darin eine strafbare Beihilfe zu sehen sein könnte. Es wird vielmehr der Eindruck erweckt, dass eine aktive Beihilfe der Verantwortungsträger bezogen auf die üblichen Abläufe im Bistum generell und ausnahmslos ausscheide. Nicht behandelt wird vor allem die Fallgruppe, dass ein Bischof den als Sexualstraftäter erkannten Kleriker schlicht in eine andere Gemeinde versetzt und dort weiter als Priester einsetzt, wo er wieder mit Kindern und Jugendlichen arbeitet und weitere Taten begeht.¹⁰ Dabei waren solche Verfehlungen von Bischöfen auch 2020 schon längst aus der Presse bekannt.¹¹ Die Auslassung im Gutachten verwundert auch deshalb, weil in der von den Kölner Gutachtern mehrfach zitierten Kommentierung von *Joecks/Scheinfeld* für solche Fälle ausdrücklich eine Beihilfestrafbarkeit in Betracht

¹⁰ Zutreffend gerügt schon von *Scheinfeld/Gade/Rößmüller* (Fn. 3).

¹¹ Vgl. nur *Rösmann*, FAZ v. 7.9.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/missbrauchsverdacht-priester-in-ruhestand-geschickt-16372572.html> (17.1.2023); *Spiegel* v. 27.11.2018, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/missbrauch-in-der-katholischen-kirche-paedophiler-priester-versetzt-neuer-missbrauch-a-1240753.html> (17.1.2023).

gezogen wird.¹² Obendrein ist ein solcher Fall aus der Rechtsverfolgungspraxis in einem öffentlich zugänglichen Missbrauchsgutachten zum Bistum Aachen genannt, das die Kölner Gutachter in ihrer Einleitung neben anderen auflisten (S. 12).¹³ In dem Aachener Gutachten liest man auch, dass die Staatsanwaltschaft Kassel seinerzeit sogar ermittelt hat gegen den Fuldaer Bischof wegen aktiver Beihilfe zu Sexualstrafen eines zuvor vom Bischof versetzten Priesters.¹⁴ Auch ist im kirchenrechtlichen Teil des Gercke-Gutachtens die Versetzung eines auffällig gewordenen Priesters mehrfach berücksichtigt: Insbesondere sei das schlichte Versetzen, weil bloße Verlagerung des Problems, als Reaktion nicht ausreichend;¹⁵ es bestehe bei einer Versetzung die Pflicht zum Informieren der Verantwortlichen der neuen Gemeinde;¹⁶ es sei nach den Handlungsempfehlungen der Gutachter vor wichtigen Personalentscheidungen wie Beförderung oder Versetzung Auskunft bei der Interventionsstelle einzuholen;¹⁷ und es wurde ferner, sagt das Gutachten, die Versetzung im Erzbistum Köln stets vom Bischof entschieden und verfügt.¹⁸ Die Gutachter hatten also durchaus vor Augen, dass den – mit Leitungsgewalt ausgestatteten – Bischof beim Versetzen eines Klerikers bestimmte (ethische) Pflichten zur Vermeidung neuer Sexualstraftaten treffen. Dennoch mündet dieses Wissen nicht in die konkrete Prüfung der aktiven Beihilfe.

Vollends ins Staunen über die Auslassung gerät, wer erfährt, dass Erzbischof Woelki den federführenden Gutachter *Björn Gercke* eindringlich gebeten hatte, die Verantwortlichkeiten im Fall des Priesters Adamek zu klären, der, obwohl wegen Sexualstraftaten verurteilt, nach Haftverbüßung in mehreren Bistümern in der Seelsorge eingesetzt worden war:¹⁹ „Ohne dem Gutachten von Prof. Dr. Björn Gercke vorzugreifen“, sagte Woelki seinerzeit, „muss jedem klar sein, dass der wiederholte Einsatz eines verurteilten Straftäters absolut unverantwortlich war. Der gesamte Umgang mit Pfarrer A ist eine jahrzehntelange Aneinanderreihung schwerer Fehler. Und dafür müssen Personen damals verantwortlich gewesen sein, die herausgefunden und benannt werden müssen. Ich

habe Herrn Prof. Dr. Gercke gerade im Rahmen der gebotenen Zurückhaltung gebeten, die Frage der Verantwortung insbesondere in diesem Fall zu klären.“²⁰ Der Auftraggeber, Erzbischof Woelki, hatte als juristischer Laie klar vor Augen, dass das Einsetzen eines verurteilten Straftäters als Priester eine Verantwortlichkeit ergeben muss, und er wies den Gutachter auf diesen Fall und damit auf diese Gattung von Fällen besonders hin. Der juristisch versierte Gutachter *Gercke*, seine Mitgutachter und der Berater *Zöller* aber behandeln diese Fallgruppe im Gutachten nicht unter dem Aspekt der aktiven Beihilfe. Wohl hingegen erwähnen sie das Einsetzen einer auffällig gewordenen Person (in der Kinder- und Jugendarbeit) als ein pflichtwidriges Vorverhalten, das eine Ingerenzgarantenstellung auslösen könne (aber nur ab Geltung der Leitlinien von 2003).²¹ Das erneute Einsetzen des als Sexualstraftäter bekannten Priesters erkennen die Kölner Gutachter als pflichtwidrig, die darin steckende aktive Hilfeleistung zu neuen Missbrauchstaten wollen sie nicht gesehen haben.

Dass die Gutachter die Fallgruppe des Versetzens und Einsetzens des auffällig gewordenen Priesters bei der aktiven Beihilfe nicht erwähnen, ist ein handfester Mangel. Er untergräbt, wie alle Mängel bei der Bestimmung der rechtlichen Vorgaben, das Vertrauen in die richtige und vollständige Tatsachenerhebung im Gutachten. Denn es droht, dass die Gutachter die Tatsachen nicht mit Blick auf den richtigen Maßstab erhoben und nicht alles Relevante benannt haben.²² Es droht also im Sinne des Obergutachters *Schöch*, dass das Gercke-Gutachten, bezogen auf die aktive Beihilfe, von einer „fehlerhaften Befunderhebung“ aufgrund eines „unvollständigen Sachverhalts“ ausgeht.²³

Was der Strafbarkeit eines Bischofs wegen aktiver Beihilfe wohl auch entgegenstehen soll, ist das Fehlen eines Vorsatzes. Von den Gutachtern wird dies eher suggeriert als ausdrücklich gesagt.²⁴ Deutlicher ist da *Schöch* in seinem Methodengutachten: „Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zu den weiteren Straftaten scheidet aus, da ein Unterstützungsvorsatz nicht fingiert werden darf.“²⁵ Man braucht aber nicht viel Phantasie, um sich Konstellationen vorzustellen, in denen der Vorsatz nicht fingiert werden muss, sondern schlicht vorliegt: „Dies etwa dann, wenn der verantwortliche Amtsträger den betreffenden Priester zu einer neuen Dienststelle versetzt, womit ihm

¹² *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 101, wo zudem verwiesen wird auf *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 52.

¹³ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München, Sexueller Missbrauch Minderjähriger und erwachsener Schutzbefohlener durch Kleriker im Bereich des Bistums Aachen im Zeitraum 1965 bis 2019, Jahr 2020, S. 112.

¹⁴ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München (Fn. 13). Das Verfahren wurde dann wegen geringer Schuld eingestellt, unter anderem, „weil die Bistumsleitung versprochen habe, ähnliche Fälle künftig unmöglich zu machen“.

¹⁵ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München (Fn. 13), S. 303, 319.

¹⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 196, 305.

¹⁷ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 784.

¹⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 231.

¹⁹ Siehe den Aktenvorgang 13 im Gercke-Gutachten, Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 452–480.

²⁰ Domradio.de v. 19.11.2020 (*Hervorhebungen* nur hier), abrufbar unter <https://www.domradio.de/artikel/es-ist-verheimlicht-warden-kardinal-woelki-sieht-fehler-umgang-mit-missbrauchsfall> (17.1.2023).

²¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 165 f.; zur Ingerenz siehe noch unten 2. a) bb).

²² Vgl. bei *Scheinfeld*, Mitteilungen und Informationen zur Zeit (MIZ) 1/2022, abrufbar unter [Aufarbeitung innerkirchlichen Missbrauchs – Materialien und Informationen zur Zeit \(miz-online.de\)](#)

²³ Siehe oben vor Fn. 4.

²⁴ Siehe im Gercke-Gutachten (Fn. 1), S. 148, die blasse Kennzeichnung unter der Überschrift „Übertragung auf eine aktive Beihilfe an Sexualdelikten“.

²⁵ *Schöch* (Fn. 4), S. 5.

dann erneut unbeaufsichtigter Umgang mit Minderjährigen ermöglicht wird. Bei Schaffung einer solch gefahrgeneigten Situation muss im Einzelfall davon ausgegangen werden, dass es zu weiteren Sexualdelikten kommt. Dies gilt vor allem, wenn der Priester bereits mehrfach zum Täter geworden ist und gerade deshalb ein weiteres Versetzen nötig wird; dann handelt es sich um einen ‚erkennbar Tatgeneigten‘.²⁶ Im Einzelfall wird ein etwaiges Vertrauen des Bischofs auf den guten Ausgang mangels Tatsachenfundiertheit nur als Gottvertrauen²⁷ und als ein vages Hoffen angesehen werden können, was der Annahme des von der Rechtsprechung geforderten Billigenden-in-Kauf-Nehmens der Haupttatbegehung sowie der Vorsatzbejahung auch bei höchst unerwünschten Folgen nicht entgegensteht.²⁸ So muss es die Staatsanwaltschaft Kassel gesehen haben, als sie gegen den damaligen Fuldaer Bischof ermittelte und im Versetzen des Priesters eine aktive Beihilfe erblickte.²⁹ Man kann es kaum fassen, dass das Kölner Gutachten darauf nicht eingeht. „So fühlt man Absicht und man ist verstimmt.“

Schließlich kommt für das Versetzen des auffällig gewordenen Priesters auch bei Fehlen des Vorsatzes ein weiteres Delikt in Betracht, die aktive fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB).³⁰ Zum Beispiel kann ein Bischof durch Einsetzung eines gefährlichen Priesters vorhersehbar ‚verursachen‘ (vgl. § 229 StGB), dass dieser kindliche Opfer beim sexuellen Übergriff schmerzhaft anpackt oder sogar brutal penetriert. Die Gutachter bedenken lediglich (allgemein) eine fahrlässige Körperverletzung begangen durch das Nichteingreifen des Bischofs.³¹ Warum sie dann aber für das aktive Versetzen oder Einsetzen die fahrlässige Körperverletzung nicht erwähnen, ist unerfindlich.

Dass die Fallgruppe (schlichtes Versetzen oder Einsetzen des Sexualstraftäters) nicht im Gutachten behandelt wird, weckt insgesamt Zweifel, ob die Gutachter die ‚erforderliche

Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB) gewahrt haben. Sie haben sich monatelang mit dem Missbrauchsgeschehen im Bistum Köln beschäftigt. Warum haben sie dennoch diese bekannte, im Gutachten mehrfach berücksichtigte, das Volk besonders empörende und für Bischöfe zentrale Fehlverhaltensweise nicht betrachtet? Das Gutachten liest sich in dieser Passage wie eine mangelhafte Hausarbeit aus studentischer Feder: Lange Ausführungen und viele Nachweise bei Banalitäten und Definitionen, aber kaum etwas an Begründung und Nachweisen, wo es ‚ans Eingemachte‘ geht. Vor allem bleiben sich aufdrängende Aspekte und dezidierte Gegenansichten unerwähnt.³²

2. Beihilfe durch Unterlassen

Deutlich größeren Begründungsaufwand betreiben die Kölner Gutachter zur weitgehenden Verneinung auch einer strafbaren Beihilfe durch Unterlassen, das heißt, sie fragen nach der rechtlichen Einstandspflicht der Verantwortungsträger im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB (Garantenpflicht): Trifft insbesondere die Bischöfe als Verantwortungsträger des Bistums eine strafbewehrte Pflicht, vermeidbare Missbrauchstaten der ihrem Bistum angehörigen Kleriker zu verhindern? Die Gutachter folgen für ihre Antwort der gängigen Unterscheidung zwischen Überwacher- und Beschützergaranten.

a) Überwachergarantenstellung

Dem Vorliegen einer Überwachergarantenstellung der kirchlichen Leitungspersonen gehen die Kölner Gutachter sodann unter zwei Gesichtspunkten nach. Zum einen erwägen sie eine Geschäftsherrenhaftung, zum andern eine Ingerenzgarantenstellung.

aa) Geschäftsherrenhaftung

Die grundsätzliche Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Geschäftsherrenhaftung auf die Bistümer und Kirchenverantwortlichen bejaht das Gercke-Gutachten.³³ Eine Zuschreibung einer Überwachergarantenstellung des Geschäftsherrn, womit der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit ausnahmsweise durchbrochen werde, halten die Gutachter sodann in abstracto unter zwei Voraussetzungen für möglich. Einerseits müsse der potentiell Verantwortliche die Organisationsherrschaft und Weisungsbefugnis eines Vorgesetzten innehaben und andererseits müsse die Betriebsbezogenheit der Tat be-

²⁶ So *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 12), § 27 Rn. 101, deren naheliegende Sicht von den Kölner Gutachtern ignoriert wird; zum Beihilfevorsatz auch *Rath*, [Strafverfolgung von Bischöfen: Müssen Bischöfe die Justiz fürchten? | ZEIT Arbeit](#): „Ein bedingter Vorsatz der Kirchenoberen könnte darin bestehen, dass sie den guten Ruf der Kirche rücksichtslos und gleichgültig über den Schutz der jungen Kirchenmitglieder stellen.“

²⁷ *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976, 978 (mit Fn. 46).

²⁸ BGHSt 36, 1 (9 f.); *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 86 mit Fn. 388.

²⁹ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München (Fn. 13), S. 112. – Ferner halten die Kölner Gutachter selbst eine Beihilfe zum Missbrauch durch Unterlassen aufgrund einer Ingerenzgarantenstellung für möglich (Kanzlei Gercke/Wollschläger [Fn. 1], S. 163–166), wofür ja ebenfalls Vorsatz gegeben sein muss.

³⁰ Das Gercke-Gutachten erwähnt die Körperverletzung nur beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt (Kanzlei Gercke/Wollschläger [Fn. 1], S. 153), wofür aber im Weiteren die Garantenstellung verneint wird (S. 154–166).

³¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 153.

