

B u c h r e z e n s i o n

Manfred Heinrich/Christian Jäger/Hans Achenbach/Knut Amelung/Wilfried Botke/Bernhard Haffke/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, de Gruyter, Berlin 2011, 2000 S., € 399,-

Wer den Jubilar in jüngerer Zeit erlebt hat, mag nicht glauben, dass er im Jahr 2011 seinen 80. Geburtstag begangen hat. Ohnehin ist allein sein „summing up“ als Nestor der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft am Ende von Tagungen schon jede Reise – und manche Vortrags- und Diskussionsödnis – wert: In seiner unnachahmlichen Weise fasst er Vorträge und Debatte zusammen, glossiert sie, mit Charme und Witz manchen Beitrag überzeichnend, eingehüllt in eine Suada von Lob, angereichert mit versteckten Widerhaken wie auch gelegentlicher Ironie – aber immer voller menschlicher Wärme. An diesen extemporierten Auftritten könnte sich mancher Rhetorikprofessor oder -coach eine dicke Scheibe abschneiden – von den kollegialen Schrecken der Hörsäle ganz zu schweigen.

Aber der schlagende Beleg für das schiere Faktum jenes bemerkenswerten Ereignisses ist die Existenz der nachfolgend vorzustellenden, zweibändigen Festschrift. An ihr haben, nachdem die Ehrengabe zum 70. Wiegenfest noch von den (zumeist) älteren Zunftgenossen bestritten wurde, nunmehr – bis auf Ausnahmen namentlich aus seinem Schülerkreis – vornehmlich jüngere Kolleginnen und Kollegen und solche aus dem Ausland mitgewirkt. Verlegerisch betreut wurde die Festschrift, wie ihre Vorgängerin, vom Verlag de Gruyter, was für eine gediegene, haptisch angenehme Ausgabe bürgt. Kleiner Wermutstropfen ist lediglich, dass der Verlag sich bemüßigt gefühlt hat, dem Zeitgeist (Stichwort „Eye-catcher“) hinterherzuecheln, indem er das noble, graphisch höchst gelungene, Firmenlogo auf den Rücken der beiden Bände zu zwei „Goldflecken“ verhunzt hat.

Im Folgenden seien die Beiträge kurz aufgeführt – und, je nach Neigung des *Verf.*, gelegentlich mit kleinen Anmerkungen garniert, mal etwas gründlicher vorgestellt.

I. Den Reigen eröffnet *Hörnle* mit einem freundlich-kritischen Blick auf „Claus Roxins straftheoretische[n] Ansatz“. Sie teilt den *Roxin*schen Ansatz, die negative Generalprävention in der Straftheorie beizubehalten, sie aber bei der Strafzumessung durch den Schuldgrundsatz zu zähmen. Doch will sie dieses Vorgehen anders, unter Rückgriff auf *Hart*, begründen: Institutionen und deren Verteilungsregeln dürften verschiedenen Grundsätzen folgen – und müssten es hier sogar: Kriminalstrafe lasse sich durchaus präventiv konzipieren, ohne dass die konkrete Strafverhängung sich ähnlich orientieren müsse. Dem folgt *Prittwitz*, Strafrecht als *propria ratio*. Hier setzt er sich u.a. mit *Haffkes* Ablehnung des Strafrechts als „ultima ratio“ kritisch auseinander; *Prittwitz* schreibt diesem Rechtsgebiet eine eigenständige Dimension zu, die zwischen illiberaler (sicherheitversprechender) Kontrolldichte und liberaler Risiko-Akzeptanz changiere. Aber Strafrecht sei per se riskant, weil es in Kauf nehme, übertreten zu werden. Wenn man dieses Resultat nicht wolle, etwa im

atomaren Sicherheitsrecht, sei eigentlich kein Platz für diesen Rechtstyp. *Kindhäuser* behandelt: „Wie man Verbrechen vorbeugt“ – Zu Cesare Beccarias Konzeption der Kriminalprävention. Er ordnet *Beccaria* als frühen Kommunitaristen ein, eine Sichtweise, die *Kindhäuser* als (gegenüber dem als statisch klassifizierten Liberalismus) dynamische, an der politischen Tugend ausgerichtete Sicht einstuft. Sie verstehe sich als durch die konkrete Gesellschaft und Zeit geprägt. Aus ihr erwachse die Obliegenheit zur Rechtstreue, sie zu verfehlen, führe zur Schuld. Doch sieht *Kindhäuser* in dieser Konzeption auch die Gefahr, dass sie eine bestimmte Gesinnung voraussetze, während er dem Recht nur die Aufgabe vindiziert, nur die äußerliche Befolgung seiner Imperative zu verlangen. *Jiménez* wendet sich einer „Annäherung an das interkulturelle Fundament des Strafrechts“ zu. *Jäger* (Der Feind als Paradigmenwechsel im Recht – Zu Existenz und Tauglichkeit eines Feindstrafrechts als Mittel zur Verteidigung des Rechtsstaats) und ebenso *Polaino-Orts* (Grenzen vorverlagerter Strafbarkeit: Feindstrafrecht) greifen das intensiv diskutierte Thema „Feindstrafrecht“ i.S.v. *Jakobs* auf. Dabei wiegelt *Jäger*, bei grundsätzlich kritischer Tendenz, freilich insoweit zu Unrecht ab, als er, nach Aufzählung allerlei polizeirechtlich konzipierter Befugnis-Erweiterungen vermeint, noch gebe es kein „Feindstrafrecht“, weil das Recht noch nicht direkt an den „Feind“ anknüpfe. Da lese ich §§ 89a, 89b, 91, 129a, 129b StGB aber anders, von vielen Maßregel-Regeln ganz zu schweigen. Und *Polaino-Orts* widerspricht ihm denn auch – sachlich – sogleich, indem er eine Eloge auf das „Feindstrafrecht“ hält und es nicht nur als durchaus vorhandenes, sondern sogar rechtsstaatsverbürgendes (!) Recht ansieht. Partiiell dreht sich um das „Feindstrafrecht“ auch der Beitrag von *Wittig* (Die Herausforderung des liberalen Strafrechts durch die politische Philosophie *Giorgio Agambens*), wenn auch in einem noch radikaleren Zugriff: Der „heilige Mensch“, in *Agambens* Verständnis: der mit einem Bann belegte Mensch, habe ein „heiliges“ Leben, weil er zwar getötet, aber nicht geopfert werden dürfe. Dies verknüpft *Agamben* in dunkler Manier mit *C. Schmitts* Souveränitätsbegriff: „Souverän ist die Sphäre, in der man töten kann, ohne einen Mord zu begehen und ohne ein Opfer zu zelebrieren, und heilig, das heißt tötbar, aber nicht opferbar, ist das Leben, das in diese Sphäre eingeschlossen ist“. In verquaster Assoziation erstreckt er diese Gedanken auf die Biopolitik (etwa bei Hirntoten) oder KZ-Lagerinsassen („Lager als *nómos* der Moderne“). Einleuchtend sieht *Wittig* diese Konzeption als noch radikaler als die von *Jakobs* an, weil der Souverän, unabhängig vom Verhalten des Betroffenen, bestimme, wer homo sacer sei. Auch wenn ein Aufsatz nicht reichen dürfte, um dem Konzept auch eines umstrittenen Denkers gerecht zu werden, hat *Wittig* jedenfalls ihr Urteil plausibel gemacht, *Agamben* sei in vielem „unklar“.

Es folgt ein erster deutlicher Themenschwerpunkt, der sich um den „Rechtsgutsbegriff“ dreht:

Ab S. 131 („Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? – Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas“) bläst *M. Heinrich* zur unverzüglichen Verteidigung jenes

Topos. Schon *Roxin* hatte in der Hassemer-Festschrift¹ beklagt, dass namhafte Autoren den Rechtsgutsbegriff für untauglich zur Gesetzgebungskritik hielten; so *Stratenwerth*², *Hirsch*³ und *Jakobs*⁴. *Heinrich* reklamiert sodann eine „Verfeinerung“ des Rechtsgutsgedankens für sich, indem er die selbstverständliche Teleologik des Rechtsgutsgedankens (Was soll – für wen – wovor geschützt werden?) in ein „Dreistufenschema“ überhöht. Für eine Wiederbelebung des Rechtsgutsgedankens, der durch die Inzestentscheidung des BVerfG⁵ nur vordergründig als auch verfassungsrechtlich belangreiche exegetische Potenz liquidiert erschien, spricht sich auch *Polaino Noverete* aus (Rechtsgüterschutz versus Bestätigung der Normgeltung?: Die Norm sei die Form, das Rechtsgut der Inhalt) – beide Begriffe seien also notwendig aufeinander angewiesen. Und auch *Romano* (Zur Legitimation der Strafgesetze – Zu Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie) bricht, zwischen beiden Vorgenannten, eine Lanze für den Rechtsgutsgedanken, freilich schon etwas skeptischer. Auch *Scheinfeld* (Normschutz als Strafrechtsgut? – Normentheoretische Überlegungen zum legitimen Strafen) behandelt diese Thematik und wendet sich gegen BVerfGE 120, 224. Wie weit der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum reiche, sei gerade die zentrale Frage. Er veranschaulicht die Problematik u.a. am Beispiel der Organentnahme bei Anezenphalen, also Personen ohne Groß- und Mittelhirn. Das Bundesverfassungsgericht⁶ hatte noch vermeint, in jenem Inzest-Falle Stübing sei das Schutzgut „Familie“ nicht berührt. Eine Bestrafung sei trotzdem verfassungskonform, weil die Strafvorschrift „hier Gewicht“ gewinne durch die Absolutheit, mit der sie umfassende, situationsunabhängige Beachtung erheische. *Roxin*, heißblütiger Urteile gewiss unverdächtig, hat dies, vornehm in der Form, vernichtend in der Sache, dahin charakterisiert: „das ist ein ernsthaft nicht vertretbarer Gedanke“⁷. Jedenfalls macht *Scheinfeld* plausibel, dass der Normschutz als Strafrechtsgut hochproblematisch ist. Da das Thema gleichsam „in der Luft lag“, finden sich noch weitere Beiträge zur Frage des „Rechtsguts“, so von *Greco* (Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts). Dieser stellt dazu folgende drei Regeln auf: (1) Wenn eine

Strafnorm ohne die Prämisse von der Existenz „kollektiver Rechtsgüter“ nicht legitimierbar wäre, sei dies kein Grund, ein solches Rechtsgut zu fordern. (2) Wenn eine Vielzahl von Individuen ein Interesse am Schutz eines Gutes hätte, sei dies gleichfalls kein Grund, ein „kollektives Rechtsgut“ zu fordern. (3) Es sei unzulässig, ein „kollektives Rechtsgut“ zu fordern, wenn die Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes immer zugleich die Beeinträchtigung eines Individualrechtsgutes voraussetze. Damit hätte er – zumindest – eine Vielzahl von pseudo-„kollektiven Rechtsgütern“ eliminiert. *Volk* (Gefühlte Rechtsgüter?) spricht sich für eine Erweiterung des Rechtsgutsbegriffs auch in Richtung des Tabu-Schutzes aus, – mit Rücksicht auf die „Behavioral Economics“ (hier bezieht sich *Volk* u.a. auf *Kahnemann/Tversky*⁸). Er verweist darauf, dass im Bereich der Wirtschaft auch unvernünftige Entscheidungen strafrechtlich geschützt seien. (Das gilt im Privaten an sich nicht minder – wenn sich der Staat nicht zunehmend bemüht hätte, dem Bürger vorzuschreiben, was ihm fromme. Exzesshaftes Beispiel: der neuere Nichtraucherenschutz.) *Volk* sieht zwar (S. 222), dass, wer unvernünftig entscheide und sich auf Gefühl und Intuition berufe, sich gleichwohl wegen Untreue strafbar mache, wenn er andere schädige. Die kühne und unerläutert bleibende These, die sich daran anschließt, lautet aber: „Der Schaden allein kann den Unterschied zum Gefährdungsdelikt nicht ausmachen – welche Schäden „Unvernunft“ an den Kapitalmärkten zum Nachteil anderer auszurichten vermag, weiß jeder. Argumentation mit „Freiheit“ und „Schaden“ liefern keine Letztbegründung.“ Das hat aber auch noch nie einer behauptet: Stets geht es um das Wie der Schadensgenerierung. Die Topoi, die die „Behavioral Economics“ aufdecken, sind interessant, besagen, wie *Volk* selbst einräumt, zunächst aber einmal „nicht viel“. Wer sein (wohlmöglich Schwarz-)Geld in windige Anlagen steckt, wird i.d.R.: nicht strafrechtserheblich geschädigt („je höher die Rendite, desto höher ist das Risiko!“). Wenn aber die Banken im sog. Subprime-Markt Ramschpapiere an ahnungslose Kunden verhökert haben, wobei die Ratingagenturen ihnen sogar noch Bestnoten verliehen hatten, ist es genau das, was das Tun zu einem strafrechtserheblichen macht: ein für die Kunden verschleiertes Glücksspiel mit garantiert schlechtem mittelfristigem Ausgang – um der Maximierung des kurzfristigen eigenen Profits willen. Die Entdeckung jener wirtschaftswissenschaftlichen Einsichten hindern *Volk* freilich nicht, mit dem *Jubilar*, bereichsweise dem Tabuschutz (Schutz „homogener Überzeugungen“) das Wort zureden. Es ist dann nur nicht recht zu erkennen, was ein solchermaßen ausgefranster „Rechtsgutsbegriff“ (vgl. dazu noch einmal *Volk*, S. 224 f.) noch für eine wirkliche systemische Korrekturleistung gegenüber gesetzgeberischen „Begehrlichkeiten“ erbringen soll. *Duttge* (Strafbarkeit des Geschwisterinzestes aufgrund „eugenischer Gesichtspunkte“?) stellt zutreffend heraus, dass für das Inzest-Urteil des BVerfGE die „ergänzend“ als Strafgrund herangezogenen „eugenischen Gesichtspunkte“ (das strafbewehrte Inzestverbot lasse sich daher [auch] „unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Erbschäden nicht als

¹ *Roxin*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573 ff.

² *Stratenwerth*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. S. 377 ff.

³ *Hirsch*, in: Courakis (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis, 2001, S. 425 ff.

⁴ *Jakobs*, in: Shiibashi (Hrsg.), Festschrift für Seiji Saito, 2003, S. 770 (S. 780 ff.).

