

AUSGABE 4/2008

S. 188 - 233

3. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

**Aus Wissenschaft und Praxis:
Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten
des Angeklagten**

Von Prof. Dr. Klaus Marxen, Berlin,
Vors. RiLG Dr. Frank Tiemann, Potsdam 188

Strafrecht

Öffentliche Meinung und Strafrecht

Von Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro,
La Laguna 195

**Stumpfe Waffe? Möglichkeiten und Grenzen der
Anwendung von § 131 StGB auf gewalthaltige Computer-
spiele am Beispiel „Der Pate – Die Don Edition“**

Von Dr. Theresia Höynck, Hannover 206

Strafprozessrecht

**Rechtsschutz gegen die Gewährung eines Auskunfts-
verweigerungsrechtes (§ 55 StPO) für den gemäß
§ 59 IRG vernommenen Entlastungszeugen**

Von RA Dr. Heiko Ahlbrecht,
Rechtsreferendar Dr. Niclas Börgers, Düsseldorf 218

BUCHREZENSIONEN

Strafprozessrecht

**Klaus Volk (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts-
und Steuerstrafsachen, 2006**

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Dennis Bock, Kiel) 227

Internationales Strafrecht

**Paul-Günter Pötz/Claus Kreß (Hrsg.), Internationaler
Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2008**

(Reinhard Mokros, M.A., Duisburg) 229

Strafrecht

**Hinrich Rüping/Günter Jerouschek, Grundriss der
Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007**

(Dr. Thomas Krause, Kiel) 232

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Aus Wissenschaft und Praxis: Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

Von Prof. Dr. **Klaus Marxen**, Berlin, Vors. RiLG Dr. **Frank Tiemann**, Potsdam*

Das strafrechtliche Wiederaufnahmerecht soll geändert werden. Der Bundesrat hat jüngst beschlossen, einen Reformentwurf der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg in den Bundestag einzubringen. Er erweitert die Möglichkeiten, ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren zuungunsten eines Freigesprochenen wiederaufzunehmen.¹ Erreicht werden soll insbesondere, dass ein rechtskräftiger Freispruch auch dann aufgehoben werden kann, wenn eine später vorgenommene DNA-Analyse den Freigesprochenen belastet. Vorgesehen ist der neue Wiederaufnahmegrund für schwerste Straftaten wie Mord und Völkermord. Die Gesetzesinitiatoren halten es für „schlechterdings unerträglich“, wenn bei diesen Taten trotz „derart eindeutiger Nachweise der Täterschaft“ weiterhin an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils festgehalten werden müsste.² – Von einer Durchführung der Reform ist abzuraten. Wie wir nach einer näheren Darstellung des Vorhabens (I.) zeigen werden, befindet sich der Gesetzesvorschlag in einem Widerspruch zur Struktur des Wiederaufnahmerechts (II.) sowie zu Erkenntnissen, die aus dessen historischer Entwicklung zu ziehen sind (III.). Ferner bestehen durchgreifende Bedenken gegen seine Vereinbarkeit mit der Verfassung (IV.) sowie gegen seine praktische Anwendbarkeit (V.).

I. Das Reformvorhaben

Den bislang vier Gründen für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten in § 362 StPO wird ein fünfter hinzugefügt. Nach § 362 Nr. 5 StPO soll die Wiederaufnahme auch zulässig sein, „wenn auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht zur Verfügung standen, neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen zur Überführung des Freigesprochenen geeignet sind“³. Angefügt ist eine Einschränkung dieses Wiederaufnahmegrundes auf Fälle „des vollendeten Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) oder wegen der mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden vollendeten Anstiftung zu einer dieser Taten“⁴.

Eine weitere Eingrenzung soll durch eine Verfahrensregelung erreicht werden, welche die Gründe für eine Antrags-

verwerfung ohne mündliche Verhandlung im Begründetheitsverfahren nach § 370 Abs. 1 StPO erweitert. Danach wird der Antrag auch dann als unbegründet verworfen, „wenn im Falle des § 362 Satz 1 Nr. 5 StPO nicht dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass der Freigesprochene verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt werden wird, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist.“⁵

Die Gesetzesinitiative reagiert auf Aufsehen erregende Aufklärungserfolge durch DNA-Untersuchungen: „Neue kriminaltechnische Untersuchungsmethoden wie die DNA-Untersuchung liefern inzwischen wissenschaftlich eindeutige Ergebnisse zur Identifizierung von Personen. Diese Methoden sind im Zusammenhang mit einem inkriminierten Tatgeschehen geeignet, im Kontext mit weiteren Beweismitteln und unter Würdigung der Gesamtumstände zweifelsfrei den Nachweis einer Täterschaft zu führen.“⁶

Den unmittelbaren Anstoß hat ein Fall aus Nordrhein-Westfalen gegeben.⁷ Ein Angeklagter war aus Mangel an Beweisen von dem Vorwurf rechtskräftig freigesprochen worden, am 10. Dezember 1993 eine Videothek in Düsseldorf überfallen und eine 28 Jahre alte Frau getötet zu haben. Bei einer Untersuchung des Klebebandes, mit dem der Täter eine Plastiktüte um den Kopf des Opfers geschnürt hatte, wurden im Jahr 2004 winzige Hautpartikel aufgefunden, die mit der nunmehr zur Verfügung stehenden DNA-Analyse dem Freigesprochenen zugeordnet werden konnten. Durch die Reform soll erreicht werden, dass in Fällen dieser Art trotz rechtskräftigen Freispruchs eine Verurteilung erfolgen kann.

Grundlegend dafür ist die Annahme, mit neuen kriminaltechnischen Untersuchungsmethoden „naturwissenschaftlich objektive Ergebnisse, die einen eindeutigen Tatnachweis erlauben“, erzielen zu können.⁸ Daraus wird das Erfordernis abgeleitet, in dem „Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit“, das für das Wiederaufnahmerecht kennzeichnend sei, „neue Akzente“ zu setzen.⁹ Angesichts „derart eindeutiger Nachweise der Täterschaft“ würde eine Aufrechterhaltung der Rechtskraft des freisprechenden Urteils „zu schlechterdings – an der materiellen Gerechtigkeit zu messenden – unerträglichen Ergebnissen“ führen.¹⁰ Der Rechtsfrieden und das Vertrauen in die Strafrechtspflege würden durch einen „erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch“ nachhaltig gestört.¹¹ Außerdem werden „Belange

⁵ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 2.

⁶ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

⁷ Der Fall ist von der nordrhein-westfälischen Justizministerin bei der Begründung des Gesetzentwurfs vor dem Bundesrat geschildert worden; BR, Sten. Bericht, 837. Sitzung v. 12.10.2007, S. 341.

⁸ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

⁹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

¹⁰ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

¹¹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 6.

* Für wertvolle Unterstützung danken wir Herrn stud. jur. *Nils Andrzejewski*.

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 20.12.2007, BR-Drs. 655/07.

² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

³ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

⁴ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

der Sicherheit“¹² angeführt: Sei die Justiz daran gehindert, Beweise zu nutzen, die den Freigesprochenen eindeutig überführten, so müsse das auch wegen der Wiederholungsgefahr „zwangsläufig zu einer Beunruhigung der Bevölkerung führen.“¹³

II. Eingriff in die Struktur des Wiederaufnahmerechts

Mit dem Reformvorschlag soll als ein neuer Wiederaufnahmegrund eingeführt werden, dass sich die Beweislage zum Nachteil des Freigesprochenen verändert hat. Nach geltendem Recht sind Veränderungen der Beweislage zuungunsten des Freigesprochenen, für sich genommen, irrelevant.

Etwas anderes folgt nicht etwa daraus, dass § 362 Nr. 4 StPO die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen im Falle eines nachträglichen Geständnisses ermöglicht. Denn dieser Wiederaufnahmegrund beruht keineswegs auf dem Gedanken, man müsse dem besonderen Beweiswert eines Geständnisses Rechnung tragen, was im Übrigen die Beweislehre des alten Inquisitionsprozesses wiederaufleben ließe. § 362 Nr. 4 StPO dient vielmehr dem Ziel, zu verhindern, dass sich ein irrtümlich Freigesprochener folgenlos der Straftat berühen kann.¹⁴ Er soll nicht in aller Öffentlichkeit die kriminelle Tat schildern, das Opfer und dessen Angehörige verhöhnen, mit dem Freispruch prahlen und den Staat lächerlich machen dürfen. Darin hat der historische Gesetzgeber eine so große Gefahr für das allgemeine Rechtsbewusstsein gesehen, dass es ihm gerechtfertigt erschien, den Freigesprochenen erneut mit einem Strafverfahren zu überziehen. Die Entwicklung im Medienbereich hat diese Gefahr nochmals erheblich gesteigert.

§ 362 Nr. 4 StPO wäre also falsch verstanden, wollte man darin ein Pendant zum Wiederaufnahmegrund in § 359 Nr. 5 StPO sehen, der eine Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten unter Berufung auf neue Tatsachen und neue Beweismittel ermöglicht. Nicht die Veränderung der Beweislage ist der Grund für die Einschränkung der Rechtskraft gewesen. Der historische Gesetzgeber hat es hingenommen, dass sich die Beweislage nach einem rechtskräftigen Freispruch zum Nachteil des Freigesprochenen so verändern kann, dass nunmehr eine Verurteilung sicher erscheint. Die mit der Rechtskraft verbundene Zusage, ein Verfahren nicht wieder aufzunehmen, sollte allein deswegen zurückgenommen werden können, weil es dem Gesetzgeber unerträglich erschien, dass der Freigesprochene seine Tat ungestraft offenbaren kann. Die Vorschrift dürfte von denen, die sie betrifft, auch so verstanden werden: Wer zu Unrecht freigesprochen worden ist, sollte sein Wissen für sich behalten, wenn er weiterhin ungestraft bleiben will.

Die genannte Fehlinterpretation liegt aber dem Reformvorschlag zugrunde. § 362 Nr. 4 StPO wird als eine – unzu-

längliche – Reaktion auf Möglichkeiten einer Veränderung der Beweislage gedeutet und die angefügte Nr. 5 als Erweiterung eines in Nr. 4 enthaltenen Regelungsansatzes präsentiert.¹⁵ Was für das nachträgliche Geständnis gelte, müsse gleichermaßen für eine nachträgliche Verbesserung der Beweissituation durch neue Untersuchungsmethoden gelten. Damit wird die Grundentscheidung des Gesetzgebers missachtet, eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen allein auf Grund einer späteren Veränderung der Beweislage auszuschließen. Diese Entscheidung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Freispruch auf einer Hauptverhandlung mit umfassender Beweisaufnahme beruht und der Freigesprochene mithin bereits einmal der Übermacht der staatlichen Strafverfolgungsorgane ausgesetzt gewesen ist, die zwar eine Eröffnung des Hauptverfahrens und die Durchführung einer Hauptverhandlung, letztlich aber doch keine Verurteilung zu erwirken vermochten. Deshalb soll derjenige, der durch ein rechtskräftiges Urteil freigesprochen wurde, auf den Bestand der Entscheidung und dementsprechend darauf vertrauen dürfen, nicht erneut wegen derselben Tat verfolgt zu werden, was durch Art. 103 Abs. 3 GG inzwischen auch verfassungsrechtlich verbürgt ist.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass § 373a StPO im Falle eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel zulässt, sofern die Verurteilung wegen eines Verbrechens in Betracht kommt. Die uneingeschränkte Berücksichtigungsfähigkeit von nova hat hier ihren Grund allein in den Besonderheiten des Strafbefehlsverfahrens.¹⁶ Es handelt sich um ein summarisches Verfahren, in dem die Beweise im Unterschied zur Hauptverhandlung nicht aufgrund einer umfassenden Beweisaufnahme, sondern lediglich nach Aktenlage gewürdigt werden. Dementsprechend bietet ein Strafbefehl weitaus weniger Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung als ein Urteil auf Grund einer Hauptverhandlung.

Ein weiterer struktureller Widerspruch tut sich auf, wenn auch noch die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten in § 362 Nr. 1 bis 3 StPO in den Blick genommen werden. Sie knüpfen daran, dass das dem Urteil vorangegangene Verfahren gravierende Mängel aufwies. So ist die Wiederaufnahme zulässig, wenn eine in der Hauptverhandlung zugunsten des Angeklagten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war (§ 362 Nr. 1 StPO), wenn ein Zeuge oder Sachverständiger sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgegebenen Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat (§ 362 Nr. 2 StPO) oder wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung

¹² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 7.

¹³ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 7.

¹⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *Hahn*, Die gesamten Materialien zur StPO (Motive zum Entwurf des Reichskanzlers), 1. Abteilung, 1880, S. 265; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 69; *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl. 2006, Rn. 313, 318.

¹⁵ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

¹⁶ Vgl. dazu etwa BVerfGE 65, 377 (383); 3, 248 (253); *Schmidt*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 373a Rn. 4; *Meyer-Göfner*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 50. Aufl. 2007, § 373a Rn. 3.

seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat (§ 362 Nr. 3 StPO). Gemeinsam ist diesen Gründen mit dem Grund in Nr. 4, dass ein Vorgang mit unmittelbarem Bezug zu der rechtskräftig abgeschlossenen Sache die Wiederaufnahme ermöglicht. Die Staatsanwaltschaft, die zur Hauptsache als Antragstellerin in Betracht kommt, soll auf die nachträgliche Feststellung einer verfälschenden Einwirkung auf das Verfahren und auf die nachträgliche Offenbarung der Täterschaft des Angeklagten mit einem Wiederaufnahmeantrag reagieren können. Daraus ergibt sich eine bestimmte Leitlinie für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft. Mit der Rechtskraft ist das Verfahren als abgeschlossen zu betrachten. Einer weiteren Befassung damit bedarf es grundsätzlich nicht. Nur die genannten Vorgänge mit unmittelbarem Sachbezug geben Anlass, das Verfahren wieder zu betreiben.

Völlig anders ist der vorgeschlagene Wiederaufnahmegrund neuer Untersuchungsmethoden ausgestaltet. Seine Anwendung im konkreten Fall hängt nicht von der Feststellung eines Vorgangs mit unmittelbarem Sachbezug, sondern von der allgemeinen Entwicklung kriminaltechnischer Untersuchungsmethoden ab. Die Sachbehandlung nach Eintritt der Rechtskraft ist nicht retrospektiv, sondern prospektiv ausgerichtet. Die in Betracht kommenden Verfahren dürften nicht weggelassen, sondern müssten kontinuierlich weiter betrieben werden. Es bedarf einer permanenten Beobachtung der Entwicklung der Kriminalistik, deren Fortschritte in Beziehung zu setzen sind zu den Beweisen, die im bisherigen Verfahren zum Freispruch geführt haben. Sollte ein auf diesen Wiederaufnahmegrund gestützter Antrag erfolglos geblieben sein oder die erneute Hauptverhandlung wieder zu einem Freispruch geführt haben, so kann das Verfahren gleichwohl nicht als abgeschlossen gelten, weil wiederum neue Untersuchungsmethoden einen erneuten Antrag veranlassen könnten. Eröffnet würde ein mit dem System der Wiederaufnahme zuun Gunsten des Angeklagten nach dem geltenden Recht und mit dem Gedanken der Rechtskraft unverträglicher *processus ad infinitum*.

III. Historische Bezüge

Der vorgeschlagene Wiederaufnahmegrund hat zur Folge, dass der Freispruch in Fällen schwerster Delikte mit einem Vorbehalt verbunden wird. Die Strafjustiz behält sich vor, das Verfahren wiederaufzunehmen, wenn sie mittels neuer Untersuchungsmethoden neue Erkenntnisse gewinnt. Damit lebt die historische Entscheidungsform der Instanzenbindung (*absolutio ab instantia*) wieder auf.¹⁷ Sie bestand in einer vorläufigen Beendigung des Strafverfahrens in Fällen, in denen die vorhandenen Beweise für eine Verurteilung nicht ausreichten und eine spätere Überführung auf Grund neuer Indizien möglich erschien.

Im ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhundert diente diese Entscheidungsform präventiv-polizeilichen Zwecken.¹⁸ Aus dem Fortbestehen des Verdachtes wurde auf die Gefahr

zukünftiger Straftaten geschlossen. Folglich sahen einige Partikularrechte vor, dass zugleich sichernde Maßnahmen gegen den Beschuldigten verhängt wurden.¹⁹ Die Strafprozessreform des 19. Jahrhunderts brachte die Instanzenbindung aus zwei Gründen zum Verschwinden. Mit der Idee, dass das Strafverfahrenrecht „schützende Formen“²⁰ zu gewährleisten habe, setzte sich der Gedanke der Rechtskraft durch. Auch machte die Änderung der Prozessstruktur diese Entscheidungsform entbehrlich, weil die Aufgabe der Untersuchungsführung vom Gericht auf die Staatsanwaltschaft überging.²¹ Sie hat es seither in der Hand, bei unsicherer Beweislage durch eine Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO eine nur vorläufige Verfahrensbeendigung herbeizuführen, die nicht daran hindert, mit neuen Beweisen und neuen Untersuchungsmethoden das Verfahren fortzuführen. Dementsprechend erschien es bislang hinnehmbar, dass dann, wenn die Staatsanwaltschaft sich zur Anklage entschließt und das Gericht entgegen der staatsanwaltlichen Prognose zum Freispruch gelangt, diese Entscheidung endgültig ist. Der Gesetzesvorschlag fällt hinter den Rechtszustand zurück, der durch die Reformbewegung des 19. Jahrhunderts erreicht wurde. Auch das seinerzeit herrschende präventiv-polizeiliche Denken lebt wieder auf, wenn „Belange der Sicherheit“²² zur Begründung des Vorhabens angeführt werden.

Gleichermaßen bedenklich ist eine tendenzielle Übereinstimmung mit der Reform des Wiederaufnahmerechts im Nationalsozialismus. Der von der Großen Strafrechtskommission 1936-1939 erarbeitete Entwurf einer Strafverfahrensordnung sah in §§ 354 ff. vor, dass die Wiederaufnahme zuun Gunsten des Angeklagten in gleicher Weise wie die zugunsten des Verurteilten bei Vorliegen neuer Tatsachen und Beweismittel zulässig sein sollte.²³ Nicht der Gesamtentwurf, wohl aber der Abschnitt über die Wiederaufnahme wurde umgesetzt. Art. 6 der Dritten Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943²⁴ gab den Weg frei für die Wiederaufnahme rechtskräftig mit einem Freispruch abgeschlossener Verfahren auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel. Damit war das von *Freisler* vorgegebene Ziel erreicht, „formelle Erfordernisse“ daran zu hindern, „dem materiellen Nachprüfungsbedürfnis erfolgreich den Weg zu versperren“.²⁵ Umgesetzt wurde der schon in der Entwurfsbegründung ausgeführte Gedanke, dass der materiellen Gerechtigkeit, die sich im Verhältnis der Gegnerschaft zur Rechtsicherheit befinde, der Vorrang eingeräumt werden müsse: „Wichtiger als die – vorwiegend als Schutz des Beschuldigten gedachte – formale Rechtskraft ist das Verlangen der Volks-

¹⁹ Nachweise bei *Holzhauser* (Fn. 17), S. 389.