³² Man betrachte die *Gerckesche* Vorgehensweise nur einmal unter dem Aspekt der Compliance-Beratung und denke sich, ein Bischof hätte sein Verhalten im Vertrauen auf die Richtigkeit der Darlegung des staatlichen Rechts in *Gerckes* Rechtsberatung ausgerichtet! Er hätte also einen auffällig gewordenen Priester ohne Einschränkungen einfach in eine andere Gemeinde versetzt, woraufhin die Staatsanwaltschaft, weil sie die aktive Beihilfe oder zumindest die fahrlässige Körperverletzung nicht verdrängt und diese Delikte für gegeben erachtet, den Bischof anklagt, woraufhin dieser schließlich verurteilt wird! *Gerckes* Rechtsberatung wäre fehlerhaft und zöge Regressforderungen des Bischofs nach sich.

³³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 159.

stehen. Beide genannten Voraussetzungen verneinen die Gutachter – weiterhin auf deutlich abstrakter Ebene – für alle denkbaren Fälle des klerikalischen Missbrauchs, also auch für die Vergewaltigung von Kirchenangehörigen wie Messdienern und anderen Kindern der Gemeinde.

(1) *Organisationsherrschaft*

„Eine Organisationsmacht des Geschäftsherrn“ lasse „sich weder für den Erzbischof noch für die ihm zugeordneten Leitungsämtler begründen.“³⁴ Zwar habe der Diözesanbischof eine „Autoritätsstellung“, und aus ihr folgten kirchenrechtlich sogar Aufsichtspflichten gegenüber den Klerikern; doch habe der Bischof „keine unmittelbaren dienst- und arbeitsrechtlichen Durchgriffsmöglichkeiten“, seine Autorität folge vielmehr aus der „sakramentalen Eigenart des Verhältnisses“ zum einzelnen Priester.³⁵ Deshalb gelte: „Eine Organisationsmacht des Geschäftsherrn in Verbindung mit dessen Herrschaft über eine Gefahrenquelle [...] lässt sich weder für den Erzbischof noch für die ihm zugeordneten Leitungsämtler begründen. [...] Der Kölner Erzbischof kann dann mangels ausreichender Organisationsherrschaft und Weisungsmacht gegenüber den Klerikern seines Bistums nicht für deren strafrechtlich relevante Verhaltensweisen bei Fällen sexuellen Missbrauchs verantwortlich gemacht werden.“³⁶

Hier versäumen es die Gutachter, sich mit einer früheren Aussage ihres eigenen Gutachtens auseinanderzusetzen: „Der Erzbischof [gemeint ist: Joachim Meisner] traf in Personalangelegenheiten, worunter auch die Missbrauchsfälle gefasst wurden, stets die Letztentscheidung, über die man sich nach Auffassung der Befragten nicht hinwegsetzen konnte.“ Zu Recht weisen *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* darauf hin, dass die Verneinung der Organisationsherrschaft unvereinbar ist mit der im Gutachten umschriebenen Leitungsposition des Bischofs: „Der Erzbischof konnte insbesondere entscheiden, wer in der Kinder- und Jugendarbeit eingesetzt wird und wer überhaupt in der Diözese verbleibt. Er hatte also eine amtsbezogene Verhinderungsmacht. Diese Leitungsbefugnis lässt sich nicht hinwegspiritualisieren.“³⁷

Auffällig an der Passage im Gutachten ist zudem, dass Ausführungen des Kirchenrechtlers *Lüdecke* hier nur selektiv herangezogen werden, das heißt nur, soweit sie für die Verneinung der Organisationsmacht des Bischofs erhalten können: „Unmittelbare dienst- und arbeitsrechtliche Durchgriffsmöglichkeiten hat der Diözesanbischof entsprechend nicht.“ Doch schon die sich unmittelbar anschließenden Sätze bei *Lüdecke* (der hier ohnehin nur Ordensmitglieder im Auge hat) hätten Gutachtern und Lesern Klarheit verschafft: „Zum Zu- oder Wegschauen ist er [der Diözesanbischof] aber keineswegs verurteilt. Entdeckt er etwa Missstände, die der Ordensobere trotz Mahnung nicht beseitigt, kann der Diözesanbischof aus eigener Autorität eingreifen (c. 683 § 2). In dringenden und schweren Fällen kann er einem Ordensmit-

glied den Aufenthalt in der Diözese verbieten.“³⁸ Warum die Kölner Gutachter diese Passage nicht auch bei Erörterung der Organisationsmacht einbeziehen und nicht erst recht als relevant erachten für das Verhältnis des Bischofs zu den ihm direkt unterstehenden und gehorsamspflichtigen Diözesanpriestern (den sog. Säkularklerikern), bleibt im Gutachten unausgesprochen. Die „umfassende Leitungsgewalt“ des Diözesanbischofs wird erst im kirchenrechtlichen Teil – und dort schnörkellos – aus dem Kirchenrecht gefolgert.³⁹

Anzumerken ist zunächst, dass die Gutachter eine von ihrem gutachterlichen Standpunkt aus relevante Differenzierung nicht vornehmen. Ihr fürs staatliche Recht präferiertes Hinwegspiritualisieren einer tatsächlich gegebenen Leitungsbefugnis könnte allenfalls funktionieren bei Priestern, die zum Täter werden, nicht aber bei sonstigen Kirchenangestellten, bei denen keine sakramentale Eigenart des Verhältnisses zum Bischof bestünde; die Organisationsherrschaft über die nicht-klerikalen Mitarbeitenden müssten also, was das Gercke-Gutachten zu sagen schuldig bleibt, allemal gesondert bewertet werden.

Eine Differenzierung, die aber im Grunde gar nicht mehr interessieren kann. Man darf nämlich den Streit, den die Gutachter und ihre Kritiker um die Organisationsherrschaft eines Diözesanbischofs geführt haben, als beigelegt betrachten. In einer Reaktion auf ihre Kritiker haben *Gercke/Stirner/Zöllner* in der *ZEIT* nebenbei eingeräumt, dass bei Kirchenverantwortlichen „ohne Zweifel“ (!) eine „Befehls- und Or-

³⁸ *Lüdecke*, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 (57), abrufbar unter https://bonndoc.ulb.uni-bonn.de/xmlui/bitstream/handle/20.500.11811/1006/Lüdecke_Missbrauch.pdf?sequence=1&isAllowed=y (17.1.2023).

³⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 302: „Gemäß can. 1722 CIC/1983 kann der Ordinarius während eines laufenden Strafprozesses den Beschuldigten vom geistlichen Dienst oder von einem kirchlichen Amt und Auftrag ausschließen, ihm den Aufenthalt an einem bestimmten Ort oder in einem Gebiet auferlegen oder untersagen oder ihm auch die öffentliche Teilnahme an der heiligen Eucharistie verbieten. Darüber hinaus kann ein Pfarrer vom Diözesanbischof seiner Pfarrei enthoben werden bei ‚Verhaltensweisen, die für die kirchliche Gemeinschaft schweren Schaden oder Verwirrung verursachen‘ (can. 1741 Nr. 1 CIC/1983), sowie in eine andere Pfarrei oder ein anderes Amt versetzt werden, wenn das Heil der Seelen oder die Notwendigkeit oder der Nutzen der Kirche es erfordern (can. 1748 CIC/1983). Neben diesen kodifizierten Maßnahmen ist der Diözesanbischof jedoch auch befugt, jederzeit administrative Maßnahmen zu ergreifen, die ihren Rechtsgrund allein in der umfassenden Leitungsgewalt des Diözesanbischofs finden.“ – Ebenso relevant ist die Passage auf S. 303: „Kirchenrechtliche Anknüpfungspunkte bieten etwa can. 384 CIC/1983, der eine umfassende Fürsorgepflicht des Diözesanbischofs für seine Kleriker statuiert, und can. 1339 CIC/1983, der Mittel zur Verhinderung von Straftaten zur Verfügung stellt.“

³⁴ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 161.

³⁵ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 161.

³⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 161 f.

³⁷ *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* (Fn. 3).

ganisationsherrschaft“ besteht.⁴⁰ Man fragt sich allerdings, warum, wenn denn die Organisationsherrschaft zweifellos besteht, im Gutachten zum staatlichen Recht das Gegenteil vertreten wird. Auch hätte den Autoren ein wenig Zurückhaltung gut zu Gesicht gestanden. Sie begegnen ihren Kritikern eher von oben herab, was umso mehr befremdet, als die Gutachter den Kritikern ja in diesem wichtigen Punkt jetzt recht geben, freilich ohne den Wechsel der Ansicht kenntlich zu machen.⁴¹

(2) *Innerer Zusammenhang mit dem Priesteramt (Betriebsbezogenheit der Taten)*

Es kommt also auch nach den im Punkte „Organisationsmacht des Bischofs“ geläuterten Kölner Gutachtern und ihrem geläuterten Berater *Zöller* für die Geschäftsherrenhaftung der Kirchenverantwortlichen entscheidend darauf an, ob ein hinreichender Zusammenhang der Sexualstraftaten mit dem „Betrieb“, also mit der Kirche besteht. Im Gercke-Gutachten wird diese Voraussetzung wie folgt umrissen (S. 160, mit Nachweisen in Fn. 217–221):

„Betriebsbezogen ist eine Tat dann, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Art des Betriebs, mit spezifischen Betriebsgefahren oder mit dem Tätigkeitsfeld des jeweiligen Mitarbeiters besteht. Nicht ausreichend sind somit Straftaten, die lediglich in einem zeitlichen Zusammenhang mit betriebsbezogenen Straftaten begangen werden. Die Tat muss vielmehr Ausdruck der dem konkreten Betrieb oder der speziellen Tätigkeit des Mitarbeiters spezifisch anhaftenden Gefahr sein und dürfte sich nicht außerhalb des Betriebs genauso ereignen können. Typische Fälle sind Bestechungsdelikte oder Betrugstaten gegenüber Unternehmenskunden. Abzulehnen ist eine Betriebsbezogenheit aber z.B. für einen Angestellten in einem Kiosk, der dort eigennützig auch Drogen verkauft oder für einen angestellten Handwerker, der während der Arbeit bei einem Kunden dort in einem unbeobachteten Moment Gegenstände entwendet. Betriebsbezogene Taten sind somit

abzugrenzen von Taten, die nur ‚bei Gelegenheit‘ der betrieblichen Tätigkeit begangen werden. Für eine Betriebsbezogenheit kommt es somit immer darauf an, dass die Tat unter Ausnutzung der tatsächlichen oder rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten begangen wurde und dass sich durch diese Taten gerade eine dem jeweiligen Betrieb bzw. der betrieblichen Tätigkeit speziell anhaftende Gefahr verwirklicht.“

(a) Hoch aufschlussreich für Qualität und Charakter des Gutachtens ist an dieser Passage zunächst das Beispiel des Drogen verkaufenden Kioskangestellten, für dessen Taten die Kölner Gutachter eine Betriebsbezogenheit beiläufig verneinen. Denn leider erfährt der Leser hier nicht, dass dieser Sachverhalt aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs stammt, einer Entscheidung, die allerdings zur gegenteiligen Ansicht, nämlich zur Bejahung der Geschäftsherrenhaftung gelangt. Dagegen erwecken die Gutachter den Eindruck, als stimme ihre Verneinung der Betriebsbezogenheit mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überein oder stehe ihr zumindest nicht entgegen. In Wahrheit hatte der 5. *Strafsenat* für den Kioskbetreiber die Geschäftsherrenhaftung bejaht, und vor allem führt er zur Begründung manches an, was sich problemlos auf die von Klerikern begangenen Missbrauchstaten übertragen lässt. Es lohnt sich deshalb, die Passage der Senatsentscheidung auf sich wirken zu lassen, weil sie die Voraussetzung der Betriebsbezogenheit für die Missbrauchsfälle aufs Förderlichste konkretisiert:

„Nach der Rspr. des BGH (BGH Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 f.) kann sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des Einzelfalls eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten von Mitarbeitern ergeben. [...] Betriebsbezogen ist eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist (BGH aaO, S. 46). [...] Dies war nach den Feststellungen des LG hinsichtlich des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln der Fall. Der Angekl. G hat Betäubungsmittel unter Nutzung der Verkaufs- und Lagerräume gleichsam in Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebes an die Ladenkundschaft verkauft. Diese Geschäfte unter Einschaltung des Nichtrevidenten E waren Ausfluss seiner betrieblichen Tätigkeit als Verkäufer im Ladenlokal seines Bruders, was auch die Einbindung von Stammkundschaft in den Betäubungshandel belegt. Die Ausstattung der Räume (abgeklebte Scheiben) sowie die Art und Weise des Geschäftsbetriebes (hohe Frequenz, kurze Aufenthaltszeiten) erleichterten zudem das Durchführen illegaler Geschäfte.“⁴²

⁴⁰ *Gercke/Stirner/Zöller*, ZEIT, Beilage Christ & Welt v. 17.6.2021, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2021/25/katholische-kirche-sexueller-missbrauch-strafrecht-rechtssprechung-bundesregierung-debatte> (17.1.2023); der Autor *Mark Zöller*, selbst kein offizieller Gutachter, hatte den Kölner Gutachtern beim Erstellen des Gercke-Gutachtens beratend zur Seite gestanden.

⁴¹ *Gercke/Stirner/Zöller* (Fn. 40) verschweigen in ihrer Erwiderung auf die Kritiker, dass sie ihnen in puncto Organisationsherrschaft nunmehr zustimmen und unterstellen ihnen eine Verwechslung von Organisationsherrschaft und Betriebsbezogenheit. Wer die Kritik von *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* (Fn. 3) unbefangen liest, wird diese beiden Aspekte klar getrennt und keineswegs verwechselt finden. Es ist ein unangenehmes Merkmal des Gercke-Gutachtens und der Erwiderung von *Gercke/Stirner/Zöller*, dass Positionen angegriffen werden, die so niemand vertritt, vor allem darf man einen Fehler, den man beim Gegner beanstandet, nicht vorher selbst erfunden haben.

⁴² BGH, NSTz 2018, 648; im Ergebnis zustimmend *Weigend*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van San/Rönnau/Schluckbier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 56; wohl auch *Nassif*, CCZ 2019, 97; ablehnend dagegen etwa *Gercke/Hembach*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl.