⁵ BVerfGE 120, 224 (241 ff.); dagegen *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Vor § 32 Rn. 12.

⁶ BVerfGE 120, 224 (251).

⁷ *Roxin*, StV 2009, 549 (so auch schon in der Sache: *Hörnle*, NJW 2008, 2087; zust. auch *Scheinfeld*, in: Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, S. 183 [S. 195 ff.]).

⁸ *Kahnemann/Tversky*, Prospect Theory, *Econometrica*, Vol. 47, No. 2 (March 1979), 263 ff.

irrational ansehen, BVerfGE) in Wirklichkeit zentraler Argumentationsbaustein gewesen seien: Denn nur so sei erklärlich, wieso das Handlungsunrecht sich auf den Vollzug des Beischlafes beschränke (was freilich nicht mit dem Umstand richtig harmonisierbar ist, dass nur erwachsene Geschwister sich dieser Tat strafbar machen können. Denn der Geschlechtsverkehr von z.B. 17jährigen birgt die gleichen Gefahren!). Mit Recht betont *Duttge*, dass auch andere sexuelle Handlungen zu „familienschädlichen Wirkungen“, Störungen der „sozialen Rollenverteilung“ und des „familiären Ordnungsgefüges“ (BVerfG), – genauso wie freilich auch andere sexuelle Handlungen – zu derartigen Wirkungen führen können. Mit Recht sieht er zudem den Aspekt aus dem Max Planck-Gutachten völlig übergangen, dass der Inzest meist nicht die Ursache, sondern die Folge zerrütteter Familien, sei. Mit *Roxin* beanstandet *Duttge*, dass „unerfindlich“ bleibe, „welche „Familie“ unter diesen Umständen überhaupt noch geschädigt werden könne“. Mit berechtigtem Hohn fragt er, ob allein die Intensität des staatlichen Zwangseingriffs auf der Rechtfolgenseite bei ansonsten gleicher Werthaltung (keine tolerierbare Fortpflanzung bei erwartenden erblichen Schädigungen) den entscheidenden Unterschied zwischen dem Erbgesundheitsgesetz vom 14.7.1933 und der heutigen Rechtslage ausmache. Auch *Duttge* streicht heraus, dass ein tiefer Graben in der Argumentation des BVerfG zwischen der Sprechblase [*H.-U. P.*] vom Ultima-ratio-Prinzip für Androhung, Verhängung und Vollstreckung von Kriminalstrafe (BVerfG: das Verhalten sei „in besonderer Weise sozial-schädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich“⁹) und dem Mittelsatz im gerichtlichen Syllogismus sei, dass das Entstehen von Erbschäden „nicht ausgeschlossen werden könne“¹⁰. Hier vermisst *Duttge* mit Recht den „hinreichenden Rechtsgutsbezug“, wie er verbreitet in der Literatur gefordert wird, etwa von *Roxin*¹¹, also ein substantielles, spezifisches Schädigungspotential für das jeweilige Rechtsgut. Er verlangt mit *v. Hirsch* die Feststellung eines „hinreichend manifesten“ Zurechnungszusammenhangs zwischen dem in Frage stehenden Verhalten einerseits und der „möglichen Gefährdung oder Beeinträchtigung“ andererseits. Mit Recht betont *Duttge*, dass jedenfalls nicht das Leid der Eltern und der präsuntiven Kinder das BVerfG umgetrieben haben könne, denn das neue Gendiagnostikgesetz lege die Entscheidungsbefugnis über die Ermittlungen des erbbedingten Schädigungsrisikos ganz in das Belieben der präsuntiven Eltern. *Duttge* sieht in dem Anders-Behandeln der geschwisterlichen Entscheidung einen Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung gegenüber der sonst betonten Autonomie der präsuntiven Eltern, ob sie etwas über allfällige genetische Defekte ihres Nachwuchses wissen wollten. Er betont noch einmal die Unsicherheit des zugrundeliegenden statistischen Materials für valide Aussagen über Schadensrisiken. Deswegen gelangt er zu dem Schluss, dass der sexuelle Verkehr bei nicht ausschließbaren, unbekanntem oder nicht leicht zu er-

kennenden Dispositionen zu entsprechenden Erbschäden ein erlaubtes Risiko sei.

Es folgen *Ontiveros Alonso* (Die freie Entfaltung der Persönlichkeit – Ein würdevolles Rechtsgut in einem Rechtsstaat) und *Peralta* (Motive im Tatstrafrecht), ersterer mit einem traurig stimmenden Blick auf die Verhältnisse in Mexiko, letzterer mit dem Vorschlag, sich von der Betrachtung der Motive auch in der Strafzumessungslehre soweit zu lösen, wie diese sich nicht im objektiven Tatbestand niederschließen.

Es folgen drei Beiträge zu der strafrechtserheblichen Judikatur unseres „höchsten Laiengerichts“, wie ein renommierter Staatsrechtslehrer das BVerfG zu titulieren beliebt:

Hettinger (Auf einen Schelmen anderthalbe? – Zum Fehlgebrauch einer misslungenen Rechtsfigur) befasst sich mit § 244 Abs. 3 StGB n.F., der Einführung von „minderschweren Fällen“ als vermeintlichem Kompensat für den ohnehin dogmatisch durch einen ignoranten, dafür aber immer in Eile agierenden Strafgesetzgeber im 6. StrRRefG vollends verunklarten § 244 StGB (unter tätigem „Vorschub-Leisten“, wie das in verquastem Juristen-Deutsch so schön heißt, durch das BVerfG in re § 113 Abs. 2 StGB, wo man – nachdem man eine rigide Gesetzesdeutung eingestiebt hatte, gleich die [scheinbar unverzichtbare] Ausflucht über eine Strafzumessungsregel [unbenannter „besonders schwerer Fall“] andiente). Besonders apart: Bevor man sehen kann, ob eine besonders milde Varietät vorliegt, muss man erst einmal die Tatbestandsmäßigkeit feststellen. Die viel gerügte, völlig unnötige tatbestandliche Unbestimmtheit wird also durch diesen (maßstabslosen) Zusatz nicht im Geringsten entschärft. *Hettingers* Philippika endet mit der – leider eher rhetorischen – Frage, ob der gesetzgeberische „Sinkflug“ anhalte. Man muss – sie voller Bedauern – zutiefst bejahen!

Dannecker behandelt „Das Verbot unbestimmter Strafen: Der Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktsfolgen“ und behandelt dort ablehnend das Judikat des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der Vermögensstrafe, indem er dem Minderheitenvotum beispringt und dieses noch vertieft. *Schulz* (Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz – Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010) befasst sich ebenfalls mit einem BVerfG-Judikat, nämlich dem zur Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB. Er streicht heraus, dass das Gericht dem Art. 103 Abs. 2 GG das Erfordernis der Vorhersehbarkeit von präzisierenden Änderungen der Rechtsprechung entnehme und sich behufs der für erforderlich gehaltenen Kontrolldichte eine Überprüfung der entsprechenden Obersätze vorbehalte. Mit Recht moniert er, dass sich das Gericht den Konsequenzen seiner Axiomatik aber partiell sogleich wieder entziehe, indem es dem BGH einen Vertretbarkeits-Spielraum einräume. Er stellt die Argumentation in einen größeren methodologischen und historischen Zusammenhang und begrüßt diese Entwicklung – auch vor dem europäischen Rechtshintergrund.

Als zweiter Block schließen sich Beiträge zum Allgemeinen Teil an: *Tavares* behandelt „Handlungseinheit und Konkurrenz bei nicht zweckorientiertem Handeln“: Auf der Basis eines von ihm „performativ“ genannten Handlungsbegriffs, in dem menschliches Verhalten als Kommunikationsverfahren

⁹ BVerfGE 120, 224 (240).

¹⁰ BVerfGE 120, 224 (247).

¹¹ *Roxin* (Fn. 1), S. 573 (S. 589).

zu verstehen sei, in dem sich die Objekte der äußeren Welt „empirisch und normativ als Umstände der Verhaltensorientierung“ aufdrängen, definiert er Handlungseinheit als Situation, bei der der „Täter nicht bei jedem Akt des Handlungsvollzuges die Umstände seiner kleinen Lebenswelt in seinen Orientierungsobjekten bzw. Risikoverfahren zu aktualisieren“ brauche. *Serrano González de Murillo* („Sonderwissen“ des Handelnden und objektives Gefährurteil“) betont das Erfordernis, bei dem Fragenkreis auf das abzuheben, was der Täter gewusst habe – und nicht auf das, was er hätte wissen können. *Sanchez-Ostiz* fragt: „Ist die „objektive Zurechnung“ objektiv und zurechnend?“ und verneint dies, indem er zu einer früheren, durch die modernen Zurechnungslehren (die er als „bloße“ hermeneutische Bewertungen von bereits Zurechnetem bezeichnet) „überwundenen“ Zurechnungslehre zurückzukehren und eine Philosophie des Handelns zu erarbeiten empfiehlt. Kontrapunktisch singt *Rotsch* das hohe Lied auf die normative Zurechnung: „Objektive Zurechnung bei ‚alternativer Kausalität‘“, die er freilich in manchem für präzisierungsbedürftig hält. Er greift BGHSt 39, 195 auf, in dem er den zweiten Schuss als Fall der vollendeten vorsätzlichen Tötung klassifiziert (gegen den BGH, der Versuch und § 222 StGB angenommen hatte). Wegen der Ex-post-Bewertung (und weil er die Kumulation der Teilmengen der Giftgaben betrachtet) gelangt er in dem klassischen Beispielfall der „alternativen Kausalität“ (unabhängige Verabreichung von jeweils tödlichen Dosen Gift) zu jeweils *versuchtem* § 212 StGB/§ 211 StGB (wobei das Mischungsargument bei unterschiedlichen Tötungstechniken natürlich versagt, dafür aber schönerweise gleich die Anwendung des in dubio und damit den Versuch „garantiert“). Jedenfalls lehnt *Rotsch* die Unterscheidung zwischen kumulativer und alternativer Kausalität ab, weil es lediglich auf eine Ex-post-Betrachtung ankomme. Wieso jedoch jemand, der mit Tötungsvorsatz eine tötungstaugliche Technik einsetzt und auch einen Toten produziert, sich „Glückspilz“ (nämlich: bloßer Versuchstäter) nennen dürfen soll, weil ein anderer just das gleiche tut, wird nicht erläutert. *Beckemper* (Unvernunft als Zurechnungskriterium in den „Retterfällen“) hebt als Entscheidungskriterium für die Strafbedürftigkeit auf die Schutzbedürftigkeit und nicht auf die soziale Erwünschtheit des Rettungsverhaltens ab. Dabei soll die Freiwilligkeit in Abhängigkeit von der jeweiligen Norm gebildet werden, in normativierender Parallele zu *Roxins* Argumentation bei § 24 StGB. (Ergo: sinnvolle Rettungsversuche unterliegen der Rettungspflicht [incl. der aus § 323c StGB], unvernünftige nicht). Aus der selbst aufgespannten Falle der Gleichbehandlung von Garanten- und § 323c StGB-Pflichten glaubt *Beckemper* mittels der Zumutbarkeit schlüpfen zu können. *Stuckenberg* greift das nämliche Thema auf („„Risikoabnahme“ – Zur Begrenzung der Zurechnung in Retterfällen“) und nimmt dabei den jüngeren gegen den älteren *Roxin* in Anspruch. Er hält mit jenem die Trennung der Verantwortungsbereiche, die „Risikoabnahme“ durch Risikozusialisierung, für maßgeblich, um eine sich perpetuierende Zurechnungskette unterbrechen zu können. Die strafrechtliche Zurechnung von Retterschäden müsse unterbleiben, weil sie sonst die Rettungstätigkeit stören könne, wobei er auch auf §§ 24 und 306e StGB verweist. *Putzke*

bejaht in: „Pflichtdelikte und objektive Zurechnung – Zum Verhältnis der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen zu den Merkmalen des § 25 StGB“ zwar Pflichtdelikte, aber versteht sie anders als der *Jubilar*: Die Pflichtenstellung besage nichts für die Täterschafts-Stellung. Täterschaft liege immer dann vor, wenn sich der Akteur keines tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft handelnden Zwischengliedes bediene, um den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen. Zwar erledigten sich dann manche Streitfragen nicht, würden aber an die gebührende Stelle verschoben, – in die objektive Zurechnung. Wie er dann aber den Fall eines zwischengeschalteten „absichtslos-dolosen“ Werkzeugs in einen solchen Fall einer Sonderpflichts-Verletzung umdeutet („es spricht nichts gegen eine Zurechnung“), den mögen die „schiefen Worte“ und die Lokalisierung an der „falschen Stelle“ seitens der h.M. nicht mehr ganz so zu schrecken. *Widmaier* (Der Zitronensaft-Fall – Zum Risikozusammenhang nach Aufklärungsmängeln bei der ärztlichen Heilbehandlung) bescheinigt zunächst dem BGH in dem berühmt-berüchtigten Zitronensaft-Fall eine „erfrischende Entdramatisierung des Geschehens“. Anhand einer Abwandlung des Falles (Saft-Gabe schon bei Schließung der OP-Wunde) veranschaulicht er seine Forderung, dass bei einem Einsatz unüblicher ärztlicher Techniken die Gefahr sich in spezifischer Weise im tödlichen Verletzungserfolg niedergeschlagen haben müsse (Lehre vom Schutzzweck der Norm i.S.v. *Roxin*). *B. Heinrich* (Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale) lehnt in seinem Beitrag einen solchen Irrtum als Fall des § 16 StGB ab und unterwirft ihn dem § 17 StGB. Auch andere Topoi in jene Richtung (Parallelwertung in der Laiensphäre/Kenntnis des Begriffskerns/des sozialen Sinns) verwirft er als zu schwammig und vermeint mit dem „Irrtum über einen tatsächlichen Umstand“ einen klaren und klar begrenzten Gegenstand des § 16 StGB ausgemacht zu haben. Nun mag man zugestehen, dass die Abgrenzung von deskriptiven und normativen Merkmalen schwierig ist – und manche Lösung der h.M., wie *Heinrich* zuzubilligen ist, etwas Gewolltes an sich hat. Aber wie man bei Begriffen wie „Ehre“, „Urkunde“, ja sogar bei „üble, unangemessene Behandlung“ dieser Dimension stringent glaubt entraten zu können, ohne die hermeneutische Sinn dimension auszublenden, erscheint zweifelhaft. Es ist schon so, dass, wie bei Midas, dem alles, was er berührte, zu Gold wurde, *alles*, was das Recht „anfasset“ (das scheint mir *Heinrich* [S. 457], zu bagatellisieren), zumindest auch zu etwas Normativem wird. Wieder anders (und wohl genau gegenteilig) sieht *Papathanasiou* das nämliche Problem in ihrem Beitrag „Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters – Vorschlag eines verfassungsbezogenen Kriteriums als Alternative zur Parallelwertung in der Laiensphäre“. Der Titel offenbart ihre Zielvorstellung: Im Verständnishorizont des Täters müsse sich die gesetzgeberische Grundentscheidung hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals widerspiegeln. Das ist eine gewisse Präzisierung. Wenn *Papathanasiou* das freilich an der Entscheidung BGH NJW 2007, 524 exemplifiziert, so kann man an der Leistungsfähigkeit der These schon wieder zweifeln. Dort hatte der BGH ohne Skrupel „Pilze“ unter die Pflanzen gezählt und damit – sektoral – dem BtMG zu unterwerfen