²⁰ So die prägnante Formulierung von *Zachariä*, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, S. 93.

²¹ Vgl. *Holzhauser* (Fn. 17), S. 391.

²² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 7.

²³ Begründung des Entwurfs einer StVO, in: *Schubert/Regge/Rieß/Schmid* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, III. Abt., Bd. 1, 1991, S. 540 ff.

²⁴ RGBI. I 1943, S. 342, 345.

²⁵ *Freisler*, *Deutsche Justiz* 1937, 730 (732).

¹⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden *Holzhauser*, in: Kaufmann/Erlar (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, 1978, S. 388 ff.

¹⁸ Vgl. *Holzhauser* (Fn. 17), S. 389.

gemeinschaft nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit.²⁶ „Gerechtigkeit aber sei „unteilbar“; daher dürfe kein Unterschied zwischen der günstigen und der ungünstigen Wiederaufnahme gemacht werden.“²⁷

Der jetzt vorgelegte Entwurf ist von einer solchen Entwertung des rechtskräftigen Freispruchs zwar weit entfernt. Auch verbietet sich jede Gleichsetzung mit der nationalsozialistischen Reform im Hinblick auf das zugrunde liegende Rechtsverständnis und die politische Intention. Gleichwohl lässt sich nicht übersehen, dass die Begründung sich eines ähnlichen gedanklichen Musters bedient. Das Wiederaufnahmeverfahren sei gekennzeichnet durch den „Konflikt“ zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit.²⁸ In diesem „Spannungsfeld“ sei die „Setzung neuer Akzente“ gerechtfertigt, wenn ein Festhalten an der Rechtskraft zu Ergebnissen führe, die – gemessen an der materiellen Gerechtigkeit – unerträglich seien.²⁹ Der fehlerhafte Freispruch könne gleichermaßen korrekturbedürftig sein wie die zu Unrecht erfolgte Verurteilung: „Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen eines Verbrechens nach § 6 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“³⁰

IV. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Reformvorschlag

Mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Verbot der Mehrfachverfolgung („ne bis in idem“), das durch Art. 103 Abs. 3 GG als grundrechtsgleiches Recht ausgestaltet ist,³¹ lässt sich der Reformvorschlag nicht in Einklang bringen. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird zwar zutreffend darauf hingewiesen,³² dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf das Verbot der Mehrfachverfolgung nicht bis in alle Einzelheiten auf dessen tradiertes Verständnis festgelegt ist und dass Art. 103 Abs. 3 GG nur den Kern dessen garantiert, was als Inhalt des Grundsatzes „ne bis in idem“ herausgearbeitet wurde.³³ Art. 103 Abs. 3 GG steht danach „Grenzkorrekturen“ aufgrund „neu auftauchender Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“, nicht entgegen.³⁴

²⁶ Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Fn. 23), S. 541.

²⁷ Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Fn. 23), S. 541.

²⁸ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 3.

²⁹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

³⁰ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 6.

³¹ Vgl. zu dieser verfassungsrechtlichen Einordnung BVerfGE 56, 22 (32); Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 103 Rn. 56; Schmidt/Aßmann, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 47. Aufl. 2006, Bd. 6, Art. 103 Rn. 271.

³² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 4 f.

³³ BVerfGE 56, 22 (34 f.); vgl. auch Schmidt-Aßmann (Fn. 31), Art. 103 Rn. 264.

³⁴ BVerfGE 56, 22 (34).

Diese Leitlinie hat das Bundesverfassungsgericht seinerzeit im Zusammenhang mit einem Fall entwickelt, der die Frage aufwarf, wie der Begriff der Tat in Art. 103 Abs. 3 GG im Hinblick auf den damals neu eingeführten Tatbestand der kriminellen Vereinigung zu interpretieren ist.³⁵ Das Gericht hielt eine einengende Interpretation für verfassungskonform, die auch nach Rechtskraft einer Verurteilung wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung eine Strafverfolgung wegen eines Verbrechens ermöglicht, das noch nicht Gegenstand des früheren Verfahrens gewesen ist. Die Einführung einer der Art nach neuen Strafvorschrift, die nicht auf eine bestimmte Tat, sondern auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung abstellt, lässt sich in der Tat ohne weiteres als ein „neu auftauchender Gesichtspunkt“³⁶ ansprechen.

Gleiches gilt nicht für die Entwicklung neuer kriminaltechnischer Untersuchungsmethoden. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts befindet sich die Kriminalistik in einem permanenten Prozess der Verbesserung ihrer Methoden durch Nutzung neuer technischer Möglichkeiten.³⁷ Als Beispiele seien genannt: Blutgruppenbestimmung, Daktyloskopie, Textiluntersuchung, Stimmenanalyse, Lackspurenbestimmung. Die DNA-Analyse, die den Anstoß für das Reformvorhaben gegeben hat, setzt diese Reihe lediglich fort; ein „neu auftauchender Gesichtspunkt“ ist sie nicht. Mag sie auch genauere Ergebnisse hinsichtlich der Tatortanwesenheit liefern als z.B. die Daktyloskopie, so ist dieser Unterschied doch nur ein gradueller, kein prinzipieller.

Mehr noch: Das Wissen, das eine DNA-Analyse zu liefern vermag, unterscheidet sich nicht grundsätzlich von dem Wissen, das die Strafverfolgungsbehörden nachträglich auch durch Beweismittel sonstiger, auch nichttechnischer Art erlangen können. Zu denken ist etwa daran, dass sich erst nach der Rechtskraft eines Freispruchs glaubwürdige Zeugen melden, die das Tatgeschehen beobachtet haben, dass ein Tatzeuge, der im Verfahren von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, danach sein Schweigen bricht, dass erst jetzt das Tatopfer oder die Tatwaffe gefunden werden oder dass nunmehr eine Videoaufzeichnung des Tatherganges bekannt wird. Die dadurch gewonnenen Erkenntnisse können aufs Ganze gesehen den Ergebnissen einer DNA-Analyse durchaus überlegen sein, denn diese vermag vielfach nur Aufschluss über die Präsenz einer Person am Tatort zu geben.

Es ist somit stets möglich, dass ein Angeklagter, der rechtskräftig freigesprochen worden ist, im Nachhinein durch neue Beweismittel eindeutig überführt werden kann. Ob diese durch neue technische Untersuchungsmethoden gewonnen wurden oder nicht, ist für die Bewertung dieses Vorgangs ohne Bedeutung.

Wie dieser Vorgang zu bewerten ist, hat der Gesetzgeber klar entschieden: Neue Beweismittel rechtfertigen keine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. Das entspricht dem tradierten Verständnis des Grundsatzes „ne bis in idem“

³⁵ BVerfGE 56, 22.

³⁶ BVerfGE 56, 22 (34).

³⁷ Vgl. Becker, Dem Täter auf der Spur. Eine Geschichte der Kriminalistik, 2005, S. 65 ff.

und bildet auch den Kern der durch Art. 103 Abs. 3 GG normierten Gewährleistung. Mit prägnanten Formulierungen hat *Dürig* diesen Kern umrissen.³⁸ „In Art. 103 Abs. 3 fällt des Bürgers wegen die Entscheidung zugunsten der formalen Rechtssicherheit. Der Bürger soll nicht dauernd unter dem Damoklesschwert einer erneuten Strafverhandlung und eventueller Bestrafung stehen. Diese Forderung folgt aus der grundgesetzlich anerkannten Freiheit und Würde des Menschen (Art. 1, 2 Abs. 1). Diese wären aber empfindlich getroffen, wenn der Freigesprochene oder Bestrafte ständig damit rechnen müsste, erneut strafrechtlich belangt zu werden. Der Bürger würde damit [...] zum Objekt staatlicher Gewalt und staatlichen Geschehens.“

Gerade die Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen Unrechtsregime, in dem formale Rechtsgarantien weitgehend beseitigt worden waren, haben den Verfassungsgeber veranlasst, dem Grundsatz „ne bis in idem“ durch Art. 103 Abs. 3 GG, der in der Weimarer Verfassung keinen Vorläufer hatte, Verfassungsrang zu verleihen.³⁹ Dementsprechend ist insbesondere die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten restriktiv auszugestalten.⁴⁰ Dem wird es nicht gerecht, die Wiederaufnahme – wenn auch nur in Bezug auf bestimmte Straftaten – allein wegen einer naturgemäß immer möglichen Änderung der Beweislage zuzulassen.

Die Gesetzesinitiatoren meinen, die verfassungsrechtliche Bindung durch Art. 103 Abs. 3 GG lockern zu können, indem sie die Regelung unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als bloße „Basisgarantie“ interpretieren und zur Bestimmung des „Basisgehalts“ auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgreifen.⁴¹ Diesem entnehmen sie „unterschiedliche Anforderungen“, nämlich die „Gebote der Voraussehbarkeit, der Rechtssicherheit und der materiellen Richtigkeit oder Gerechtigkeit“.⁴² Für das Verständnis von Art. 103 Abs. 3 GG leiten sie daraus ab: „Eine einseitige ‚täterfreundliche‘ Ausgestaltung oder Anwendung ist verfassungsrechtlich nicht nur nicht geboten, sondern kann angesichts der unterschiedlichen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips unzulässig sein.“⁴³ Damit ist gemeint, dass unter bestimmten Umständen die Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit zurückzutreten hat.

Dieser Umgang mit Art. 103 Abs. 3 GG ist verfassungsrechtlich inakzeptabel. Die Regelung stellt eine Spezialnorm

³⁸ *Dürig* in seiner Kommentierung von Art. 103 Abs. 3 GG; im Wortlaut wiedergegeben in der Neukomentierung durch *Schmidt/Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 260.

³⁹ Näher dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 257.

⁴⁰ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 270.

⁴¹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5. Die in der Gesetzesbegründung eingenommene Position wird zur Hauptsache mit Hinweisen auf die Kommentierung von *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31) abgesichert. Nicht zur Geltung kommt dabei, dass dieser *Autor* eine Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ablehnt: „Materiell dürfte mit den derzeitigen Wiederaufnahmegründen [...] die Grenze erreicht sein, die Art. 103 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber beläßt“ (Art. 103 Rn. 270).

⁴² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

⁴³ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

der Rechtsstaatlichkeit dar.⁴⁴ Sie löst das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit mit einer klaren Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit auf. Richtig ist zwar, dass der Verfassungsgeber die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten damit nicht vollständig ausschließen wollte. Sie sollte weiterhin möglich sein, allerdings nur in der historisch entwickelten Form der sehr eng gefassten gesetzlichen Wiederaufnahmegründe.⁴⁵

Auch ist dieser Ausnahmereich keineswegs ausschließlich beherrscht vom Gedanken der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit. Wie oben gezeigt,⁴⁶ soll mit dem Wiederaufnahmegrund nach Nr. 4, an den sich der Gesetzesvorschlag anlehnt, auf die Störung des Rechtsfriedens durch Offenbarung der Tat reagiert werden können. Die in der Verfassung klar zum Ausdruck gekommene Dominanz des Gedankens der Rechtssicherheit in diesem Bereich würde unterlaufen, wenn auf dem Umweg über das allgemeine Rechtsstaatsprinzip der Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit für eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe genutzt werden könnte.

Ein Vergleich mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG, das gleichermaßen in einem Spezialitätsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip steht,⁴⁷ verdeutlicht die Unzulässigkeit des methodischen Vorgehens, das dem Gesetzesvorschlag zugrunde liegt. Es wäre nicht hinnehmbar, eine rückwirkende Strafvorschrift, sei es auch für schwerste Taten, mit der Begründung zu erlassen, dass das Rückwirkungsverbot Ausdruck des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips sei, welches auch den Gesichtspunkt materieller Gerechtigkeit umfasse, und die Bestrafung dieser Taten aus Gründen materieller Gerechtigkeit auch rückwirkend möglich sein müsse.

Im Übrigen hält der Entwurf auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand, die am Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG ausgerichtet ist. Die vorgeschlagene Gesetzesfassung verletzt diesen Grundsatz, weil sie es zulässt, dass wesentlich gleich gelagerte Sachverhalte ungleich behandelt werden.⁴⁸

⁴⁴ Zutreffend spricht *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 265, davon, dass der Bedeutungsgehalt von Art. 103 Abs. 3 GG „eigenständig“ zu bestimmen und „insbesondere aus dem Gefüge und den spezifischen Wirkungsweisen der rechtsstaatlichen Garantiegehalte“ zu entfalten sei.

⁴⁵ So die ganz h.M., *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31) Art. 103 Rn. 269; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2000, Art. 103 III Rn. 32; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 103 Rn. 84; *Nolte*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 103 Rn. 222; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2003, Art. 103 Rn. 47; *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (472); abweichend nur *Rüping*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 22 (Stand 1982).

⁴⁶ Oben II.

⁴⁷ Vgl. *Nolte* (Fn. 45), Art. 103 Rn. 165.

⁴⁸ Vgl. zum Prüfungsmaßstab bei Art. 3 GG zusammenfassend und m.w.N. *Jarass/Piero* (Fn. 31), Art. 3 Rn. 4 ff., 14 ff.

Das gilt zunächst für die Bestimmung der neuen Tatsachen und Beweismittel, die nunmehr „zur Überführung des Freigesprochenen geeignet“ erscheinen sollen.⁴⁹ Insoweit sollen nur diejenigen in Betracht kommen, die sich „auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden“⁵⁰ ergeben haben und „einen eindeutigen Tatnachweis erlauben“⁵¹. Es ist jedoch kein überzeugender Grund dafür erkennbar, dass nur die auf diesem Weg gewonnenen, nicht aber sonstige neue Tatsachen und Beweismittel relevant sein sollen, die nunmehr den Freigesprochenen überführen.

Das Argument, dass die Justiz sich dieser Methoden seinerzeit noch nicht habe bedienen können, trägt nicht weit. Gleichermäßen ergibt sich für die Justiz ein neuer, zuvor nicht erreichbarer Erkenntnisstand, wenn ein Zeuge, der von einem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, sich nach der Rechtskraft des Freispruchs äußert und den Freigesprochenen mit einer uneingeschränkt glaubhaften Aussage belastet. Nicht anders ist die Situation, wenn ein während des Verfahrens im Koma befindlicher Zeuge nachträglich das Bewusstsein erlangt und den rechtskräftig Freigesprochenen durch seine Aussage eindeutig überführt. Gleiches gilt für den Fall, dass ein Tatmittel den Freigesprochenen belastende chemische Eigenschaften aufweist, die sich erst durch Zeitablauf offenbaren. Jeweils war es der Justiz – wie im Fall neuer Untersuchungsmethoden – unmöglich, sich dieser neuen Tatsachen und Beweismittel zu bedienen, als sie die zum Freispruch führenden Feststellungen getroffen hat. Dass nur beim Erkenntnisgewinn durch neue Untersuchungsmethoden das Festhalten an der Rechtskraft „zu schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“⁵² führen soll, ansonsten aber nicht, ist nicht einzusehen.

Auch die materiellrechtliche Deliktsabgrenzung verletzt den Gleichheitsgrundsatz. Am Maßstab der Unerträglichkeit gemessen, müssten eingeschlossene Fälle ausgeschlossen und nicht erfasste Fälle einbezogen werden. Wenn die tatbestandliche Zuordnung zu § 211 StGB den Ausschlag gibt, so können Verfahren selbst dann wieder aufgenommen werden, wenn ersichtlich ist, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe nicht in Betracht kommt, etwa weil der Täter gemäß § 21 StGB vermindert schuldfähig gewesen ist oder die so genannte Rechtsfolgenlösung des BGH⁵³ zum Zuge kommt. Die Fortgeltung von Freisprüchen in diesen Fällen könnte sicherlich nicht als „unerträglich“ bezeichnet werden. Nach der h.M., die das Legalitätsprinzip auf die ungünstige Wiederaufnahme für anwendbar hält,⁵⁴ müsste die Staatsanwaltschaft

gleichwohl das Verfahren betreiben. Umgekehrt gilt, dass Fälle, die tatbestandlich nicht erfasst sind, gleichwohl aber wegen des Ausmaßes des Unrechts und der Schuld mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden wären, ausgeschlossen bleiben, weil diese Strafe nicht zwingend angedroht ist. Zu denken ist etwa an besonders schwere Fälle des Totschlags gemäß § 212 Abs. 2 StGB oder an den sexuellen Missbrauch von Kindern mit Todesfolge gemäß § 176b StGB. Der Maßstab der Unerträglichkeit liefert keinen plausiblen Grund für den Ausschluss dieser Fälle.

Auch die Differenzierung nach der Art der Vorentscheidung hält einer Prüfung unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht stand. Nur ein zuvor ergangener Freispruch soll einer Wiederaufnahme zugänglich sein. Im Falle einer vorherigen Verurteilung, sei sie auch noch so geringfügig, bleibt es dagegen bei der Rechtskraft. Ein jetzt aufgedeckter Mord kann also nicht verfolgt werden, wenn der Täter zuvor im Zusammenhang mit demselben Vorgang wegen unerlaubten Führens einer Waffe oder wegen Körperverletzung zu einer Geldstrafe verurteilt worden ist. Wiederum ist nicht erkennbar, wie mit Hilfe des Kriteriums der Unerträglichkeit dieser Unterschied gerechtfertigt werden könnte.

Insgesamt zeigt sich, dass die vorgeschlagene Begrenzung der Wiederaufnahme propter nova zuungunsten des Freigesprochenen, die maßgeblich an eine bloße Veränderung der Beweislage zu seinem Nachteil sowie den als unerträglich empfundenen Fortbestand des rechtskräftigen Freispruchs anknüpft, auch mit Art. 3 GG unvereinbar ist. Es ist zudem nicht erkennbar, dass die aufgezeigten Probleme durch eine Verschiebung der Grenzen gelöst werden könnten.

V. Anwendungsprobleme

Unter dem Gesichtspunkt praktischer Anwendbarkeit wirft der Reformvorschlag eine Vielzahl von Fragen auf. Wir nennen hier nur einige.

Soll ein enges oder weites Verständnis des Begriffs der Technik maßgebend dafür sein, was unter einer technischen Untersuchungsmethode zu verstehen ist?⁵⁵ Stand eine neue Untersuchungsmethode bei Erlass des Urteils auch dann nicht zur Verfügung, wenn dem Staat zurechenbare Gründe – z.B. unzulängliche finanzielle Ausstattung der Polizeibehörden, organisatorische Mängel oder Unkenntnis auf Seiten der Strafverfolgungsorgane – einen Einsatz verhindert haben? Sind, sofern die neuen Untersuchungsmethoden Zwangseingriffe erfordern, die entsprechenden Vorschriften der Strafprozess-

dnung, Bd. 3, 1996, § 362 Rn. 3; Schmidt (Fn. 16), § 362 Rn. 4; a.A. Meyer-Goßner (Fn. 17), § 362 Rn. 1; Marxen/Tiemann (Fn. 14), Rn. 293.