Zunächst ist markant, dass die Kölner Gutachter zu keinem Zeitpunkt einen konkreten Missbrauchsfall betrachten, obwohl der Bundesgerichtshof betont, dass die „Umstände des Einzelfalls“ entscheidend sind.⁴³ Bei Lektüre der Kiosk-Entscheidung des 5. Strafsenats aber wird mancher gläubige Katholik – wenn das Ausnutzen der Erleichterungen beschrieben wird („abgeklebte Scheiben“ und gut abgeschirmter Kiosk) – unwillkürlich die visuelle und akustische Abschirmung des Beichtgeschäfts im Beichtstuhl assoziieren. Und es dürfte jedem Leser der Entscheidung völlig klar sein: Wenn der eine Geschäftsherr für seinen Kiosk verantwortlich ist, weil der dem dort Angestellten die Tatbegehung erleichtert, dann ist der andere Geschäftsherr für seinen Beichtstuhl und seine Sakristei verantwortlich, die dem Priester die Tatbegehung erleichtern. Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass der Bundesgerichtshof den Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Priesters verneinen würde für einen Fall, in dem der Priester seinen Messdiener im Beichtstuhl unter Ausnutzung dieser „doppelt abgeschirmten Geheimnisphäre“⁴⁴ missbraucht hat. Mit wem auch immer man unter dem Aspekt unseres Themas über diese Kiosk-Entscheidung spricht, ein jeder verweist auf den Beichtstuhl oder die Sakristei. Ausgerechnet die Gutachter, die sich monatelang mit den Sexualstraftaten der Kleriker beschäftigt haben, bei denen auch Beichtstuhl und Sakristei hier und da zumindest für die Anbahnung der Missbrauchstat eine Rolle gespielt haben,⁴⁵ soll dieser Gedanke nicht gekommen sein?

Der Bundesgerichtshof stellt für den Betriebsbezug auch auf die „Art und Weise des Geschäftsbetriebs“ ab und fragt dahingehend, ob sie die Begehung der Straftaten „erleichtern“. Man stelle sich nur einen Fall vor, in dem der Priester während der Beichte das Beichtkind auffordert, ihm doch mal vorzumachen, was es an unkeuschen Taten gebeichtet hat, wobei der Priester dann selbst masturbiert! Das Gercke-Gutachten schildert einen ähnlichen Verdachtsfall.⁴⁶ Nach Zöllner, Gercke und Kanzleikollegen besteht kein Betriebsbe-

zug im Sinne des Bundesgerichtshofs! Das Gegenteil liegt auf der Hand: Die priesterliche Autorität und die Abschirmung im Beichtstuhl erleichtern ersichtlich die Sexualstraftat, sie ist Ausfluss seiner priesterlichen Tätigkeit und der Priester des Beispiels begeht die Tat „gleichsam in Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebs“, weil er ja so tut, als gehöre das, was er vom Beichtkind zu tun verlangt und was er dann selbst tut, zu seinem Beichtgeschäft dazu. Es steht obendrein jedem vor Augen, dass die Beichte sich besonders gut eignet, dem Opfer der Sexualstraftat die Pflicht zur Geheimhaltung auf die Seele zu binden, was, wie der Psychologe *Undeutsch* betont, ein bekanntes Charakteristikum allen sexuellen Missbrauchs von Kindern ist.⁴⁷

Handgreiflich gegeben ist der Betriebsbezug auch bei dem Missbrauch, den Kleriker an Internatskindern verübt haben. Eine dies aufzeigende Schilderung bietet *Winfried Ponsens*, dessen Eltern den zehnjährigen Sohn Klerikern im Internat Collegium Josephinum (Bonn) anvertraut hatten:

„Wenn wir im Haus oder auf dem Gelände einem der Pater begegneten, hatten wir mit leichter Verneigung zu grüßen: ‚Grüß Gott, Hochwürden.‘ Mich hatte vor allem Pater S. spielend unter seine Kontrolle gebracht. Sechs Jahre lang war er mein Präfekt, mein Erzieher. Er war der erste Erwachsene, der seine Versprechen hielt, zum Beispiel von meinen Eltern zu verlangen, regelmäßig Briefe zu schreiben. Ich schaute zu ihm auf, ich liebte und verehrte ihn. Er war aber auch der Erste, der mich demütigte, der Erste, der mir meine Würde nahm. Eines Nachts kam Pater S. an mein Bett im Gruppenschlafsaal, griff unter meine Decke und machte mir den ersten Samenerguss. Ich lag stocksteif da, atmete kaum und ließ mich vom rauschenden Gefühl des ersten Orgasmus überwältigen. Er flüsterte mir zu, dass ich jetzt ruhigen Gewissens schlafen könne, am nächsten Morgen solle ich noch mal zu ihm kommen. Er sagte mir dann, wenn er das mache, sei das keine Sünde. Und knöpfte mir gleich noch einmal die Hose auf. Danach tat er es immer und immer wieder. Jeden zweiten Tag musste ich zu ihm. Die anderen Jungs auch, manche weniger oft, andere mehr. Er rief uns einzeln zu sich. Gespräche, Verhöre. Auch Sexualaufklärung, so nannte er das. Wir mussten vor ihm masturbieren, bis kurz vor dem Orgasmus, dann sollten wir aufhören. Wir sollten trainieren, der Versuchung zu widerstehen. Ein Orgasmus war nur ‚erlaubt‘, wenn er ihn uns verschaffte. Untereinander sprachen wir nie darüber, was der Pater mit uns anstellte.“⁴⁸

Ihre Verneinung der Geschäftsherrenhaftung erstrecken die Kölner Gutachter auch auf solche Fälle. Dieses Ergebnis ist nur zu haben, wenn man die maßgeblichen Kriterien des 5. Strafsenats ignoriert.

und ihn ‚wohl während der Beichte‘ ‚sexuell missbraucht‘ haben.“

⁴⁷ Siehe bei *Putzke/Scheinfeld/Undeutsch/Klein*, ZStW 112 (2009), 607 (627).

⁴⁸ *Ponsens*, TAZ v. 5.12.2013, abrufbar unter <https://taz.de/Missbrauch-und-sexuelle-Revolution/!5053471/> (17.1.2023).

2020, § 13 Rn. 17; *Kretschmer*, StraFo 2012, 259 (262); *Wagner*, NZWiSt 2019, 365.

⁴³ Kritisiert schon von *Scheinfeld* im Interview mit *Wakonigg*, Humanistischer Pressedienst v. 9.6.2021, abrufbar unter <https://hpd.de/artikel/missbrauchsgutachten-stets-wirken-sich-maengel-zugunsten-bischoefe-19360> (17.1.2023).

⁴⁴ *Scheinfeld* im Interview mit *Wakonigg* (Fn. 43).

⁴⁵ Siehe dazu etwa den von *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* (Fn. 3) herausgestellten Fall: „Man betrachte nur die Schilderung eines im Alter von 14 bis 17 Jahren missbrauchten Mädchens aus dem Aktenvorgang 19 des Gercke-Gutachtens: In der Beichte hatte es sich dem Pfarrer anvertraut und von den Problemen berichtet, die der Alkoholismus der Mutter für die Familie mit sich brachte; zunächst tröstete der Pfarrer das Mädchen und baute Vertrauen auf, um dann übergriffig zu werden – von anfänglichem Umarmen übers Küssen, Griffen unters T-Shirt bis hin zum Geschlechtsverkehr. Unerschrocken schieben die Gutachter den Machtmissbrauch beiseite: kein Bezug zur priesterlichen Tätigkeit!“

⁴⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 423 f.: „Der Beschuldigte soll dem Betroffenen ‚zu nahe‘ gekommen sein

Ganz allgemein gesprochen ist schlicht zu konstatieren, was seit Aufkommen des Missbrauchsskandals jeder weiß: dass die Priester ihre Vertrauensstellung ausnutzen, um ihre Sexualstraftaten zu begehen.⁴⁹ Viele Eltern haben in den Jahren vor 2010 keinen Verdacht geschöpft, weil sie der Institution Katholische Kirche mit ihrem hohen moralischen Anspruch vollkommen vertrauten; das Vertrauen ging ja sogar so weit, dass die Eltern kindlicher Missbrauchstopfer diese bestrafen, wenn sie zu Hause Andeutungen zu einem übergreifigen Priester machten.⁵⁰ Kaum eine berufliche Anstellung konnte, aus den oben genannten Gründen, Sexualstraftaten an Kindern und Jugendlichen besser ermöglichen als das Priesteramt: besonderes Vertrauen der Eltern, Zugriff auf das Seelenleben der Kinder als Vertreter Gottes auf Erden und damit beste Voraussetzungen für manipulative Einflussnahme zur Ermöglichung, Erleichterung und Geheimhaltung von Vergewaltigungs- und sonstigen Missbrauchstaten.⁵¹

Wie die Kölner Gutachter es hätten richtig sehen müssen, wenn sie die Kriterien des Bundesgerichtshofs zur Betriebsbezogenheit von Straftaten nicht verdrängt hätten, machen die Münchener Gutachter vor, indem sie die ersichtlich einschlägigen Kriterien des 5. *Strafsenats* nicht unterdrücken, sondern anwenden:

„Bei Missbrauchshandlungen durch Priester handelt es sich nach den Erkenntnissen der Gutachter meist um solche, die spezifisch mit dem Nähe- und Vertrauensverhältnis zwischen Priester und Gläubigen verbunden sind. In einer Vielzahl von Missbrauchsfällen durch Kleriker, auch im Rahmen der von den hiesigen Gutachtern überprüften Sachverhalte, wird die Tat gerade dadurch möglich, jedenfalls aber signifikant erleichtert, dass der Täter gegenüber dem Opfer als Priester auftritt. [...] Hinzu tritt eine Vielzahl von Fällen, in deren Rahmen der Kleriker dem Opfer gegenüber als allein verantwortlicher Betreuer auftritt, beispielsweise im Rahmen von Ministrantenausflügen und kirchlichen Jugendfreizeiten. Die Stellung als Priester wird neben den günstigen objektiven Tatmodalitäten aber vor allem insofern ausgenutzt, als im Rahmen der Seelsorge das notwendige Vertrauen aufgebaut werden kann, um die Basis für sexuelle Kontakte zu schaffen. Bei den Opfern

handelt es sich nach den Erkenntnissen der Gutachter meist nicht um kirchenferne Personen, die zufällig mit dem Kleriker in Kontakt gekommen sind. Vielmehr sind die Opfer im Regelfall dergestalt ‚sozialisiert‘, dass sie ‚ihrem‘ Priester erheblichen Vertrauensüberschuss entgegenbringen, der in einigen Fällen an den der familiären Verbundenheit heranreicht. Insofern werden im Rahmen derartiger Missbrauchshandlungen die Wirkungsmöglichkeiten und Machtbefugnisse der priesterlichen Tätigkeit ausgenutzt.“⁵²

Diese verständige Umsetzung der obergerichtlichen Kriterien haben die Kölner Gutachter und ihr Berater *Zöller* nicht gekannt. Sie wurde erst später veröffentlicht. In der Sache setzen sie ihr etwas entgegen, was wiederum das Kriterium des 5. *Strafsenats* ignoriert. Gemeint ist der Verweis darauf, dass die Straftaten des Untergebenen, um die Geschäftsherrenhaftung auszulösen, nicht außerhalb des Betriebs „genauso“ hätten begangen werden können; gerade dies soll aber bei den Missbrauchsfällen anzunehmen sein, weshalb sie nur bei Gelegenheit der beruflichen Tätigkeit begangen worden seien.⁵³ Zu diesem Argument, das die Kölner Gutachter auch in einer weiteren Stellungnahme anbringen, sagt *Scheinfeld*:

„Zudem trägt die Stellungnahme die Züge einer neuerlichen Verschleierung der eigentlichen Rechtsprechungssicht. Es ist ja so, dass die Rechtsprechung die Pflicht zum Einschreiten des Geschäftsherrn dann bejaht, wenn die berufliche Position des Angestellten diesem seine Tatbegehung erleichtert. Wie im genannten Kioskfall. In solchen Fällen ist es aber gerade nicht so, wie die Gutachter behaupten, dass die Tat *genauso* außerhalb des Betriebs begangen werden könnte. Wenn der Priester sich dem Messdiener in der Abgeschiedenheit der Sakristei aufdrängt unter der Drohung, ihn von der Messdienerschaft auszuschließen, sollte er sich nicht fügen, dann kann diese Tat ersichtlich nicht außerhalb der Kirche an einem fremden Kind *genauso* begangen werden. So liegt es auch bei den Drogengeschäften in besagtem Kioskfall: Der Kioskangestellte könnte seine Drogen auch im Park verkaufen, aber eben nicht *genauso*, nicht unter Ausnutzung der Erleichterungen, die ihm die Anstellung bietet. Das liegt einigermaßen auf der Hand. Und für die Missbrauchsfälle gilt dasselbe.“⁵⁴

⁴⁹ Vgl. zu solch ganz konkreten Vorwürfen auch Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 335: „Darüber hinaus liege der Verdacht nahe, dass er ‚seine Vertrauensstellung als Seelsorger mißbraucht hat und weiterhin mißbraucht‘“, und S. 560 f.: „Im Rahmen dieser Wochenendbesuche wurde aus dem anfänglichen Vertrauensverhältnis durch Vergünstigungen allgemeiner Natur, wie Geschenke pp., ein Abhängigkeitsverhältnis geschaffen, in dessen Rahmen es dann wiederholt zu sexuellen Handlungen, bis hin zum Analverkehr, kam.“ Siehe noch S. 481, 540.

⁵⁰ *Wawatschek*, Deutschlandfunk v. 16.1.2020, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/zehn-jahre-missbrauchsskandal-ein-pfarrer-tut-so-etwas-nicht-100.html> (17.1.2023).

⁵¹ Vgl. auch bei *Lüdecke*, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 (34).

⁵² *Westphal/Spilker/Wastl*, Sexueller Missbrauch Minderjähriger und erwachsener Schutzbefohlener durch Kleriker sowie hauptamtliche Bedienstete im Bereich der Erzdiözese München und Freising von 1945 bis 2019 – Verantwortlichkeiten, systemische Ursachen, Konsequenzen und Empfehlungen, 2022, S. 123 f., abrufbar unter <https://westpfahl-spilker.de/wp-content/uploads/2022/01/WSW-Gutachten-Erzdiocese-Muenchen-und-Freising-vom-20.-Januar-2022.pdf> (17.1.2023).

⁵³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 160 ff.; *Gercke/Stirner/Zöller* (Fn. 40).

⁵⁴ *Scheinfeld* im Interview mit *Wakonigg* (Fn. 43). *Hervorhebungen* im Original.

Mit anderen Worten: Die Verfasser des Gercke-Gutachtens wenden gegen die Bejahung der Betriebsbezogenheit klerikaler Sexualstraftaten etwas ein, was, wenn es gelten würde, den 5. Strafsenat zur Verneinung der Geschäftsherrenhaftung auch gerade im Kiosk-Fall hätte bewegen müssen. Da diese obergerichtliche Entscheidung anders ausgefallen ist, muss besagter Einwand der Kölner Gutachter – was er ja denn auch ganz offensichtlich tut – die Sicht des Bundesgerichtshofs verfehlen.