vermocht. Diese wortlautsprenge Auslegung wurde mit dem besonders eindrucksvollen Argument gestützt, man kaufe Pilze auch gemeinhin beim Obst- und Gemüsehändler. In der Konsequenz dieser „Logik“ dürfte man auch Zigaretten und Zeitungen als Pflanzen einstufen, – weil man diese auch bei vielen Gemüsehändler feilgeboten findet. *Rönnau* (Zur Lehre vom bedingten Einverständnis) will sich gleichfalls von Willensfiktionen der h.M. lösen und stärker auf objektive Komponenten, etwa des Wegnahmebegriffs, abheben. Etwa bei der missbräuchlichen Automaten-Nutzung fehle es an der diebstahlstypischen Friedensstörung, weil der Nutzer „nicht ‚sozial inadäquat‘“ in einen „gleichsam ‚für Eingriffe geöffneten‘ Herrschaftsbereich“ eindringe. Dass das sozial adäquat sein soll, erscheint mir mehr als zweifelhaft – dass es von der Risikoaufteilung angemessen ist, nicht: Wer sich der Automatisierung bedient (um nicht persönlich anwesend sein und selbst Überwachungsdienste leisten zu müssen), muss sich die Folgen seiner „Bequemlichkeit“ entgegenhalten lassen.

Es folgt ein weiterer Schwerpunkt mit Einwilligungsfragen aus dem medizinischen Bereich:

Cancio Meliá eröffnet mit: „Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – Eine Skizze aus spanischer Perspektive“. Er stellt das spanische Patientenautonomie-Gesetz vor. Vieles entspricht der deutschen Rechts-/Rechtsprechungslage, wenngleich der Autonomie-Schutz in den §§ 223 ff. StGB nicht ganz unstrittig ist. Dabei sei die Autonomie aber oft in einen Kampf mit paternalistischen Zügen vermeintlich verobjektivierter Patienteninteressen verstrickt. *Böse* (Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener) macht den Willen des Betroffenen stark, indem er ihm eine Veto-Macht einräumt, die lediglich bei Todes- oder der Gefahr erheblicher Gesundheitsbeeinträchtigungen von der Betreuer-Entscheidung majorisiert werde und sogar Zwangsanwendung gestatten könne. Ebenfalls mit den §§ 1901a ff. BGB befasst sich *Sternberg-Lieben* (Gesetzliche Anerkennung der Patientenverfügung: offene Fragen im Strafrecht, insbesondere bei Verstoß gegen die prozeduralen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB). Seine (plausible) These: Verstieße ein Arzt, ein Patientenvertreter (und mutmaßlich selbst ein Dritter) gegen die prozeduralen Anforderungen der §§ 1901a ff. BGB, so mache er sich nicht strafbar, wenn er nur der Patientenverfügung folge, wohl aber (nach §§ 223 ff. StGB), wer eine verfassungswidrige Weiterbehandlung verantwortete – entgegen entsprechender (interessegeleiteter) Beleitmusik aus mancher Ärztespaune.

Der Sterbehilfe wenden sich gleich mehrere Autoren zu: *Fischer* (der selbst an der bekannten Putz-Entscheidung¹² mitgewirkt hat), weist in „Direkte Sterbehilfe – Anmerkung zur Privatisierung des Lebensschutzes“ noch einmal – mit Recht – darauf hin, dass die *unbeabsichtigte* Inkaufnahme von tödlichen Folgen einer Behandlung nichts an der Vorsätzlichkeit der Tötung ändere. Er betont andererseits die Maßgeblichkeit der Privatautonomie, hält – mit Recht – die Unterscheidung von „aktiver“ und „passiver“ Sterbehilfe für „überholt und irreführend“ und regt an, § 216 StGB in seiner Absolutheit

intensiver zu diskutieren (namentlich in Situationen faktischer Unmöglichkeit für den Patienten, sich selbst zu töten). *Rosenau* (Aktive Sterbehilfe) spricht sich sogar dezidiert für eine – begrenzte – Freigabe der aktiven Sterbehilfe aus, obwohl er meint, dass diese Fälle sich bereits über § 34 StGB erfassen ließen. Doch wegen der Komplexität der Argumentation und der Umstrittenheit der Frage befürwortet er eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Während mir die Analogie zu § 34 StGB die Möglichkeiten dieses Instrumentes zu sprengen scheinen, ist der Tendenz der Argumentation, durchaus auch aus den aufgeführten Gründen, uneingeschränkt beizutreten. Auch *Joerden* knüpft an jenes o.a. Judikat mit einer Betrachtung eines methodologischen Aspektes an: „Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe und der Knobe-Effekt“. Zunächst sieht er, mit dem BGH, keine Möglichkeit, die §§ 1901a ff. BGB als Rechtfertigung zu deuten. Er entnimmt dem o.a. Judikat eine teleologische Restriktion des § 216 StGB im Fall einer lebensbedrohlichen Erkrankung. Sodann unterscheidet er, traditionell, zwischen Verhaltens- und Zurechnungsregeln. Dieser Sicht stellt er eine gegenläufige Sicht entgegen, in der die Begriffe von ihren Bewertungsgegenständen her bestimmt werden, etwa in der experimentellen Philosophie. *Joerden* veranschaulicht dies an einem Beispiel, das jenen Knobe-Effekt veranschaulicht, in dem Beurteiler eines ähnlich gelagerten Falls die subjektive Haltung eines Protagonisten mal als vorsätzlich und mal als unvorsätzlich einstufen, je nachdem, ob er etwas (für Dritte) Nachteiliges oder etwas Vorteilhaftes in Aussicht nimmt. *Joerden* fragt sich, warum der Begriff des Eventualvorsatzes bei supererogatorischem („überpflichtgemäßem“) Verhalten nicht parallelisiert wird und sieht den Grund in der Unterschiedlichkeit der Situationen: hier Straftat/dort Supererogation. Ähnliches sieht *Joerden* in der Argumentation des BGH, sieht aber auch, dass es für eine methodisch stringente Auflösung eine gesetzgeberische Entscheidung à la § 214 AE-Sterbebegleitung geben müsste. *Núñez Paz* (Zur Straferheblichkeit des Abbruchs der ärztlichen Behandlung in irreversiblen vegetativen Stadien) argumentiert in die nämliche Richtung – auf der Basis von rechtsvergleichenden Betrachtungen. Ein weiterer Akzent liegt, aus gegebenem Anlass, auf der Frage nach der Legitimierbarkeit von Folter. Den Reigen eröffnet *Gómez Navajas* (Darf der Staat foltern?) der die Frage noch knapp, aber plausibel, verneint. *Mitsch* (Verhinderung lebensrettender Folter) schlägt sich bekanntlich auf die Gegenseite. In seinem Beitrag glaubt er ein zusätzliches Argument für seine Sicht über die Überlegung zu finden, ob derjenige strafrechtlich für den Tod des Opfers verantwortlich sei, der es unterlasse, das Leben des Opfers durch Anwendung von Folter zu retten. (Gegenposition etwa: *Lüderssen* und der *Jubilar*). Ähnliche Überlegungen wie bei *Mitsch* finden sich schon bei *Erb* oder *Merkel*. Schlüsselsatz, und gleichwohl in der Argumentation mir dunkel geblieben, ist S. 646: „Dass ohne das normative Korrektiv der objektiven Zurechnung an der objektiven Tatbestandsmäßigkeit des folter- und rettungsverhindernden Verhaltens als Totschlag oder gar Mord nicht gezweifelt werden kann“. Wie das Verhindern von verbotswidrigem Verhalten, ob nun mit oder ohne „objektive Zurechnung“, in irgendeiner rechtlich belangreichen Form objektiv

¹² BGHSt 55, 191.

tatbestandsmäßig sein kann, ist mir offengestanden nicht recht nachvollziehbar. Der kruziale Punkt bleibt immer, ob es irgendeine Rechtfertigung für die Folter geben kann. Mit Rücksicht auf Art. 1 Abs. 1 GG stellt *Mitsch* die These auf, einen Schutz des abstrakten Prinzips „Folterverbot“ um jeden Preis dürfe es nicht geben“ (S. 649/650). Dem folgt die zweite These: „Richtiger Ansicht nach ist die Menschenwürde nicht abwägungsresistent“ (*Mitsch*, S. 650 – gegen *Roxin* [und auch meine Sicht¹³]). Bei der Abwägung erscheint *Mitsch* als gewichtiger Abwägungsfaktor das im extremen Maß rechtswidrige Vorverhalten des Gefolterten: „Warum an der Menschenwürde des Entführers ein wesentlich höheres Erhaltungsinteresse bestehen soll als an der des Entführten, ist nach allem nicht einzusehen.“ „Deswegen könne die Tötung des Entführten auch nicht durch Notstand gerechtfertigt werden“ (S. 651). Ab dann diskutiert *Mitsch* die Frage der normativen Zurechenbarkeit. Er rekurriert dabei auf die beiden Topoi „unerlaubtes Risiko“ und „adäquate Verwirklichung dieses Risikos im eingetretenen Erfolg“ als Kriterien für die objektive Zurechenbarkeit (S. 652/653). Er betont, dass der Folterverhinderer die Risikolage nicht geschaffen hat. Deswegen generiert er ein „sekundäres“ Risiko“, durch welches weder das Primärrisiko ersetzt noch dessen Verwirklichung verhindert worden sei, in Anlehnung an *Renzikowski*. Zentralbegriff sei das Zerstören einer Chance, wobei *Mitsch* sieht, dass es sich (nach h.M.) um eine „unerlaubte Rettungschance“ handelt (S. 653). Angesichts dessen kommt *Mitsch* – im Wege eines argumentum ad absurdum – zu dem Ergebnis der h.M., dass eine Verhinderung der Rettungsfolter nicht sein dürfe – wegen deren Prämisse, dass jene selbst ihrerseits rechtswidrig sei. Da er diese Prämisse aber nicht teilt, ist sein Fazit (S. 655), dass die Folter zur Lebensrettung straflos sei und die Verhinderung dieser Rettungsfolter daher strafbar. *Engländer* (Die Pflicht zur Notwehrhilfe) entnimmt (S. 658 f.) – mit Stimmen aus der Rechtsprechung und der Literatur und gleichwohl erstaunlicherweise – dem § 323c StGB die Pflicht (Pflichtengefälle [?]), bestmögliche Hilfe zu leisten (die Worte betreffs des Gebotenen changieren: „wirksamste“/„optimale“). (Bei einem Garanten ist dies sicher unumstritten). Sodann diskutiert *Engländer* Zumutbarkeitsfragen, die einige erst der Schuld zuordnen. Dies hält *Engländer* in den Fällen der Kollision gleichrangiger Interessen für unzutreffend (S. 661/662). Er sieht allerdings darin auch keinen Tatbestandsausschluss, wie andere Stimmen, sondern, mit weiteren Autoren, ein Rechtfertigungsproblem (Aufhebung eines tatbestandlichen Handlungsgebots). Die Rechtfertigung des Unterlassens der erforderlichen Notwehrhilfe seitens eines Garanten bestimme sich nach § 34 StGB. Ab S. 665 diskutiert *Engländer*, wie es sich bei für den Nothelfer ungefährlicher Notwehrhilfe verhalte. Im konkreten Fall müsste etwa ein Wachmann einen Dieb niederschließen, wenn er anders das Eigentum seines Geschäftsherrn nicht retten könnte (S. 695). *Engländer* stört, dass die Verpflichtung des privaten Nothelfers dann erheblich über die der staatlichen Gefahrenabwehrorgane hinausginge (vgl. Art. 4 Abs. 2 BayPAG). Entgegen manchen Stimmen der Literatur, auch des *Jubilars*,