⁵⁵ „Technik“ kann eng als Nutzbarmachung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse mittels apparativer Verfahren oder weit als systematisches, prinzipienorientiertes Vorgehen zur Erzielung von Wissen oder Wirkungen verstanden werden. Der Unterschied lässt sich an der modernen kriminalistischen Methode der operativen Fallanalyse (Profiling; vgl. dazu Becker [Fn. 37], S. 231 ff.) demonstrieren: Nach dem weiten Technikbegriff wäre sie als technische Untersuchungsmethode anzusehen, nach dem engen Begriff dagegen nicht.

⁴⁹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

⁵⁰ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

⁵¹ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

⁵² BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 2.

⁵³ BGHSt 30, 105.

⁵⁴ Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: August 2005, § 362 Rn. 20; Gössel, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2003, § 362 Rn. 1; Loos, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozessor-

ordnung mit ihren zentralen Begriffen „Verdacht“, „Beschuldigter“, „Täter oder Teilnehmer“ gegenüber einer rechtskräftig freigesprochenen Person anwendbar? Muss der Freigesprochene zuvor bereits wegen eines Deliktes angeklagt worden sein, für das die neue Wiederaufnahmemöglichkeit vorgesehen ist, muss die Anklage jedenfalls ein Tötungsdelikt zum Gegenstand gehabt haben oder ist der Anklagevorwurf ohne Bedeutung dafür, ob die Wiederaufnahme beantragt werden kann? Wie ist zu entscheiden, wenn die neue Hauptverhandlung zum Ergebnis hat, dass der Angeklagte sich zwar strafbar gemacht hat, die speziellen Anforderungen der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte aber nicht erfüllt sind – Einstellung des Verfahrens, Verurteilung oder erneuter Freispruch?⁵⁶

Besondere Aufmerksamkeit verdient ein praktisches Problem, das die Zuordnung einer Tötungshandlung zu den Mordmerkmalen betrifft. Sie hängt maßgeblich von Einzelheiten der Tatausführung sowie von Vorstellungen und Motiven des Täters ab. Vielfach machen damit zusammenhängende Fragen den Schwerpunkt schwurgerichtlicher Hauptverhandlungen aus. Technische Untersuchungsmethoden können zu deren Beantwortung in der Regel aber nur wenig beitragen. Ihr Hauptanwendungsfeld betrifft die Frage, ob der Angeklagte einer Tötungshandlung überführt werden kann. So lassen sich mit einer DNA-Analyse Tatspuren, insbesondere Sperma- und Blutspuren, mit äußerst hoher Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Person zuordnen, woraus dann häufig auf die Beteiligung der Person an der Tat geschlossen werden kann. Damit weiß das Gericht aber noch nichts darüber, ob diese Person etwa heimtückisch, also unter bewusster Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gehandelt hat, oder ob die Tötung aus niedrigen Beweggründen erfolgt ist.

Der Reformvorschlag steht erkennbar im Zeichen der Aufklärungserfolge, die im Bereich der Tötungsverbrechen mit modernen technischen Untersuchungsmethoden erzielt worden sind. Übersehen wird, dass Fortschritte in der Untersuchungstechnik zwar die Überführung von Tätern eines Tötungsdelikts verbessern können, aber nur geringe Auswirkungen auf die Beweislage hinsichtlich der hier relevanten Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag haben.

Im Übrigen ist durch kriminologische Untersuchungen nachgewiesen, dass die tatbestandliche Zuordnung von Tötungsdelikten im Verfahrensverlauf außerordentlich großen Schwankungen unterworfen ist und dass Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte über ein beträchtliches Maß an Defi-

nitionsmacht verfügen.⁵⁷ Das Gesetz entfaltet in der Praxis offenbar nur eine eingeschränkte Bindungswirkung. Auch diese praktische Unbestimmtheit steht der Einführung eines Wiederaufnahmegrundes entgegen, der es von der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag abhängig macht, ob in die grundrechtsgleich geschützte Rechtsposition eines rechtskräftig Freigesprochenen eingegriffen werden darf.⁵⁸

VI. Fazit

Die aufgezeigten Bedenken gegen den Reformvorschlag sollten Anlass dazu geben, von der beabsichtigten Neuregelung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten Abstand zu nehmen. Es ist verfehlt, aufgrund von Einzelfällen, die äußerst selten auftreten dürften, Eingriffe in die Grundstruktur des Rechts der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten vorzunehmen, die mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen sind. Die rechtsstaatliche Gewährleistung formaler Rechtsgarantien, unter denen Art. 103 Abs. 3 GG einen besonders hohen Rang einnimmt, hat zur notwendigen Kehrseite, dass kriminalpolitisch möglicherweise unbefriedigende Ergebnisse in Kauf genommen werden.

⁵⁶ Da die Anordnung der Wiederaufnahme nach § 370 Abs. 2 StPO die Rechtskraft des Freispruchs beseitigt und das Verfahren in den Zustand zurückversetzt wird, in dem es sich vor dem Urteil befunden hat, ist wohl der Weg frei für eine Verurteilung unabhängig vom Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs. Eine denkbare Gegenposition würde darin bestehen, dass die Aufhebung der Rechtskraft nur für den Fall einer Verurteilung wegen der Delikte angenommen wird, die eine Wiederaufnahme ermöglichen. Freilich bliebe dann noch zu klären, ob der fortbestehenden Rechtskraft durch eine Verfahrenseinstellung, durch eine Bestätigung des Urteils oder durch einen erneuten Freispruch Rechnung zu tragen ist.

⁵⁷ Vgl. Arzt, in: Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 2 Rn. 9 m.w.N.

⁵⁸ Vgl. zu den Bestimmtheitsanforderungen an Wiederaufnahmegründe Eschelbach (Fn. 54), § 362 Rn. 24.

Öffentliche Meinung und Strafrecht

Von Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, La Laguna

I. Öffentliche Meinung und Strafnorm: Einleitung

Eine der aktuellen Tendenzen der Kriminalpolitik erweist, dass die Geltung der Strafnorm nicht nur durch ein konkretes rechtswidriges Verhalten beeinträchtigt werden kann. Das „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“¹, die „Legge 13 febbraio 2006 n. 59. Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio“² oder die „Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores“³ – sowie andere strafrechtliche Bestimmungen – sind vielmehr Folgen einer zunehmenden akzentuierten Sensibilisierung der Öffentlichkeit gegen eine bestimmte Verhaltensweise als Folgen deren tatsächlicher Begehung. In der Tat basierte keine der genannten Bestimmungen auf einem legislatorischen Vorgehen, bei dem auf die präventive Unwirksamkeit des damaligen geltenden Gesetzestextes rational reflektiert reagiert wurde.⁴ Der spanische Gesetzgeber selbst bekennt sich dazu, dass „glücklicherweise die Gewaltstraftaten keine bedeutsame Zunahme erfahren haben, obwohl die tatsächlich begangenen eine starke gesellschaftliche Empörung verursacht haben“.⁵ Daher ist das Ziel der Reform an erster Stelle eine öffentliche Beruhigung durch eine weitere Verschärfung der Rechtsfolgen solcher Gewaltstraftaten.⁶

Diese Orientierung der Kriminalpolitik bringt aber schwerwiegende grundrechtliche Konsequenzen mit sich.

Diese sind nicht nur den Medien zuzurechnen.⁷ Gewiss sorgen dramatische Mordfälle für Schlagzeilen und die mediale Berichterstattung unterliegt ökonomischen und politischen Zwängen, welche nicht unbedingt eine rationale Kriminalpolitik fördern.⁸ An der öffentlichen Diskussion nehmen aber auch verschiedene Interessengruppen – wie z.B. Familien der Opfer, usw. – teil, die eher zu einem interessierten parteiischen, oft emotionalen und irrationalen Diskurs neigen.⁹ Überdies sind auch die politischen Parteien zu nennen, deren Programme immer mehr der „Angst vor dem Verbrechen“ Rechnung tragen.¹⁰ Die Strafrechtswissenschaft bleibt dabei nicht ganz unschuldig. An erster Stelle ist die traditionelle Vernachlässigung der Strafgesetzgebungslehre und der Kriminalpolitik zu erwähnen.¹¹ In diesem Sinne führt die Betonung

⁷ Zum historischen Kontext siehe erklärend Beck, Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2007.

⁸ Zur übermäßigen Berichterstattung über Gewalt und Sexualkriminalität siehe zuletzt Der Spiegel v. 23. Juli 2007, S. 84 ff. Ebenso Díez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, 2003, S. 27 ff.; Kury, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología, 2001, S. 283, 287 f.; Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, 2. Aufl. 2001, S. 37 ff.; Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 270 ff. Zur Degradierung der öffentlichen Meinung siehe Saavedra, Doxa 1993, 135 (148 ff., 152 f., in Bezug auf die publizistische Behandlung der Kriminalität). Zum übermäßigen Einfluss auf die individuellen Vorstellungen siehe ebenso Kania, in: Walter (Hrsg.), Alltagsvorstellungen von Kriminalität: Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung, 2004, S. 137, 140 ff.

⁹ Zur wichtigen Kampagne der Familien der Opfer zur Reform des spanischen Jugendstrafrecht, siehe z.B. El País v. 13. Juni 2007; El Mundo v. 31. Januar 2006; El Mundo v. 18. Mai 2005. Dazu bereits Amelung, ZStW 92 (1980), 19 (48 ff.).

¹⁰ In Bezug auf das deutsche Jugendstrafrecht siehe zuletzt <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,526782,00.html>; <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,526289,00.html>. Ebenso siehe <http://www.cdu.de/doc/pdf/grundsatzprogramm.pdf>, S. 56 f.; www.forzaitalia.it/speciali/sicurezza.htm; http://www.todopolitica.com/reportajes/especial_14m/programa_pp.pdf, S. 393 f.; http://www.todopolitica.com/reportajes/especial_14m/programa_psoe.pdf, S. 48. Kritisch dazu Silva Sánchez (Fn. 8), S. 22. Ebenso siehe Funcke-Auffermann (Fn. 4), S. 25 ff., 40 ff., 51 ff., 172 ff. Grundsätzlich Garzón Valdés, Doxa 1993, 77 (89 f.).

¹¹ Kritisch zuletzt Roxin, in: Hettlinger (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 489, 504. Ebenso siehe Amelung, ZStW 92 (1980), 19 (21); Cuerda Riezu, El legislador y el Derecho penal, 1991, S. 66 ff., 74 ff., 115 f.; Díez Ripollés, ZStW 113 (2001), 516 (538); ders., in: ders. u.a. (Hrsg.), Las recientes reformas penales: algunas cuestiones, 2004, S. 11, 30; Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 70 ff.; Vogel, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Ro-

¹ Am 26. Januar 1998 in Kraft getreten, BGBl. I, S. 160 ff.

² „Gesetz vom 13. Februar 2006, Nummer 59, zur Änderung des Art. 52 StGB im Bereich des Rechtes auf Selbstschutz in einer Privatwohnung“.

³ „Gesetz 8/2006 zur Reform des Gesetzes 5/2000 hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Minderjähriger“, im Folgenden LO 8/2006.

⁴ In Bezug auf das deutsche Gesetz siehe Laubenthal, ZStW 116 (2004), 703. Zur „legge 13 febbraio 2006 n. 59“, mit zahlreichen Nachweisen siehe Militello, Riv. ital. dir. proc. penale 2006, 826. Zum „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften“, vom 27. Dezember 2003, siehe zuletzt Funcke-Auffermann, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, 2007, S. 36 ff., 199 ff.

⁵ Exposición de motivos LO 8/2006. Kritisch dazu García Pérez, Derecho penal y psicología del menor, 2007, S. 25, 27 ff. In ähnlichem Sinne führte der deutsche Gesetzgeber im Entwurfsgesetz, BT-Drs. 13/7559, S. 1, aus: „Fürchtbare Verbrechen der jüngsten Vergangenheit, die von einschlägig verurteilten Personen begangen worden sind, haben das Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Schutzfunktion des Staates außerordentlich erschüttert“.

⁶ A.a.O.

der positiven Bedeutung der Generalprävention zu einer besseren Wahrnehmung des problematischen Feldes, denn es gibt nicht immer einen individuellen Normbrecher, der für die Desavouierung der Norm zuständig ist. Dies bestätigen aktuelle Tendenzen der Kriminalpolitik, die auch durch eine irrationale Sensibilisierung der Öffentlichkeit verursacht werden können.¹² Auch wenn diese Dysfunktion nicht durch einen auf Kosten eines Normbrechers erfolgenden „Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm“¹³ zu lösen ist, benötigt sie eine Antwort der Strafrechtswissenschaft.

Im Rahmen dieses Aufsatzes beschränke ich mich darauf, die kriminalpolitische Zweifelhafteigkeit einiger bisher von verschiedenen nationalen Gesetzgebern angebotenen instrumentellen Lösungen aufzuzeigen (II.). Wie sich im Folgenden zeigen wird, eignet sich kein instrumenteller Eingriff in die unterschiedlichen Rechtssphären der Bürger dazu, um solche – statistisch – unbegründeten generalpräventiven Dysfunktionen zu überwinden. Die innere Logik einer in diesem Sinne fiktiven Problematik zielt eher auf eine symbolische Lösung.¹⁴ Dafür sprechen im Wesentlichen die grundrechtlichen Kosten jedes instrumentellen strafrechtlichen Einsatzes.¹⁵ Deswegen soll es im letzten Teil darum gehen (III.), mögliche Wege zu einer befriedigenden Überwindung dieser Problematik durch eine wissenschaftliche Entwicklung der symbolischen Kriminalpolitik zur Diskussion zu stellen.

II. Kognitive Dysfunktion versus instrumentelle Lösung

Zur Überwindung der erwähnten normativen Dysfunktionen haben die verschiedenen Gesetzgeber sowohl von der Strafe als auch von den Maßregeln – insbesondere der Sicherungsverwahrung – Gebrauch gemacht. Das hat nicht selten zur Erschöpfung der konkret möglichen Rechtsfolgen geführt. Die strafrechtliche Reaktion beschränkt sich aber nicht auf den Rahmen der Sanktionsnormen. Auch die Notwehr hat eine populistische Entwicklung erfahren. In der Tat bietet sich jede Strafnorm dafür an.¹⁶

1. Mehr Strafe?

Durch das o.a. Gesetz zur Reform des Jugendstrafrechts¹⁷ versucht der spanische Gesetzgeber, auf einen beunruhigenden öffentlichen Diskurs, der in den letzten Jahren auf

Grund der Medienberichterstattung von dramatischen Fällen von Jugendkriminalität entstanden ist,¹⁸ zu reagieren.¹⁹ Die Reform beinhaltet vor allem eine gravierende Verschärfung der Strafen – die im Bereich des Jugendstrafrechts als „Maßnahmen“ bezeichnet werden – für schwere Straftaten.²⁰ Nach der neuen Regulierung kann die zeitliche Obergrenze der Unterbringung im geschlossenen Vollzug von vierzehn- und fünfzehnjährigen Tätern – anstelle von vier Jahren nach altem Recht – bis zu sechs Jahren erreichen,²¹ wenn der minderjährige Täter Totschlag, Mord, Vergewaltigung, besonders schwere Fälle von Vergewaltigung oder Straftaten, in welchen eine Mindeststrafe von 15 Jahren Freiheitsstrafe im spanischen Strafgesetzbuch vorgesehen ist, begangen hat. Für sechzehn- und siebzehnjährige Täter wird die absolute Obergrenze in diesen Fällen – anstelle von acht Jahren nach der alten Fassung – auf zehn Jahren heraufgesetzt. Neben dieser Verschärfung wird auch der Katalog von Straftaten, welche die Maßnahme der Unterbringung im geschlossenen Vollzug ermöglichen, wesentlich erweitert.²² Gegenüber der alten Fassung, welche diese Maßnahme nur für Tatbestände vorsah, die Gewalt oder Drohung gegen Personen oder ein schweres Risiko für das Leben oder die physische Unversehrtheit mit sich bringen, wird die Unterbringung im geschlossenen Vollzug – unter anderem – bei allen Straftaten, für die im Erwachsenenstrafrecht eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verhängt wird,²³ eingeführt. Dies soll der Bekämpfung der in den letzten Jahren bekannt gewordenen Bandenkriminalität dienen.²⁴

Die Verschärfung des Unterbringenvollzugs durch die Einführung der Möglichkeit, minderjährige Täter nach Erreichen des Erwachsenenalters in eine für Erwachsene vorgesehene Justizvollzugsanstalt zu schicken und die Unterbringung im geschlossenen Vollzug nach den Vorschriften des Strafvollzugs für Erwachsene zu vollziehen, wenn das Verhalten des Inhaftierten der Maßgabe des Urteils nicht entspricht,²⁵ oder die Übernahme der Verjährungsfristen des Erwachsenenstrafrechts für die Fälle von Totschlag, Mord, Vergewaltigung, besonders schwere Fälle von Vergewaltigung und Straftaten, in welchen eine Mindeststrafe von 15 Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen ist, spiegelt auch den gesetzgeberischen Willen dieser Reform.

xin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 105, 107 ff.; Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, S. 7 f. Grundsätzlich *Marcilla Córdoba*, *Racionalidad legislativa*, 2005, S. 273, 275 ff.; erklärend siehe ebenso S. 251 ff.

¹² So siehe BVerfG NJW 2004, 750 (756). Ebenso siehe bereits BVerfG NJW 1977, 1525.

¹³ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 1/11.

¹⁴ Eingehend *Sánchez Lázaro*, *Revista Penal* 2007, 70. Ebenso siehe Voß (Fn. 11), S. 77. Anders *Streng*, *ZStW* 111 (1999), 827 (833 ff.).

¹⁵ *Hassemer*, *NStZ* 1989, 553.

¹⁶ In Bezug auf strafprozessrechtliche Maßnahmen siehe z.B. Voß (Fn. 11), S. 197 f. Zur Bedeutung der Systematik *Noll*, *ZfSchwR* 1981, 347 (358 f.).

¹⁷ Fn. 3.

¹⁸ Siehe z.B. *El País* v. 28. Juni 2007; *El Mundo* v. 29. September 2003; *El País* v. 19. Januar 2005; *ABC* v. 21. Januar 2006. Kritisch dazu *Reverón Palenzuela*, in: *Sola Reche u.a.* (Hrsg.), *Derecho penal y psicología del Menor*, 2007, S. 237, 240 f.

¹⁹ Ausdrücklich siehe *Exposición de motivos LO 8/2006*.

²⁰ Ausführlich *Sánchez Lázaro*, *ZIS* 2007, 62.

²¹ Die dieser Maßnahme unterworfenen Personen werden in der Anstalt untergebracht und mit Blick auf persönliche Entwicklung, Erziehung, Arbeit und Freizeitbeschäftigung gefördert; siehe Art. 7 Abs. 1a LO 5/2000.

²² Art. 9 Abs. 2.

²³ Siehe Art. 13, 33 span. StGB.

²⁴ Art. 9 Abs. 2c LO 5/2000.

²⁵ Art. 14 Abs. 2 LO 5/2000; ebenso siehe Art. 14. 3. Kritisch dazu *García Pérez* (Fn. 5), S. 25, 53 f.