In doppelter Hinsicht kopfschüttelnd steht man vor dem Einwand der Kölner Gutachter und ihres Beraters Zöller, dass die Kleriker ihre Sexualstraftaten an Kindern der Gemeinde zwar in der Regel über ihre berufliche Stellung angebahnt hätten, die Begehung der Taten dann aber zumeist in der Freizeit stattgefunden habe. Ich lasse die Frage beiseite, ob ein Priester nach seinem Selbstverständnis und nach dem Selbstverständnis der Katholischen Kirche überhaupt je einem Gemeindeglied als ein Bürger in seiner Freizeit gegenübertritt oder ob der Priester im Umgang mit Gemeindegliedern nicht vielmehr „immer im Amt“ ist, sondern konzentriere mich stattdessen auf zwei bemerkenswerte Aspekte der Argumentation. Die Behauptung der Gutachter ist nämlich zum einen schlicht nicht wahr. Dies weist das Gercke-Gutachten klar aus, weil sich gemäß der dort vorgenommenen Einordnung der Fälle nach dem „Kontext der Tatbegehung“ rechnerisch ergibt, dass nach der fürs Gutachten insgesamt zugrunde gelegten Verdachtslage umgekehrt die meisten Sexualstraftaten der Kleriker (57 %) im kirchlichen Kontext begangen worden sein sollen: Kinder-/Jugendbetreuung (18 %), Internat-/Heimunterbringung (11 %), Schule/Unterricht (12 %), Ausflüge-/Ferienfreizeit (9 %) und sonstiger kirchlicher Kontext (7 %).⁵⁵ Zum anderen ist es schon ein auffälliger und kurioser Fehlschluss, wenn man wegen des Umstandes, dass etwas weniger als die Hälfte der Sexualstraftaten räumlich außerhalb des Kirchenkontextes begangen worden ist (etwa außerhalb des Pfarrhauses in der Privatwohnung des Klerikers), den Betriebsbezug für sämtliche klerikalen Missbrauchstaten verneint. Den im kirchlichen Internat begangenen klerikalen Straftaten soll deshalb der Betriebsbezug fehlen, weil viele andere Straftaten in „Privaträumen“ des Klerikers begangen worden sind?

Nach allem ist, was der 5. Strafsenat in der Kiosk-Entscheidung zur Geschäftsherrenhaftung anführt, für die klerikalen Missbrauchsfälle sehr einschlägig: der Umstand, dass die berufliche Stellung die Begehung der Tat erleichtert hat.⁵⁶ Das hat den Kölner Gutachtern offenbar nicht zugesagt, weshalb sie diese Konkretisierung der Betriebsbezogenheit nicht anführen. Dabei war ihnen die Entscheidung des 5. Strafsenats sehr wohl bekannt. Das belegt zum einen das vorherige Verweisen auf diese Kiosk-Entscheidung als ein Beispiel ausnahmsweiser Annahme einer Geschäftsherrenhaftung;⁵⁷ zum andern hat Björn Gercke eben diese Entscheidung zuvor in seiner Gesetzeskommentierung im AnwaltKommentar als

zu weitgehend kritisiert,⁵⁸ also darüber nachgedacht. Man muss sich zum Kiosk-Fall und dem vom Bundesgerichtshof präferierten Kriterium der „Erleichterung der Tatbegehung“ durch die Stellung im Betrieb klarmachen: Die Kölner Gutachter nehmen zur Darlegung der Rechtslage den Sachverhalt einer BGH-Entscheidung, verneinen für ihn eine Geschäftsherrenhaftung, und dass der BGH das anders sieht, wird verschwiegen.

(b) Eine andere Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Geschäftsherrenhaftung wird im Gercke-Gutachten immerhin näher berücksichtigt, die Bauhof-Entscheidung.⁵⁹ Der 4. Strafsenat hatte zu entscheiden über eine Garantenstellung des Vorarbeiters einer Baukolonne des städtischen Bauhofs, der bei mehreren Gelegenheiten, obwohl anwesend, nicht eingeschritten ist gegen gefährliche Körperverletzungen, die Mitarbeiter seiner Kolonne an einem Arbeitskollegen einer anderen, seiner Verantwortung nicht unterliegenden Kolonne begangen haben. Der Senat verneint den inneren Zusammenhang (Betriebsbezogenheit) der Körperverletzungen mit der betrieblichen Tätigkeit der Aktivtäter (der zu Tätern gewordenen Kolonnenmitarbeiter); zur Begründung verweist der Senat darauf, dass „insbesondere [...] den Mitangeklagten die Schikanierung des Geschädigten weder als Teil der ‚Firmenpolitik‘ – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden“ war, „noch nutzten die Mitangeklagten ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte arbeitstechnische Machtbefugnisse zur Tatbegehung aus“.⁶⁰ Deutlicher formuliert: „noch nutzten die Mitangeklagten arbeitstechnische Machtbefugnisse, die ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumt waren, zur Tatbegehung aus“.

Die Kölner Gutachter wollen diese BGH-Entscheidung nun in einer Weise interpretiert wissen, die von dem obergerichtlichen Judikat in der Sache nichts übrig lässt. Man liest dazu im Gercke-Gutachten:

„Zwar wurden die fraglichen Taten unter Ausnutzung der Wirkungsmöglichkeiten der Stellung eines Klerikers begangen, da die Anbahnungen regelmäßig im Rahmen der kirchlichen oder seelsorgerischen Tätigkeiten stattfanden. Jedoch sind sexuelle Missbrauchstaten keine speziell der

⁵⁸ Gercke/Hembach (Fn. 42), § 13 Rn. 17.

⁵⁹ BGHSt 57, 42 = HRSS 2012, Nr. 74.

⁶⁰ BGHSt 57, 42 (47 Rn. 15). Dem Ansatz des BGH stimmen aus der Literatur etwa zu (teils mit weiterem Verständnis der Betriebsbezogenheit): Dannecker, NZWiSt 2012, 441; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 13 Rn. 69; Jäger, JA 2012, 392; Ladiges, Soziales Recht 2013, 29; Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057; Pokuntke, CCZ 2012, 157; Rönnau, JuS 2022, 117; Roxin, JR 2012, 305; Wagner, ZJS 2012, 704; Weigend (Fn. 42), Rn. 56; teils kritisch Bülte, NZWiSt 2012, 176; Schlösser, NZWiSt 2012, 281; den Ansatz des BGH lehnen wegen der Eigenverantwortlichkeit des Aktivtäters etwa ab: Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1190 m.w.N.; die Einschränkung der Betriebsbezogenheit gänzlich ablehnend Kuhn, wistra 2012, 297.

⁵⁵ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 52–54.

⁵⁶ BGH, NStZ 2018, 648; dazu schon Scheinfeld im Interview mit Wakonigg (Fn. 43).

⁵⁷ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 159 mit Fn. 212.

kirchlichen oder seelsorgerischen Tätigkeit eines Priesters im Erzbistum Köln anhaftende Gefahr. Die aktuelle Debatte um Missbrauchsfälle im Turn- und Schwimmsport zeigt vielmehr auf, dass sich vergleichbare Taten auch in anderem Kontext ereignen können. Das lässt darauf schließen, dass strukturelle Probleme, Autoritätsstellungen oder Machtstrukturen wesentliche Faktoren zur Begünstigung sexuellen Missbrauchs sind und es sich inhaltlich nicht um eine spezifisch der kirchlichen oder seelsorgerischen Tätigkeit anhaftende Gefahr handelt. Auch sexuelle Übergriffe bei Kirchenfreizeiten, Messdienerfahrten oder beim Umkleiden in der Sakristei entspringen allein der kriminellen und triebhaften Energie des jeweils beschuldigten Klerikers und sind mit seinen kirchlichen Tätigkeitsfeldern gerade nicht spezifisch verbunden. Vielmehr nutzen Beschuldigte in solchen Fällen allenfalls (vermeintlich günstige) Tatgelegenheiten, die ihnen ihre Stellung als Kleriker ermöglicht. Dies kann aber auch außerhalb des kirchlichen Bereichs entsprechend bei Trainern, Lehrern, Leitern von Jugendgruppen, Dienstvorgesetzten oder Leitungspersonen privatwirtschaftlicher Unternehmen ebenso vorkommen. [...] Solche Taten weisen deshalb keinen inhaltlichen Bezug zum klerikalen Aufgabenbereich auf, weil sie bei hypothetischer Betrachtung auch außerhalb des kirchlichen Kontextes hätten geschehen können.⁶¹

Dies ist nun eine wahrhaft groteske Verirrung. Zunächst: *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* werfen den Kölner Gutachtern mit Recht vor, die Entscheidung selektiv auszuwerten, und richten an dieser Stelle einen genauen Blick auf die Verschiebung der Maßstäbe:

„Erkennt Gercke ‚Autoritätsstellungen‘ und ‚Machtstrukturen‘ zunächst noch ausdrücklich als Faktoren an, die sexuellen Missbrauch begünstigen, so verschiebt er dann fein leise die Kriterien hin zu dem Erfordernis, dass die Gefahr ‚spezifisch‘ (im Sinne von ‚ausschließlich‘) der Kirche anhaftet. Die gegenläufige, richtige und sich aufdrängende Schlussfolgerung, dass ein Ausnutzen von beruflicher Autorität und Macht sowohl beim Priester in der Kirche als auch beim Trainer im Sportverein den ‚inneren Zusammenhang‘ zur Tätigkeit begründet, zieht Gercke erstaunlicherweise nicht. Aber will er wirklich vertreten, dass der innere Zusammenhang zur beruflichen Position fehlt, wenn der Trainer seine 13-jährige Leistungsturnerin zum Geschlechtsverkehr nötigt mit der Drohung, sie bei Weigerung zukünftig nicht mehr für die Riege aufzustellen? In Wahrheit liegt der nötige innere Zusammenhang auf der Hand. Der Bundesgerichtshof bejaht ihn insbesondere, wenn der Täter die durch seine ‚Stellung im Betrieb eingeräumten Machtbefugnisse zur Tatbegehung‘ ausnutzt. Nach Gercke aber dürfte das überhaupt keine Geltung beanspruchen, denn ein Ausnutzen der beruflichen Machtstellung kann es in jedem Betrieb geben, ist

also nicht einem Betrieb exklusiv vorbehalten, ist nicht in Gerckes Sinn ‚spezifisch‘.“⁶²

Mit anderen Worten: Die Kölner Gutachter geben der Entscheidung des 4. *Strafsenats* einen Sinn, der dazu führt, dass eine Geschäftsherrenhaftung *niemals* bejaht werden dürfte. „Arbeitstechnische Machtbefugnisse“, „Autoritätsstellungen“ und „Machtstrukturen“ gibt es in jedem Betrieb. Wer ihr Ausnutzen für die Tatbegehung – wie die Kölner Gutachter – nur dann zur Einstandspflicht des Geschäftsherrn des Aktivtätlers führen lassen will, wenn diese Faktoren *ausschließlich* in dem betreffenden Betrieb (hier: der Kirche) bestehen, verkehrt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ins Gegenteil. Das springt sofort ins Auge, wenn man die von den Gutachtern akzeptierten Fälle der Betriebsbezogenheit (und daraus folgender Geschäftsherrenhaftung) heranzieht. „Typische Fälle“, heißt es im Gercke-Gutachten, „sind Bestechungsdelikte oder Betrugstaten gegenüber Unternehmenskunden“.⁶³ Aber warum sind sie das? Der Geschäftsherr des Anlagebetrügers kann doch für das Bestreiten seiner Einstandspflicht darauf verweisen, dass Betrugereien gegenüber Kunden auch in anderen Betrieben vorkommen (z.B. im Gebrauchtwagenhandel), die Betrugsgefahr sei nicht im Sinne der Gutachter „spezifisch“ mit seinem Betrieb verbunden; und der Geschäftsherr des korrupten Prokuristen könnte ganz im Sinne der Kölner Gutachter einwenden, Bestechung im Geschäftsverkehr sei überall möglich und hafte nicht spezifisch seinem Betrieb an. Dass die Geschäftsherren damit keine triftigen Einwände gegen ihre Einstandspflicht erheben, ist klar und liegt der für solche Fälle akzeptierten Bejahung zugrunde. Genauso klar ist dies aber in Bezug auf das Faktum, dass Sexualstraftaten in anderen Betrieben ebenfalls unter Ausnutzung der Autoritätsstellung und der mit der Anstellung verbundenen Macht begangen werden. Die Geschäftsherren der Sexualstraftäter können sich aus ihrer Verhinderungspflicht nicht mit dem Hinweis stehlen, dass Vergewaltigungen anderswo ebenfalls unter Ausnutzung betrieblicher Macht begangen werden.⁶⁴ Ich wage zu sagen: Die Haftung der Geschäftsherren in den genannten „typischen Fällen“ zu bejahen, sie aber für den Bischof generell zu verneinen, wenn seine Untergebenen Sexualdelikte begehen, ist nach der den Bischof entlastenden Begründung so eklatant widersprüchlich, dass die Gutachter es selbst gemerkt haben müssen.

Schließlich dürfte auch jeder, der nicht die Augen verschließt, leicht sehen, was dabei herauskommt, wenn man die beiden hier behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammenliest: Das Kriterium des 4. *Strafsenats* im Bauhof-Fall (Ausnutzen einer betrieblichen Machtstellung) und dasjenige des 5. *Strafsenats* im Kiosk-Fall (die Anstellung erleichtert die Straftatbegehung) führen allemal dann zur Bejahung der Betriebsbezogenheit und der Geschäftsherrenhaf-

⁶² *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* (Fn. 3).

⁶³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 160.

⁶⁴ Zur Bauhof-Entscheidung siehe auch *Kudlich*, HRRS 2012, 178 (179 f.), dessen verständige Interpretation die Kölner Gutachter nicht diskutieren und nicht einmal in der Fußnote erwähnen.