lehnt *Engländer* § 32 StGB als hoheitliche Eingriffsgrundlage ab (§ 32 StGB genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen einer gefahrenabwehrrechtlichen Befugnisnorm, S. 666). Dann aber sei es axiologisch ungereimt, dem Privatmann höhere Gefahrtragungslasten aufzuerlegen als professionellen Gefahrenabwehrorganen. Deswegen stünden auch dem Privatmann dort, wo der Amtsträger ein Entschließungs- und Auswahlmessen habe, solche Entscheidungsspielräume zu. Aus § 12 Abs. 2 SchwKG und aus Art. 12a GG schlussfolgert *Engländer*, dass der Staat auch in „anderen zugespitzten Bedrohungssituationen von seinem Bürger zur Verteidigung besonders gewichtiger Interessen ausnahmsweise die Tötung menschlichen Lebens“ fordern dürfe. Während einige die Gewissensfreiheit als rechtfertigende Kraft ansähen, legten die meisten ihr allenfalls die Qualität eines Entschuldigungsgrundes bei (S. 670). *Engländer* möchte hingegen die verfassungsimmanenten Schranken des Art. 4, Abs. 1 GG bei der Ausdeutung der Gewissensfreiheit thematisieren und dabei die Wechselwirkungslehre anwenden (S. 670). Wenn die Gewissensbetätigung sich innerhalb der verfassungsimmanenten Schranken des Art. 4 Abs. 1 GG halte, die ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts zu definieren seien, so sei der Täter gerechtfertigt. *Sinn* (Recht im Irrtum?) behandelt den irrigen Einsatz staatlicher Waffengewalt im Rahmen eines UN-Mandates aufgrund einer nur gemutmaßten Rechtfertigungssituation und gelangt auf S. 679 zu dem Ergebnis, dass die Putativnotwehr zu einem „Recht im Irrtum“ bei Soldaten führe. Wenn die Handlungsanforderungen „vom Täter nicht erfüllt werden konnten, weil der Irrtum unvermeidbar war, so kann ihm die Motivation nicht als falsch vorgeworfen werden. Jene Ansicht bleibt die Erklärung schuldig, wie sich der Irrende richtig verhalten solle, was die behauptete rechtliche Handlungsanforderung ist.“ (Dabei übersieht *Sinn* freilich, dass die Vermeidungsanforderungen bei der Fahrlässigkeit und bei dem § 17 StGB entschieden unterschiedlich sind – nach h.M.) *Sinn* begründet aber sogar eine positive Rechtfertigung (S. 679 ff.): Mit *Roxin* hält er einen rechtfertigenden Offensivnotstand auch dann für möglich, wenn Leben gegen Leben stehe, sofern die Gefahr aus der Sphäre des Notstandsadressaten/-opfers komme. Die an sich nicht statthafte Abwägung Leben gegen Leben sei also, laut *Roxin* „in Grenzfällen unvermeidbar“. (Dabei wird allerdings mit keinem Wort begründet, warum die „Gefahr“ aus der Sphäre des [letzlichen] Notstandsopfers herrührt – wenn es denn doch nur eine Putativgefahr war. Sind die Opfer der Attacke des Oberst Klein im Kundus deswegen „zu Recht“ gefallen, weil Taliban-Kämpfer derartige Überfälle auf Tanklastwagen schon gemacht haben oder ihnen solche zuzutrauen sind, oder sich einige von ihnen zu den einfachen Bürgern gesellt haben?!). Auf S. 683 f. bildet *Sinn* ein Beispiel eines auf einen Halt gebietenden Posten zufahrenden Zivilisten: Der schießende Soldat ist nach *Sinn* gerechtfertigt (!) – wegen Erlaubnistatbestandsirrtums (ein Ergebnis, das mir, jenseits der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, verfehlt erscheint: Dem Zivilisten schreibt er eine Verantwortlichkeit für die Gefahr zu, weil er sich rechtswidrig verhalten habe, weil er einen pflichtwidrigen Übergriff in eine fremde Rechtssphäre zu begehen droh-

¹³ Vgl. *Paeffgen* (Fn. 5), Vor § 32 Rn. 151.

ten [phänotypisch mag man das im polizeilichen Störer-Jargon so sehen; – aber vielleicht klemmte auch nur das Gas- oder Bremspedal?]).

Ein bei dem *Jubilar* natürlich zu erwartender Schwerpunkt der Beiträge liegt bei Schuld-Fragen: *Crespo* (Schuld und Strafzwecke) pflichtet *Roxins* präventiver Vereinigungstheorie bei; er untersucht den verwandten Schuldbegriff, die Struktur der Schuld in Relation zum Unrecht und die Funktion der Schuld bezüglich der Strafzwecke und betont durchgängig die begrenzende Aufgabe dieses Topos. Nach *Schroth* (Strafe ohne nachweisbaren Vorwurf) erscheine es angesichts neuerer Erkenntnisse der Neurobiologie fraglich, ob der Mensch überhaupt die Fähigkeit besitzt, „anders handeln“ zu können, ob also überhaupt eine Freiheit nachweisbar sei, die ein Täter missbraucht haben könne. Allerdings erscheint *Schroth* die These, dass Willensfreiheit existierte, „durch die Neurobiologie bisher nicht widerlegt“. Doch könne der Richter die Handlungsfreiheit nicht nachweisen (vor dieser Aufgabe könne der „Strafrichter nur versagen“). Hierzu ließen sich keine beweisbaren Feststellungen treffen, „dies folgt schon aus der Logik der Beweisführung“. Unter kurzer Skizzierung verschiedener Kriminalitätstheorien bestätigt *Schroth* noch einmal, dass Anders-Handeln-Können jedenfalls im Strafprozess nicht nachzuweisen sei. Aus den Schuldgefühlen des Täters könne man derartiges nicht ableiten. *Stuckenberg u.a.* hielten dafür, dass im Strafprozess nur das durchschnittliche Können zu ermitteln sei. Davon abgewichen zu sein, begründe die Vorwerfbarkeit des Verhaltens. Dies hält *Schroth* für eine „Scheinelösung“. Dem Täter werde vorgeworfen, durchschnittlichem Können nicht genügt zu haben. Damit sei jedoch nicht nachgewiesen, dass er auch in der Lage gewesen sei, durchschnittlichem Können zu genügen. Auch die Characterschuldlehre verwirft *Schroth* wegen mangelnder Beweisbarkeit im Prozess (dem Täter müsste nachgewiesen werden, dass er sein Leben aus eigenem Antrieb heraus hätte anders gestalten und einen anderen Charakter hätte bilden können). Ein derartiger Nachweis könne nicht gelingen. Fazit: Die Idee der Vorwerfbarkeit einer Straftat existiere im Strafrecht nur als „angemessene Fiktion“. Gegen *Jakobs'* funktionelle Schuldlehre wendet er ein, dass, wenn Schuld aus generalpräventiven Bedürfnissen bestimmt werde, sie ihren begrenzenden Charakter verliere. Außerdem gehe der Zusammenhang zwischen der Legitimität einer Norm und der Schuld des Normbrechers verloren, wenn man den funktionalen Schuldbegriff verwende: „Die Garantie des Erhalts einer Ordnung bezieht sich auf jede Ordnung, nicht auf die richtige Ordnung. Zudem fehle bei einem funktionalen Schuldverständnis der notwendige Zusammenhang von Strafe und Freiheit, auf den nunmehr eingegangen werden soll.“ Stattdessen müsse Strafe von einem „Anspruch des Staates“ her gedacht werden, „der gegenüber jedem einzelnen Rechtsgenossen begründet erhoben, vom Gesetz festgelegt und sanktionsbewehrt sei. Er sei gerichtet auf „ein Verhalten jedes Bürgers, das sich in den vom Gesetz abgesteckten Freiheitsräumen hält und die rechtlich geschützten Interessen anderer nicht verletzt.“ Der sittliche Anspruch des Strafrechts werde nicht mehr individualethisch mit der Schuld begründet, sondern durch den Schutz von Rechtsgütern mittels Strafdrohung

und Strafverhängung, was Freiheit überhaupt erst ermögliche. Trotzdem will *Schroth* an der Notwendigkeit von Schuld festhalten „Schuld kann nämlich auch verstanden werden als Verfehlung einer Pflicht, deren Erfüllung von jedem Bürger erwartet wird, soweit er als Normadressat angesehen werden kann.“ In Anlehnung an *Ellscheid/Hassemer* bezieht er sich hierzu auf eine Aussage von *Roxin*: „Schuld ist ‚Unrecht des Handelns‘ (i.S.d. Strafgesetzbuchs) trotz normativer Ansprechbarkeit“, womit er sich schwerlich der Probleme der prozessualen Beweisbarkeit entziehen dürfte. *Hoyer* (Normative Ansprechbarkeit als Schuld-element) wendet sich demgegenüber gegen *Roxins* gemischt empirisch-normativen Schuldbegriff, der ein „Bollwerk rechtsstaatlicher Eingriffsbegrenzung“ gegenüber der Verfolgung „der gemeinwohlbezogenen ‚präventiven Ziele des Staates‘“ bilden soll. Strafe dürfe also „nicht zum Ausgleich der Schuld, sondern nur zu präventiven Zwecken verhängt werden“. Nach *Hoyer* müsse in dubio pro reo deswegen bei rechtswidrigem Verhalten nicht etwa von fehlender, sondern von bestehender Schuld ausgegangen werden, insbesondere also auch von Willensfreiheit im Sinne der geistigen und seelischen Möglichkeit zum rechtmäßigen Verhalten. Die Willensfreiheit sei mit „wissenschaftlich-empirischen Mitteln nicht möglich zu beweisen“. Der Täter müsse aber nach *Roxin* normativ ansprechbar sein – und zwar im Augenblick des Versuchsbeginns. Die Ansprechbarkeit müsse gegenüber einer Verhaltensnorm gegeben gewesen sein, bei deren Erfüllung die unrechtsbegründende Tatbestandsverwirklichung ausgeblieben wäre. Allerdings setze *Roxin* normative Ansprechbarkeit und Willensfreiheit nicht in eins. Diesbezüglich enthalte sich *Roxin* jeglicher Stellungnahme, außer derjenigen zum Agnostizismus. *Hoyer* hält *Roxin*, m.E. nicht zu Unrecht, entgegen, dass Willensfreiheit trotz ihrer empirischen Unerweislichkeit normativ dem Akteur zugeschrieben würde, wodurch sein gemischter Schuldbegriff in Wirklichkeit ein rein normativer werde. *Hoyer* erwägt, die Willensfreiheit anders zu fundieren, – durchaus in Anlehnung an *Roxin*, nämlich auf der Basis der „gesellschaftlichen Realität“, derzufolge „das unbefangene Selbstverständnis des normalen Menschen auf diesem Freiheitsbewusstsein beruht und [...] eine sinnvolle Ordnung des menschlichen Soziallebens ohne die wechselseitige Zubilligung von Freiheit nicht möglich ist“. Dem hält *Hoyer* entgegen, dass solche Selbsteinschätzungen nichts über die Realität besagten, und beruft sich dabei u.a. auf *Nietzsche*. *Hoyer* zeigt schon die Zirkularität des deterministischen Weltbildes, das, wie *Roxin* zugibt, dazu führe, dass diese Ansprechbarkeit in Wirklichkeit eine bloße Vermutung sei. *Hoyer* dagegen will den Schuldbegriff erweitern und auch auf die Fälle erstrecken, in denen der Täter „sich durch sein eigenes rechtswidriges Verhalten als normativ nicht ansprechbar erwiesen hat“ – jedenfalls unter gewissen Umständen. Die normative Ansprechbarkeit dürfe nicht aus der Ex-post-Sicht betrachtet werden, sondern aus einer Ex-ante-Sicht: „Für den Deterministen ergibt sich die Legitimität der Strafnorm daraus, dass die Fähigkeit des Täters, sich durch die Verhaltensnorm ansprechen zu lassen, zur Tatzeit nicht eindeutig als defizitär erkennbar war, so dass ihr Bestehen einkalkuliert und die Bereitschaft, gegebenenfalls von ihr Gebrauch zu machen,

durch die Strafnorm gestärkt zu werden“ verdiene. Der ex ante als normativ ansprechbar geltende Täter möge sich dann ex post als tatsächlich nicht ansprechbar erweisen. Das wirke sich aber eben nicht bei der Strafandrohungsnorm, sondern allenfalls bei der Bestrafungsnorm aus. *Merkel* (Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit) befasst sich ebenfalls mit *Roxins* Schuldverständnis und fragt sich, was genau „normative Ansprechbarkeit“ bedeute, sowie, ob diese dem Schuldprinzip und den § 20 StGB genüge, „weil sie dem ‚Andershandelnkönnen‘, ohne es jemals zu erreichen, doch so nahe wie möglich“ komme und „daher kurzerhand als sein Surrogat genommen“ werden könne. Als Intermezzo befasst er sich mit *Herzbergs* deterministischer Lehre von der Charakterschuld. In dem subjektiven Erleben der eigenen Entscheidungsfreiheit sehe *Herzberg* das, was er „kleine Willensfreiheit“ nenne. *Herzberg* lese § 20 StGB so, dass schuldunfähig nur der Täter sei, „der gerade wegen seiner ‚krankhaften seelischen Störung‘ usw.“ so handle, wie er handle und nicht etwa, wie ein normaler Straftäter, wegen seines schlechten Charakters, seiner Gier [...] oder irgendeines anderen, vom ‚ersten (biologischen) Stockwerk‘ des § 20 StGB nicht erfassten Motivs. *Herzberg* wendet sich damit auch und gerade gegen *Roxins* These, die Willensfreiheit müsse normativ gesetzt werden. *Merkel* habe in seiner Monographie diese Lehre aus materiellen Gründen abgelehnt, weil sie „ein evidenten und schwer lösbares Gerechtigkeitsproblem“ erzeuge.¹⁴ *Herzberg* sehe zwischen Lob und Tadel eine unmittelbare Korrelation und rekurre mit seiner Modellierung einer Charakterschuld auf *Schopenhauer*. *Merkel* bestreitet diese Parallele zwischen Lob und Tadel, stellt aber gegen *Herzbergs* universal geteilte Intuition nur eine eigene, nämlich: Selbst wenn der Helfer nicht anders hätte handeln können, wäre ihn nicht zu loben ein Verstoß gegen profunde Regeln des sozialen Lebens, und rekuriert dabei auf „Gründe anthropologischer, soziologischer, psychologischer, ja evolutionsbiologischer Art“. „Es dürfte für soziale Gruppen ein Selektionsvorteil sein, über solche Regeln des Lobens und Dankens ein zwischenmenschliches Klima kooperativer Freundlichkeit zu begünstigen.“ (Warum das so ist, dafür bleibt *Merkel* eine wirkliche Begründung schuldig. Zumindest vor der Hand steckt in diesem Aspekt m.E. aber auch die Begründung für die Berechtigung von Tadel!). *Merkel* meint, dass die Gründe, um einen Schuldvorwurf und Strafe zu legitimieren, weitere seien als „bloß täterinterne Grundlagen“, nämlich „solche außerhalb seiner Person und seiner Eigenschaft zur Tatzeit“. „Diese Gründe seien solche der gesellschaftlichen Normverteidigung und daher utilitaristischer Herkunft.“ Die Auffassung, dass Schuldvorwurf und Strafe trotz fehlender Willensfreiheit berechtigt seien, weil das Motiv der Tat (jenseits von §§ 19 und 20 StGB) Ausdruck des Charakters des Handelnden sei, lehnt er ab. Mit Recht wendet *Merkel* hiergegen ein, dass man dann, wenn man für seine Handlung nichts könne, auch für seinen Charakter nichts könne. *Merkel* problematisiert dann anhand von verschiedenen, teils stattgehabten Fällen kriminogene Veränderungen an Menschen, teils durch Operationen, teils durch

Medikamentengabe u.ä.m., und fragt, ob die Personen deswegen schon ausnahmslos zu exkulpieren seien. Daraus folgt er, dass die Dichotomie „Krankheit oder Charakter“ als materielle Grundlage der Schuldunfähigkeits-Bestimmung zu „grob“ sei. Sodann weist er auf die schwere andere seelische Abartigkeit hin, die *Herzberg* – aus seiner Sicht konsequent – für verfehlt hält. Das Kriterium des „Andershandelnkönnens“ „taugt in seiner Wörtlichkeit nichts“. Stattdessen führt *Merkel* den Begriff der Autonomie ein: „Ein hinreichendes Maß an (sei es determinierter) Fähigkeit zur motivationalen und also normativen Selbstkontrolle“. Er räumt ein, dass das eine „sehr abstrakte Formel“ sei. Ansprechbarkeit sei ein Dispositionsprädikat (wie löslich, zerbrechlich, biegsam). Er räumt ein, dass die Frage, ob der Täter zum Tatzeitpunkt für ein anderes Handeln ansprechbar gewesen sein müsse, genau so wenig entscheidbar sei, wie die Frage, ob er die Triebe zur Tat nicht hätte unterdrücken können. Doch mache die Problematik solcher Erwägungen auch die ganz andere Behauptung sinnlos, der Täter habe im Moment seiner Tat gleichwohl die dispositionelle Eigenschaft der „normativen Ansprechbarkeit gehabt“. „Der Täter habe die Disposition, in bestimmten Situationen tatsächlich normadäquat zu reagieren“ und „in der Tatsituation hat er aber nicht normadäquat reagiert“: Verantwortlichkeit sei nicht die Fähigkeit zum anders Handeln im Zeitpunkt der Tat, „wohl aber eine bestimmte Form von Autonomie, eine hinreichende (dispositionelle) Fähigkeit zur Handlungskontrolle, die selbstverständlich auch in einer determinierten Welt möglich ist“ – womit *Merkel* letztlich doch *Roxin* folge.