Das Gesetz 8/2006 zur Reform des Jugendstrafrechts bringt zunächst einen wesentlichen Verlust an ethischer Rationalität des spanischen Strafrechtssystems mit sich. Der Gesetzgeber hat versucht, eine – statistisch – fiktive generalpräventive Dysfunktion einzig und allein auf Kosten der Interessen der Minderjährigen – dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber – zu lösen, auch wenn der Problemimpuls dieser Reform auf keine bedeutende Veränderung in der Verhaltensweise der Minderjährigen zurückzuführen war.²⁶ Die zeitliche Obergrenze des Sanktionensystems des Jugendstrafrechts stimmt inzwischen mit der Untergrenze der im Rahmen des Erwachsenenstrafrechts für den Totschlag vorgesehenen Strafe überein: zehn Jahre Freiheitsentzug.²⁷ Hier ist anzumerken, dass der begrenzte juristische Status des Minderjährigen eine – entsprechend – begrenzte Folgenverantwortung mit sich bringt.²⁸ Aufbauend auf dem jüngsten psychologischen Diskurs wird behauptet, dass die Minderjährigen und Heranwachsenden eine Zurechnungsfähigkeit *sui generis* aufweisen.²⁹ Die unterschiedliche Wahrnehmung von Minderjährigen hinsichtlich eines Freiheitsentzugs sollte dabei auch beachtet werden. Von einer Jugendstrafe, die den Zeitraum von fünf Jahren überschreitet, soll in höherem Maße eine entsozialisierende statt resozialisierende Wirkung ausgehen.³⁰ Im geltenden spanischen Jugendstrafrecht wurde diese zeitliche Grenze auf das Doppelte hinausgeschoben.

Das Reformgesetz ist auf unterschiedlichen Rationalitätsebenen anzugreifen.³¹ Kurzfristig hat es weder die Medien noch die Bevölkerung beruhigt. Schon sechs Monate nach

seinem Inkrafttreten ist eine weitere Reform – und Verschärfung – gefordert worden.³² Der Grund dafür war die zwingende Aufhebung von freiheitsentziehenden Maßnahmen bei einem ursprünglich 14-jährigen Täter, der im Jahre 2003 an einem ebenso bekannten wie dramatischen Fall beteiligt war, nachdem er vier Jahre Unterbringung im geschlossenen Vollzug verbracht hat.³³ Langfristig neigt eine repressive Lösung zu einer Zementierung der Problematik der Jugendkriminalität und Verschiebung auf das Erwachsenenstrafrecht.³⁴ Rechtsvergleichend haben sich alternative – also nicht repressive – kriminalpolitische Mittel kurz- und langfristig als erfolgreicher erwiesen.³⁵

2. (Mehr) Sicherungsverwahrung?

Ähnliche Reformprozesse sind auch in Deutschland geschehen. So führte eine dramatisierende Berichterstattung in den Massenmedien über bestimmte Kriminalitätsfälle im Jahre 1998 zum „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“.³⁶ Der Gesetzgeber hat sich hier – prinzipiell – für die zweite Spur des strafrechtlichen Sanktionensystems entschieden: die Sicherungsverwahrung. Weitere Reformen haben zur Ausweitung dieser Maßregel geführt.³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Frage geäußert.

In einem bekannten Urteil aus dem Jahre 2004 meint das Gericht, dass die Menschenwürde „auch durch eine langdauernde Unterbringung nicht verletzt [wird], wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Unterbrachten notwendig ist. Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen gefährliche Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern“.³⁸ Die vom Grundgesetz vorgegebene Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums soll es rechtfertigen, „unabdingbare Maßnahmen zu ergreifen, um wesentliche Gemeinschaftsgüter vor Schaden zu bewahren“.³⁹ Ebenso wenig soll eine mögliche lebenslange Verwahrung gegen den Wesensgehalt des Freiheitsgrundrechts verstoßen, „solange gewichtige Schutzinteressen Drit-

²⁶ Siehe oben Fn. 5; ebenso siehe *Cano Paños*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2002, S. 286 ff., 291 ff., 298 ff.; *García Pérez* (Fn. 5), S. 25, 27 ff.; *Sola Reche/Serrano Solís*, in: *Sola Reche u.a.* (Fn. 18.), S. 3, 13.

²⁷ Vgl. Art. 138 span. StGB. Ebenso siehe *Ostendorf*, JGG, Kommentar, 7. Aufl. 2007, § 18 Rn. 5, der auf das „Verbot der Benachteiligung Jugendlicher gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage“ verweist.

²⁸ *García Pérez*, *Actualidad Penal* 2000/3, Rn. 673, 678. Ähnlich *Silva Sánchez* (Fn. 8), S. 60, insbesondere Fn. 129, der sich auf die gesellschaftliche Mitverantwortung stützt. Ebenso siehe *Cuello Contreras*, *El nuevo Derecho penal de menores*, 2000, S. 29 ff.; *Sola Reche/Serrano Solís* (Fn. 26), S. 3, 8.

²⁹ Eingehend *Martín Cruz*, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, 2004, S. 194 ff., 224 ff., 234 ff. Ebenso siehe *Cano Paños* (Fn. 26), S. 287, 293, 294, 302, 312; *Muñoz Conde/García Arán*, *Derecho penal. Parte general*, 6. Aufl. 2004, S. 368 f.; *Sánchez García de Paz*, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, 1998, S. 24 f.; *Tamarit Sumalla*, in: *González Cussac u.a.* (Hrsg.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, S. 13, 26; *Terradillos Basoco*, in: *Ruiz Rodríguez u.a.* (Hrsg.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, 2004, S. 47, 52 f. Hinsichtlich eines spezialpräventiven Diskurses siehe auch *Boldova Pasamar*, in: *Gracia Martín* (Hrsg.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, S. 493, 507 ff.

³⁰ *Ostendorf* (Fn. 27), § 18 Rn. 10.

³¹ Ausführlich *Sánchez Lázaro* (Fn. 20), S. 62, 63 ff.

³² Nun siehe z.B. *El País* v. 28. Juni 2007; *El Mundo* v. 28. Juni 2007.

³³ A.a.O.

³⁴ Neuerdings *Doob*, in: *Díez Ripollés* (Hrsg.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, 2005, S. 355 ff. Ebenso *Cano Paños* (Fn. 26), S. 287, 312; *García Pérez* (Fn. 5), S. 25, 28 f.; *Sola Reche/Serrano Solís* (Fn. 26), S. 3, 9. Grundsätzlich siehe *Kury* (Fn. 8), S. 283, 292 ff.

³⁵ Siehe *Doob* (Fn. 34), S. 355, 368 ff.

³⁶ Ausdrücklich BT-Drs. 13/7559, S. 1. Eingehend *Laubenthal*, *ZStW* 116 (2004), 703. Kritisch dazu *Streng*, *ZStW* 111 (1999), 827 (833 f., 857 ff.).

³⁷ A.a.O.

³⁸ BVerfG NJW 2004, 739 (740). Zum modernen Strafrecht siehe zuletzt *Hassemer*, in: *Schünemann* (Fn. 11), S. 1001, 1006 ff. Ähnlich siehe STC 112/1988, fundamento jurídico tercero; STC 24/1993, fundamentos jurídicos tercero y cuarto. Kritisch dazu *Silva Sánchez*, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, S. 22.

³⁹ BVerfG NJW 2004, 739 (740).

ter den Eingriff zu legitimieren vermögen und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist“.⁴⁰ Dem Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutsverletzungen sei der Freiheitsanspruch des Untergebrachten als Korrektiv entgegenzuhalten.⁴¹ Die unterschiedlichen Ziele von Strafe und Maßregel erlauben, diese letzte auch dem absoluten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zu entziehen: „Die Sicherungsverwahrung dient im Gegensatz zur Strafe nicht dem Zweck, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern dazu, die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen [...]. Die Maßregel ist eine Maßnahme, die Gefahren vorbeugt und in die Zukunft wirken soll“,⁴² auch wenn präventive Freiheitsentziehungen „ebenso stark in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG [...] wie Freiheitsstrafen“⁴³ eingreifen.

⁴⁰ BVerfG NJW 2004, 739 (741). Ebenso siehe BVerfG NJW 2006, 3484; BVerfG NJW 2004, 750 (757): „Als Mittel zum Schutz von Leben, Unversehrtheit und Freiheit der Bürger kann der Gesetzgeber demjenigen die Freiheit entziehen, von dem ein Angriff auf die Schutzgüter zu erwarten ist. Dieser Angriff in das Grundrecht des potenziellen Verletzers aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verfassungsrechtlich legitim“. In Bezug auf eine Fortgeltung einer verfassungswidrigen Regelung, BVerfG NJW 2004, 750 (757 f.). Kritisch dazu siehe das anschließende Sondervotum, BVerfG NJW 2004, 750 (759 ff.).

⁴¹ BVerfG NJW 2004, 739 (741). In dieser Richtung argumentiert z.B. *Frisch*, ZStW 102 (1990), 343 (369): „Die Auflösung der Kollision zu Lasten der Freiheit muß sich auch als angemessene Konfliktlösung ausweisen lassen. Das ist nach allgemeinen wertethischen Prinzipien wie im Blick auf verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Niederschläge grundsätzlich nur der Fall, wenn sich die Wahrnehmung der Schutzverpflichtung auf Kosten der Freiheit als Entscheidung für das überwiegende Interesse, den überwiegenden Wert, darstellt“, in Bezug auf „die Schutzverpflichtung des Staates“, S. 367 f. Ebenso siehe *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 66 f.; *Sanz Morán*, in: Bueno Arús (Hrsg.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, 2007, S. 1100 f. Kritisch meint zu Recht *Jakobs* (Fn. 13), 1/54: „Damit ist freilich wenig anzufangen, weil unklar bleibt, wie die Interessen des Täters zu gewichten sind“. Ebenso siehe *Köhler*, in: Pawlik (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, S. 273 ff. (279 ff.).

⁴² BVerfG NJW 2004, 739 (746). Neuerdings BVerfG NJW 2006, 3484. In Bezug auf das Verbot doppelter Bestrafung siehe BVerfG NStZ-RR 1996, 122: „Bei der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung handelt es sich nicht um eine unzulässige erneute Bestrafung, sondern um eine Maßregel der Besserung und Sicherung, die im Rahmen der ursprünglichen Verurteilung neben der Freiheitsstrafe verhängt worden ist“.

⁴³ BVerfG NJW 2004, 750. In Bezug auf das Bestimmtheitsgebot siehe BVerfG NJW 2004, 739 (749 f.); ebenso BVerfG NStZ-RR 1996, 122.

Die Autoritätskomponente des juristischen Diskurses, die diesen von dem allgemeinen rationalen praktischen Diskurs unterscheidet,⁴⁴ ermöglicht es, die Geltung des aktuellen Modells der Sicherungsverwahrung im deutschen Verfassungssystem nachzuvollziehen: Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit obliegt letztlich dem BVerfG. *Roma locuta causa finita*. Bessere Argumente sprechen aber dagegen. Der Appell an den Achtungsanspruch der Menschenwürde und das Verbot, „den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt“,⁴⁵ zeigen sich schwer vereinbar mit der Rechtfertigung einer Rechtsfolge, die eine mögliche lebenslange Verwahrung einer Person, die ihre Strafe bereits verbüßt hat, aus Gründen des Sicherungsbedürfnisses der Allgemeinheit vorsieht.⁴⁶ Die Argumentation hinsichtlich der Möglichkeit des Betroffenen – inzwischen im formellen Sinne nicht mehr Gefangenen –, die eigene Freiheit irgendwann wiederzugewinnen, und ihrer gemutmaßten spezialpräventiven Eignung übersieht das Legitimationsproblem der Anwendung der Sicherungsverwahrung.⁴⁷ Darüber hinaus darf die Frage der Verhältnismäßigkeit durch eine bloße Abwägung der hier in Betracht kommenden Rechtsgüter nicht vereinfacht werden. In diesem Zusammenhang ist nämlich die Intensität des Eingriffs in die betroffenen Rechtsgüter und deren Wahrscheinlichkeitsgrad – unter anderen Aspekten – zu berücksichtigen.⁴⁸ Hier ist auch daran zu erinnern, dass die Sicherungsverwahrung auch bei gewaltfreien Vermögens- und Eigentumsdelikten bis zu zehn Jahren erreichen kann.⁴⁹ In einem derartigen Fall handelt es sich – in groben Zügen – um einen *sicheren* der Freiheitsstrafe ähnlichen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht⁵⁰ versus *mögliche*

⁴⁴ Erklärend *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl. 1996, S. 264, 272, 351 f., 430 ff. Ebenso siehe *ders.*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl. 1994, S. 70 ff., 151 ff.

⁴⁵ BVerfG NJW 2004, 739.

⁴⁶ Trotzdem siehe BVerfG NJW 2004, 739: „Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden“. Dagegen meint zu Recht *Hanack*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2006, § 66 Rn. 2: „Fragwürdig ist die Maßregel [...], weil der Gedanke, einen Menschen allein wegen seines Hangs zu Straftaten über das Maß seiner Schuld hinaus auf unbestimmte Zeit, möglicherweise auf Lebenszeit, zu verwahren, Bezüge zu sozialdarwinistischen Gedankengängen erkennen läßt“.

⁴⁷ BVerfG NJW 2004, 739 (740). Zu Recht *Jakobs* (Fn. 13), 1/54.

⁴⁸ Eingehend *Lopera Mesa*, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, S. 404 ff., 505 ff.

⁴⁹ Zu ihrem wichtigen Anteil *Kinzig*, ZStW 109 (1997), 122 (144 ff.); zur tendenziell unverhältnismäßigen Länge, S. 159 f.

⁵⁰ Bei dem „gesundheitliche Beeinträchtigungen auf Grund langjähriger Strafvollzugs [...] nicht ausgeschlossen“ sind, BVerfG NJW 2004, 739 (740).

gewaltfreie Eingriffe in fremdes Eigentum, denn „Prognoseentscheidungen bergen stets das Risiko der Fehlprognose“.⁵¹

„Staatliches Strafen wird herkömmlich als ein Übel verstanden, das als gerechter Ausgleich für eine rechtswidrige, schuldhaft und vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung auferlegt wird und die öffentliche Missbilligung der Tat zum Ausdruck bringt“.⁵² Dies gilt jedoch nur in einem Tatstrafrecht. „Im System des Täterstrafrechts knüpft die Strafe dagegen unmittelbar an die Gefährlichkeit des Täters an, die, um Strafe überhaupt zu rechtfertigen, auf die Lebensführungsschuld zurückgeführt werden muss. Entscheidend ist hier der Vorwurf, dass der Täter zu einer kriminellen Persönlichkeit geworden ist“.⁵³ Die herkömmliche Differenzierung zwischen Strafe und Maßregeln der Besserung und Sicherung achtet prinzipiell auf die Zielrichtung solcher Rechtsinstitute: Eine Maßregel darf „ausschließlich mit dem Ziel angeordnet werden, künftige Straftaten des Verurteilten zu vermeiden“.⁵⁴ Die Grundlage des Eingriffes in die Rechtssphäre des Betroffenen wird allerdings nicht so sehr beachtet.⁵⁵ In diesem Sinne ist anzumerken, dass die Begründungsversuche, die auf den Mangel „der inneren oder sittlich gebundenen Freiheit“⁵⁶

abstellen, sich nicht so sehr dazu eignen, die Sicherungsverwahrung zu rechtfertigen. Denn hier handelt es sich um einen voll schuldfähigen Täter.⁵⁷

Der Gesetzgeber hat diesen schweren Eingriff in das Freiheitsgrundrecht nicht als Strafe bezeichnet.⁵⁸ Die Eingliederung der Sicherungsverwahrung in das gesamte Maßregelsystem ist höchst problematisch,⁵⁹ da diese Maßregel vordergründig dem Schutz der Allgemeinheit und allenfalls nachrangig dem eigenen Interesse des Betroffenen dient. Das Bundesverfassungsgericht meint seinerseits: „Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen“, d.h. auf die Strafe; „andere staatliche Eingriffsmaßnahmen werden von Art. 103 Abs. 2 [GG] nicht erfasst“.⁶⁰ Die erwähnte Unterordnung des Interesses des Betroffenen und die Härte der Sicherungsverwahrung entsprechen immerhin der ratio der aus diesem Artikel abgeleiteten Gewährleistungen.⁶¹ In diesem Sinne warnte bereits *Muñoz Conde* vor der möglichen „Verhöhnung der Grundsätze und Garantien des Rechtsstaates“ durch die zweite Spur des strafrechtlichen Sanktionensystems.⁶² In der aktuellen Diskussion zum spani-

⁵¹ BVerfG NJW 2004, 739 (742). Dazu siehe *Kinzig*, ZStW 109 (1997), 122 (126 ff.); *ders.*, NSTZ 1998, 14; *Romeo Casabona*, Peligrosidad y Derecho Penal preventivo, 1986, S. 24 ff.

⁵² BVerfG NJW 2004, 739 (744).

⁵³ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 54. Ebenso siehe *Roxin* (Fn. 41), § 6 Rn. 23: „Die Täterpersönlichkeit steht im Vordergrund, und die Tat dient nur zur Auslösung der Sanktion und zur Verhinderung unverhältnismäßiger Exzesse bei ihrer Anwendung“.

⁵⁴ *Jescheck/Weigend* (Fn. 53), S. 803. Ebenso siehe *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal español. Parte general I, 6. Aufl. 2004, S. 43; *Palazzo*, Corso di Diritto penale. Parte generale, 2005, S. 542 ff. Zur tatsächlichen Handhabung siehe kritisch *Kinzig*, ZStW 109 (1997), 122 (125 ff.). Ebenso *Best*, ZStW 114 (2002), 88 (115 ff.); *Muñoz Conde*, GA 1984, 218 (222): „Die freiheitsentziehenden Strafen und Maßregeln spielen, wenn sie sich auch theoretisch unterscheiden, in der Praxis die gleiche Rolle und dienen dem gleichen Zweck“; *Köhler* (Fn. 41), S. 273 ff. (274 ff.).

⁵⁵ Eingehend siehe *Sánchez Lázaro*, Revista Penal 2006, 142.

⁵⁶ So bereits *Welzel*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1969, S. 245: „Allen Sicherungsmaßregeln liegt der allgemeine sozialetische Gedanke zugrunde, daß am Gemeinschaftsleben nur der ungeschmälert teilnehmen kann, der sich von den Normen des Gemeinschaftslebens leiten lassen kann. Alle äußere oder soziale Freiheit rechtfertigt sich letztlich aus dem Besitz der inneren oder sittlich gebundenen Freiheit. Wer dieser inneren, von sittlicher Selbstbestimmung gelenkten Freiheit überhaupt nicht fähig [...] oder infolge von schlechter Anlage, Lastern und Gewohnheiten nicht mehr hinreichend mächtig ist, kann die volle soziale Freiheit nicht mehr hinreichend beanspruchen“. Ebenso siehe *Jescheck/Weigend* (Fn. 53), S. 86: „Bei den Maßregeln pfliegerischer Art [...] liegt die innere Rechtfertigung der Unterbringung in der Aufgabe des Staates, körperlich oder seelisch defekte

Personen, die kriminell gefährlich sind, neben der Sicherung einer medizinischen, psychotherapeutischen oder bewahren- den Behandlung zuzuführen, die ihren Zustand bessert, lindert oder doch wenigstens neutralisiert (Gedanke der Heilbehandlung)“; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho español, 1976, S. 83 ff. Kritisch dazu *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal español I, S. 43. Ebenso siehe *Frisch*, ZStW 102 (1990), 343 (365 f.).