⁶¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 162, mit Verweis auf BGHSt 57, 42 (47 Rn. 15).

tung, wenn das Ausnutzen einer betrieblichen Machtstellung die Straftatbegehung erleichtert. *Gercke/Stirmer/Zöller* sagen selbst: In Missbrauchsfällen sei „ein strukturelles Machtgefälle vom Missbrauchstäter zum Missbrauchsoffer häufig der entscheidende kriminalitätsbegründende Faktor“.⁶⁵ Also erleichtert das Machtgefälle zwischen Kleriker und Opfer die Tatbegehung und erfüllt eben jenes Kriterium des Bundesgerichtshofs, das die Kölner Gutachter verschwiegen haben. Denn dies gerade ist das Charakteristikum klerikalen Missbrauchs, dass die Kleriker, denen die Kinder und Jugendlichen – als Spezifikum des Betriebs Kirche zur Seelsorge und Betreuung – anvertraut worden sind, für die Tatbegehung ihre Vertrauens- und Autoritätsstellung ausnutzen sowie weitere Taterleichterungen nutzen, die ihnen das Priesteramt bietet (etwa zum Gefügigmachen des Opfers und zur Gewährleistung der Verschwiegenheit des Opfers als vorweggenommene Stravereitelung).⁶⁶

Nach der nächstliegenden Interpretation der obergerichtlichen Judikate begründet also ein Ausnutzen der Priestermacht gegenüber den minderjährigen Opfern immer die Geschäftsherrenhaftung der Bischöfe und ihre Abwendungspflicht. Die Gutachter betonen selbst, das „strukturelle Machtgefälle“ sei der „entscheidende kriminalitätsbegründende Faktor“. Dem Täter diese entscheidende, taterleichternde Macht verliehen hat der Anstellungsbetrieb, das heißt das Bistum, in welchem der Bischof ihn als Priester eingesetzt hat. Darum müssen die kirchlichen Verantwortungsträger die aus ihrer Machtübertragung resultierenden Gefahren abwenden. Weil das „Machtgefälle“ so entscheidend ist, darf es nicht ankommen auf vergleichsweise nebensächliche Umstände wie den Ort der Tatbegehung. Vielmehr muss die Geschäftsherrenhaftung immer dann greifen, wenn der „entscheidende kriminalitätsbegründende Faktor“ wirksam wird. Das ist fast immer der Fall, wenn der Täter seinem Opfer als Priester begegnet. So bekommt der Messdiener oder das Beichtkind die Autoritätsmacht seines Pfarrers auch dann zu spüren, wenn dieser zum Besuch in der Privatwohnung oder zum gemeinsamen Spaziergang im Wald auffordert – vorgeblich um ein seelsorgerisches Gespräch zu führen.⁶⁷

⁶⁵ *Gercke/Stirmer/Zöller* (Fn. 40).

⁶⁶ Siehe oben im Text vor Fn. 46.

⁶⁷ Es ist erst die Vertrauensstellung des Priesters, die eine Vereinzelung des Missbrauchsoffers ermöglicht und so die Tatbegehung erleichtert. Ablesen lässt sich das beispielsweise im Fall des Missbrauchsoffers Georg Menne, vgl. *Polonyi*, Spiegel v. 5.8.2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/sexuelle-gewalt-in-der-katholischen-kirche-er-verehrte-ihn-wie-einen-vater-a-e113abf6-0cef-4e96-a8a0-5dad529f7036> (17.1.2023):

Menne wurde ab seinem elften Lebensjahr von seinem Priester über Jahre vergewaltigt. Die meisten Taten beging der Priester in einem Haus in der Eifel, in dem er Ministranten-Freizeiten abhielt, wohin die Eltern der Opfer diese ihrem Täter anliefernten. Es kann schlechterdings für den Betriebsbezug der dort begangenen Taten des Priesters nicht darauf ankommen, ob das Haus von der Kirche oder vom Priester bereitgestellt wurde.

Nach allem ergibt sich auch aus der Bauhof-Entscheidung des 4. *Strafsenats* für Fälle klerikalen Missbrauchs gegenüber kindlichen Gemeindemitgliedern klar die Betriebsbezogenheit der Missbrauchstaten und die grundsätzliche Geschäftsherrenhaftung der Bischöfe; allemal gilt dies für die Mehrheit der Kölner Verdachtsfälle, weil sie sogar im kirchlichen Kontext begangen worden sind (Internat, Messdienerbetreuung etc.).⁶⁸ Jedenfalls für diese Mehrzahl der Fälle verfehlen die Kölner Gutachter daher recht offenkundig die obergerichtliche Rechtsprechung.

(c) Die volle Wahrheit erfährt der Leser des *Gercke-Gutachtens* auch nicht, wo es darum geht, ob die Kenntnis wiederholter Taten, die bei Gelegenheit der Berufsausübung begangen wurden, eine Garantienpflicht des Erzbischofs auslöst.⁶⁹ Richtig ist, dass der 4. *Strafsenat* dem „iterativen Moment“ entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts grundsätzlich und allein keine solche Kraft beimisst.⁷⁰ Die Kölner Gutachter legen aber nicht offen, dass der *Senat* eine Einschränkung formuliert: „Damit würde das Merkmal der Betriebsbezogenheit jedoch jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden überdehnt.“⁷¹ Und obendrein muss im *Gercke-Gutachten* für die Irrelevanz des iterativen Moments in der Fußnote *Fischer* als Referenz erhalten, sodass der Eindruck entsteht, auch der frühere Vorsitzende des 2. *Strafsenats* sehe es wie die Gutachter. Doch liest man bei *Fischer* am Ende der einschlägigen Randnummer: „Das mag in *Ausnahmefällen* anders sein; etwa wenn wiederholte Vorfälle die Gefahr von Taten solcher Art nahe legen und dies dem Betriebsinhaber bekannt ist (zB sexuelle Übergriffe oder Gewalttätigkeiten im Rahmen der Arbeit).“⁷² Das *Gercke-Gutachten* suggeriert dagegen in puncto „wiederholte Taten“ die völlige Übereinstimmung mit Bundesgerichtshof und Gesetzeskommentator, obwohl sie jeweils Ausnahmen für möglich erachten, *Fischer* sogar explizit für die zu begutachtende Deliktgruppe sexueller Übergriffe.

(d) Gerade in Bezug auf klerikale Tatserien (iteratives Moment), aber auch allgemein hätte es sehr nahegelegen, den Körperschaftsstatus des Erzbistums einzubeziehen. Die Kölner Gutachter versäumen das, obwohl sie den Status der Kirche als Körperschaft des Öffentlichen Rechts bei der Stravereitelung im Amt bedenken.⁷³ Und gerade dieser Status könnte dazu führen, dass die vom 4. *Strafsenat* angedeutete Ausnahme greift, dass es sich um einen Fall handelt, in dem die Betriebsbezogenheit bei iterativer Begehung nicht überdehnt wird. Mit dem Körperschaftsstatus der Katholischen Kirche einher gehen nämlich besondere Pflichten zur Rechtstreue ihrer Verantwortungsträger: „Die Zuerkennung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts bindet sie

⁶⁸ Kanzlei *Gercke/Wollschläger* (Fn. 1), S. 52–54.

⁶⁹ Kanzlei *Gercke/Wollschläger* (Fn. 1), S. 163.

⁷⁰ BGHSt 57, 42 Rn. 18.

⁷¹ BGHSt 57, 42 Rn. 18.

⁷² *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 13 Rn. 69 (*Hervorhebungen* im Original); die Textpassage findet sich in *Fischers* Kommentar schon in der Voraufgabe und noch in der aktuellen.

⁷³ Kanzlei *Gercke/Wollschläger* (Fn. 1), S. 167.

[...] an die Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist.“⁷⁴ Es ließe sich daher sowohl in Bezug auf eine Ausnahme für Tatserien als auch ganz allgemein argumentieren, dass die Betriebsbezogenheit bei Kirchen aufgrund besagter Pflicht zum Schutze der Würde und zur Achtung sonstiger fundamentaler Rechte ihrer (besonders schutzbedürftigen minderjährigen) Gläubigen schärfer ausgelegt werden muss als bei anderen „Betrieben“.⁷⁵ Das hätten die Kölner Gutachter bedenken und bewerten sollen.

bb) Ingerenzgarantenstellung (Einstandspflicht aus „gefährlichem Vorverhalten“)

Die Möglichkeit der Garantienpflicht aus pflichtwidrigem Vorverhalten bejaht das Gutachten in gewissen engen Grenzen. Es heißt zusammenfassend: „Eine Strafbarkeit aus Ingerenz kommt dementsprechend in solchen Fallkonstellationen in Betracht, in denen ein Verantwortungsträger eine spezielle Schutzpflicht verletzt hat (ab dem 1.2.2003) und sodann eine neue Missbrauchstat begangen wird, die gerade auf der vormaligen Pflichtverletzung beruht.“⁷⁶ Eine solche spezielle Schutzpflicht haben – nach den Gutachtern – erst die Leitlinien der deutschen Bischofskonferenz von 2002 statuiert.⁷⁷ Bezogen auf die Ingerenzgarantenpflicht stellt das Gutachten folgende weitere Voraussetzungen auf: „Vor diesem Hintergrund kommt eine Garantienstellung der Verantwortungsträger des Erzbistums Köln von vornherein nur in solchen Fällen in Betracht, in denen in Bezug auf einzelne Beschuldigte im Laufe der Jahre mehrere Verdachtsanzeigen eingegangen sind. Sofern es dann bei der Behandlung vorangegangener Verdachtsfälle von sexuellem Missbrauch zu Pflichtenverstößen – insbesondere im Hinblick auf die von den Gutachtern definierten Pflichtenkreise nach kanonischem Recht – gekommen ist, könnten diese als pflichtwidriges gefährdendes Vorverhalten einzustufen sein. Die mögliche Folge wäre für spätere Fälle die Begründung einer Garantienstellung aus Ingerenz.“⁷⁸

Positiv zu vermerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Gutachter den Gedanken des § 25 JArbSchG aufgreifen

und ihn bei den Rechtswirkungen der Leitlinie von 2003 fruchtbar machen, indem sie anhand dieser gesetzlichen Wertung das Ermessen eines Bischofs kirchenrechtlich auf null reduziert und ihn zum Einschreiten verpflichtet sehen in Fällen qualifizierten Tatverdachts.⁷⁹ Doch ist ihr Verständnis der Leitlinie mit der Folge einer allein möglichen Ingerenzgarantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) unplausibel und führt zu untragbaren Differenzierungen. Wenn nach den Gutachtern die Leitlinien des Jahres 2003 die Kraft haben, eine rechtliche Einstandspflicht des Bischofs zu begründen, dann haben die Leitlinien diese Kraft nicht erst nach einem ersten Verstoß gegen die statuierten Pflichten und für die Zukunft, sondern sie haben diese Kraft sofort. Das folgt schon aus dem Gedanken, dass eine solche Ingerenzgarantenstellung nur aus einer Norm folgen kann, deren Schutzzweck es ist, die entsprechende Rechtsgutsverletzung zu verhindern (Schutzzweckzusammenhang).⁸⁰ Angenommen, der Bischof besucht spontan und unangekündigt eine Gemeinde und wird im dunklen Kirchenschiff zufällig Zeuge, wie der Gemeindepfarrer, der sich unbeobachtet glaubt, einem Messdiener die Hose auszieht, um ihn sexuell zu missbrauchen. Dann muss der Bischof, wenn er denn rechtlich überhaupt auf Basis des kanonischen Rechts strafrechtlich zum Verhindern von Sexualstraftaten verpflichtet werden kann, auch sofort zum Eingreifen verpflichtet sein. Es gibt schlicht keinen Sachgrund, seine Handlungspflicht erst nach pflichtwidrigem Unterlassen von Schutzmaßnahmen zu bejahen. Auch das kanonische Recht will ja sämtliche verhinderbaren Missbrauchsfälle verhindern, nicht erst solche *nach* Pflichtverletzung eines Bischofs. An der Pflicht des Bischofs zum sofortigen Einschreiten ändert sich nun aber nichts, wenn er nicht wie im Beispiel am Tatort des Missbrauchs, sondern in seinem Amtssitz glaubhaft von drohenden Sexualstraftaten eines Priesters erfährt.

Der Ansatz der Gutachter zur Ingerenzgarantenstellung ist aber auch in seiner konkreten Anwendung fehlerhaft, wenn sie spezielle kirchenrechtliche Bischofspflichten zum Rechtsgüterschutz erst den Leitlinien von 2003 entnehmen.⁸¹ Um das zu erkennen, hätten die Kölner Gutachter nur in den kirchenrechtlichen Teil ihres Gutachtens schauen müssen, wo sie selbst die Existenz einer einschlägigen Norm schon für das Jahr 1983 benennen: „Im Kirchenrecht existiert mit dem fahrlässigen Amtsmissbrauch (can. 1389 § 2 CIC/1983) ebenfalls eine Form der Unterlassungsstrafbarkeit. Entscheidend ist danach, ob die Handlung kirchlicher Gewalt, eines kirchlichen Dienstes oder eine kirchliche Aufgabe unrechtmäßig unterlassen wurde.“⁸² Dazu schreibt der Kirchenrechtler *Lüdecke*: Den „fahrlässigen Amtsmissbrauch (c. 1389 § 2) [...] begeht z.B. ein Bischof, der jemandem Schaden zufügt, indem er erforderliche Amtshandlungen unterlässt.“⁸³ Also existiert kirchenrechtlich jedenfalls schon seit 1983 eine strikte Auf-

⁷⁴ BGHZ 148, 307 (311) = NJW 2001, 3537; zu dem Amtshaftungsanspruch, resultierend aus dem Körperschaftstatus der Bistümer, näher *Gerecke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911; *Jaeger*, VersR 2022, 1129; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Gutachten 144/10 („Haftung der Kirchen in sexuellen Missbrauchsfällen“), abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/413890/2c763f7449ab65fbd8a30f26ab94ff3/WD-3-144-10-pdf-data.pdf> (17.1.2023).

⁷⁵ So handelte es sich in BGHSt 54, 44, wo die rechtliche Einstandspflicht bejaht wurde, beim „Anstellungsbetrieb“ mit der Berliner Stadtreinigung um eine Anstalt des Öffentlichen Rechts (dazu *Rotsch*, ZJS 2009, 712 [717]; diesen Aspekt weist etwa *Spring*, GA 2010, 222 [225], zurück).

⁷⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 166.

⁷⁷ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 166 – die Leitlinien sind 2003 in Kraft getreten.

⁷⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 164.

⁷⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 302 f.

⁸⁰ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 60), Rn. 1196 – unter Verweis auf BGHSt 37, 106 (115 f.); BGH NSZ 2008, 276 (277).

⁸¹ So schon *Scheinfeld/Gade/Roßmüller* (Fn. 3).

⁸² Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 301.

⁸³ *Lüdecke*, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 (57).

sichts- und Verhinderungspflicht des Bischofs. Daraus ergibt sich direkt eine strafrechtliche Einstandspflicht der Bischöfe: „Ihre rechtliche Verantwortlichkeit ist – mit dem Bundesgerichtshof gesprochen – nur die ‚notwendige Kehrseite‘ der gegenüber der Kirche (im Interesse potenzieller Opfer) übernommenen Pflicht, Straftaten zu vermeiden.“⁸⁴ Auf die Handlungspflicht aus can. 1389 § 2 CIC/1983 geht das Gercke-Gutachten dort, wo es das staatliche Strafrecht behandelt, nicht ein, obwohl die Handlungspflicht bei Lüdecke, dessen Begründung die Gutachter rezipiert haben, in erfreulicher Klarheit ausbuchstabiert ist. Die Kölner Gutachter, dies erweist sich hierin erneut, betreiben selektive Auswertung einschlägiger Literatur und selektive Verwertung von Erkenntnissen.

b) Beschützergarantenstellung

Da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Bischöfe, bezogen auf fast alle vermeidbaren klerikalen Sexualstraftaten, eine rechtliche Einstandspflicht aus dem Gedanken der Geschäftsherrenhaftung besteht, spielt die Frage nach einer Beschützergarantenstellung objektiv betrachtet eine untergeordnete Rolle. Für die Gutachter hingegen, die keine Geschäftsherrenhaftung annehmen wollen, sondern stattdessen nur in seltenen Fällen eine Ingerenzhaftung, war die Frage der Beschützergarantenstellung gleichermaßen wichtig, weil sich ihnen unter diesem Aspekt viel weitergehend eine Einstandspflicht ergeben konnte.