T. Walter (Wann ist § 35 Abs. 2 StGB analog anwendbar? – Die Regeln zur Nachsicht mit menschlicher Schwäche) befürwortet die genannte Analogie, soweit Merkmale betroffen seien, die Ursachen menschlicher Schwächen umschrieben und deshalb nicht nur als äußerer Sachverhalt vorlägen, sondern sich auch in der Täter-Subjektivität spiegeln müssten. *Gropp* („Conduct that the Actor Should Realize Creates a Substantial and Unreasonable Risk – Anmerkungen aus der Ferne zum Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts.“) betrachtet in Anlehnung an eine Formulierung in Section 939 (!) der Wisconsin Statutes die Generierung des Fahrlässigkeitsvorwurfs. Mit dem *Jubilar* hält er die Feststellung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit schon normentheoretisch nicht für ein Tatbestandselement, wie er denn Pflichtverletzungen insgesamt nicht für Teile der Tatbestandsmäßigkeit hält (sondern für deren „normative Grundlagen“). Stattdessen propagiert er ein Zurückbleiben hinter dem für den Täter erfüllbaren Standard, woraus dann eine substantielle Gefahr resultieren müsse. Dem müsse eine bewusste oder unbewusste subjektive Fahrlässigkeitskomponente korrespondieren. Die Frage der Unerlaubtheit der Gefahrenverursachung sei kein Tatbestands-, sondern ein Rechtswidrigkeits-Problem. *Fletcher* (Strafrecht ohne Straftäter) behandelt die Lubanga-Entscheidung der Pre-Trial-Chamber des IStGH, in der diese Kammer die von *Fletcher* (m.E.: mit Recht, siehe aber sogleich *Ambos*) als schädliche Verwischung von Täterschaft und Teilnahme gerügte Sicht des Jugoslawien-Tribunals zu überwinden sucht (Doktrin [von einer „Theorie“ zu sprechen, wäre mehr als ein Euphemismus: Es ist ein Messer ohne Klinge, dem der Griff fehlt!])

¹⁴ *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008.

des „joint criminal enterprise“, vergleichbar der „Pinkerton liability des Common law). Doch lanciert die nämliche Entscheidung eine andere Rechtsfigur – mit dem gleichen Effekt – die „vicarious liability“ aus dem Vertragsrecht (für den Geschäftsherrn gilt in puncto Verrichtungsgehilfen: „qui facit per alios facit per se“). Dabei problematisiert *Fletcher* die wechselseitige Zurechnung – ohne freilich auf die in Deutschland gängigen Kriterien einzugehen. Sein Vorschlag: Auf das Erfordernis von „Tätern“ zu verzichten und sich mit Gehilfen-Delikten zufrieden zu geben. Dabei nimmt er selbst eine Anleihe aus dem Vertragsrecht des Common law: Der ein wohlwütiges Geschenk Versprechende sei an sein Versprechen so gebunden, als erhielte er eine Gegenleistung. Das Argument für diese Doktrin lautet: Alle Schenker hätten sich untereinander eine Gegenleistung erbracht. Statt auf den Selbstbindungswillen des Promissors einer Stipulatio abzuheben (wie es das Römische Recht tut), rekurriert man auf fiktionale „Gegenseitigkeiten“ und offenbart eine Dogmen-Fixierung, die die kontinental-europäischen, namentlich deutschen Verschrobenheiten, locker in den Schatten stellt. Das begleitende Sachproblem, jene wirklichen Täterschaftskriterien (nach deutscher Doktrin: gemeinsamer Tatplan, gemeinsame Ausführung in arbeitsteiliger Tatherrschaft) auch zu *beweisen*, sei von mir keineswegs bagatellisiert. Aber sie mit einer Absenkung der Anforderungen beheben zu wollen, führt dann zu einer Elastizität in den Grundlagen, die bemerkenswert zur Doktrinart im Detail kontrastiert.

Zu dem im vorigen Beitrag nur indirekt angeklungenen Topos der „Organisationsherrschaft“ verhalten sich gleich mehrere Beiträge: *Schünemann* (Schrumpfende Basis, wucherner Überbau? – Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren) bricht eine Lanze für die Organisationsherrschafts-i.R.d. Tatherrschaftslehre, die sogar der Oberste Gerichtshof Perus in seinem Fujimori-Judikat (eigentlich „Barrios Altos-La Cantuta“, vgl. den folgenden Beitrag) aufgegriffen habe – und wendet sich damit dezidiert und detailliert gegen die Attacken von *Haas* und *Rotsch* auf diese „Erfindung“ seines Lehrers. Freilich sieht er bei jenem Urteil, wie bei dem Aufgreifen jener Konzeption durch den BGH Verunklarungen, die ihm in Bezug auf die „entgrenzende“ Adaption durch den BGH gar einem „Pyrrhus-Sieg“ ähnlich zu sein scheint („Wissen des Hintermanns um die Tatgeneigtheit des Vordermanns“). *Schünemann* arbeitet bei seiner Deutung der Organisationsherrschaft mit „quantitativ abstufbaren“ Topoi: „Rechtsgelöstheit, strukturelle Zwangsausübung“, „Fungibilität“ der Ausführenden und „fraglose Ausführungsbereitschaft“, die in unterschiedlicher Intensität, nur insgesamt „deutlich ausgeprägt“ vorliegen müssten. Passend zur vorherigen Thesis befasst sich *Abanto Vásquez* (Verdirbt die Organisationsherrschaft die Tatherrschaftslehre?) intensiver mit dem Fujimori-II-Judikat (s.o.) und der iberischen und ibero-amerikanischen Judikatur gegen ehemalige Diktatoren. Er befürwortet die Zurechnungsfigur der „Organisationsherrschaft“, sieht sie auch als in der Praxis bewährt an, zöge jedoch eine ausdrückliche Regelung vor – auch angesichts unrühmlicher Fälle der Auslegung durch die junge peruianische Rechtsprechung. Er weist auf die differenzierende portugiesische Lösung hin und darauf, dass man bis 1851 in

Preußen eine intellektuelle Urheberchaft kannte. *Ambos* (Zur „Organisation“ bei der Organisationsherrschaft) dämpft die Einschätzung *Roxins*, die Organisationsherrschafts-Lehre habe sich international weitgehend durchgesetzt, ein wenig. *Ambos* setzt sich mit der Kritik an einem staatsbürokratisch verstandenen Organisationsbegriff kritisch auseinander und empfiehlt eigene Ergänzungen, um einem gemischt individuell-kollektiven Zurechnungsmodell im Völkerstrafrecht zum Siege zu verhelfen. Um nicht-staatliche, paramilitärische Gruppen (wie im Katanga-/Ngudjolo-Chui-Fall) einbeziehen zu können, bedürfe es (noch, *H.-U. P.*) weicherer Kriterien. Dazu gehöre freilich *nicht* das von *Roxin* bereits akzeptierte „Tatbereitschafts“-Kriterium als mögliches Substitut für die „Fungibilität“. Denn Organisationsherrschaft setze *Herrschaft* über diese, und nur indirekt über die *Mitglieder* der Organisation voraus. *Ambos* zeigt die Mehrstufigkeit des kolumbianischen Geheimdienstes als „Staat im Staate“ auf, mit der Todesschwadron „Colina“ als unterster Ebene. Aber was man hier, mit dem *Denckerschen* „Zurechnungsprinzip Gesamttat“ noch der staatlichen Organisationsspitze zurechnen könne möge, passe nicht zu den kongolesischen Söldnerbanden. Anders als *Fletcher* befürwortet *Ambos* deswegen die Zurechnungsfigur des „joint criminal enterprise“. Man müsse deshalb die strikt hierarchische, bürokratisch Machtstruktur in den afrikanischen Fällen durch jene „weicheren“ Kriterien („persönliche Autorität“ selbst bei anonymer Beziehung zum Ausübenden) ersetzen. Dafür möchte *Ambos* die mittlere Befehlsebene aus der Zurechnung ausblenden, und nur die Organisationsspitze in Anspruch nehmen. Andererseits seien „„teilherrschende“ Beteiligte“ „„allenfalls Mittäter““ (? – gemeint sein sollen die Leiter selbständiger Subsysteme), was nicht recht zum gerade ausgerufenen Rigorismus passt. *Pariona* verteidigt sein Verständnis von Pflichtdelikten, wonach die Verletzung von Sonderpflichten nur die Täterschaft begründe, dagegen nicht das Unrecht, und dass täterschaftsbegründende Pflichten strafrechtliche seien. Das habe zur Folge, dass Täter nur sei, wer eine ihm obliegende strafrechtliche Sonderpflicht verletze (namentlich gegen *Gössel* und *Stein*). *Heghmanns* (Mehrfache Beihilfe) spricht sich für die im Titel seines Beitrags genannte Möglichkeit einer mehrfachen Beihilfe i.d.F. einer mehrfachen Risikosteigerung aus, die sich von dem durch den Haupttäter mediatisierten Rechts-gutsangriff löse. *Kudlich* (Berufsbedingtes Vorschubleisten?) befasst sich u.a. auch mit *Roxins* Zurechnungsausschluss-Figur der „neutralen Beihilfe“ und erwägt, die für diese entwickelten Korrektive auch auf Fälle wie § 233a StGB zu erstrecken. Doch zeigt er, dass man damit nicht auskomme, sondern auf die allgemeine Zurechnungsdogmatik zurückgreifen müsse. Bei bloßem dolus eventualis des Beherbergers, Transporteurs etc. verlangt *Kudlich*, dass gerade durch diesen Unterstützungsbeitrag der „späteren Straftat Vorschub geleistet“ werde. Doch wieso das etwa bei einem „Herbergsvater“ (dem die vorgebliche Mädchenklasse ungewöhnlich attraktiv, aber gleichzeitig verschüchtert erscheinen mag) nicht der Fall sein soll, bleibt mir unklar. Da scheinen mir *Roxins* „deliktischer Sinnbezug“ des unterstützenden Tuns und die „erkennbare Tatgeneigtheit“ des Haupttäters schon eher selektionstaugliche Kriterien. *Küper* verhält sich zu

„Anmerkungen zum Irrtum über die Beteiligungsform – Die irri- ge Annahme ‚tatherrschaftsbegründender Umstände‘ als Versuchs-, Teilnahme- und Fahrlässigkeitsproblem“: *Küper* diskutiert diese traditionsreiche dogmatische „Hochreck“-Konstellation, verwirft die vertretenen Lösungen und gibt eine Fahrlässigkeits-Haftung des „Hintermanns“ zu erwägen. Dazu muss er freilich, mit einer Reihe von neueren Stimmen, die traditionelle Sicht vom Aliud-Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat zugunsten eines Einschlussverhältnisses aufgeben. *Olmedo Cardenete* (Zum Versuch beim echten Unterlassungsdelikt) schichtet diesen vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts dadurch ab, dass ersterer nur durch Verhaltenstypisierung, unabhängig von dem Erfolg, definiert werde, während beim letzteren der Erfolg die zentrale Bezugsgröße sei. *Pawlik* beschließt den ersten Halbband mit: „Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils – Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten“. Er sucht die Diskussion um die Garantienpflichten von ihrer heutigen Beschränkung auf die Unterlassungsdelikte zu lösen und auf eine traditionsreiche, viel grundlegendere, sogar staatsrechtliche Fundierung zurückzuführen – die Differenz zwischen negativen und positiven Pflichten – und geht der Frage nach, inwieweit man letztere verstrafbar machen dürfe. Er hält *Kant* vor, zwei unvereinbare Thesen aufgestellt zu haben: die „Parallelität von Pflichtenart und Begehungsform sowie die Beschränkung des Rechtsbereichs auf negative Pflichten“. Doch habe er sich immerhin auf die zentrale Frage kapriziert, welche Pflichten der Staat zwangsweise, notfalls durchs Strafrecht, durchsetzen dürfe; dabei habe für ihn das Unterlassen nur eine periphere Rolle gespielt. Demgegenüber habe *Feuerbach* zwar den ersten Fehler *Kants* beibehalten, aber den zweiten, richtigen Gedanken verdrängt. Zu unterlassen sei Gegenstand von Pflichten, Gebote gebe es nicht. Für strafrechtliche Unterlassungen habe er daher einen speziellen Rechtsgrund benötigt, aus Vertrag oder Anzeige- oder Amtspflichten oder ähnliches. Den Versuch, Unterlassen als Begehung zu deuten, verfolgt *Pawlik* dann bis *Nagler*, der die Garantienpflicht als Handlungsäquivalent für ein Tun herausgearbeitet hat. Im Anschluss an *Hegel*, *A. Merkel* und *Jakobs* will *Pawlik* darüber hinaus: Respekt vor der Rechtssphäre anderer sei die strafrechtliche Grunderwartung, nicht etwaige Solidaritätspflichten. Dies ermögliche erst dem Einzelnen, *sein* Leben zu leben. Doch könne auch die Organisation des eigenen Rechtskreises oder die Übernahme bestimmter Tätigkeiten den Schutz jener Fremdinteressen von eigenem Verhalten abhängig machen, weswegen negative Pflichten sehr wohl positive Handlungsgebote auslösen könnten. Und damit ist *Pawlik* bei einer *hegelianischen* Zuständigkeitsbegründung: Nicht wie bei *Kant* als Folge des kategorischen Imperativs muss ich meinen Pflichten nachkommen, sondern als Folge des Umstandes, dass ich als Person anerkannt sein will; ich könne die mir „auferlegten Zuständigkeiten nicht zurückweisen, ohne (mich) selbst als Inhaber einer Sphäre rechtlich garantierter Organisationsfreiheit aufzuheben“, oder: „Pflichterfüllung ist der Preis der Freiheit“ (*Jakobs*). Daraus leitet *Pawlik* gewisse *Meliorisierungspflichten* zugunsten des Rechtsbestandes ab (etwa: Steuer- oder Zeugenpflichten). Daneben treten laut

Pawlik die Garantienpflichten kraft übernommener Sonderrolle, diejenige (u.a.) zwischen Eltern und Kindern (wegen Rückzug des Staates aus dieser Relation und Anerkennung ihrer Autonomie) oder bei interpersonalen (versicherungsartigen) Beistandsversprechen wie etwa der Ehe.