⁵⁷ *Jescheck/Weigend* (Fn. 53), S. 86. Kritisch siehe *Köhler* (Fn. 41), S. 273 ff. (284 ff.).

⁵⁸ Kritisch siehe *Köhler* (Fn. 41), S. 273 ff. (274 ff.).

⁵⁹ Siehe *Hanack* (Fn. 46), § 66 Rn. 2 ff., 20 ff.; *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 30. Lieferung, Stand: Mai 1999, § 66 Rn. 2; *Jescheck/Weigend* (Fn. 53), S. 86; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 66 Rn. 1. Ebenso siehe *Romeo Casabona* (Fn. 51), S. 182 f.

⁶⁰ BVerfG NJW 2004, 739 (744); BVerfG NJW 2006, 3484. Kritisch zu Recht *Laubenthal*, ZStW 116 (2004), 703 (724). Eingehend siehe bereits *Best*, ZStW 114 (2002), 88 (99 ff.). Ebenso *Jorge Barreiro*, in: Universidad Nacional de Educación a Distancia Madrid (Hrsg.), Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, 2001, S. 143, 191 f.; *Kinzig*, NJW 2004, 911 (913); *Sanz Morán*, Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal, 2003, S. 111 ff.; *Urruela Mora*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2001, 167 (168).

⁶¹ Vgl. BVerfG NJW 2004, 739 (744 ff.).

⁶² *Muñoz Conde*, GA 1984, 218 (221), ebenso siehe S. 223: „Beim zweispurigen System verstärkt sich immer mehr der Verdacht, dass wir einem großen Etikettenschwindel aufsitzen, bei dem das Schuldstrafrecht mit all seinen Unvollkommenheiten, aber auch mit all seinen Garantien durch andere Systeme der sozialen Kontrolle ergänzt oder ersetzt wird, die offiziell nicht strafrechtlicher Art sind und gerade deswegen

schen Jugendstrafrecht wird inzwischen die Einführung der Sicherungsverwahrung gefordert.⁶³

3. Erweiterung des Notwehrrechts?

Auch Erlaubnisnormen ermöglichen es, Sicherheitsbedürfnisse der Allgemeinheit zu befriedigen.⁶⁴ So führte der italienische Gesetzgeber durch die erwähnte „Legge 13 febbraio 2006 n. 59“⁶⁵ eine Präzisierung der Verhältnismäßigkeitsvoraussetzung der Notwehr im Sinne des Arts. 52 Codice penale ein.⁶⁶ Nach seiner neuen Fassung ist die Abwehr dann ausdrücklich als verhältnismäßig zu erachten, wenn der Handelnde in seiner Wohnung, in einem Geschäftsraum oder ähnlichen umschlossenen Räumen von einer legalen Waffe oder einem anderen dafür geeigneten Werkzeug Gebrauch macht, um einen rechtswidrigen Angriff abzuwehren.⁶⁷ Das ist nämlich auch der Fall, wenn eigene oder fremde Sachen bedroht sind und aus den Umständen der Tat kein Rücktritt vom Angreifer zu erwarten ist und die Gefahr eines persönlichen Angriffs besteht.⁶⁸

Die Geeignetheit der neuen Klausel lässt sich durchaus bestreiten. Es scheint zuerst hoch fragwürdig, dass die Einführung einer formellen Vermutung der Verhältnismäßigkeit ermöglicht, über materielle Fragen hinauszukommen.⁶⁹ Auch die einschlägigen Rechtsgüter – namentlich Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit versus Eigentum – oder die Frage der Schutzwaffe können zu unerwünschten kriminalpoliti-

schen Folgen führen.⁷⁰ Auch die Frage der Verfassungsmäßigkeit ist inzwischen aufgeworfen.⁷¹ Hier reicht es, zu sagen, dass auch Erlaubnisnormen parallele Freiheitsverluste mitbringen.⁷² Diese können in diesem Fall schwerer als diejenigen wiegen, die mit der Freiheitsstrafe verbunden sind.

III. Wege einer expressiv-integrativen Kriminalpolitik

Im „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern“ sah der deutsche Gesetzgeber – wie üblich – keine Alternative zu den erwähnten instrumentellen Maßnahmen, um die Strafzwecke der negativen und positiven Generalprävention besser zur Geltung zu bringen.⁷³ Diese Einschätzung hat sich als übereilt herausgestellt. In der Lehre wird nun zwischen instrumentellen, expressiven und integrativen Wirkungen der Norm unterschieden. „Instrumentelle Effekte bewirken Veränderungen in der gesellschaftlichen Realität, genauer: in den Verhaltensweisen der Menschen. Expressive Effekte rufen Emotionen oder Gefühle im Bewusstsein hervor. Integrative Wirkungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zu bestimmten Werteinstellungen führen.“⁷⁴ So wenig eine Desavouierung der Norm sich immer auf ein konkretes rechtswidriges Verhalten zurückführen lässt, so wenig muss die Norm durch die Strafe zu Lasten eines konkreten Normbrechers stabilisiert werden. Ein expressiv-integrativer Problemimpuls soll zu keiner Verstärkung der sozialen Kontrollen durch das strafrechtliche Sanktionensystem führen, denn in solchen Fällen gilt die Norm instrumentell als faktisch taugliches Orientierungsmuster: Die Zahl von Sexualmorden an Minderjährigen war in diesen Jahren sogar gesunken.⁷⁵ Eine in diesem Sinne

nicht durch die Grundsätze einer rechtsstaatlichen Kriminalpolitik beschränkt werden können“. Zuletzt *Muñoz Conde/García Arán*, *Derecho penal. Parte general*, S. 54 ff.

⁶³ Siehe *El Mundo* v. 28. Juni 2007.

⁶⁴ Siehe *La Stampa* v. 28. Januar 2006; *Corriere della Sera* v. 26. Januar 2006; *La Repubblica* v. 24. Januar 2006; *La Stampa* v. 25. Januar 2006. M.w.N. siehe *Militello* (Fn. 4), S. 826 ff.

⁶⁵ Fn. 2.

⁶⁶ So sah Art. 52 Codice penale lediglich vor: „Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa“. Dazu siehe *Palazzo*, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 2. Aufl. 2006, S. 362 ff.

⁶⁷ So wird nach der neuen Fassung hinzugefügt: „Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale“.

⁶⁸ A.a.O.

⁶⁹ Zu Recht siehe *Militello* (Fn. 4), S. 826 ff. (849 ff., 861 f.).

⁷⁰ A.a.O.

⁷¹ So warnt *Militello* (Fn. 4), S. 826 ff. (831), dass eine absolute Verneinung der juristischen Stellung des Angreifers nicht nur zu einem anderen Strafrecht, sondern vielmehr zu einer anderen Rechtsordnung führte, in welcher rechtswidriges Handeln den Verlust aller Rechte und deren Anerkennung bedeutete; ebenso siehe S. 852 ff.

⁷² Grundlegend *Baldó Lavilla*, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994. Zuletzt siehe erklärend *Hoyer*, in: *Hettinger* (Fn. 11), S. 176 ff. Ebenso *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2005, § 7 Rn. 157 ff.

⁷³ BT-Drs. 13/7559, S. 2 f. Kritisch dazu *Streng*, *ZStW* 111 (1999), 827 (834 ff.). Grundsätzlich bemerkte bereits *Voß* (Fn. 11), S. 184: „Regelmäßige Folge des Zeitdruckes ist, dass komplexe Zusammenhänge in einfache Raster gezwungen, Informationen dementsprechend nur noch selektiv verarbeitet werden und sich mögliche Sachziele und Entscheidungsalternativen auf die nächstliegenden reduzieren. Unteroptimale Entscheidungen sind die Folge. Für kreatives, innovatives Denken bleibt kein Raum“. Dazu erklärend siehe *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1993, S. 184 ff.

⁷⁴ *Díez Ripollés*, *ZStW* 113 (2001), 516. Eingehend bereits *Voß* (Fn. 11), S. 60 ff. Ebenso *Amelung*, *ZStW* 92 (1980), 19 (54); *Noll*, *ZfSchwR* 1981, 347 (349 ff.). Grundsätzlich *Luhmann* (Fn. 73), S. 224 ff.

⁷⁵ Vgl. *Albrecht*, in: *Walter* (Fn. 8), S. 506 f.

agierende Kriminalpolitik kann sogar auf jede Gesetzgebung verzichten.

1. Prälegislative Maßnahmen

Die statistische Wirklichkeit, die einem Reformprozess zugrunde liegt, mag zur widersprüchlichen Gesetzesbegründung dienen. Darüber hinaus bietet sie Materialien für eine außer- oder vorgesetzliche Kriminalpolitik durch die Einführung eines rationalen offiziellen Diskurses an. So können „furchtbare Verbrechen der jüngsten Vergangenheit, die von einschlägig vorbestraften Personen begangen worden sind, [...] das Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Schutzfunktion des Staates außerordentlich“ erschüttern.⁷⁶ Ebenso gilt ihre statistische Wirklichkeit, um die Geltung der in Frage gestellten Norm kognitiv zu bestätigen. In diesem Sinne hat es sich herausgestellt, dass die Anzahl der Sexualmorde an Minderjährigen in Deutschland in den Jahren 1990-1994 von 33 auf 18 Fälle in den Jahren 1995-1999 gesunken war.⁷⁷ Ebenso zeigt sich die einschlägige Rückfallwahrscheinlichkeit bei Sexualstraftätern als deutlich niedriger als bei anderen Formen der Delinquenz.⁷⁸

Auch stellte sich in Spanien heraus, dass die Zahl der Gewaltstraftaten von minderjährigen Handelnden in den letzten Jahren erheblich gesunken ist.⁷⁹ So ist bei den fünfzehnjährigen Tätern die Anzahl der Festgenommenen wegen Straftaten gegen das Leben von 100 im Jahre 2005 auf 73 Fälle im Jahre 2006 zurückgegangen.⁸⁰ Bei den vierzehnjährigen Tätern ist die entsprechende Anzahl von 82 auf 54 gesunken.⁸¹ Ebenso ist die Quote bei gewaltfreien Eigentumsdelikten zwischen 91,27 und 12,83% – je nach Alter – gefallen.⁸² Die übermäßige mediale Berichterstattung in Bezug auf den Anstieg der Fallzahlen von Eigentumsdelikten lässt sich gleichfalls in Italien mit dem Rückgang von Straftaten gegen das Leben, insbesondere in den Fällen von Raub mit Todesfolge entkräften.⁸³ Die Kfz-Sachwertdelikte haben auch eine fühlbare Minderung erfahren.⁸⁴ Solche Zahlen widersprechen dem – im entsprechenden Maße – irrationalen Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit. Eine expressiv-integrative Kriminalpolitik kann durch eine systematische Verbreitung solcher Daten, welche die instrumentelle Geltung der Norm kognitiv bestätigen, positive generalpräventive Dysfunktio-

nen verringern.⁸⁵ Grundrechtliche Kosten sind dabei nicht zu verzeichnen.

Die Materialien einer so verstandenen Kriminalpolitik erschöpfen sich aber nicht in den unterschiedlichen Kriminalstatistiken. Der irrationale Inhalt solch generalpräventiver Sozialdysfunktionen spiegelt sich oft in einem Diskurs wider, bei dem keine Rücksicht auf die möglichen verfassungsrechtlichen Bedenken genommen wird. Wie bereits aufgezeigt, überwiegen die entsozialisierenden Wirkungen der Strafe spätestens nach einer Dauer von vier bis fünf Jahren die resozialisierenden.⁸⁶ Selbst für den Erwachsenenvollzug werden nach fünf Jahren Sozialisierungsschäden in Sinne von Hospitalisation und Deprivation festgestellt.⁸⁷ Solche Forschungsergebnisse müssen in eine öffentliche Diskussion eingeführt werden, in der sechs Monate nach dem Inkrafttreten des oben erwähnten Gesetzes eine weitere Reform und Verschärfung des Jugendstrafrechts gefordert wird. Die grundrechtlichen Konsequenzen sollten einem materiell verfassungstreuen Gesetzgeber dazu Anlass geben.⁸⁸ Die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der Strafrechtswissenschaft zugeschriebenen Funktionen können auch teilweise in dieser Phase erfüllt werden. Besonders dringend erscheint die Verbreiterung der Wissensbasis⁸⁹ und eine – durch die Stärkung der diskursiven Momente, durch konkurrierende Regelungsmodelle etc. – nachfolgende Rationalisierung.⁹⁰

Die expressiv-integrative Dimension des Strafrechts führt dessen Normen in einen informellen kriminalpolitischen Diskussionsraum ein, in dem die kommunikative Bedeutung der Norm – und damit die Norm selbst – fortwährend in Frage gestellt wird. Hier sind „Interessengruppen, Lobbies und ‚pressure groups‘ beteiligt, die [...] strategischen und auf Interessendurchsetzung zielenden Einfluss ausüben“.⁹¹ Unterschiedliche „atypische Moralunternehmer“ beanspruchen immer mehr eine qualifizierte Einflussnahme auf die kriminalpolitische Willensbildung in Bezug auf höchst problematische Themen, wie es in den letzten Jahren in Spanien besonders auffällig im Rahmen von Terrorismus der Fall gewesen ist.⁹² In derartigem Zusammenhang sollte der Strafgesetzgeber dem Kommunikationsraum der Normen nicht ihren Lauf lassen. Die Strafrechtswissenschaft kann ihrerseits „die kommunikative Vernunft der Experten zur Geltung“ bringen, denn „diese beschränkt sich nicht auf empirisches oder theoretisches“.

⁷⁶ BT-Drs. 13/7559, S. 1.

⁷⁷ Alex, NK 2001, 4. Ebenso siehe Albrecht (Fn. 75), S. 506 f.

⁷⁸ A.a.O.

⁷⁹ Cano Paños (Fn. 26), S. 298 ff. Neuerdings Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2006, S. 288 ff.

⁸⁰ Anuario Estadístico del Ministerio del Interior (Fn. 79), S. 290.

⁸¹ A.a.O.

⁸² A.a.O.

⁸³ www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0902_ABSTRACT_rapporto_sicurezza_2006.pdf, S. 3, 7 ff.

⁸⁴ www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0902_ABSTRACT_rapporto_sicurezza_2006.pdf, S. 9 f.

⁸⁵ Zur Vermittlung der offiziellen Kriminalstatistik durch die Medien siehe erklärend Reuband, in: Walter (Fn. 8), S. 235 ff.

⁸⁶ Ostendorf (Fn. 27), § 18 Rn. 10.

⁸⁷ A.a.O.

⁸⁸ So Marcilla Córdoba (Fn. 11), S. 337. Eingehend Lopera Mesa (Fn. 48), S. 342 ff., 433 ff., 461 ff., 505 ff., 516 ff.

⁸⁹ Stächelín (Fn. 8), S. 324 ff.

⁹⁰ Stächelín (Fn. 8), S. 330 ff.; Voß (Fn. 11), S. 214. Ebenso Vogel (Fn. 11), S. 105 ff.

⁹¹ Vogel (Fn. 11), S. 114.

⁹² Zu unterschiedlichen Kampagnen dieser Verbände siehe z.B. El País v. 14. Juli 2007; El País v. 11. Mai 2007; El Mundo v. 11. Mai 2007; El País v. 4. März 2007; ABC v. 12. Januar 2007; El Mundo v. 28. Dezember 2006; El Mundo v. 13. Februar 2006.

sches Wissen; solches Wissen lässt sich von seinen politisch-ethischen, pragmatischen und moralischen Bezügen gar nicht isolieren“.⁹³

Eine normative schließt eine prälegislative Intervention nicht aus. Vorgesetzte Maßnahmen können sich selbst während des Gesetzgebungsverfahrens instrumenteller Normen als besonders ratsam erweisen, wenn diese einem intensiven politisch-publizistischen Problemimpuls folgen.⁹⁴ In diesem Sinne ist beispielsweise auf die unterschiedlichen Äußerungen des spanischen Justizministers in Bezug auf das Gesetz zur Reform des Jugendstrafrechts in den wichtigsten Kommunikationsmedien hinzuweisen: „Wir haben der Gesellschaft zugehört“, „Das Sanktionensystem des Jugendstrafrechts wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip weiter entwickeln“, „Die brutale Kriminalität wird durch dieses Gesetz eine geeignete kriminalpolitische Antwort bekommen“.⁹⁵ Darauf zielt ihre Dimension als verständigungsorientiertes Handeln,⁹⁶ denn es geht um die expressiv-integrativen Wirkungen der noch nicht in Kraft getretenen Norm. Instrumentelle Wirkungen – im Sinne von negativer Generalprävention – sind in diesem Zusammenhang nicht auszuschließen.⁹⁷ Die Einführung eines

⁹³ Vogel (Fn. 11), S. 115.

⁹⁴ So siehe *Díez Ripollés* (Fn. 8), S. 19. Ebenso *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 172: „Dem Gesetzgebungsverfahren kommt auch insofern entscheidende Bedeutung zu, als dieses meist eine expressive Vermittlung bestimmter politischer Vorstellung und damit Verwendung entsprechender Symbole entblößt“. Grundsätzlich meint auch *Voß* (Fn. 11), S. 3, dass „auf die Berücksichtigung expressiver Momente und auf die Dramaturgie politischen Entscheidungshandelns auch bei als zweckrational gedachten Maßnahmen nicht verzichtet werden kann“.

⁹⁵ *El País* v. 8. Oktober 2005; *El Mundo* v. 8. Oktober 2005; *El País* v. 10. Juni 2005. Dagegen wurde über das Inkrafttreten des „Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften“ zum 1. April 2004 weder in einer Zeitung noch in einem Fernsehformat berichtet, siehe *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 51. Der starke populistische Problemimpuls, der diesem Gesetz zugrunde lag, schien eher für einen offiziellen Einsatz auch in dieser Phase zu sprechen. In diesem Sinne warnte bereits *Voß* (Fn. 11), S. 124: „Das Strafrecht kann legitime Präventionsaufgaben nur dann erfüllen, wenn die Adressaten auch Kenntnis vom Inhalt und Zweck der Strafnormen haben, wobei der entsprechenden Darstellung und Vermittlung durch Medien entscheidendes Gewicht zukommt“. Zur symbolischen Bedeutung des Gesetzgebungsverfahrens siehe ebenso *Luhmann* (Fn. 73), S. 230 ff.

⁹⁶ *Voß* (Fn. 11), S. 60 ff., 208 ff. Ebenso siehe *Garzón Valdés* (Fn. 10), S. 77, 82; *Marcilla Córdoba* (Fn. 11), S. 277; *Saavedra* (Fn. 8), S. 135, 145; *Silva Sánchez* (Fn. 8), S. 76 ff. Kritisch siehe bereits *Noll* (Fn. 11), S. 189 ff.