Die Beschützergarantenstellung des Bischofs wird nach oberflächlicher Betrachtung verneint. Es fehle die dafür „nötige Abhängigkeit des Opfers von der Schutzbereitschaft“ des Bischofs und die erforderliche „persönliche Verbundenheit“ zwischen „den Verantwortungsträgern des Erzbistums Köln und den einzelnen Gemeindemitgliedern“: „Akteure wie der Erzbischof, der Generalvikar oder der Leiter der Hauptabteilung Seelsorge-Personal“, schreiben die Gutachter, „haben auch weder vertraglich noch tatsächlich besondere Verantwortung für die Missbrauchsopfer übernommen, die über ihren Status als Gemeindemitglieder hinausgeht.“⁸⁵ Damit bleiben die Gutachter wiederum ganz im Abstrakten. Betrachtet man hingegen konkrete Situationen, in denen gläubige Kinder Opfer klerikalen Missbrauchs werden, drängen sich Fragen auf, die das Gercke-Gutachten nicht stellt: Soll mit der Aufnahme eines Zehnjährigen ins katholische Internat⁸⁶ kein zumindest konkludentes Obhutsversprechen

der Kirche als Institution verbunden sein, den Jungen über das Wirken ihrer Leitungsverantwortlichen vor vermeidbaren Verbrechen zu schützen? Gilt dasselbe für Ferienlager? Für die Messdienerschaft? Für die Beichte? Allgemein ließe sich fragen, ob es nicht grob widersprüchlich ist und deshalb von den Eltern der Kinder so nicht verstanden werden kann, dass die Katholische Kirche einerseits ein Kernanliegen in der seelsorgerischen Begleitung des gläubigen Menschen sieht, andererseits sich rechtlich nicht verpflichtet sieht, einen „Seelenmord“⁸⁷ vom anvertrauten Kind abzuwenden. Müssen die Eltern das Aufnehmen des Kindes (ins Internat, ins Ferienlager, in die Obhut des Seelsorgers der heimischen Gemeinde) nicht vielmehr insgesamt als Versprechen deuten, dass die Kirche und ihre Leitungsverantwortlichen nach Möglichkeit Schaden vom Kind abwenden, wenn solch ein Schaden konkret und in besonderer Schwere droht? Bezieht man das seit langem vorhandene Allgemeinwissen über klerikalen Missbrauch mit ein oder führt man sich die Schwere der Folgen kurz durch eigenes Nachdenken vor Augen, kann die Antwort darauf nur „Ja“ lauten. In der Präambel ihrer Anerkennungsverordnung beschreibt die Katholische Kirche den klerikalen Missbrauch so: „Sexueller Missbrauch an Minderjährigen sowie an schutz- oder hilfebedürftigen Erwachsenen – gerade wenn Kleriker, Ordensleute oder Beschäftigte im kirchlichen Dienst solche Taten begehen –, erschüttert nicht selten bei den Betroffenen und ihren Angehörigen sowie Nahestehenden und Hinterbliebenen das Grundvertrauen in die Menschen und in Gott. In jedem Fall besteht die Gefahr schwerer physischer und psychischer Schädigungen.“⁸⁸ Die Eltern können schwerlich annehmen oder erkennen, dass die Katholische Kirche als Körperschaft in Gestalt ihrer Leitungsverantwortlichen nicht rechtlich dafür einstehen will, dass ein ihrer Obhut anvertrautes Kind keinen Missbrauch erleidet, der „das Grundvertrauen in die Menschen und in Gott“ erschüttert und schwere psychische Schädigungen zeitigt.

Warum vor diesem Hintergrund nicht „das faktische Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses“ bejaht werden kann, das die Gutachter grundsätzlich auch „für die Kirche“ (ihre Verantwortungsträger) als Entstehungsgrund einer rechtlichen Einstandspflicht gelten lassen,⁸⁹ wird nicht ausgeführt.⁹⁰ In der Kommentarliteratur hingegen wird eine

⁸⁴ Scheinfeld/Gade/Roßmüller (Fn. 3); wohl bezogen auf BGHSt 54, 44 (Rn. 27); zu dieser Entscheidung im Ergebnis zustimmend Rotsch, ZJS 2009, 712; kritisch dagegen Berndt, StV 2009, 687 (690 ff.), dessen auf die Situation des Compliance-Beauftragten gerichteten Einwände lassen sich indes nicht vorbringen gegen die herrschende Annahme der Einstandspflicht des mit Organisations- und Weisungsmacht ausgestatteten Leitungsverantwortlichen – zumal der leitungsverantwortliche Bischof als Teil und in den Strukturen einer Körperschaft des Öffentlichen Rechts agiert.

⁸⁵ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 155.

⁸⁶ Zur eindringlichen Schilderung eines solchen Missbrauchs-falles oben bei Fn. 48.

⁸⁷ Lüdecke, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 in Fn. 2.

⁸⁸ Ordnung für das Verfahren zur Anerkennung des Leids, Präambel; die Fassung v. 24.11.2020 ist abrufbar unter https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2020/2020-ORDNUNG-Verfahren-zur-Anerkennung-des-Leids_final.pdf (17.1.2023).

⁸⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 165.

⁹⁰ Vgl. noch das zur Amtshaftung und zur Treueprägung des Gefüges „Kirchengemeinde“ Ausgeführte bei Gercke/Roßmüller, NJW 2022, 1911 (1914): „Auch die kirchliche Glaubensgemeinschaft stellt insbesondere in den örtlich tief verwurzelten und sozial eng verwobenen Gemeinden in den Augen der Gläubigen und auch nach dem Selbstverständnis der Kirche regelmäßig ein der Familie vergleichbares Gefüge mit besonderer Treueprägung der Gläubigen untereinander,

Beschützergarantenstellung von Bischöfen zum Teil ausdrücklich bejaht.⁹¹ Der Leser des Gutachtens erfährt das nicht.

Die Gutachter gehen noch kurz dem Gedanken nach, ob bei Bischöfen eine hinreichende Parallele zur Stellung weltlicher Amtsträger besteht, für die weithin eine Beschützergarantenstellung bejaht wird, wie etwa bei Mitarbeitern des Jugendamtes, einem Schulleiter oder einem örtlich und sachlich zuständigen Polizisten; anders als diese Amtsträger treffe den Bischof jedoch keine Schutzpflicht (gegenüber allen Gläubigen seines Bistums), denn die zu erfüllen sei praktisch unmöglich.⁹² Der Fehler in dieser Argumentation ist so offensichtlich, dass er den Gutachtern selbst bewusst gewesen sein muss. Dem Polizisten ist es faktisch auch unmöglich, alle Bürger seines Zuständigkeitsbereichs vor jedwedem Verbrechen zu schützen. Gleichwohl ist er als Garant zum Einschreiten verpflichtet, wenn er eine konkrete Angriffssituation beobachtet oder glaubhaft von einem Verbrechen vorhaben erfährt. Warum soll nicht dasselbe für den Bischof gelten, wenn er um die Tatgeneigtheit eines Klerikers weiß? Hier zitiere ich, weil es ersichtlich Gewicht hat, erneut den Bundesgerichtshof in Zivilsachen zum Körperschaftsstatus der Katholischen Kirche: „Die Zuerkennung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts bindet sie [...] an die Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist.“⁹³ In diesem Sinne „achten“ Körperschaften die Rechte der Person, indem sich ihre Leitungsverantwortlichen angemessen verhalten. Diese Pflicht zur Achtung der fundamentalen Rechte ist nach dem Bundesgerichtshof eine Rechtspflicht, und es lässt sich wohl kaum vertreten, dass ein beim Kindesmissbrauch wegschauernder Bischof die Rechte des Missbrauchsopfers achtet. Warum gehen die Gutachter nicht der Frage nach, ob der Bischof als Leitungsorgan der Körperschaft das fundamentale Recht des Mitglieds seiner örtlichen Glaubensgemeinschaft auf körperliche und seelische Unversehrtheit in der Weise zu achten und zu schützen hat, dass er gegen die aus seiner Sicht drohenden, das Opfer entwürdigenden Sexualstraftaten in gebotener Weise einschreitet?

c) Kombination der Aspekte: Obhut und Überwachung

Wollte man ganz genau sein bei der Frage, wie die obergerichtliche Rechtsprechung wahrscheinlich die rechtliche Einstandspflicht eines Bischofs bestimmen würde, dürfte man die Aspekte der Überwachungs- und Obhutsgarantenstellung nicht strikt trennen. Der 5. Strafsenat hat nämlich in seiner

aber vor allem im Hinblick auf den mit Seelsorge und der Anleitung im Glauben betrauten Priester dar (Gemeinde). Die Gläubigen sind nach dem katholischen Kirchenrecht dazu verpflichtet, immer die Gemeinschaft mit der Kirche zu wahren. In christlichem Gehorsam haben die Gläubigen die Bestimmungen der Priester als geistliche Hirten zu befolgen.“

⁹¹ *Bosch* (Fn. 12), § 13 Rn. 52; *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 12), § 27 Rn. 101.

⁹² *Kanzlei Gercke/Wollschläger* (Fn. 1), S. 155 f.

⁹³ BGHZ 148, 307 (311) = NJW 2001, 3537; zum Amtshafungsanspruch der Missbrauchsopfer siehe die Nachweise in Fn. 74.

Bejahung einer Garantenstellung des Innenrevisors der Berliner Stadtreinigung beide Gesichtspunkte kombiniert und spricht von der „Übernahme entsprechender Überwachungs- und Schutzpflichten“.⁹⁴ Diese Sicht des *Senats* ist am Ende auch methodisch vorzugswürdig. Bei § 13 Abs. 1 StGB geht es darum, ob jemand rechtlich dafür einzustehen hat, dass ein bestimmter Deliktserfolg abgewendet wird; anders ausgedrückt, geht es darum, ob er mit seinem Unterlassen gegen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung verstößt. Diese Wertung kann sich aber nicht nur getrennt aus Aspekten entweder der Obhut oder der Überwachung ergeben, sondern auch doppelt begründet sein (ein Vater muss gegen die gefährliche Rauferei seiner Kinder einschreiten) oder vielleicht auch erst folgen aus der Summe der Umstände, die für das Auferlegen einer solchen Einstandspflicht sprechen. Hier droht der Einwand, dass eine solche Gesamtbetrachtung in die Unbestimmtheit führe und einen Verfassungsverstoß ergäbe (Art. 103 Abs. 2 GG). Triftig wäre der Einwand nicht. Das Recht bestimmt die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem häufig nach einer *umfassenden* Abwägung der widerstreitenden Interessen, ausdrücklich bestimmt ist dies in § 34 StGB. Es wird aber etwa auch praktiziert bei der Fahrlässigkeit und der Konkretisierung von Sorgfaltspflichten.⁹⁵ Dort wie hier geht es um das Erkennen einer rechtlichen (Handlungs-)Pflicht. Die Kölner Gutachter hatten das nicht in dieser Weise dogmatisch zu unterfüttern. Sie hätten aber die aufgezeigte Methode des 5. Strafsenats ernstnehmen müssen. Denn bei so vollzogener, dem Obergericht entsprechender Anwendung des staatlichen Rechts könnte die Rechtsprechung ersichtlich eher zur Bejahung einer rechtlichen Einstandspflicht der Bischöfe gelangen als die Gutachter.

d) Eine systematische Betrachtung zur Verantwortlichkeit

Die Kölner Gutachter konkretisieren den vom Erzbistum Köln erteilten Auftrag selbst, indem sie die folgende Frage formulieren: „Wurden die Missbrauchsfälle von den Verantwortlichen – gemessen an den zum Zeitpunkt ihrer Bearbeitung geltenden Rechtsnormen – adäquat behandelt?“ Den Gutachtauftrag so zu kennzeichnen, heißt doch aber auch, die Frage nach dem richtigen Umgang mit Missbrauchsfällen in Ansehung des Schadensersatzrechts zu stellen, insbesondere in Ansehung des Amtshaftungsrechts. Das Amtshaftungsrecht ist „staatliches Recht“ im Sinne des Gutachtauftrags, wie die einschlägigen Normen „geltende Rechtsnormen“ im Sinne der Konkretisierung seitens der Gutachter sind. Und auch die Relevanz dieser Rechtsmaterie spricht für die Einbeziehung. Wenn das Kirchenrecht interessiert, dann doch wohl auch das staatliche Schadensersatzrecht. Das Erzbistum wird sich von den Gutachtern nicht auf den Standpunkt gestellt sehen wollen, dass ihm Verstöße gegen diese rechtlichen Vorgaben unwichtig sind. Das dürfte schon deshalb so sein, weil das Schadensersatzrecht in Gestalt des Amtshaf-

⁹⁴ BGHSt 54, 44 (Rn. 25); kritisch dazu *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (717).

⁹⁵ *Schlehofer*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 15 f., 58 f.; gegen eine auf Unbestimmtheit zielende Argumentation bei der Fahrlässigkeit siehe *Herzberg*, ZIS 2011, 444.

tungsanspruchs gegen die solvente Institution Katholische Kirche aus Sicht der Opfer von höchster Bedeutung ist. Und am angemessenen Ausgleich des Leids ist die Katholische Kirche auch nach ihrem (für den Gutachtauftrag ebenfalls relevanten) Selbstverständnis⁹⁶ interessiert. Ausgleich des Leids ist Motiv und Gegenstand des kirchlichen Anerkennungsverfahrens. Zum anderen entspricht es dem gewählten Status der Körperschaft des Öffentlichen Rechts mit der besonderen Verpflichtung zur Rechtstreue, die rechtlichen Vorgaben einzuhalten.⁹⁷ Deshalb ist man erstaunt, dass die Kölner Gutachter – anders als andere Gutachter⁹⁸ – das Schadensersatzrecht überhaupt nicht betrachten.