II. Der zweite Band eröffnet mit Fragen des Besonderen Teils und hier mit *Ackermann*: „Sträflicher Leichtsinns“ oder strafbarer Betrug? – Zur rationalen Kriminalisierung der Lüge“ behandelt die Differenz zwischen dem deutschen und dem schweizerischen Betrugstatbestand – und singt das hohe Lied auf letzteren: Wie in der römischen Rechtsparodie „*ius vigilantibus scriptum*“ schützt die Schweiz nicht vor plumpen Täuschungen, auf die nur sehr Leichtgläubige hereinfallen (allerdings wird auf Opferseite danach differenziert, inwieweit man zur Sorgfalt in der Lage ist.)

Gaede (Die objektive Täuschungseignung als Ausprägung der objektiven Zurechnung beim Betrug) wendet ähnliche Überlegung i.R.v. der „objektiven Zurechnung“ an. Dabei durchmisst er nicht nur allerlei Tiefen und Untiefen des Betrugstatbestandes, sondern auch der Doktrin von der objektiven Zurechnung. Er verlangt eine qualifizierte Gefährdung bei der Täuschung und, dass sich in den Zwischenerfolgen (Irrtum, Vermögensverfügung) die mit der Täuschungshandlung gesetzte Erfolgsgefahr realisiert haben müsse. *Isfen* („Das Leben ist wie ein Schneeball“ oder Strafrechtliche Relevanz von enttäuschten Zukunftserwartungen im Wirtschaftsverkehr) nimmt mit dem Titel Bezug auf die Biographie von *Warren Buffet* und kontrastiert dessen Sichtweisen mit den Vorgehensweisen des Schneeballsystem-„Königs“ *Madoff*. *Isfen* behandelt Fälle von Kapitalanlagebetrügereien unter der wirtschaftsfreundlichen, aber kühnen (und mit den Überbuchungspraktiken der Fluglinien etwas blässlich unterlegten) Prämisse, dass eine „Erwartungshaltung i.S.e. planerischen und operativen Vorwegnahme eines fortlaufenden bzw. steigenden Zuflusses von im Einzelnen nicht näher bestimmten Einnahmen immanent“ sei. Er behandelt den Kapitalanlagebetrug, die Umsatzsteuerverkürzung auf Zeit und die Untreue bei der Kreditvergabe und dort insbesondere die Fälle „in der Mitte“. *Isfen* will seine, die wirtschaftlichen Realitäten (Prognoseunsicherheiten) nach seiner Sicht ernsternehmenden Erkenntnisse fruchtbar machen, bei der auch die vom *Jubilar* als Wertungsakt umschriebene Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit dienstbar macht. Dabei sucht er den unterschwelligen Ansatz: „Wer die Kompetenz hat, hat auch stets die Kenntnis“ zu desavouieren. Dass hier eine vertiefende Gesamtschau erforderlich ist, erscheint unbezweifelbar (obwohl die Analyse der subjektiven Tatseite bei komplexen Tötungsdelikten deren auch nicht entraten kann). Die Frage aber, wie man das sich bewusst Blind-Machen für die Risiken von Kapitalanlagen oder das Sich-Berufen auf die Urteile von hochstilisierten Ratingagenturen (die doch nichts anderes als Lohnknechte und Kumpane in einem groß angelegten Täuschungsmanöver u.a. bei den Sub-prime-Papiere-Emissionen waren) in dem Kontext einordnen soll, wird damit nicht beantwortet. *Achenbach* (Vermögen und Nutzungschance – Gedanken zu den Grundlagen des strafrechtlichen Vermögensbegriffes) spricht sich für ein stärker am Faktischen ausgerichtetes Verständnis des Ver-

mögensbegriffs aus, das die personalen Entfaltungs- und Nutzungschancen umfasse (die sich auch auf Objekte von – liebevoll umschriebenem – Affektionsinteresse erstreckte). Subjektiver Rechte in Bezug auf die Objekte oder Rechte bedürfe es nicht; es genüge, wenn die Beziehungen dem Recht nicht widersprüchen. *Maiwald* (Absatz und Absatzhilfe im Tatbestand der Hehlerei und die „Formel“ des Bundesgerichtshofs) rügt hier die mangelnde Abgrenzungstauglichkeit der BGH-Formel, die bei den Modalitäten „Absetzen“ und „Absatzhilfe“ keinen Erfolg voraussetzt: „jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um wirtschaftliche Verwertung der ‚bemakelten‘ Sache zu unterstützen“. Er analysiert die Formel sub specie ihrer Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts in das phänotypische Vorbereitungsstadium und der „Eignung zur Aufrechterhaltung“. Mit Recht rügt er die durch die Restriktionsbemühungen heraufbeschworenen Unklarheiten sowie die bei „neutralen“ Handlungen (illustriert am Kugelschreiber-Kauf, der den „Absatz“-Brief ermöglichen soll, und gegeißelt mit der diesbezüglichen Dolus-eventualis-Variante). Auch bei dem Eignungs-Kriterium widerspreche sich der BGH in verschiedenen Fällen der überwachten bzw. von verdeckten Ermittlern eingestellten Kontakte. *Maiwald* plädiert für den Verzicht auf die „Vorbereitungsvariante“ und das „Eignungskriterium“, indem der BGH den Erfolg (wieder) zur Voraussetzung erheben solle. *Zöller* (Beteiligung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen als Vortat der Geldwäsche) rügt, dass bei den angezogenen Tatbeständen Bestrafungswünsche mit rechtsstaatlichen Garantien kollidierten. Er schlägt bei § 261 StGB vor, dass für das „Herrühren“ der Akteur „als Mitglied“ einer Vereinigung“ gehandelt haben müsse. Für die Beteiligung an §§ 129, 129a StGB als Vortat zu § 261 StGB spielt *Zöller* die verschiedenen Tatmodalitäten durch und verlangt überall teleologische Restriktionen. Außerdem beanstandet er mit Recht die judiziellen Lockerungen an den Vortat-Nachweis und sieht dort Verstöße gegen die Unschuldsvermutung, den In-dubio- sowie den Anklage-Grundsatz (Folge: Aufklärung der Vortat-Umstände und Einbeziehung in den Anklagesatz nach § 200 StPO seien unverzichtbar). *Saliger* (Schutz der GmbH-internen Willensbildung durch Untreuestrafrecht?) behandelt das Judikat BGHSt 55, 266 (Trienekens). In dieses Verfahren war *Saliger* als Verteidiger involviert. Er zeigt auf, dass die vom 2. Senat vorgenommenen Haftungsausweitungen mit den Restriktionen des BVerfG zu § 266 StGB unvereinbar seien. (Letzteres verlange eine restriktive, auf „klare und deutliche [evidente] Fälle“ beschränkte Deutung). Daran hapere es aber bei der vom BGH statuierten Loyalitätspflicht gegenüber dem anderen (49 %-)Gesellschafter. Auch habe der BGH die Rechtsgüter vertauscht, indem er das formlose Einverständnis des Mehrheitsgesellschafters für nicht ausreichend erklärt habe. *Krey* (Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht – Verantwortlichkeit von Bankvorständen für hochspekulativen Handel mit Asset Backed Securities [durch Vermögenswerte besicherte Wertpapiere] auf der Basis von US Subprime Mortgages [minderwertige US-Hypotheken]) befürwortet eine diesbezügliche Strafverfolgung und rügt das zögerliche Verhalten der Staats-

anwaltschaften. Er sieht zwar die Probleme für die Behörde, die personell für solche Mammutverfahren nicht ausreichend ausgestattet seien und sich zudem ungern mit wirtschaftlich potenten, zudem mit der politischen Klasse stark vernetzten und z.T. personenidentischen Gegnern einließen (zumal sie es dann mit der Phalanx der tüchtigsten Strafverteidiger zu tun bekämen, die sich eben nur Bankenvorstände und -aufsichtsräte leisten können, was das Verfahren zusätzlich in die Länge zieht). *Krey* zeigt auf, dass der § 266 StGB nicht selten gegeben sein dürfte (incl. subjektiver Tatseite). Nachdem er solchermaßen die Staatsanwaltschaften peitscht, ihre Arbeit endlich zu tun, zieht er seiner Attacke dann sogleich wieder die Zähne, indem er meint, als Sanktion reichten § 56b Abs. 2 Nr. 2 StGB oder § 153a StPO. Die Durchführung des Verfahrens würde schon das allgemeine Normvertrauen hinreichend wieder stabilisieren. Abgesehen davon, dass das nach einer Zweckentfremdung des Strafverfahrens „riecht“ – wo es doch eine Sanktion ermöglichen, aber nicht darstellen soll (!) –, kann ich die Quelle des plötzlichen Mitleids nicht erkennen (die armen Banker, die um ihrer Boni willen ganze Volkswirtschaften in den Ruin geritten haben, hätten gleichsam „schon genug gelitten“, wenn denn überhaupt einmal ein Verfahren gegen sie durchgeführt wurde). *Heine* (Der staatliche Ankauf von strafbar erlangten Steuer-Daten deutscher Steuerhinterzieher) erneuert seine Philippika gegen die deutsche „Datenhehlerei“. Er legt dar, wieso dies strafbares Tun nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG sei. Was er zur „Unbefugtheit“ ausführt (die Anzeige-Berechtigung erlaube keine Straftatbegehung zur Unterfütterung des Anzeigegegenstandes – wohl wahr, doch betrifft das nicht das Amtswalterverhalten), überzeugt mich freilich nicht (unter der Prämisse, dass Regelungen wie Kronzeugen, Legitimität der Verwendung von durch fremde Straftaten erlangten Beweismitteln u.ä.m. nicht aufgehoben werden).¹⁵ Die m.E. überzeugende Antwort auf manche von *Heine* aufgeworfene Fragen gibt *Erb* (Inwieweit schützt § 17 UWG ein ausländisches „Bankgeheimnis“?). Er hält das Tun der deutschen Steuerfahnder für tatbestandslos, übersieht aber keineswegs den nicht unproblematischen Beweiswert von Beweisen, die um des eigenen finanziellen Vorteils willen geliefert werden, sowie wegen der die Grenzen hoheitlicher Verfolgungspraktiken möglicherweise erodierenden Wirkung erfolgreicher Ankaufversuche. *Wolfslast* (Gesundheitszeugnis ohne Untersuchung – Zum Tatbestandsmerkmal der Unrichtigkeit im Sinne des § 278 StGB) nimmt einen für den Betroffenen tragisch endenden, realen Fall, der aber eher einer Professorenphantasie entsprungen zu sein scheint, zum Anlass, um die Strafbarkeit des im Titel umschriebenen Verhaltens plausibel zu machen.

Unter dem 4. Abschnitt „Kriminalpolitik und Sanktionen“ eröffnet *Lascano* mit „Kriminalpolitische Parameter der Verfassung zum Aufbau des Tatbestands“. *Lascano* diagnostiziert einen Auffassungswandel beim *Jubilar* bezüglich des Verhältnisses von Tatbestandsmäßigkeit i.e.S. und Rechtswidrigkeit, weg von einem zweistufigen Gesamtunrechtstatbestand, hin zu einem dreigliedrigen, und analysiert, inwieweit die damit berührten Fragen durch die argentinischen Verfassungsprin-

¹⁵ Vgl. dazu *Paeffgen*, Bonner Rechtsjournal 2010, 12 ff.

zipien beeinflusst werden. *Lascano* sympathisiert mit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und sucht die Rechtfertigung schon in die Zurechnungsstrukturen unter Rückgriff auf Verfassungsbestimmungen zu integrieren. *Zapatero* (Die Todesstrafe – Plädoyer für ein weltweites Moratorium) knüpft an die Millenniumserklärung von Annan vor der UN an und will sie mit dem im Titel umschriebenen Ziel weitertreiben. *Müller-Dietz* (Zur sog. „Drittwirkung“ des Freiheitsentzugs) lenkt den Blick auf die deplorable Umstände, unter denen viele Angehörige von zum Freiheitsentzug Verurteilten leiden, und spricht sich für eine familienfreundliche Handhabung der Strafzumessung aus. *Rissing-van Saan* (Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR) spricht sich für eine restriktive Berücksichtigung der Judikatur des EGMR zu Art. 7 Abs. 2 EMRK aus, da das Gericht die bürgerschützende Funktion der Sicherungsverwahrung überhaupt nicht in den Blick genommen habe. Sie misst der EMRK und dem EGMR eine weit geringere Bedeutung bei, als es jüngere Verfassungsgerichts-Judikate scheinen lassen. Das sieht *Schöch* (Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) partiell anders. Auch wenn er die die EGMR-Entscheidung für „nicht durchweg überzeugend“ hält, sieht er die BRD – unter dem Druck der EGMR-Judikatur – mit dem Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung auf einem richtigen Weg. Lediglich mit den Schwierigkeiten der Kriminalprognose bei nur einer Anlasstat empfiehlt er, behutsamer umzugehen, angesichts des hohen Irrtumsrisikos zulasten der Verurteilten. Hier schlägt er, anstelle der ihm überfordert erscheinenden zwei Gutachter, nach ausländischem Vorbild vor, interdisziplinär zusammengesetzte Gutachterkommissionen einzuschalten. *Sánchez Lázaro* (Eine Dekonstruktion der Maßregeln der Besserung und Sicherung) versucht, ausgehend von einem Entscheid des Tribunal Supremo Spaniens, mittels einer schematisierten, sich mathematisch anbietenden Betrachtung darzulegen, dass aus Gründen des Freiheits- und Menschenwürdeprinzips die freiheitsentziehenden Maßregeln fragwürdig und jedenfalls zurückzudämmen seien. Auch bei der Sicherungsverwahrung sieht er durch die Rechtsprechung des deutschen BVerfG die beiden vorgenannten Grundsätze entleert.