⁹⁷ Denn die expressiv-integrativen Wirkungen sollen „den Kern der individuellen und kollektiven Prävention durch Abschreckung“ bilden, *Díez Ripollés* (Fn. 11), S. 516, 521. Ebenso siehe *Luzón Peña*, in: Universidad Nacional de Edu-

offiziellen vorgesezten Diskurses durch systematische Äußerungen in bedeutenden Medien kann die präventive Sozialdysfunktion verringern, bevor die dafür geschaffene Strafnorm instrumentell wirkt.

2. Legislative Maßnahmen: symbolische Strafgesetze

Die üblichen Einwände gegen das genannte symbolische Strafrecht verstehen sich im Rahmen einer an Rationalität mangelnden Kriminalpolitik.⁹⁸ Die expressiv-integrative Dimension der Normen zeigt sich besonders anhand reaktiver, identifikatorischer oder deklaratorischer Gesetze, durch die sich der Gesetzgeber in erster Linie populistisch äußern will.⁹⁹ Die instrumentelle Wirkung solcher Normen auf die Rechtssphäre des Bürgers bringt die Lehre dazu, eine auf konkreten Rechtsgüterschutz bezugnehmende rationale Kriminalpolitik zu fordern.¹⁰⁰ Grundsätzliche Bedenken sind inzwischen jenseits der Strafrechtswissenschaft entstanden: Schwere Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht lassen sich nicht auf unbestimmte willkürliche kriminalpolitische Ziele des Strafgesetzgebers stützen.¹⁰¹ Expressiv-integrative Bestimmungen können aber auf jede instrumentelle Wirkung verzichten.¹⁰² Grundrechtliche Erwägungen sprechen eher für eine in diesem letzteren Sinne verstandene als für eine instrumentelle, an Rechtsgüterschutz orientierte Kriminalpolitik.¹⁰³

Hier sind beispielsweise die „Delikte bezüglich der Genmanipulation“ zu erwähnen. In den Artikeln 159 ff. des spanischen Strafgesetzbuches führte der Gesetzgeber vor zwölf Jahren unterschiedliche Tatbestände ein, die noch heute nicht zu verwirklichen sind. In diesem Sinne erinnert *Romeo Casabona* auch daran, dass die Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) bereits im Jahre 1989 zu dem Ergebnis kam, dass die Einführung bestimmter Tatbestände in Bezug auf die Genmanipulation und das reproduzierende Klonen zweckmäßig sei.¹⁰⁴ Dies geschah zu einem Zeitpunkt, als eine Anwendung der Gentechnik auf Säugetiere noch in weiter Ferne

cación a Distancia Madrid (Fn. 60), S. 132; *Voß* (Fn. 11), S. 100 f., 151.

⁹⁸ Erklärend *Hassemer* (Fn. 38), S. 1001, 1004 ff., der eine Unterscheidung zwischen „symbolischem“ und „kommunikativem“ Strafrecht vorschlägt (S. 1001 f.).

⁹⁹ Dazu siehe *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (531 ff.).

¹⁰⁰ Zuletzt *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 54, 56, 60 ff., 92, 94 ff., 102 ff., 177, 134: „Diese unverzichtbaren Postulate der Verfassung können an dieser Stelle nur nochmals wiederholt werden: Rechtsgüterschutz, in dubio pro libertate, ultima ratio, Fragmentarität und Verhältnismäßigkeit“. Ebenso *Luzón Peña* (Fn. 97), S. 134.

¹⁰¹ *Lopera Mesa* (Fn. 48), S. 416.

¹⁰² So bereits *Noll* (Fn. 16), S. 347, 355 f.; kritisch dazu, S. 362 ff.

¹⁰³ So siehe auch *Silva Sánchez* (Fn. 8), S. 76 ff.

¹⁰⁴ *Romeo Casabona*, in: Knoepffler (Hrsg.), *Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung*, 2005, S. 79 ff. Erklärend siehe *Beck* (Fn. 7), S. 13 ff., 23, 153 ff., 211 ff., 216; inzwischen wird von einer „Bio-Weltrisikogesellschaft“ gesprochen, siehe S. 344.

lag. Die tatbestandlichen Strukturen der Artikel 159 ff. erscheinen verbesserungsfähig.¹⁰⁵ Die expressiv-integrative Aussage lässt sich aber daraus entnehmen.¹⁰⁶ Dabei sind die grundrechtlichen Kosten minimal.¹⁰⁷

In diesem Sinne scheint die Kritik gegen eine Strafgesetzgebung, die im Wesentlichen nur solche expressiv-integrativen Wirkungen verfolgt, schwer zu verstehen. So meint *Díez Ripollés*: „Die soziopersonalen, expressiv-integrativen Wirkungen der Strafe sind nicht aufgrund ihrer Beschaffenheit illegitim, sondern nur dann, wenn sie nicht den kriminalpolitischen Entscheidungen entsprechen, welche die Grundlage der Strafe bilden. Letzteres ist der Fall, wenn die Wirkungen der Strafe zur Aufrechterhaltung der primären Sozialordnung nicht notwendig sind, wenn sie sich gegen Personen richten, die für die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern nicht maßgeblich sind, oder wenn sie keinen Bezug zu den Erfordernissen der Sozialkontrolle aufweisen“.¹⁰⁸ Allgemein lässt sich eine strenge Verbindung zwischen einer expressiv-integrativen Strafnorm und der Grundlage der Strafe in den Fällen nicht ohne weiteres herstellen, in denen die konkrete Bestimmung jeder instrumentellen Wirkung – also jeder instrumentellen Strafe – entbehrt. Auch wenn eine expressiv-integrative Strafnorm so wie jede Strafnorm durch bestimmte Rationalitätsmaßstäbe wie *ultima ratio* oder Fragmentarität gebunden ist.¹⁰⁹

In Bezug auf den Art. 161 Abs. 2 span. StGB, Klonen menschlicher Lebewesen, meint *Díez Ripollés*, „dass die Strafe nicht auf die Prävention deliktischer Handlungen und somit nicht auf die Vermeidung schwerer Schäden oder Gefahren für elementare Rechtsgüter abzielt“.¹¹⁰ Daher stellt er

die Legitimität dieser Norm in Frage. Dafür spricht zunächst, dass die Sanktionsnorm erst symbolisch wirkt: „Die Verwirklichung des inkriminierten Verhaltens ist heute immer noch unmöglich oder zumindest sehr schwierig“.¹¹¹ D.h. also, dass sie sich instrumentell gegen keine Person richtet, und damit auch nicht gegen diejenigen, „die für die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern nicht maßgeblich“ sind.¹¹² Auch die Notwendigkeit der Norm zur Aufrechterhaltung der primären Sozialordnung und zur Sozialkontrolle lässt sich durchaus bestreiten. Hier wird zu Recht die Zukunftsbezogenheit des (Straf)Rechts angedeutet.¹¹³ In den Worten *Luhmanns*: „Was in der Zukunft geschehen wird, wird zur zentralen Sorge des Rechts“.¹¹⁴ Die Wichtigkeit der betroffenen Rechtsgüter sowie das vermutliche Risikoniveau der Verhaltensweise scheinen es eher zu rechtfertigen,¹¹⁵ die Wahrnehmung strafrechtlicher Mittel im Bereich der Biomedizin präventiv einzusetzen.¹¹⁶ In diesem Sinne „kann eine Einstellung in ein so bekanntes Gesetz wie das Strafgesetzbuch gleichwohl die gesetzgeberische Bewertung der mit Strafe bedrohten Handlungen, insbesondere ihre Gefährlichkeit, besser verdeutlichen“.¹¹⁷ Jenseits der vermeintlichen Gefahren sind grundrechtliche Positionen nicht betroffen.

Trotzdem setzt sich die Meinung langsam durch, dass expressiv-integrative Wirkungen „nur ein bloßer Reflex einer rechtsgüterschutzorientierten Normsetzung als letztes in Betracht kommendes Mittel sein“ dürfen.¹¹⁸ Die symbolischen Wirkungen sollen sich als bloß sekundäre Folgen einer effektiv-instrumentellen Gesetzgebung darstellen.¹¹⁹ Dies

Maßnahmen unter solchen Umständen durchaus sinnvoll sind, „deshalb muß man sich fragen, was eine solche wirksame Maßnahme zum symbolischen Akt macht“. Ebenso siehe *Stächelin* (Fn. 8), S. 116 f., der seine Kritik gegen die Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens führt, „die die notwendige Distanz zum regelungsbedürftigen Gegenstand vermissen lassen und sich einer überlegten Lösung des Problems häufig entgegenstellen werden“.

¹¹¹ A.a.O.

¹¹² *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (530).

¹¹³ *Romeo Casabona* (Fn. 104), S. 79 ff. Ebenso siehe *Schreiber*, in: *Schünemann* (Fn. 11), S. 902 ff. Anders *Vofß* (Fn. 11), S. 143.

¹¹⁴ *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 343. Ebenso siehe *ders.* (Fn. 73), S. 225 ff.

¹¹⁵ So meint *Jung*, GA 2005, 377 (381): „Die Technik des Klonens ist nach wie vor mit derart vielen Unsicherheiten behaftet, dass reproduktives Klonen insgesamt viel zu riskant erscheint, ein Begründungsansatz, der freilich irgendwann durch die Entwicklung der Technik überholt werden könnte“.

¹¹⁶ *Romeo Casabona* (Fn. 104), S. 79 ff.

¹¹⁷ In Bezug auf die Umweltkriminalität lautete bereits die Begründung des 16. StrÄndG, BT-Drs. 8/2382, S. 10, ebenso siehe S. 1.

¹¹⁸ *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 217; ebenso siehe S. 54 ff., 59 f., 92, 103, 109 ff., 129 ff., 177.

¹¹⁹ So meint *Roxin* (Fn. 41), § 2 Rn. 39, dass die Legitimitätsfrage dieser Gesetzgebung davon abhängt, „ob eine Vorschrift neben ihren bewusstseinsbildenden Zielen und der

¹⁰⁵ A.a.O.

¹⁰⁶ Zur Bedeutung der Systematik siehe ebenso *Luzón Peña*, (Fn. 97), S. 131, 137. Aus der Sicht der Opferseite *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 51.

¹⁰⁷ Daher scheint auch das empirische Defizit ertragbar, vgl. *Hassemer* (Fn. 38), S. 1018. Ebenso bereits *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (57). Eingehend *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 83 ff.

¹⁰⁸ *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (530). Ebenso siehe *Luzón Peña* (Fn. 97), S. 134.

¹⁰⁹ In diesem Sinne zu Recht *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 54, 56, 60 ff., 92, 94 ff., 102 ff., 134, 177.

¹¹⁰ *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (531); zu *Scheingesetzen* siehe ebenso S. 533 f. In diesem Sinne auch *Luzón Peña* (Fn. 97), S. 135. Sonst siehe in Bezug auf die *reaktiven Gesetze*, *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (60 f.), der bemerkt, dass solche Normen fast stets in Eile formuliert werden und dies nicht selten ungenaue Tatbestandsfassungen bedingt, „die zu Problemen der Interpretation und der Integration ins strafrechtliche Gesamtsystem führen“; *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 194, ebenso siehe S. 147 ff.; *Madrid Conesa*, *La legalidad del delito*, 1983, p. 236; *Reverón Palenzuela* (Fn. 18), S. 239 f.; *Noll*, ZfSchwR 1981, 347 (360 ff., 362: „Auf Gesetzgebung als Ersatzreaktion sollte, da mit ihr immer eine Art von Täuschung verbunden ist, schlechthin verzichtet werden“); *Vofß* (Fn. 11), S. 31 ff., der zu Recht bemerkt, dass im Hinblick auf das angestrebte Ziel diese gesetzgeberischen

zeigt sich jedoch nur in Gesetzen wie dem „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften“ vom 27. Dezember 2003. Dabei treten sowohl expressiv-integrative als auch instrumentelle Komponenten stark in den Vordergrund.¹²⁰ Die durch die Einführung einer instrumentellen Strafnorm betroffenen Rechtsgüter erschöpfen sich aber nicht in denjenigen, die in Schutz genommen werden. Dabei sind auch diejenigen zu betrachten, die durch die Sanktionsnorm betroffen sind.¹²¹ Aus dieser letzten Perspektive sind bloße expressiv-integrative – also nicht instrumentelle – Bestimmungen vorzuziehen, da hier die Sanktionsnorm nur symbolisch wirkt. Fragmentarität, Rechtsgüterschutz oder ultima-ratio-Prinzip lassen sich auch in Bezug auf eine expressiv-integrative Strafgesetzgebung fruchtbar machen.¹²² In diesem Zusammenhang kann ich hier auf die Diskussion zu den „Delikten bezüglich der Genmanipulation“ in der spanischen Strafrechtswissenschaft verweisen.¹²³

Materielle Strafnormen, wie es im erwähnten Beispiel des Art. 161 Abs. 2 span. StGB der Fall ist, eignen sich dazu, bestimmte Rechtsgüter präventiv einzuführen. Ihre expressiv-integrative Wirkung vermag auch eventuellen marginalen unerwünschten Gefahren vorzubeugen. Eine Antwort auf die Sozialdysfunktion wie diejenige, die die oben erwähnten Reformprozesse ausgelöst haben, lässt sich dadurch nur schwer geben. Denn eine Kriminalpolitik, die expressiv-integrative Wirkungen in diesem anderen Sinne erstrebt, richtet sich hauptsächlich an die öffentliche Diskussion. Dabei ist mit irrationalen und emotionalen Strömungen und Interessen-

bekennnishaften Demonstration von Werthaltungen auch zum realen Schutz eines friedlichen Zusammenlebens wirklich nötig ist“. Ebenso siehe m.w.N *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (522, 529 ff.); *Haffke*, in: Schönemann (Fn. 11), S. 974 f.; *Hassemer* (Fn. 38), S. 1016 f.; *ders.* (Fn. 15), S. 555 ff.; *Jäger*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt/Main (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, S. 52, 54 ff.; *Lopera Mesa* (Fn. 48), S. 416; *Luzón Peña*, GA 1984, 393 (397); *Stächelin* (Fn. 8), S. 131; *Voß* (Fn. 11), S. 114 f., 126 f., 131 f., 134 f. Ähnlich *Noll*, ZfSchwR 1981, 347 (362 ff.).

¹²⁰ Eingehend *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 129 ff., 147 ff., 220 ff. In Bezug auf die „Legge 13 febbraio 2006 n. 59“ s. auch *Militello*, Riv. ital. dir. proc. penale 2006, 826 (861 f.).

¹²¹ Zu Recht *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 106 f.; ebenso S. 192: „Eine Gruppe, die die Interessen der Täter vertritt, wird es wohl kaum geben; lediglich auf der Opferseite mobilisieren sich gesellschaftliche Kräfte. Umso mehr scheint ein entsprechender Ausgleich durch Hinzuziehung Sachverständiger und die Einbeziehung der Wissenschaft notwendig“.

¹²² Zu Recht warnt *Hassemer* (Fn. 38), S. 1018: „Eine ernsthafte wissenschaftliche Auseinandersetzung muß nicht nur die neuartigen Entwicklungen, sondern vielmehr auch die überkommenen Wertungen auf den Prüfstand stellen und fragen, was sie uns heute, angesichts der Modernisierung unserer Welt, noch zu sagen haben“.

¹²³ Zu weiteren Nachweisen siehe *Muñoz Conde*, Derecho Penal. Parte especial, 16. Aufl. 2007, S. 133 ff., 141 ff.

gruppen zu rechnen.¹²⁴ Medien, die aus ökonomischen oder politischen Gründen eine konkrete Wirklichkeit verfälschen, wichtige Informationsquellen verschleiern oder einfach nicht beachten,¹²⁵ beeinflussen auch als Normadressaten das Gesetzgebungsverfahren.¹²⁶ Dieser öffentliche Rahmen spricht dagegen, ein offenbar unanwendbares materielles Reaktionsgesetz zu erlassen. Hier sind beispielsweise die Scheingesetze zu erwähnen, „die technisch so mangelhaft gestaltet sind, dass sie im Strafverfahren gar nicht angewandt werden können“.¹²⁷ Die öffentliche Verbreitung des – instrumentell – wirkungslosen Inhalts des reaktiven Gesetzes könnte die Sozialdysfunktion wesentlich erschweren.¹²⁸ In diesem letzten Sinne muss man auch bedenken, dass die politischen Kräfte dem Druck der Medien und der öffentlichen Meinung stets ausgesetzt sind. Die politischen Kosten einer in diesem Sinne verfehlten Kriminalpolitik könnten auch zu unerwünschten kriminalpolitischen Folgen führen. In diesem komplexen Zusammenhang wäre ein anderes Modell symbolischer Gesetzgebung zu bevorzugen.

Die prozedurale Entwicklung des materiellen Strafrechts – d.h. der einzelnen Tatbestände und Institutionen – ermöglicht eine Entfaltung der unterschiedlichen Funktionsebenen der Strafnorm.¹²⁹ So mag beispielsweise der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe die Menschenwürde nicht verletzen, wenn gesetzliche Vorgaben sowie Vollzugskonzepte bestehen, die die Wiedergewinnung der Freiheit ermöglichen.¹³⁰ Auf jedem Fall vereinfacht es die – in §§ 57a, b StGB – vorgesehene Möglichkeit einer bedingten Entlassung nach Verbüßung einer bestimmten Mindestzeit, zwischen den unterschiedlichen Dimensionen der Strafnorm zu differenzieren.¹³¹ Die expressiv-integrative Wirkung verbindet sich mit der schwersten Straftat des geltenden deutschen Strafrechts: lebenslange Freiheitsstrafe,¹³² während ihre instrumentelle Reichweite sich im tatsächlichen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen erschöpft.¹³³

¹²⁴ Zuletzt siehe *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 30 ff., 36 ff., 188 ff.

¹²⁵ Vgl. Fn. 34.

¹²⁶ Zur Rationalität des legislativen Diskurses siehe zuletzt *Atienza*, in: *Díez Ripollés* (Fn. 34), S. 19, 23 ff., insbesondere S. 40 ff. Erklärend siehe ebenso *Luhmann* (Fn. 73), S. 180 ff.

¹²⁷ *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (533). Kritisch auch *Voß* (Fn. 11), S. 28 ff.

¹²⁸ Kritisch dazu *Voß* (Fn. 11), S. 134 f.

¹²⁹ Ebenso *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (533, 536).

¹³⁰ So zumindest BVerfG NJW 1977, 1525 (1531 ff.).

¹³¹ Sonst siehe *Horn* (Fn. 59), 8. Aufl., 36. Lieferung, Stand: April 2001, §§ 57a, b Rn. 1 ff.

¹³² In diesem Sinne meinen *Jescheck/Weigend* (Fn. 53), S. 758: „Doch kann man die lebenslange Freiheitsstrafe nach der Abschaffung der Todesstrafe als Symbol für die Entschlossenheit des Staates verstehen, auf die bewußte Verletzung wichtigster Rechtsgüter mit äußerster Entschiedenheit zu antworten“.

¹³³ Auch wenn die „Erosion“ der expressiv-integrativen Bedeutung dieser Rechtsfolge für ihre Abschaffung spricht, siehe bereits BVerfG NJW 1977, 1525 (1530).