Eine Einbeziehung des Schadensersatzrechts wäre nicht zuletzt auch als systematische Auslegung fruchtbar gewesen, weil das Kriterium für einen Amtshaftungsanspruch gegen die Kirche (analog Art. 34 S. 1 GG mit § 839 BGB) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen im Ausgangspunkt demjenigen der Strafsenate für die Geschäftsherrenhaftung entspricht. Hier wie dort fragt die Rechtsprechung nach dem „inneren Zusammenhang“ der Straftatbegehung mit dem Priesteramt. Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages hat die Haftung der Kirchen in Fällen klerikalen Missbrauchs bereits im Jahr 2010 in Auswertung der BGH-Rechtsprechung prägnant in diesem Sinn zusammengefasst und darauf hingewiesen, dass es sich letztlich um eine „Tatfrage im Einzelfall“ handelt.⁹⁹ Präziser dargelegt findet sich

⁹⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 1: Den Umgang mit Missbrauchsfällen sollten die Gutachter auch „dahingehend evaluieren“, ob er im Einklang mit „dem kirchlichen Selbstverständnis“ steht.

⁹⁷ Siehe oben im Text bei Fn. 74; ferner bei *Gercke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911.

⁹⁸ Universität Osnabrück, Betroffene – Beschuldigte – Kirchenleitung, Sexualisierte Gewalt an Minderjährigen sowie schutz- und hilfsbedürftige Erwachsene durch Kleriker im Bistum Osnabrück seit 1945, Zwischenbericht: Pflichtverletzungen der Bistumsleitung, 2022, S. 136 ff., abrufbar unter https://www.s-gewalt.uni-osnabrueck.de/fileadmin/documents/public/PDFs/Betroffene_Beschuldigte_-_Kirchenleitung_Zwischenbericht.pdf (17.1.2023);

Westphal/Spilker/Wastl (Fn. 52), S. 160 ff.

⁹⁹ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Gutachten 144/10 (Fn. 74), S. 7: „Ein Amtshaftungsanspruch ist allerdings nur insoweit gegeben, als die Amtspflichtverletzung gerade in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgte und nicht bloß bei Gelegenheit der Ausübung. Dabei ist der Begriff ‚in Ausübung‘ aber nicht eng auszulegen. Entscheidend ist, ob bei objektiver Betrachtung ein genügend naher *innerer und äußerer Zusammenhang zwischen der übertragenen Aufgabe und der Schadenshandlung* besteht, sodass die Letztere als Teil einer, wenn auch mangelhaften Diensthandlung anzusehen ist, oder ob es an einer inneren Beziehung fehlt und die schädigende Handlung nur in einer rein äußerlichen örtlichen oder zeitlichen Beziehung zur Dienstausbübung steht. Die Diensthandlung impliziert, dass der Beamte in seiner Eigenschaft als Träger hoheitlicher Aufgaben, also ‚in

die Amtshaftung bei *Gercke/Roßmüller*, deren Fazit so beginnt: „Bei materiellen und immateriellen Schäden durch Missbrauchstaten kirchlicher Amtsträger und Bediensteter, die diese im Rahmen ihrer kirchlichen Tätigkeit verübt haben, haftet die kirchliche Anstellungskörperschaft in analoger Anwendung des § 839 BGB iVm Art. 34 GG selbst. Nach rechtlichen Maßstäben liegt damit nicht nur eine ‚institutionelle Mitverantwortung‘ vor, sondern die Bistümer müssen zivilrechtlich für die durch Missbrauchstaten hervorgerufenen Schäden einstehen. Die Feststellung scheint angesichts der klaren Meinungslage in Rechtsprechung und Literatur banal, allerdings zeigen die anderslautenden oder fehlenden Ausführungen in Gutachten und seitens der Kirche ein enormes Klarstellungsbedürfnis. Die Anerkennungs-VO selbst schweigt sich über den Anspruch aus und verschafft dem Geschädigten keine Klarheit. Er geht mit einem Fehlverständnis in die Verhandlungen, wofür die Bistümer mitverantwortlich sind. Es wäre den Verordnungsverfassern ein Leichtes gewesen, im Rahmen der Präambel auf ihre grundsätzlich gegebene ‚Passivlegitimation‘ hinzuweisen.“¹⁰⁰ Die Evangelische Kirche hat Missbrauchsoffer ihrer Geistlichen schon 2012 auf den gegen die Kirche bestehenden Amtshaftungsanspruch hingewiesen.¹⁰¹

Für die Mehrheit der im Gercke-Gutachten betrachteten Missbrauchsfälle dürfte ein Amtshaftungsanspruch schon deshalb gegeben sein, weil der Sexualstraftäter seine Tat im „inneren Zusammenhang“ mit dem kirchlichen Amt begangen hat, nämlich im kirchlichen Kontext¹⁰² und wohl unter Ausnutzung der Erleichterungen, die ihm seine priesterliche Autoritäts- und Vertrauensstellung verschaffte. Hier liegt eine bedeutsame Kriterien- und Deckungsgleichheit in Bezug auf das zivilrechtliche Einstehenmüssen der Institution Kirche und dem strafrechtlichen Einstehenmüssen ihrer Leitungspersonen (bei gegebener Vermeidefähigkeit). Die Universität Osnabrück kommt in ihrer Missbrauchsstudie denn auch zu dem Ergebnis, dass in Bezug auf klerikalen Missbrauch die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch „in vielen

amtlicher Eigenschaft“ gehandelt hat. Der maßgebliche innere Zusammenhang entfällt nicht schon dadurch, dass der Missbrauch des Amtes zu eigennützigem, schikanösen oder gar strafbaren Zwecken erfolgt oder die Pflichtwidrigkeit auf eigensüchtigen oder rein persönlichen Beweggründen beruht. Ein innerer Zusammenhang ist dagegen nicht mehr gegeben, wenn der Beamte grundsätzlich aus dem Bereich seiner Obliegenheiten heraustritt und quasi nur als Privatmann handelt.“ (*Hervorhebungen* nur hier).

¹⁰⁰ *Gercke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911 (1916).

¹⁰¹ Evangelische Kirche in Deutschland (EKD), Orientierungshilfe für Unterstützungsleistungen – zu Unterstützungsleistungen an Betroffene sexuellen Kindesmissbrauchs in Anerkennung ihres Leids, 2012, abrufbar unter https://www.ekd.de/orientierungshilfe_unterstuetzungsleistungen.htm (17.1.2023).

¹⁰² Das Gutachten der Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 52–54, weist die Tatbegehung im kirchlichen Kontext für die Mehrheit der Fälle aus.

Fällen relativ klar“ vorliegen.¹⁰³ Daneben tritt eine mögliche und dem Missbrauch vorausgegangene Amtspflichtverletzung eines Kirchenverantwortlichen im Umgang mit klerikalen Missbrauchstaten,¹⁰⁴ wovon das Gercke-Gutachten ja im kirchenrechtlichen Teil gerade viele benennt.

Die Besonderheit des Amtshaftungsanspruchs ist allerdings, dass der Anspruch übergeleitet wird auf die Anstellungskörperschaft, also die Diözese.¹⁰⁵ Es ist deshalb eine glatte Irreführung, wenn die Katholische Kirche in der Präambel ihrer Anerkennungsverordnung die Missbrauchssopfer für Rechtsansprüche an den Täter verweist: „Die primäre Verantwortung zur Erbringung von Leistungen liegt beim Täter.“ Und die Kirche erbringe insbesondere dann Leistungen gegenüber den Missbrauchssopfern, „wenn nach staatlichem Recht vorgesehene Ansprüche gegenüber dem Beschuldigten wegen Verjährung oder Tod nicht mehr geltend gemacht werden können“.¹⁰⁶ Ich schließe die Möglichkeit aus, dass die Katholische Kirche nicht weiß, dass die analoge Anwendung des Art. 34 S. 1 GG nach außen hin (gegenüber dem Missbrauchssopfer) zur Überleitung der Schuldnerstellung auf die Körperschaft, also auf das Bistum führt. Es sollte selbstverständlich sein, dass die Justiziere der Bistümer über diese seit 1956 vom Bundesgerichtshof¹⁰⁷ geklärte Rechtslage Bescheid wissen; der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages hatte die Möglichkeit der Amtshaftung schon 2010 dargelegt; die Evangelische Kirche hatte in ihrer „Unterstützungshilfe“ schon 2012 öffentlich auf den Amtshaftungsanspruch gegen die Kirche hingewiesen, und man darf davon ausgehen, dass die Verantwortlichen der Katholischen Kirche, auch des Erzbistums Köln, die Verfahrensweise der Schwesterkirche beobachtet haben; schließlich war in der DBK-Ordnung von 2011 noch vorgesehen, dass „bei nicht verjährten Schadensersatz- und Schmerzensgeldforderungen von den betroffenen kirchlichen Körperschaften eine außergerichtliche Einigung mit den Anspruchstellern angestrebt werden soll“.¹⁰⁸

Wenn dies aber so ist, dann hätten die Kölner Gutachter die Haftungslage und das Verhalten der kirchlichen Verantwortungsträger zum Gegenstand der Begutachtung machen sollen. Eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts darf Gläubiger nicht irreführen mit falschen rechtlichen Behauptungen. Das gilt unabhängig davon, ob man darin eine tatbestandsmäßige Täuschung erblickt (§ 263 StGB). Es handelt sich im Sinne des Gutachtauftrags dabei nicht um eine „adäquate Behandlung“ von Missbrauchsfällen.

3. Zwischenergebnis

In der Sache ist die im Gercke-Gutachten vertretene weitgehende Entlastung der Bischöfe auf abstrakt-strafrechtlicher

Ebene vor dem Hintergrund des Gutachtauftrags ganz falsch, weil nach staatlichem Recht eine Garantenstellung aufgrund der Geschäftsherrenhaftung besteht. Mit den Ausführungen zur Garantenpflicht der Bischöfe, aber auch mit den grob lückenhaften Ausführungen zur aktiven Beihilfe entpuppt sich das Gutachten als ein Schutzschild zur Abwehr drohender Strafverfolgung, wie sie der Fuldaer Bischof seinerzeit erfahren hat. Auch dem Laien drängt das der Umstand auf, dass alle anderslautenden Stimmen verschwiegen werden. Zudem verneinen die Autoren die Garantenstellung für einen Sachverhalt (Kiosk-Fall), der offensichtlich einer BGH-Entscheidung entnommen ist, ohne dann aber die bejahende Entscheidung des BGH auch nur zu nennen; dort und anderswo genannte Kriterien des BGH werden verschwiegen, weil sie nicht ins Entlastungskonzept passen. Ersichtlich führen die Kriterien des Bundesgerichtshofs – die räumlichen Gegebenheiten und die berufliche Stellung erleichtern die Tatbegehung – zu dem Ergebnis, dass Bischöfe rechtlich für die Verhinderung sexueller Übergriffe ihrer Priester prinzipiell einzustehen haben (§ 13 StGB). Denn dass dem unmittelbaren Täter die Autorität seines Priesteramtes und die Abschirmung in kirchlichen Räumen es leichter machen, seine Missbrauchstaten zu verüben, ist eine banale Selbstverständlichkeit. Es ist abwegig und nicht seriös, sich demgegenüber zur Entlastung des Bischofs darauf zu berufen, die betrachteten Missbrauchstaten könnten ja „genauso“ auch außerhalb kirchlicher Räume von Tätern und an Kindern begangen werden, die der Kirche fernstehen. Was hat es mit der Einstandspflicht des Bischofs zu tun, dass auch viele Sexualdelikte verübt werden, die zu verhindern er keine Verantwortung trägt?

IV. Schöchs Methodengutachten

Sollten dem Obergutachter *Schöch* wirklich keine Zweifel gekommen sein, obwohl in dem Gutachten nicht ein einziger Gegenstandspunkt erwähnt wird – dies nicht einmal in den Fußnoten? Wie *Schöch* vor dem Hintergrund des oben dargelegten gutachterlichen Versagens zu der Bewertung gelangt, wissenschaftliche Standards seien im Gercke-Gutachten eingehalten worden, erfährt der Leser seines methodischen Obergutachtens nicht. Denn seine Prüfung zu dem Gutachtenteil, der das staatliche Recht betrifft, erschöpft sich nahezu in der Passage: „Das [...] strafrechtliche Gutachten über die engen Grenzen einer Strafbarkeit von Verantwortungsträgern bei sexuellem Missbrauch durch Kleriker und kirchliche Bedienstete (S. 143–175) kommt zu durchweg richtigen Ergebnissen (s.o. V.). Nach diesen Maßstäben konnten die Gutachter richtigerweise keine Pflichtverstöße feststellen, aus denen sich eine Strafbarkeit nach den Normen des weltlichen Rechts ergab.“¹⁰⁹

Schöchs Bewertung ist mit seinen eigenen Kriterien unvereinbar. Er prüft ja nicht, ob „Abweichungen zur obergerichtlichen Rechtsprechung“ bestehen, wie er es selbst eingangs seines Gutachtens für bedeutsam erklärt. Zu seinen Pflichten als Obergutachter hätte doch zumindest gehört, die in den Fußnoten des Gutachtens angegebenen BGH-Ent-

¹⁰³ Universität Osnabrück (Fn. 98), S. 137.

¹⁰⁴ Universität Osnabrück (Fn. 98), S. 138.

¹⁰⁵ *Gercke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911 (1912); *Jaeger*, VersR 2022, 1129 (1132).

¹⁰⁶ Jeweils in der Präambel der Ordnung für das Verfahren zur Anerkennung des Leids (Fn. 88).

¹⁰⁷ BGH NJW 1957, 542.

¹⁰⁸ Universität Osnabrück (Fn. 98), S. 141.

¹⁰⁹ *Schöch* (Fn. 4), S. 10.

scheidungen auf Übereinstimmung der rechtlichen Kriterien zu prüfen. Dabei wäre ihm die handgreifliche Abweichung sofort aufgefallen: Die Nennung eines Sachverhalts aus einer BGH-Entscheidung, ohne dies offenzulegen, bei gleichzeitigem Behaupten, für den Sachverhalt sei nach staatlichem Recht eine Geschäftsherrenhaftung zu verneinen, obwohl der Bundesgerichtshof sie bejaht – mehr an Abweichung von obergerichtlicher Rechtsprechung ist kaum denkbar.¹¹⁰

Dass *Schöch* als Obergutachter die Maßstabsbestimmung des Gercke-Gutachtens ohne wirkliche inhaltliche Begründung für „richtig“ befindet (was sie nun wahrlich nicht ist), erfüllt keinesfalls seinen Auftrag. Ob die Maßstabsbestimmung das staatliche Recht zutreffend wiedergibt, wie es vor allem in der obergerichtlichen Rechtsprechung konkretisiert ist, das hatte er zu prüfen. Geht man dieser Frage nach, fällt es nicht schwer, die den juristisch gebildeten Leser des Gercke-Gutachtens anspringenden Fehler, Auslassungen und Verschleierungen zu erkennen und zu benennen. *Schöch*s Obergutachten rügt keinen einzigen der aufgezeigten und handgreiflichen Mängel und bleibt – bezogen auf das staatliche Recht – eine ernsthafte Prüfung des Gercke-Gutachtens schuldig.