Als 5. Abschnitt folgt das Strafverfahrensrecht. Hier betrachtet *Jung* den „Strafprozess aus rollentheoretischer Sicht“ – bis hin zu dem Bild von der „Justiz als Theater“. In der Reform der letzten Jahrzehnte macht er zwei Gewinner aus: die Staatsanwaltschaft (der er als Kompensat für den Machtzuwachs mehr Unabhängigkeit wünscht, um einen „Administrativprozess“ zu vermeiden) – und das Opfer. (Nicht erwähnt hat er die Polizei [als Arme und Unterleib der Staatsanwaltschaft], der am meisten zusätzliche Kompetenzen zugeflossen sind. Denn auch die Kulissenschieber gehören zum Theater.) *Wolter* (Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht – Über den Niedergang von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Strafverfahrensrecht) zieht – wie nach dem Titel nicht anders zu erwarten – herzerfrischend über Gesetzgeber und Judikatur von BVerfG und BGH her und gelangt zu einem „niederdrückenden“ Ergebnis: Verfassungswidriges, handwerklich schlecht Gemachtes, Fehlerhaftes mit Verstößen

gegen die Zuständigkeit, Systemloses und Inkonsequentes findet er dort aneinandergereiht. Schließlich spießt er BGHSt 54, 69 mit dessen Abwägungsfetischismus auf, vor dem Hintergrund einer allgemeinen Idolisierung des ‚ungeschriebenen Verfassungsauftrags‘ zur Aufrechterhaltung und Effektivierung der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“. Anders als früher befürwortet *Wolter* nicht mehr eine Gesamtreform der StPO, sondern eine solche in Teilen – unter stärkerer Berücksichtigung der österreichischen Errungenschaften. *Kühne* (Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren – Zugleich eine Stellungnahme zum Beschluss des BVerfG vom 9.11.2010) greift noch einmal das bereits angezogene Thema der Steuerdaten-CD auf, sieht die Datennutzung in einer Schweizer, deutschem materiellem und Verfassungs- sowie Völkerrecht widersprechenden Weise bemakelt und spricht sich, in deutlicher Kritik von BVerfG NJW 2011, 2417, für ein Beweisverwertungsverbot aus. *Pastor* (Eine Frist, die keine ist? – Über die Durchführung des Strafverfahrens innerhalb einer angemessenen Frist) eröffnet mit einer steilen Aussage, die ich für zumindest dubios halte: „Die Dauer des Prozesses“ bedeute „nichts anderes als die prozessuale Aufhebung der Unschuldsvermutung“. (Der Prozess hebt die Unschuldsvermutung nicht auf und falsifiziert sie auch nicht. Vielmehr ist es seine Aufgabe, den Tatvorwurf zu klären. Und bis zur Rechtskraft des Urteils wirkt die Unschuldsvermutung.¹⁶) Dennoch ist die von *Pastor* vertretene Kernaussage nur allzu berechtigt: Dass überlange Verfahren ein rechtsstaatliches Kernproblem des Strafprozessrechtes seien. Bei der Ausdeutung dessen, was angemessene Dauer i.S.d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ist, findet er die anschauliche Bezeichnung: „Theorie der Nicht-Frist“, weil in der Rechtsprechung des EGMR keine wirkliche Befristung aus der Norm folge, sondern ein „amöbenhaftes“ Gebilde, ein „offener Maßstab“, in dem viele Parameter Berücksichtigung fänden, und deren Verletzung einen „Ausgleich“ erfordere. *Pastor* verlangt demgegenüber, dass der Gesetzgeber eine absolute Höchstfrist setzen müsse, deren Überschreitung zur Einstellung führen müsse. (Da aber Prozesse Interaktionen sind, haben es auch der Beschuldigte und sein Verteidiger nicht unbeträchtlich in der Hand, das Verfahren zu verlängern. Solange *Pastor* nicht geklärt hat, wie mit der Möglichkeit eines selbstinduzierten Prozesshindernisses umzugehen sein soll, dürfte seine These nicht viele Anhänger bei den staatlichen und gesetzgeberischen Stellen finden.) *G. Schäfer* (Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter) befasst sich mit berechtigtem Unmut mit dem Sachverhalt, der BGH NStZ 2010, 711 = StV 2010, 553, zugrunde lag. Dort war dem Ermittlungsrichter zwar ein belastendes Gutachten des Verfassungsschutzes, aber nicht das zum gegenteiligen Schluss gelangende entlastende Gutachten des BKA vorgelegt worden. Das veranlasste diesen zur Anordnung einer Telefonüberwachung, während der *Beschwerdesenat*, in Kenntnis beider Gutachten, das Vorliegen eines für § 100a StPO ausreichenden Verdachtes verneinte. *Schäfer* verlangt mit Recht, dass entsprechende Anträge – trotz oft bestehender Eilbedürfnisse

¹⁶ Ausführlich dazu *Paeffgen*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 42 ff.

tigkeit – die Funktion des Ermittlungsrichters ernst nehmen, wofür er verschiedene Vorschläge macht, u.a. die Vorlegung der *vollständigen* Akten. (Doch geböte es die intellektuelle Redlichkeit der zuarbeitenden Dienststellen, um nicht gleich an § 344 StPO zu erinnern, auf ein derartiges, geradezu peremptorisch wirkendes Beweismittel hinzuweisen, damit der Ermittlungsrichter nicht, in der Fülle des Materials erstickend, über diese, möglicherweise nur kurze, Stellungnahme hinwegblättert). Nach Diskussion eines weiteren Falles weist Schäfer auf die Möglichkeit einer dadurch ausgelösten Staatshaftungsklage hin. Wohlers (Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses) unterfüttert mit Belegen aus der EGMR-Judikatur und der Empirie (lediglich < 10 % Freisprüche nach einem einmal eröffneten Hauptverfahren), dass der Beschuldigte sich mit materiellem Grund nicht mehr mit einem unbefangenen (weil mit dem eröffnenden Richter personenidentischen) Richter konfrontiert fühlt.¹⁷ Ostendorf (Die Beschuldigtenrechte beim Einsatz eines Verdeckten Ermittlers – dargestellt am Fall eines abgenötigten Geständnisses), behandelt anhand eines hoch bedenklichen Falles beim LG Kiel, wie die Beschuldigtenrechte gegenüber der Ermittlungsgruppe nicht öffentlich ermittelnder Polizeibeamte gewahrt werden kann. Dort hatte sich ein Verdeckter Ermittler in das Vertrauen eines psychisch schwerbelasteten Mordverdächtigen eingeschlichen (der diesen schließlich für seinen „einzigsten Freund“ hielt) und diesem unter Ausnutzung der so erzeugten emotionalen Abhängigkeit ein „Geständnis“ entlockt, das ein Sachverständiger später als falsch einstufte. Ostendorf plädiert für eine stärker justizielle Kontrolle, zumal der Sachverständige haarsträubende Vernehmungsumstände zutage gefördert hatte (u.a. hatte der Beschuldigte 1,7 % BAK – und blieb ohne Verteidiger, weswegen die fünfstündige Vernehmung generös auch nur als „Gespräch“ bezeichnet wurde). Zusätzlich fordert er – überzeugend – Informationen aus einem derart erlisteten „Vertrauensverhältnis“ als Fall des § 136a StPO anzusehen. Renzikowski (Das Recht auf den Beistand eines Verteidigers im Lichte von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und des 6th Amendments zur US-Verfassung) zeigt auf, dass bei ähnlicher Ausgangslage zwischen der US-amerikanischen und deutschen Rechtslage die Judikatur des BGH sich die vertrauten Abwägungsschlupflöcher lässt, während der Supreme Court, wenn auch nur bereichsweise, konsequenter zu Werke gehe. Mit Fug tritt Renzikowski der auch in der verfassungsgerichtlichen Judikatur (neuerdings) wieder idolisierten „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ als „argumentum totum superveniens“ entgegen und betont das Fairness-Gebot i.S.d. EGMR-Verständnisses und das Erfordernis angemessener Verteidigungs-Möglichkeit bereits im Ermittlungsverfahren. Jahn (Die Grenzen der Editionsspflicht des § 95 StPO – Ein Beitrag zur Systematik der strafprozessualen Vorschriften über die Beschlagnahme) lenkt die Aufmerksamkeit auf diese namentlich in Wirtschaftsstrafsachen zunehmend bedeutsam werdende Frage. Denn dort fänden sich nicht selten betriebsinterne Ermittlungsergebnis-

se, die ohne die Schutzgarantien der StPO erhoben worden seien. Um flächendeckenden Editionen vorzubeugen, verlangt Jahn, dass tatsachenbasierte Anhaltspunkte für die Beweiserheblichkeit der Unterlagen vorliegen müssten. Überdies begrenzten Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote diese Pflichtigkeit. Androulakis (Das Wesen des strafrechtlichen Beweises und seine Bestandteile, unter Einschluss seiner revisionsrechtlichen Kontrolle – Die Falsifizierung durch den vernünftigen Zweifel) spricht sich unter Berücksichtigung der US-Judikatur zu dem ungeschriebenen, aber für verfassungskräftig gehaltenen Erfordernis des „proof beyond reasonable doubt“ für eine Überprüfbarkeit der richterlichen Überzeugungsbildung aus. Dabei betont er mit Recht, dass es nicht um die Substitution der tatrichterlichen Überzeugung durch die des Revisionsgerichts gehe: Denn dieses sei nicht „Richter der konkreten Sache“, sondern „des konkreten Urteils“. Er verweist dabei empfehlend auf einen griechischen Revisionsgrund der fehlenden oder mangelhaften Urteilsbegründung. Murmann (Probleme der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren) zeichnet ein resignatives Bild von dem per Gesetzgebung und Revisionsjudikatur Erreichbaren zur Korrektur der instanzgerichtlichen Exzesse (von dem Einfluss der Wissenschaft will man schon gar nicht mehr sprechen, da deren nur allzu berechtigten Kritiken von der Praxis als das bekannte Schrubben der Wildsäue an der Rinde von „Deutschlands Eiche“ eingestuft wurde). Entgegen dem, was in der Praxis läuft (und was der Gesetzgeber als Feigenblatt vor die Blößen seiner unsäglichen Regelung gehängt hat), betont Murmann, dass – mit Rücksicht auf das (verfassungskräftige) Schuldprinzip – das „Erfordernis der Sachverhaltsaufklärung nicht zur Disposition“ stehe. Damit ist dem Deal aber an sich schon der gedankliche Todesstoß verpasst. Bei der Analyse des Absprachegegenstandes i.S.d. § 257c StPO bestreitet er den Belang der „schlanken“ Geständnisse als verhandelbare Strafzumessungstatsache, jedenfalls in der gängigen Nachhaltigkeit (ca. 1/3 Strafabatt). Aber auch die erreichbare Verfahrenskürzung oder Schonung der Opferzeugen pervertiere das Strafverfahren wie die Strafzumessung. Momsen (Zur Beweiskraft des Sitzungsprotokolls bei Verfahrensabsprachen) zeigt das Trauerspiel des Bedeutungsverlustes des Hauptverhandlungsprotokolls nach („natürlich“, muss man nunmehr leider schon sagen) einer Mehrheitsbilligung des schandbaren Entscheides des *Großen Senats* durch das BVerfG, durch das Zusammenspiel von Negativtest und Rügeverkümmern. Er arbeitet die Friktionen zwischen § 273 und § 274 StPO im Absprache-Fall heraus und spricht sich für die Ausweitung des Ton-Sitzungsprotokolls aus, das durch die neuen Techniken problemlos möglich wäre. Radtke (Die Bedeutung der Beschwer im Rechtsmittelsystem der StPO – Überlegungen anhand von Entscheidungen bezüglich stationärer Maßregeln der Besserung und Sicherung) spricht sich dafür aus, die Beschwer durch den Tenor (und nicht allein durch die Entscheidungsgründe) für die Rechtsmittel-Zulässigkeit für maßgeblich zu halten. Für den Fall diskriminierender Inhalte der Begründung erwägt er Rückausnahmen, die aber wohl außerhalb der regulären Revision stünden, ebenso bei unterlassenen Entscheidungen, Maßnahmen usw., wenn denn die nicht berücksichtigte Norm be-

¹⁷ Vgl. dazu auch Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. IV, 4. Aufl. 2011, Vor § 198 Rn. 10, 16.

schuldigten-schützend sei. *Pérez-Barberá* (Die Ausweitung der Revision – Ein neues Verständnis der sogenannten Leistungsmethode) erinnert anlässlich der Ausweitung der Revisionskontrolle in Argentinien durch die Judikatur des Obersten Gericht an die Leistungsmethode von *Peters*, die er zu verbessern vorschlägt. *Pérez-Barberá* unterscheidet zwischen Inferenz- (bewertende Aussagen) und Unmittelbarkeitsaussagen in den Urteilsgründen und hält bzgl. der ersteren eine revisionsgerichtliche Kontrolle für möglich. Dies möchte er jedoch auf beschuldigten-begünstigende Rechtsmittel beschränken.