In diesem Sinne ermöglicht die Strafaussetzung zur Bewährung nicht nur eine Unterscheidung zwischen den funktionalen Ebenen der Strafnorm im konkreten Fall: verhängte versus verbüßte Strafe. Auch bietet dieses Rechtsinstitut rationale Argumente für sein Verständnis im öffentlichen Diskurs an: Günstige Sozialprognose,¹³⁴ das Bemühen des Verurteilten, den durch die Tat verursachten Schaden wieder gutzumachen¹³⁵ oder allgemein „die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat, [...] seine Lebensverhältnisse und die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Aussetzung für ihn zu erwarten sind“.¹³⁶ Die Basistatsachen, welche die Wirksamkeit der Bewährungsmaßnahme erwarten lassen, eignen sich auch für eine mögliche Rechtfertigung in der öffentlichen Diskussion. Hier ist auch zu bedenken, dass die Aufmerksamkeit der öffentlichen Meinung sich vorrangig auf materielle Fragen richtet.¹³⁷ Emotionelle „Rufe nach Strafe“ suchen prinzipiell einfache Antworten, das heißt: Verschärfung der Rechtsfolgen. Das ermöglicht auch zwischen verschiedenen Kommunikationsebenen der Strafnormen zu unterscheiden, zumindest zwischen einem beruflichen und einem laienhaften Kommunikationsraum, bei dem man „keine Gesetzblätter“ liest.¹³⁸ Eine Graduierung des materiellen Inhalts einer Strafnorm durch prozedurale Klauseln zeigt sich daher als ein vielversprechender Weg expressiv-integrativer Kriminalpolitik.

In diesem Zusammenhang lässt sich differenzieren und systematisieren. Die Komplexität der Problematik fordert eine engere Einbindung der Strafrechtswissenschaft in das Gesetzgebungsverfahren.¹³⁹ Die Strafgesetzgebungslehre soll ihrerseits die Entfaltung der unterschiedlichen Funktionsebenen der Strafnorm weiter fördern.¹⁴⁰ Das betrifft natürlich auch ihre expressiven und integrativen Dimensionen.

3. Postlegislative Maßnahmen

Die komplexe Struktur des Kommunikationsraums, in dem die expressiv-integrative Bedeutung der Strafnorm funktioniert, spricht dagegen, den Normen ihren Lauf zu lassen. Die grundrechtlichen Konsequenzen der neuesten Kriminalpolitik sollten dazu führen, eine postlegislative Intervention zu institutionalisieren. Der Irrationalitätsinhalt der hier behandelten generalpräventiven Problemimpulse betont die gezeigten Legitimitätsfragen. In diesem Sinne eignen sich die beispielsweise erwähnten prälegislativen Maßnahmen,¹⁴¹ um die expressiv-integrative Funktion der in Kraft getretenen Norm zu etablieren.¹⁴² Die Strafrechtswissenschaft ist auch dazu berufen. So wird in der einschlägigen Literatur oft auf die Arbeit der „Alternativprofessoren“, insbesondere in Bezug auf den Regierungsentwurf eines StGB von 1962 als Vorbild hingewiesen.¹⁴³ Der Grund dafür liegt jetzt wie damals im wissenschaftlichen Diskurs selbst, denn dieser „beschränkt sich nicht auf empirisches oder theoretisches Wissen; solches Wissen lässt sich von seinen politisch-ethischen, pragmatischen und moralischen Bezügen gar nicht isolieren“.¹⁴⁴ Aber wie die neueste Strafgesetzgebung bestätigt, stimmen die führenden Foren der Kriminalpolitik immer weniger mit den führenden Foren der Strafrechtswissenschaft überein, auch wenn die aktuelle Degradierung der Kriminalpolitik nur ein Spiegelbild der Degradierung der öffentlichen Meinung und dadurch auch des politischen Systems darstellt.¹⁴⁵

¹³⁴ Horn (Fn. 131), § 56 Rn. 8c ff.

¹³⁵ A.a.O.

¹³⁶ A.a.O.

¹³⁷ Siehe *Zimring*, in: *Díez Ripollés* (Fn. 34), S. 47, 57 f.; *Díez Ripollés* (Fn. 8), S. 41; *Vofß* (Fn. 11), S. 188 ff. Ebenso bereits *Noll* (Fn. 11), S. 188 ff. Grundsätzlich *Luhmann* (Fn. 73), S. 191 ff.

¹³⁸ In Worten von *Luhmann* (Fn. 73), S. 191.

¹³⁹ Zuletzt *Roxin* (Fn. 11), S. 489, 494. Ebenso siehe *Amelung*, *ZStW* 92 (1980), 19 (21); *Díez Ripollés*, *Doxa* 2001, 485 (517); *ders.* (Fn. 8), S. 91 ff.; *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 195 ff., 204 ff.; *Madrid Conesa* (Fn. 110), S. 248; *Noll* (Fn. 11), S. 58; *Palazzo*, *Riv. ital. dir. proc. penale* 1997, 694 (732); *Paredes Castañón*, *RDPC* 2003, 95 (110 f.); *Stächelin* (Fn. 8), S. 324; *Streng*, *ZStW* 111 (1999), 827 (858 f.); *Vogel* (Fn. 11), S. 105 ff., welcher auf mögliche Legitimationsprobleme als Folge des Mangels an wissenschaftlicher Beratung auf der Ebene des Verfassungsrechts, der Kriminalpolitik und der Strafrechtsdogmatik hinweist; *Vofß* (Fn. 11), S. 175 ff., 214 ff.

¹⁴⁰ *Hassemer* (Fn. 38), S. 1019. Zu Recht *Díez Ripollés*, *ZStW* 113 (2001), 516 (538), welcher kritisch darauf hinweist, dass „keine technischen Instrumente zur Verfügung stehen, um strafrechtliche Entscheidungen aus der Sicht der angestrebten soziopersonalen Effekte überprüfen und korri-

gieren zu können. Diesbezüglich besteht jedoch großer Mangel“.

¹⁴¹ III. 1.

¹⁴² In diesem Sinne meint auch *Luzón Peña* (Fn. 119), S. 393, 397: „Beide Seiten der Generalprävention müssen korrelativ sein, d.h. das, was zu einer wirksamen Allgemeinabschreckung genügt, muß gerade deshalb auch der Rechtsbewährung genügen, wenn man nur die Bürger über den wirklichen Zustand der Kriminalität und über den Einfluß, den die Schwere der Strafe darauf haben kann, ausreichend informiert, um unbegründete Sorgen und Verunsicherungsgefühle zu vermeiden“. Zur Nachbesserungspflicht siehe grundsätzlich *Noll* (Fn. 11), S. 146 ff. Ebenso *Amelung*, *ZStW* 92 (1980), 19 (35 ff.); *Díez Ripollés* (Fn. 8), S. 58 ff.; *Stächelin* (Fn. 8), S. 200 ff.; *Vofß* (Fn. 11), S. 166 ff.

¹⁴³ Dazu siehe *Noll* (Fn. 11), S. 34 f.

¹⁴⁴ *Vogel* (Fn. 11), S. 115. Ebenso *Díez Ripollés* (Fn. 8), S. 196 f.; *Funcke-Auffermann* (Fn. 4), S. 157; *Palazzo*, *Riv. ital. dir. proc. penale* 1997, 694 (728 ff.). In Bezug auf die Lehre siehe ebenso *Streng*, *ZStW* 111 (1999), 827 (862).

¹⁴⁵ Dazu siehe *Garzón Valdés*, *Doxa* 1993, 77 (86 ff.).

Stumpfe Waffe? Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung von § 131 StGB auf gewalthaltige Computerspiele am Beispiel „Der Pate – Die Don Edition“

Von Dr. Theresia Höynck, Hannover*

In der Debatte um die Möglichkeiten, die Verbreitung extrem gewalthaltiger Computerspiele zu reglementieren, wird immer wieder angeführt, § 131 StGB erfasse die einschlägigen Spiele nicht in ausreichender Weise. Es wird am Beispiel eines aktuellen, populären Spiels aufgezeigt, dass vieles dafür spricht, sogar einige derjenigen Spiele für tatbestandsmäßig nach § 131 StGB zu halten, die derzeit durch die zuständige Selbstkontrollenrichtung der Computerbranche für den (Erwachsenen)Markt offiziell freigegeben werden. Die Folgen dieser Freigabe für die Strafverfolgung werden diskutiert. Im Ergebnis wird für eine offensivere Durchsetzung des geltenden § 131 StGB plädiert, gleichzeitig aber betont, dass dem Strafrecht bei der Bearbeitung des zugrunde liegenden gesellschaftlichen Problems allenfalls eine flankierende Rolle zukommt.

I. Vorbemerkung

Die Möglichkeiten rechtlicher Steuerung der Verbreitung gewalthaltiger Computerspiele werden zurzeit kontrovers diskutiert. Einen großen Raum in dieser „Killerspieldebatte“ nimmt die Frage des strafrechtlichen Verbots ein. Insbesondere von einigen Landesinnenministern wird die Einführung einer neuen Strafrechtsnorm gefordert¹, andere sind der Auffassung, dass der bestehende § 131 StGB für alle strafwürdigen Fälle ausreichend² oder, dass ein strafrechtliches Verbot ohnehin nicht sinnvoll³ bzw. verfassungsrechtlich problematisch⁴ sei. Festzustellen ist zunächst, dass mit § 131 StGB eine Regelung existiert, die grundsätzlich auch auf gewalthaltige Computerspiele anwendbar ist und vom Bundesverfassungsgericht⁵ und der h.M. im Ergebnis für verfassungsgemäß gehalten wird, aber in der Praxis kaum Anwendung findet. Strafverfahren wegen Verstößen gegen § 131 StGB sind extrem selten.⁶ Die Gründe hierfür sind zahlreich. Praktisch

besteht zunächst ein Ressourcenproblem: die zuständigen Zentralstellen bei den Staatsanwaltschaften konzentrieren sich (zu Recht) angesichts boomender Märkte bei der Kinderpornographie zumeist auf den Darstellerschutz in diesem Bereich und nicht auf Felder, in denen es primär um reinen Konsumentenschutz geht.

§ 131 StGB bereitet darüber hinaus Auslegungsprobleme. Manche Auslegungsschwierigkeiten, etwa die Frage, was genau eine Gewaltverharmlosung ist, betreffen alle Medien, auch weil § 131 StGB eine Bewertung oftmals nur impliziter Aussagen erfordert. Im Bereich der Computerspiele kommt hinzu, dass – anders als etwa im Spielfilm – es sich bei den dargestellten Figuren durchweg um fiktive handelt, denen trotz stetig besser werdender Grafik ein gewisser comicartiger Charakter oft nicht abgesprochen werden kann. Schwierig ist auch die angemessene Berücksichtigung der Tatsache, dass Computerspiele interaktiv angelegt sind. Dies bedeutet zum Einen, dass sich die Darstellungen je nach Spielverlauf unterscheiden, zum Anderen, dass die Wahrnehmungs- und Wirkungsweise eine andere sein kann als etwa bei Filmen. Darüber hinaus hat sich in den Spielen – auch in Reaktion auf gängige Bewertungskriterien des Jugendschutzes im Rahmen etwa von Altersfreigabeentscheidungen⁷ – eine gelegentlich bizarr anmutende „Kultur“ der Gewaltdarstellung entwickelt: Während bestimmte einzelne Gewaltfolgen häufig ausgeblendet werden (Blut, Splatter), werden andere stark überzeichnet (sich Winden vor Schmerzen, Würgegeräusche, Geräusche brechender Knochen). Nicht einfach zu bewerten ist auch die Tatsache, dass Spielfiguren innerhalb eines Spiels nicht selten unterschiedlich auf „Verletzungen“ reagieren und die Spiellogik Gewalthandlungen sehr unterschiedlich belohnt bzw. sanktioniert. Hinzu kommt, dass die Computerspiele sich in den letzten Jahren rasant weiterentwickelt haben: einerseits wird die Qualität der grafischen Darstellung ständig besser, andererseits verändern sich die Spielkonzepte vor allem insoweit, als dass die meisten der gewalthaltigen Spiele zunehmend komplexe, nicht lineare Spielgeschichten als Rahmenhandlung wählen. Dies alles scheint dazu beizutragen, dass – obwohl eine Strafbarkeit nach § 131 StGB bei einigen Spielen prima facie durchaus möglich erscheint – praktisch keine Strafverfahren wegen § 131 StGB bei Com-

prüfstelle für Jugendgefährdende Medien (BPjM) hat seit Geltung des neuen JuSchG (April 2003) bis August 2007 vier Spiele (z.T. in mehreren Versionen) wegen vermuteter Strafbarkeit nach § 131 StGB nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 JuSchG in Listenteil B eingetragen. Bundesweite Beschlagnahmen von Spielen wegen § 131 StGB erfolgten soweit ersichtlich nur in zwei Fällen. Weder die Begründungen der BPjM für die Eintragung in Liste B noch die Beschlagnahmebeschlüsse (AG München, Beschl. v. 2.6.2005, Az. 834/Gs 202/05; AG Hamburg, Beschl. v. 11.6.2007, Az. 167/Gs 551/07) sind sehr ausführlich.

⁷ Zu diesem Verfahren s.u. III. 2.

* Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen.

¹ BR-Drs. 76/07.

² So im Ergebnis wohl auch das Gutachten des Hans-Bredow-Institutes: *Brunn et al.*, Das deutsche Jugendschutzsystem im Bereich der Video- und Computerspiele, 2007, S. 161.

³ Für einen aktuellen Überblick über den Forschungsstand zur Medienwirkungsforschung in diesem Bereich s. *Kunczik/Zipfel*, Medien und Gewalt, 2004.

⁴ S. hierzu die Kommentarliteratur m.w.N. sowie das Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, WD 3 – 263/06.

⁵ BVerfGE 87, 209.

⁶ 2005 in Westdeutschland und Berlin insgesamt 22 Abgeurteilte, 18 Verurteilte (Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2005, Fachserie 10/Reihe 3, Tabelle 2. 1). Die vom BKA publizierte PKS 2006 weist nur Verstöße nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 gesondert aus (234 Fälle). Die amtlichen Daten differenzieren nicht nach Art der Medien; alle Berichte aus der Praxis lassen darauf schließen, dass Fälle betreffend Computerspiele die absolute Ausnahme sind. Die Bundes-

puterspielen durchgeführt werden. Dies trägt allerdings seinerseits dazu bei, dass eine Klärung der Tatbestandsmerkmale im Bereich der Computerspiele ausbleibt, so dass ein gewisser Kreislauf der Wirkungslosigkeit entsteht.

Der vorliegende Beitrag unternimmt es, am Beispiel des im März 2007 erschienenen Spiels „Der Pate – Die Don Edition“⁸ die Anwendbarkeit des § 131 StGB auf ein aktuelles, für ein bestimmtes Genre typisches Spiel zu überprüfen. „Der Pate – Die Don Edition“ ist ein actionorientierter Third-Person-Shooter. Der Spieler sieht, wie in diesem Genre üblich, die Spielfigur von außen aus einer „Über-Schulter-Perspektive“. Das Spiel ist an die gleichnamige, sehr bekannte Filmtrilogie angelehnt, die Geschichte fungiert allerdings vor allem als oft wenig stringenter „Aufhänger“ für die Spielaufgaben. Der Spieler muss im Verlauf des Spiels zum Teil aus dem Film bekannte Situationen bewältigen, wobei er die Rolle des im Film so nicht vorkommenden Handlungers übernimmt. Der Spieler befindet sich in einer großen, interaktiven Simulation der Stadt New York der 1940er Jahre und kann sich frei bewegen. Spielfiguren und -umgebung sind insgesamt sehr realitätsnah gestaltet. Primäres Ziel im Spiel ist es, die Macht der Mafia-Familie Corleone weiter auszudehnen und ihren Fortbestand unter der Konkurrenz anderer Familien zu sichern. Da es sich bei dieser Familie um eine Mafia-Familie handelt, verläuft diese Machterweiterung nahezu ausschließlich über das Nachspielen illegaler Aktivitäten wie Schutzgelderpressung, Warenschmuggel, Bankraub, Bestechung bzw. Tötung von Polizeibeamten sowie der Einschüchterung und Ermordung von Mitgliedern verfeindeter Familien. In „Der Pate – Die Don Edition“ kann man in der Spielhandlung nur dann voranschreiten, wenn die Spielfigur massive Gewalt ausübt, die Gewaltdarstellungen sind explizit und detailreich. Die Spieldauer beträgt je nach Kompetenz des Spielers und Ausnutzung aller Spielmöglichkeiten etwa 30 bis 60 Stunden.

Für die Anwendung des § 131 StGB auf das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ ergeben sich Fragestellungen vor allem auf zwei Ebenen: Zunächst ist zu diskutieren, ob das Spiel einen nach § 131 StGB strafbaren Inhalt hat. Nimmt man einen solchen an, stellt sich die Frage, welche strafrechtlichen Folgen sich daraus ergeben, dass das Spiel in einem nach §§ 12, 14 JuSchG gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren mit einer Alterskennzeichnung versehen wurde, die es erlaubt, das Spiel an Erwachsene zu verkaufen.

II. Strafbare Inhalt

1. Computerspiele als Tatgegenstand

Tatgegenstand des § 131 StGB sind „Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB), die grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder menschähnliche Wesen in einer Art schildern, die eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrückt oder die das Grausame oder Unmenschliche des Vorgangs in einer die Menschenwürde verletzenden Weise darstellt“. Daraus ergibt sich bereits auf dieser Ebene eine mehrstufige Systematik ausfü-

lungs- und bewertungsbedürftiger Merkmale. Dies ist wesentlicher Anknüpfungspunkt der Diskussion über § 131 StGB unter den Gesichtspunkten der Unbestimmtheit und der unklaren Schutzrichtung, die hier nur insoweit aufgegriffen werden soll, als sie für die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale relevant ist⁹. Unproblematisch ist, dass Computerspiele generell Tatgegenstand des § 131 Abs. 1 StGB sein können. Auch das Computerspiel „Der Pate – Die Don Edition“ ist Schrift im Sinne des § 131 StGB i.V.m. § 11 Abs. 3 StGB, da es vollständig auf einem Datenträger gespeichert ist.

2. Schilderung von Gewalttätigkeiten gegen Menschen

Im Zentrum steht daher zunächst die Frage, ob „Der Pate – Die Don Edition“ den von § 131 genannten Inhalt aufweist, also grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder menschähnliche Wesen schildert. Das Spiel besteht zu wesentlichen Teilen aus Szenen, in denen menschliche Figuren Opfer sehr brutaler Gewalt sind. Die „Gegner“ können z.B. mit verschiedenen Schusswaffen beschossen werden, mit Gegenständen wie Baseballschlägern, Schaufeln oder Golfschlägern geschlagen oder mit bloßen Händen oder Gegenständen gewürgt werden. Dies sind Darstellungen eines aggressiven, unmittelbar die körperliche Integrität verletzenden oder gefährdenden Verhaltens, mithin Gewalttätigkeiten i.S.d. § 131 StGB. Es handelt sich hierbei auch um Gewalttätigkeiten gegen „Menschen“, auch wenn die „Opfer“ Figuren in einem Computerspiel sind. Nach fast einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum¹⁰ macht es für die Anwendung des § 131 StGB keinen Unterschied, ob die dargestellten Gewalttätigkeiten sich gegen reale oder rein fiktive menschliche Figuren richten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn, wie in „Der Pate – Die Don Edition“, die Figuren von eindeutig menschlicher Gestalt sind, die sehr realitätsnah aussehen und agieren.