V. Resümee

Die Gutachter verfehlen das „staatliche Recht“, das heranzuziehen und richtig zu deuten ihr Auftrag war, in grober Weise. Viel zu weitgehend verneinen sie eine Einstandspflicht der Bischöfe, bezogen auf Sexualstraftaten der Kleriker ihres Bistums. Besonders handgreiflich ist die Missachtung des auch vom Obergutachter *Schöch* betonten Gebots, ein rechtspraktisches Gutachten am gelebten staatlichen Recht auszurichten, also in erster Linie an der Rechtsprechung der Obergerichte.¹¹¹

Führt man sich die groben Fehler im Gercke-Gutachten vor Augen, ergibt sich eine lange Liste und ein erschütterndes Bild: Die Kölner Gutachter 1. lassen eine entscheidende Fallgruppe der aktiven Beihilfe unbehandelt, obwohl die betreffenden Fälle bischöflichen Fehlverhaltens, das erneute Einsetzen eines Sexualstraftäters in der Kinder- und Jugendarbeit, nicht nur über Presseberichte bekannt sind, sondern auch in der Kommentarliteratur und in anderen einschlägigen Rechtsgutachten ausdrücklich genannt werden, ja ihnen sogar aus den begutachteten Fällen vor Augen standen;¹¹² 2. sie verschweigen die Kriterien einer BGH-Entscheidung, aus denen sich eine Geschäftsherrenhaftung von Bischöfen ohne Weiteres ableiten lässt und die der federführende Gutachter in seiner Gesetzeskommentierung als zu weitgehend kritisiert hat, schildern vielmehr nur den Sachverhalt der Entscheidung und legen mit bloßer Behauptung fest, dass ein solches Verhalten keine Geschäftsherrenhaftung auslöst (dies entgegen der anderslautenden Entscheidung des BGH);¹¹³ 3. sie werten eine andere BGH-Entscheidung selektiv aus, indem sie auf halbem Wege stehenbleiben und das sich – ohnehin aufdrängende – Kriterium des BGH für die Geschäftsherrenhaftung

(Aktivtäter nutzt seine berufliche Macht und die darin liegende Erleichterung zur Tatbegehung aus) nicht auf die Missbrauchsfälle anwenden, was zur vollständigen Verkehrung der BGH-Entscheidung führt;¹¹⁴ 4. sie tun so, als könne man die Rechtsfragen auf ganz abstrakter Ebene klären, obwohl der BGH bei Prüfung einer Geschäftsherrenhaftung ganz auf die Umstände des Einzelfalls abstellt;¹¹⁵ 5. sie ziehen Gesetzeskommentierungen nur zur Stützung ihrer Thesen heran, verschweigen aber widerstreitende und konkret zum Missbrauchsgeschehen einschlägige Passagen;¹¹⁶ 6. sie verweisen zur Verneinung der Geschäftsherrenhaftung von Bischöfen törichterweise darauf, dass sexueller Missbrauch auch in Turn- und Sportvereinen vorkomme, als könnte der für eine Geschäftsherrenhaftung nötige innere Zusammenhang zur beruflichen Stellung nicht sowohl im Turnverein als auch in der Kirche bestehen;¹¹⁷ 7. sie unterdrücken jeden Zweifel an der eigenen Position der Gutachter, sodass ein Kommentator zur Stützung der eigenen engen Sicht in der Fußnote genannt wird, der gerade für wiederholte Fälle sexuellen Missbrauchs ausnahmsweise eine Geschäftsherrenhaftung für möglich erachtet;¹¹⁸ 8. sie vertreten in Bezug auf eine mögliche Ingerenzhaftung von Bischöfen kuriose Differenzierungen;¹¹⁹ 9. sie scheuen nicht den dreisten Versuch, eine selbst vorgefundene und handfeste Organisationsherrschaft (Leitungsgewalt) von Bischöfen unter lediglich selektiver Auswertung kirchenrechtlicher Erwägungen „hinwegzuspirtualisieren“ (um im kirchenrechtlichen Teil und in der Antwort auf ihre Kritiker diese Organisationsherrschaft dann doch lieber als „ohne Zweifel“ bestehend auszuweisen);¹²⁰ 10. sie ignorieren den Status des Bistums als Körperschaft des Öffentlichen Rechts, woraus im Rechtsstaat auch für Bischöfe eine „gesteigerte Verantwortung“ und eine Rechtspflicht zur Achtung der Würde und anderer fundamentaler Rechte der Person erwächst;¹²¹ 11. sie bekämpfen groteske Positionen, die niemand vertritt;¹²² 12. sie erwähnen aber im gesamten Gutachten keine einzige tatsächlich existente Gegenstimme; 13. und sie behaupten wahrheitswidrig, dass die meisten der begutachteten Sexualstraftaten von Klerikern im Bistum Köln außerhalb des kirchlichen Kontexts begangen worden seien, obwohl ihr eigenes Gutachten das Gegenteil ausweist.¹²³

Was bleibt am Schluss zu sagen? Ich vermeide das böse Wort „Gefälligkeitsgutachten“, welches *Scheinfeld/Gade/Roßmüller*, wenn auch eher beiläufig, aussprechen. Haben denn die Gutachter dem Erzbischof von Köln, Dr. Rainer Maria Kardinal Woelki, eine Gefälligkeit erwiesen, ihm einen Gefallen getan durch die irreführende Verneinung von Verantwortlichkeit, die im oben begründeten Maß richtigerweise zu

¹¹⁴ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (b).

¹¹⁵ Siehe oben im Text bei Fn. 42.

¹¹⁶ Siehe oben im Text bei Fn. 12 und 91.

¹¹⁷ Siehe oben im Text bei Fn. 61.

¹¹⁸ Siehe oben im Text bei Fn. 72, III. 2. a) aa) (2) (c).

¹¹⁹ Siehe oben im Text nach Fn. 79.

¹²⁰ Siehe oben unter III. 2. a) aa) (1).

¹²¹ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (d).

¹²² Siehe oben im Text bei Fn. 41 und 92.

¹²³ Siehe oben im Text vor Fn. 55.

¹¹⁰ Siehe Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 159 mit Fn. 212.

¹¹¹ Zu diesem Gebot oben im Text bei Fn. 8.

¹¹² Siehe oben III. 1.

¹¹³ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (a).

bejahen ist? Das bestreite ich. Was die Fragen des Themas betrifft, sollte im Gercke-Gutachten das staatliche Recht offenbar zum vermeintlichen Wohl der Katholischen Kirche (oder der kirchlichen Verantwortungsträger) als nicht einschlägig, als nahezu irrelevant hingestellt werden. Aber dem wahren Wohl der Kirche kann es in der Zeit ihres Niedergangs und Mitgliederschwundes nur dienen, ihr schonungslos *alle* rechtlichen Verantwortlichkeiten und Einstandspflichten klarzumachen, auch die strafrechtlichen und insbesondere die der Bischöfe, wenn es um begangene und drohende Missbrauchstaten ihnen gehorsamspflichtiger Priester geht.

„Nos sumus testes“ ist Woelkis bischöflicher Wahlspruch. Wir sind Zeugen (dieser Ereignisse), also denn auch des Missbrauchsskandals der Katholischen Kirche, der ihren Nimbus zerstört hat, sie andauernd zutiefst erschüttert und Woelki selbst wegen eigenen Fehlverhaltens existenziell bedroht. Das von ihm gewünschte Gercke-Gutachten hat schon im vorigen Jahr, den strafrechtlichen Teil betreffend, gut begründete Kritik erfahren. Ob diese dem Erzbischof als erkenntnisfördernd willkommen war, weiß ich nicht. Zweifel daran drängen sich auf angesichts von Zeugenaussagen, die früheres Verhalten des Erzbischofs betreffen und die jetzt (im Januar 2023) sogar die Staatsanwaltschaft in zwei Ermittlungsverfahren beschäftigen. Aber im Zweifel will ich glauben, dass der Ereigniszeuge Woelki keine Abwehrschrift in Auftrag gegeben, sondern bei Beauftragung der Kölner Anwälte aufrichtig begehrt hat, zutreffend und vollständig aufgeklärt zu werden; dass er wirklich wissen will, ob im aktuellen Skandal den Leitungsverantwortlichen in Bistümern auch strafrechtlicher Vorwurf oder gar strafrechtliche Haftung droht. Diese Aufklärung haben die Gutachter nicht geleistet. Die Schwere und die Fülle der Mängel, die sich sämtlich als Entlastung der kirchlichen Leitungspersonen auswirken, verbieten mir auf das Entscheidendste die Bewertung, das Kölner Gutachten genüge den „wissenschaftlichen und methodischen Standards“ und es komme im strafrechtlichen Teil „zu durchweg richtigen Ergebnissen“. ¹²⁴ Zutreffend ist die genaue Umkehrung dieses Urteils.

Doch zurück zur Rechtslage, die das Kölner Gutachten so falsch dargestellt hat! Die eingehende Auseinandersetzung mit den Thesen des Gercke-Gutachtens hat mir ergeben, dass Diözesanbischöfe sich wegen Beteiligung an einer Sexualstraftat des ihnen zum Gehorsam verpflichteten Priesters strafbar machen können. So kann ein aktives Hilfeleisten (§ 27 StGB) darin zu sehen sein, dass der Bischof einen auffällig gewordenen Priester in eine andere Gemeinde versetzt und ihn dort erneut als Seelsorger einsetzt. Wie stets bei berufsmäßigem Verhalten kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. ¹²⁵ Setzt der Bischof einen Priester erneut ein, der zuvor sogar wegen eines Sexualdeliktes verurteilt worden ist oder dessen Tatgeneigtheit ihm sonst hinreichend bekannt ist, liegt darin nicht nur ein objektives Hilfeleisten (durch Verschaffung neuer Möglichkeiten), sondern es dürfte zudem

vielfach der kongruente Beihilfevorsatz gegeben sein. ¹²⁶ – Für die ebenfalls bedeutsame Fallgruppe des Nichteinschreitens des Bischofs trotz hinreichender Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit des gehorsamspflichtigen Priesters ergeben die Kriterien des Bundesgerichtshofs zumeist recht klar die rechtliche Einstandspflicht (§ 13 Abs. 1 StGB) über den Gedanken der Geschäftsherrenhaftung: Begegnet der Priester seinem zur Gemeinde der Gläubigen gehörenden Opfer als katholischer Priester, nutzt er so gut wie immer seine Autoritäts- und Vertrauensstellung aus, also die vom „Betrieb“ verliehene Machtstellung, die ihm die Tatbegehung erleichtert (Betriebsbezug der Tat). ¹²⁷ Die Verhinderungsmacht des Diözesanbischofs ergibt sich aus seiner umfassenden Leitungsgewalt, er kann den auffällig gewordenen Priester beispielsweise aus der Kinder- und Jugendarbeit herausnehmen oder ihn gar der Diözese verweisen. ¹²⁸ Angesichts dieser innerbetrieblichen Organisationsmacht ist es richtig, den Bischof für Missbrauchstaten mit Betriebsbezug (Ausnutzen des Priesteramts) als einstandspflichtig anzusehen. Denn es ist sein Betrieb, der dem unmittelbaren Täter Machtstellung und Erleichterung der Tatbegehung gegenüber den ihm anvertrauten Kindern und Jugendlichen verschafft hat, die daraus resultierenden Gefahren muss er abwenden. ¹²⁹ Zu den für die Geschäftsherrenhaftung der Bischöfe sprechenden Aspekte tritt der Körperschaftsstatus der Bistümer als verstärkender Umstand. Die aus dem Körperschaftsstatus folgende Rechtspflicht zur Achtung der fundamentalen Rechte der Person ¹³⁰ ergibt für die leitungsverantwortlichen Diözesanbischöfe, dass sie die Würde des potentiellen Opfers schützen müssen, indem sie gegen gefährliche Priester einschreiten. Deshalb kommt es für die rechtliche Einstandspflicht auch nicht auf die Frage an, ob der Umstand des Anvertrautseins, also dass die Eltern ihre Kinder in die Obhut der Kirche gegeben haben, schon für sich genommen eine Rechtspflicht des Bischofs begründet. Allemal besteht eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung.

Es ist nach allem durchaus realistisch, dass ein Bischof sich als Gehilfe strafbar beteiligt an Sexualdelikten gehorsamspflichtiger Kleriker; auch kommt eine Haftung als Fahrlässigkeitstäter in Betracht. Straftaten seiner Kleriker, bei denen sie ihr Priesteramt ausnutzen, muss der Bischof vermeiden, soweit er sie vermeiden kann. Das fordern von ihm nicht nur Moral und Anstand, es gebietet ihm auch das staatliche Recht. Es erlegt ihm die Pflichten auf, vermeidbares Fördern von Missbrauchstaten zu unterlassen (§§ 176, 177, 27; 229 StGB) und vermeidbare Missbrauchstaten seiner

¹²⁶ Siehe oben im Text nach Fn. 25.

¹²⁷ Zu diesen Kriterien des 4. *Strafsenats* (Ausnutzen einer betrieblichen Machtstellung) und des 5. *Strafsenats* (Anstellung erleichtert die Tatbegehung) näher oben im Text nach Fn. 59 bzw. vor Fn. 42.

¹²⁸ Siehe oben im Text bei und in Fn. 39; zur Bedeutung der Leitungsgewalt vgl. noch *Spring*, GA 2010, 222 (225).

¹²⁹ Dazu allgemein *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 53; *Weigend* (Fn. 42), § 13 Rn. 56.

¹³⁰ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (d).

¹²⁴ So aber *Schöch* in seinem methodischen Obergutachten (Fn. 2).

¹²⁵ Zur Sicht der Rechtsprechung eingehend *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 12), § 27 Rn. 59 ff., 84 ff.; vertiefend *Putzke*, ZJS 2014, 635.

Untergebenen abzuwenden (§§ 176, 177, 13; 229, 13 StGB). Dem müssten nach kurzem erneuten Nachdenken auch die Kölner Gutachter beipflichten, denn sie entnehmen dem § 25 JArbSchG die Wertung, dass ein Bischof einen Sexualstraftäter nicht in der Kinder und Jugendarbeit einsetzen darf.¹³¹ Dann aber gilt: Das wissentliche Versetzen und erneute Einsetzen eines straffällig gewordenen Klerikers in der Kinder- und Jugendarbeit ist ein aktives pflichtwidriges Fördern seiner in der neuen Gemeinde begangenen weiteren Straftaten; erfährt der Bischof von den früheren Sexualstraftaten des Klerikers hingegen erst, nachdem er ihn bereits in der Seelsorge eingesetzt hat, muss er als Leitungsverantwortlicher gemäß der Wertung des § 25 JArbSchG folgerichtig verpflichtet sein, den Einsatz des gefährlichen Klerikers in der Kinder- und Jugendarbeit nicht fort dauern zu lassen.

¹³¹ Vgl. Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 303.