Den vorletzten, 6. Abschnitt „Europäisches, außereuropäisches und supranationales Strafrecht“ beginnt *Hilgendorf* (Von der juristischen Entwicklungshilfe zum Rechtsdialog – Prolegomena zu einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts). *Hilgendorf* plädiert für eine Außenwissenschaftspolitik angesichts der Bedeutung, die die deutsche Strafrechtsdogmatik in Ostasien, Südamerika und der Türkei habe, trotz aller nationalen Besonderheiten. Er befürwortet vielfältige Formen von Kooperation und wendet sich gegen die anglo-amerikanischen Formen des Wissenschafts-Ratings („Impact-Factor“). *Ferré Olivé* (Spaßhafte Gerechtigkeit, die ein Fluss begrenzt): In einer Tour d’horizon, angefangen vom falangistischen Spanien über die Prozesse in Nürnberg und Tokio bis zu den Internationalen Strafgerichtshöfen, betrachtet er die Schwierigkeiten, die Bewältigung der Untaten in den überwundenen Gewaltherrschafts-Formen durch die Strafjustiz angemessen zu gestalten. Er rügt die Straffreistellungen in Chile und Brasilien und lobt *Roxins* Zurechnungsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft organisierter Machtapparate, exemplifiziert an der Judikatur in mehreren südamerikanischen Staaten. *Harms* und *Knauss* (Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der strafrechtlichen Rechtssetzung der Europäischen Union – Eine Zwischenbilanz) singen das hohe Lied auf die europäische Einigung und deren Folgen auf eine vereinfachte grenzüberschreitende Strafverfolgung, sind aber u.a. der (z.T. hanebüchenen) Unterschiede in den Strafbarkeits-Einschätzungen der einzelnen EU-Länder durchaus gewärtig. Leider wähen sie das Problem mit dem Placebo des Verhältnismäßigkeits-Vorbehalts gelöst. Da beschleichen mich denn doch schwerwiegende Zweifel, angesichts der bisweilen auf Lug und Trug beruhenden Ausweitung der EU-Mitgliedschaften und der von den Altmitgliedern und den EU-Institutionen mit auf geifernder Erweiterungseuphorie gegründeter, gewollter Selbstblendung übersehenen Defizite in dem Justiz- und Grundrechtstandard. Überdies bauen jetzt sogar einige Mitgliedstaaten im Wege eines materialen *Détournement de pouvoir* ihre Rechtsordnung um, und desavouieren diese Sicht noch zusätzlich. Welcher konzeptionelle Nonsens unter dem Deckmantel „Europa“ auf uns zurollt, hat *Esser* in seinem Beitrag „Auswirkungen der Europäischen Beweisordnung auf das deutsche Strafverfahren“ auf das Ernüchterndste auseinandergefaltet, indem wir nahezu durchgängig unter das Niveau des bei uns national Erreichten gehen würden (was ja auch keineswegs als Goldstandard zu prädikatisieren ist). Um *Hettinger* zu zitieren, setzt man in Brüssel noch anderthalben Schelmen auf einen, indem man auf die EBA (noch vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist) gleich noch mutmaßlich zwei (!) Entwürfe für eine Europäischen

Ermittlungsanordnung folgen lässt. *Satzger* (Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?) mahnt zur Vorsicht bei der gegenseitigen Anerkennung im Zusammenhang mit Art. 54 SDÜ und kritisiert den vom EuGH befürworteten Automatismus. Gleichzeitig erinnert er an einen von ihm schon früher empfohlenen *Ordre-public-Vorbehalt*.¹⁸ *Santana Vega* (Strafrechtliche Aspekte der diskriminierenden Meinungsfreiheit: Eine europäische Perspektive) erinnert an die von *Roxin* ausgesprochene Warnung vor der „Flucht in das Strafrecht“ und formuliert dann, in schöner Klarheit: Diese kehre ständig wieder, „nicht nur [als] staatlichen Eingriff in die kollektiven oder supraindividuellen Rechtsgüter [...], sondern dies auch unter dem Vorwand der Sicherheit, des punitiven Populismus oder einer verschärften symbolischen Funktion des Strafrechts“ (man meint, man läse die geheime Handlungsanweisung sowohl an den deutschen wie den europäischen Strafrechtssetzgeber). Leider erwachse mit dem EGMR gegen strafrechtliche Unterdrückung von Meinungsäußerungen ein eher schillernder, unsteter Bundesgenosse. Klar spricht *Santana Vega* sich gegen Leugnungs- und Verharmlosungs-Tatbestände aus – und damit auch gegen *Jakobs’* Klimaschutznormen-Lehre. *Díaz-Aranda* bejaht die Frage „Ist die deutsche Strafrechtsdogmatik auf die strafrechtliche Problematik Mexikos anwendbar?“ grundsätzlich und illustriert dies u.a. an zwei Zurechnungs-Problemfällen in der mexikanischen Justiz. Er weist aber auch auf die sich schrecklich verschärfende Kriminalitätslage in seinem Land hin. *Sarrabayrouse* (Die Gesetzgebungstheorie: Eine Grenze für die Ausweitung des Strafrechts? Ihre Entwicklung und Perspektiven in Argentinien – Zugleich eine vergleichende Darstellung) zeichnet ein sehr optimistisches Bild von einer neuen Wissenschafts-Disziplin, der Gesetzgebungstheorie, ihren Aufgaben und Möglichkeiten. Ganz am Schluss deutet er auch Probleme an – mit dem Stichwort „Blumbergstrafrecht“ (Vater eines Entführungsoffiziers habe die nachfolgende Gesetzgebung stark beeinflusst). In Zeiten, in denen Gesetzentwürfe in große Anwaltskanzleien „outsourced“ werden, wie dies wohl auf Pidgin-Deutsch heißt, habe ich Zweifel, ob für die Strukturanalyse dieses – nicht selten kümmerlichen, jedenfalls stark interessegeleiteten – Tuns das Wort „Wissenschaft“ schon adäquat ist. *Wang* (Entwicklung und Probleme der chinesischen Straftheorie) wirft einen interessanten Blick auf die innerchinesische Strafrechtsentwicklung, namentlich die Zurückdrängung der Todesstrafe, die Weiterentwicklung der Nicht-Freiheitsstrafe und – dem zugrundeliegend – auf das Ringen um die Strafzwecke. *Stojanović* (Die Verbrechenslehre aus der Sicht des serbischen Strafrechts) stellt die Entwicklung des serbischen Strafrechts seit der Staatsgründung vor und belegt manche Parallele, z.T. mit zeitlicher Verzögerung, zur deutschen Dogmengeschichte. *Ida* (Neuere Entwicklungen im japanischen Strafrecht im Lichte gesellschaftlicher Veränderungen) diagnostiziert eine steigende Tendenz zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes, was aber – mit Rücksicht auf die gesellschaftlichen Veränderungen – seine Billigung findet, aber auch einen Hang zur Verschärfung, was er missbilligt. *Yamanaka* (Warum ist die Organentnahme in Japan so

¹⁸ Dafür i.Ü. in der Sache auch *Paeffgen*, ZStW 118 (2006), 275 (352 ff.).

schwierig? – Bemerkungen zum japanischen Organtransplantationsgesetz) zeichnet die Entwicklung von einer sehr strengen Einwilligungslösung (mit der Folge weniger Transplantationen) zu einer, von *Yamanaka* für widersprüchlich-mehrdeutig gehaltenen, erweiterten Lösung, in der auch die Familie ein Entscheidungsrecht ausüben könne, wenn der Patientenwille undeutlich sei. *Novoselec* (Die Rezeption der Tatherrschaftslehre im kroatischen Strafrecht) zeichnet die schwankende Geschichte der Rezeption dieser Doktrin in dem noch jungen Staat nach. *Jovančević* (Akzessorische Natur der Teilnahme im serbischen Strafrecht) bietet eine ähnlich Betrachtung vom Siegeszug der limitierten Akzessorietät in Serbien. *Morillas Cueva* (Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion) zeichnet eine unterschiedliche Entwicklung dieser Deliktstypen zwischen Deutschland und Spanien. Er befiehlt die unsystematische, aber sich ständig verschärfende Bewältigungstechnik in Spanien und sieht das stark verwaltungsakzessorische deutsche Recht im Vorteil. *Carmona Salgado* (Die Neuregelung von Mobbing am Arbeitsplatz und auf dem Immobiliensektor im spanischen Strafgesetzbuch) zeichnet ein sehr ausdifferenziertes Bild von der z.T. nicht eben stimmigen Rechtssituation bzgl. des vertikalen, horizontalen und sexuellen Mobbing in Spanien – und wartet neben der Fülle der Tatbestände mit einer besonderen Delikatesse eines „systematisch arbeitenden“ Gesetzgebers auf: Mobbing im Immobilienbereich – zudem noch in zwei Tatbeständen. *Militello* (Die Reform der Delikte gegen den Staat in Italien) beschreibt die Entwicklung des Staatsschutzes im (faschistisch gegründeten) Codice Rocco und dessen Reform – und hier speziell auch des in diesen Abschnitt integrierten Bekämpfens von kriminellen Vereinigungen. *Cavaliere* (Ansätze zur Kritik des Drogenstrafrechts – aus einer italienischen Perspektive) wendet sich deutlich gegen das prohibitionistisch geprägte italienische Drogenstrafrecht und bezeichnet es als „inhuman“. Dass es zudem zur Überlastung der Strafrechtspflege und des Strafvollzuges beiträgt, ist ein weiteres, freilich nicht nur italienisches Problem. *Sözüer* (Die strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswafeneinsatzes gegen Flüchtlinge in der Türkei) berichtet über die Novellierung des türkischen Rechts unter dem Einfluss mehrerer Verurteilungen der Türkei durch den EGMR. Er sieht einen wesentlichen Unterschied zu der früheren Rechtspraxis darin, dass heute Anklagen auch zu Verurteilungen führten. *Szwarc* („Sportdelikte“ im polnischen Strafrecht) stellt die Anti-Korruptions- und -Doping-Tatbestände vor (wobei in Polen, scheint's, Doping gar keine so große Rolle zu spielen scheint). *Cuerda Riezu* proklamiert „Die Verfassungswidrigkeit der lebenslangen und sehr langen Freiheitsstrafe im spanischen Recht“. Die – bemerkenswerte – These, die *Cuerda Riezu* in seinem Beitrag zu erhärten sucht, steckt schon im Titel: Verfassungswidrigkeit der langen Freiheitsstrafe. (Man beachte, dass das Lebenslänglich selbst unter Franco abgeschafft war und seither nicht wieder eingeführt worden ist, was die Volkspartei jetzt aber zu ändern wünscht). *Rivero García* (Das kubanische Strafprozessrecht – Notwendigkeit einer Reform) bläst zum Aufbruch für eine Prozessreform des noch stark vom alten spanischen Recht (1889), trotz sowjetischer Einflüsse, geprägten status quo. Ähnliches tut auch *Bejatović* (Aktuelle Fragen zur laufenden Reform der Straf-

prozessgesetzgebung in Serbien), der nach der Reform des materiellen Rechts eine Zeit der Revision des formalen Rechts angebrochen sieht. *Córdoba* (Das abgekürzte Verfahren in Argentinien) rügt in schlüssiger Manier, dass Argentinien mit seinem neuen „abgekürzten Verfahren“ den Anforderungen der Verfassung und denen internationaler Verträge nicht genüge. *Queralt* (Vorläufige Festnahme und Identitätsfeststellung im spanischen Recht: verfassungsrechtliche und gesetzliche Bestimmungen) schildert die Neuerungen dieser polizeilichen Befugnis und betont dabei besonders den Verhältnismäßigkeits-Aspekt. *Yoshida* (Beteiligung des Tatopfers am Strafverfahren in Japan – Ein Schritt vorwärts und zwei Schritte zurück?) rügt die neu eingeführten Möglichkeiten des Tatopfers, auf die Strafzumessung Einfluss zu nehmen, wenn und soweit der Angeklagte im Gerichtssaal die Kommunikation mit jenem verweigert. *Kaiafa-Gbandi* (Private Überwachung im Sicherheitsstaat und faires Strafverfahren am Beispiel der griechischen Rechtsordnung) sieht eine ständig um sich greifende Erweiterung von privaten Sicherheitseinrichtungen und verlangt staatliche Schutzmechanismen gegen die solchermaßen generierten Beweismittel wie auch gegen deren Gewinnung.

Als letztes Kapitel folgt das 7. mit dem Thema „Kriminologie“. *Dölling* (Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht) diskutiert die Phänomene des „Bösen“ als soziales Konstrukt und wendet sich dezidiert gegen *Jakobs'* Depersonalisierung des Nicht-prinzipiell-Rechtsbefolgungswilligen als „Feind“. *Kölbl* (Gewissensmobilisierung durch Strafrecht?) bricht eine Lanze für die Gewissensindifferenz des Strafrechts und weist beiläufig auch auf die Schwierigkeiten hin, im Strafverfahren konzeptionell „Reue“ zu induzieren. *Anastasopoulou* (Zur aktuellen Leistungsfähigkeit des viktimologischen Ansatzes) diskutiert den Opferschutz bei verschiedenen Tatbeständen und verlangt eine Differenzierung nach der Selbstschutzmacht der jeweiligen Opferengruppe

III. Zu den Beiträgen ließe sich leicht mehr, Positives wie Kritisches, sagen. Aber der *Rezensent* hofft, mit den gelegentlichen Touchées das Interesse der Leser geweckt zu haben: „Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen. [...], so geht es gleich in Stücken.“ Unbestreitbar ist, dass die Festschrift in ihrer imponierenden Gesamtheit ein beredtes – und würdiges – Zeugnis für das überragende Ansehen von *Claus Roxin* in der nationalen wie internationalen Fachwelt ablegt.

Es bleibt nur, dem *Jubilar* auch von dieser Stelle zuzurufen: Möge er noch lange die Zunft mit seinen anregenden, immer lösungsfördernden Beiträgen bereichern! Vor allem aber möge ihm weiterhin die Gesundheit und der Lebenselan beschieden sein, die Dinge noch zu tun, die er selbst sich vorgesetzt hat, in Harmonie begleitet von seiner nicht minder geschätzten Gattin, die, nota bene, in diesem Jahr gleichfalls für ihr rechtswissenschaftliches, aber auch ihr anwaltliches Wirken, mit einer Festschrift und einer Sonderausgabe dieser Zeitschrift¹⁹ geehrt wurde.

Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen, Bonn

¹⁹ ZIS 5/2012.