Die Besonderheiten des Mediums Computerspiele lassen es zumindest diskussionswürdig erscheinen, ob die dort auflösbaren Darstellungen von Gewalttätigkeiten eine Schilderung gemäß § 131 StGB sind. Die Schilderung einer Gewalttätigkeit ist deren unmittelbar optische oder akustische Wiedergabe.¹¹ Problematisch könnte in Bezug auf Computerspie-

⁹ Zu dieser Diskussion s. die Kommentarliteratur zu § 131 StGB m.w.N. Zum Problem der Schutzrichtung ist *Hörnle*, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper (Hrsg.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen*, Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 337 ff. zuzustimmen in der Einschätzung, dass § 131 letztlich drei zentrale Schutzrichtungen hat: die Eindämmung des Risikos von Gewalt durch anfällige Mediennutzer, den Schutz der Menschenwürde als abstraktem Wert und den Schutz von Minderjährigen vor negativen Einflüssen auf ihre Persönlichkeit.

¹⁰ S. z.B. BGH NSTZ 2000, 307 (308), sowie die Nachweise z.B. bei *Tröndle/Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 53. Aufl. 2006, § 131 Rn. 5. Einschränkend *Köhne*, GA 2004, 180 (181 f.).

¹¹ *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 131 Rn. 8.

⁸ Für Playstation 3, Hersteller/Publisher: Electronic Arts.

le das Erfordernis der Unmittelbarkeit sein, wenn die Darstellungen nicht in Zwischensequenzen gezeigt werden, sondern ihre Erzeugung durch den Spieler notwendig ist. Soweit dieser Aspekt angesprochen wird, wird zu Recht davon ausgegangen, dass es ausreicht, wenn in dem Spiel Gewalttätigkeiten auf vorprogrammierte Art gezeigt werden, sei es auch nur als Abfolge nach Tätigwerden des Spielers¹². So liegt es bei den hier gegenständlichen Darstellungen in „Der Pate – Die Don Edition“, die als fest programmierte immer dann zu sehen sind, wenn der Spieler bestimmte Aktionen durchführt. Nicht mehr unter den Begriff des Schilderns würde die Darstellung von Gewalttätigkeiten nur dann fallen, wenn nur ein Programm angeboten würde, das vom Spieler oder mehreren Spielern erst ausgefüllt werden muss.

3. Grausam oder sonst unmenschlich

§ 131 StGB setzt weiterhin voraus, dass die geschilderten Gewalttätigkeiten eine bestimmte Qualität aufweisen, nämlich „grausam oder sonst unmenschlich“ sind. Das Grausame oder Unmenschliche muss dabei den wesentlichen Inhalt und Sinn der Schilderung ausmachen.¹³ Für das Merkmal der Grausamkeit ist nach allgemeiner Meinung auf die für den § 211 StGB entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Grausam tötet demnach, wer sein Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besondere Schmerzen und Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen. Die Grausamkeit muss sich dabei in objektiver Hinsicht aus der Tatabführung und dem damit verbundenen besonderen Leiden des Opfers ergeben,¹⁴ subjektiv muss die Tat von gefühlloser und mitleidloser Gesinnung getragen sein.

In „Der Pate – Die Don Edition“ findet sich eine große Anzahl an für Shooterspiele typischen Gewalthandlungen wie die Möglichkeit, viele verschiedene Wurf- und Schusswaffen zu benutzen oder andere Spielfiguren im Nahkampf zu bekämpfen. Diese Spielelemente sind jedoch nicht als grausam im oben genannten Sinne zu bewerten, da sie lediglich Mittel zum Zweck sind, andere Spielfiguren möglichst schnell und effektiv „auszuschalten“. Anders liegt es etwa in der Mordmission 6: „Töten Sie Oscar Zavarella“. Hier muss die Spielfigur erschossen werden, jedoch auf eine Weise, die besonderes Leid für das Opfer bedeutet. Zuerst soll in zwei nicht lebenswichtige Körperteile (Knie, Schulter) geschossen werden bevor Zavarella schließlich mit einem Kopfschuss hingerichtet wird. Der Protagonist handelt dabei in gefühlloser, mitleidloser Gesinnung, auch wenn sein Auftraggeber ein u.U. nachvollziehbares, aber eindeutig illegitimes Motiv (Selbstjustiz) hat: Der Protagonist erfüllt einen Auftrag, der im Spiel so eingeführt wird, dass der Auftraggeber sagt: „Ich will, dass Oscar Zavarella leidet. Ich habe meine Gründe dafür. Töte ihn nicht gleich, sondern lass ihn langsam ausbluten [...] wie ein Schwein. Der Bastard hat meine Schwester vergewaltigt.“

Dann wird folgende Auftragsbeschreibung als Text eingeblendet: „Schalten Sie Oscar Zavarella aus. Oscar Zavarella ist ein Capo der Straccis. Das Schwein hat sich an einem 18-jährigen Mädchen vergangen. Oscar versteckt sich irgendwo im Industriegebiet von Helis Kitchen. Wenn Sie ihn gefunden haben, bestrafen Sie ihn für seine Verbrechen. Bonusbedingung: Schießen Sie Oscar zuerst ins Knie, dann in die Schulter und schließlich in den Kopf.“ „Bonusbedingung“ bedeutet hierbei, dass der Spieler Zusatzpunkte erhält, wenn er genau die vom Spiel geforderte Tötungsweise wählt – zentrales Motiv der vom Spieler gesteuerten Spielfigur wird daher in der Regel die Erlangung einer höheren Punktzahl sein ohne jede Rücksicht auf das „Opfer“.

In dem Spiel finden sich darüber hinaus Tötungshandlungen, bei denen schon an sich nahe liegt, sie für grausam zu halten. Dies gilt insbesondere für das Töten durch Verbrennen¹⁵, das in „Der Pate – Die Don Edition“ entsprechend inszeniert wird und sowohl im Rahmen von Mordmissionen, als auch jederzeit an Unbeteiligten möglich ist. Zu verbrennende Spielfiguren werden mit einem Kantholz oder einem Molotowcocktail angezündet und laufen bis zu 15 Sekunden von lodernden Flammen umgeben vor Schmerzen schreiend durch die Gegend, wälzen sich mitunter auf dem Boden, sacken auf die Knie und sterben schließlich. Die gefühllose Gesinnung des Protagonisten wird insbesondere immer dann deutlich, wenn unbeteiligte Opfer (i.d.R. schlichte Passanten) vom Protagonisten anvisiert um Gnade flehen (z.B. „Bitte lassen Sie mich gehen. Ich tue alles, was Sie wollen, ich habe Kinder“). Dies kann vom Spieler ignoriert werden, er wählt dann die Tötungsart (etwa Verbrennen) und läuft weiter.

Soweit die im Spiel geschilderten Gewalttätigkeiten nicht grausam i.S.d. § 131 StGB sind, liegt nahe sie als „sonst unmenschlich“ einzuordnen. Unmenschlich ist eine Gewalttätigkeit, wenn sie, ohne grausam zu sein, mit menschenverachtender, rücksichtsloser, roher oder unbarmherziger Gesinnung ausgeübt wird¹⁶, wenn z.B. nur zum Spaß, bedenkenlos und kaltblütig getötet wird. Dies kommt für eine große Zahl von Gewalttätigkeiten in „Der Pate – Die Don Edition“ in Betracht. Zu nennen sind hier vor allem einerseits die „Exekutionsszenen“ andererseits die vielfältigen Möglichkeiten, Unbeteiligte zu töten.

Eine wichtige Rolle in „Der Pate – Die Don Edition“ spielt die Möglichkeit, angeschlagene Gegner auf vielfältige Art und Weise zu „exekutieren“. Zwar kann theoretisch das Spiel auch gänzlich ohne „Exekutionen“ durchgespielt werden, im Rahmen mancher Mission bringen sie jedoch Punktegewinn, darüber hinaus fordert das Spiel generell dazu auf, diesen Modus zu nutzen. Befindet sich die Spielfigur in einem Kampf, bei dem der Angegriffene nur noch über wenig Lebensenergie verfügt, so erscheint über seinem Kopf immer eine Aufforderung, ihn mittels Tastendruck zu „exekutieren“. Führt der Spieler die „Exekution“ durch, bekommt er eine vorgefertigte Tötung des Angegriffenen mit der aktuell getragenen Waffe zu sehen. So wird auf den entsprechenden Be-

¹² Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 131 Rn. 8.

¹³ Miebach/Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 2/2, § 131 Rn. 24.

¹⁴ S. z.B. Tröndle/Fischer (Fn. 10), § 211 Rn. 23.

¹⁵ Dafür, dass bestimmte Tötungsarten, u.a. Verbrennen, regelmäßig grausam sind Tröndle/Fischer (Fn. 10), § 211 Rn. 23.

¹⁶ BVerfGE 87, 209 (226).

fehl hin z.B. der Gegner mit einer Schaufel oder einen Golfschläger durch mehrere Schläge auf den ganzen Körper, durch Schüsse mit verschiedenen Schusswaffen, durch Würgen mit einem Würgedraht oder durch Aus-dem-Fenster-Werfen getötet. Wird eine solche „Exekutionsart“ zum ersten Mal im Spielverlauf durchgeführt, erscheint unmittelbar im Anschluss eine an den Spieler gerichtete strahlende aufleuchtende Meldung, die die Tötungsart zum Teil in extrem zynischer Weise benennt. So wird etwa die Tötung durch einen Schuss ins Gesicht des Opfers als „Gesichtsverlust“ bezeichnet, Erdrosseln als „Letzter Atemzug“, den Gegner vor ein fahrendes Auto zu werfen heißt „Verkehrsunfall“, ihn durch ein geschlossenes Fenster zu werfen „Buntglas“, das Verbrennen „Überhitzung“. Die „Exekutionen“ erfolgen im Ergebnis durchweg in kaltblütiger, bedenkenloser, unbarmherziger Gesinnung. Die Art der Durchführung geht über das für die Spielgeschichte Notwendige deutlich hinaus, die Gewalttätigkeiten werden letztlich rücksichtslos bzw. „zum Spaß“ durchgeführt und sind daher unmenschlich im Sinne des § 131 StGB.

Ein besonders deutliches Beispiel für die Möglichkeit, Unschuldige „zum Spaß“ zu töten, stellt eine Art Amoklauf dar: Sobald man einen höheren Status und bessere Waffen im Spiel erworben hat, ist es möglich, einen solchen „Amoklauf“ zu starten, der vor allem gegen Zivilisten und Polizisten gerichtet ist. Die Spielfigur läuft hierbei ohne ein im Sinne der Spielgeschichte funktionales Motiv durch die Stadt und kann wahllos alle Personen erschießen, die ihr begegnen bzw. vor ihr wegläufen. Auf bereits durch den Schuss niedergestreckte Personen kann dabei weiter eingeschossen werden. Besonders effektiv ist ein solcher „Amoklauf“, wenn die Spielfigur einen Schlägertrupp zu Hilfe ruft, der ihr dabei Deckung gibt, also vor allem verfolgende Polizisten tötet. Auch ohne solche Deckung ist die Verfolgung durch die Polizei allerdings so schwach, dass der Spieler problemlos mehrere Minuten alles töten kann, was sich auf der Straße bewegt, denn selbst die höchste Wachsamkeitsstufe der Polizei ist nicht ernsthaft bedrohlich für die Spielfigur. Aus alledem ergibt sich, dass im Ergebnis „Der Pate – Die Don Edition“ in großem Umfang Gewalttätigkeiten schildert, die im Sinne des § 131 StGB grausam oder sonst unmenschlich sind.

4. Verherrlichung, Verharmlosung oder menschenwürdeverletzende Darstellungsweise

Erforderlich für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 131 StGB ist weiterhin, dass die Schilderung der genannten Gewalttätigkeiten in einer Art erfolgt, die eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrückt oder das Grausame oder Unmenschliche des Vorgangs in einer die Menschenwürde verletzenden Weise darstellt. Es kommt also darauf an, ob über die Tatsache der Schilderung eines bestimmten Inhaltes hinaus diese so erfolgt, dass ihr – aus Sicht eines verständigen Betrachters¹⁷ – ein verherrlichender, verharmlosender oder menschenwürdeverachtender Sinngehalt zukommt. Dieser muss den wesentlichen Sinn und Inhalt der Schilderung ausmachen, Maßstab ist dabei der objektive Aus-

sagegehalt¹⁸ unabhängig von der tatsächlichen Meinung desjenigen, der die Tathandlung begeht. Hierzu ist eine eingehende wertende Würdigung des Inhalts der Schilderung sowie des gesamten Darstellungszusammenhangs einschließlich der genre-typischen Form der Präsentation erforderlich.

a) Verherrlichung

Eine Verherrlichung der genannten Gewalttätigkeiten im Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ wäre dann anzunehmen, wenn sie positiv bewertet werden in dem Sinn, dass sie als großartig, heldenhaft, besonders männlich, anziehend, nachahmenswert oder reizvoll dargestellt werden.¹⁹ Die Verherrlichung muss sich dabei auf Vorgänge von Gewalttätigkeiten im Allgemeinen richten, nicht auf die gerade konkret geschilderte. Die reine Massierung von Gewalttätigkeiten allein reicht nicht aus, die Kommentarliteratur verweist außerdem vielfach darauf, dass gängige Filme aus dem Western-, Agenten-, Krimi- oder Comicgenre²⁰ in der Regel keinen verherrlichenden Aussagewert haben. Auf diese auch unter dem Gesichtspunkt der vom BVerfG geforderten restriktiven Auslegung des § 131 StGB²¹ grundsätzlich berechnete Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm im Hinblick auf die Sozialadäquanz kann allerdings nicht ohne weiteres immer dann zurückgegriffen werden, wenn bestimmte Inhalte weit verbreitet sind. Nähme man insoweit allein die Üblichkeit zum Maßstab, würde, worauf das OLG Koblenz²² zu Recht hinweist, das Gewaltdarstellungsverbot sich letztlich selbst aushöhlen bzw. zur Aufschaukelung sogar auffordern. Daher ist im Einzelfall zu prüfen, ob die zu bewertenden Inhalte in einer Weise gängig sind, dass davon auszugehen ist, dass sie von nahezu jedem Betrachter in einer Weise wahrgenommen und eingeordnet werden können, die einen verherrlichenden Charakter ausschließt und damit eine maßgebliche Wirkung auf die Einstellungen und Neigungen zu Gewalt nicht befürchten lässt.

Nicht ganz einheitlich wird offenbar gesehen, inwieweit die insgesamt positive Bewertung eine Aufforderung zur Nachahmung enthalten muss. Einerseits wird vertreten, dass eine Darstellung als nachahmenswert nicht erforderlich sei: es genüge, wenn die Gewalttätigkeiten als in einer anderen auch fiktiven Epoche oder unter anderen sozialen Bedingungen als erstrebenswert eingeordnet werden.²³ Andererseits wird immer eine gewisse Werbung für Gewalttätigkeit gefordert, reiner Unterhaltungswert reicht danach nicht aus, allerdings könne diese „bejahende Anteilnahme“ auch z.B. durch Ausmalen durch Nahaufnahmen oder durch minutiöse, ge-

¹⁸ Ostendorf (Fn. 12), § 131 Rn. 10.

¹⁹ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 131 Rn. 9 m.w.N.

²⁰ Miebach/Schäfer (Fn. 13), § 131 Rn. 28; ähnlich auch Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 19), § 131 Rn. 9 und Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 65. Lieferung, Stand: April 2006, § 131 Rn. 9.

²¹ BVerfGE 87, 209.

²² OLG Koblenz NStZ 1998, 40 (42).

²³ Rudolphi/Stein (Fn. 20), § 131 Rn. 1.

¹⁷ BGH NStZ 2000, 308 (309).

nüssliche Schilderung erfolgen.²⁴ Der befürwortende Aussagegehalt könne aber z.B. fehlen wenn die Gewalt ausübende Figur nicht als Identifikationsfigur taugt.²⁵ Im Ergebnis ergeben sich hier praktisch allenfalls minimale Unterschiede wobei man letztlich im Hinblick auf den (im Einzelnen umstrittenen) Schutzzweck der Norm auf einen gewissen werbenden Charakter einerseits nicht verzichten können, andererseits eine direkte unmittelbare Werbung schon vom Wortlaut des § 131 StGB nicht gefordert werden kann.

Es kommt – fasst man die voranstehenden Überlegungen zusammen – zunächst darauf an, ob die Art der Schilderung der Gewalttätigkeiten in „Der Pate – Die Don Edition“ so erfolgt, dass hierdurch im genannten Sinne eine positive Bewertung bzw. eine insgesamt bejahende Anteilnahme ausgedrückt wird. Festzustellen ist insoweit, dass in „Der Pate – Die Don Edition“ innerhalb der Spiellogik Gewaltausübung durch die Spielfigur zentraler Inhalt des Spiels ist, diese Gewaltausübung durch vielfältige Stilmittel inszeniert wird und damit einen wesentlichen Aspekt des Spielreizes ausmacht. Gewalt ist die einzige Möglichkeit, um in der Spielhandlung voranzuschreiten. Der Spieler erhält für das Töten von Gegnern Respektpunkte, insbesondere im Rahmen der Auftragsmordmissionen. Hier erhält der Spieler ein Vielfaches an Geld und Respekt, wenn er die Zielperson auf eine bestimmte Art und Weise (z.B. Verbrennen in einem Ofen, Erwürgen, von einem Dach stürzen) tötet. Das Spiel weist aufgrund der vielfältigen Tötungsmöglichkeiten und der aufwändig inszenierten Exekutionstechniken insgesamt einen sehr hohen Aufforderungscharakter zum experimentellen Töten auf. Die Exekutionssequenzen werden optisch und akustisch in Szene gesetzt: so hört man z.B. beim Erwürgen des Opfers einen sich verlangsamen Herzschlag bevor das Knacken des Genickbruchs zu hören ist. Unschuldige Randfiguren können jederzeit misshandelt und getötet werden, vielfach ist dies zur Beschaffung von Geld spielnotwendig. Die Spielfigur kann, ohne dass dies einen unmittelbaren Spielzweck erfüllt, alle beschriebenen Angriffstechniken auch an einem wehrlosen Opfer auf der Straße anwenden, z.B. an Passanten und Prostituierten. Die Misshandlung von Unschuldigen ist hingegen zentrales und notwendiges Spielelement bei Schutzgelderpressungen. Außerdem besteht die Möglichkeit Banken zu überfallen. Dafür müssen meist alle Wachmänner der Bank sowie einige Polizisten getötet werden. Die Belohnung ist das erbeutete Geld.

Jeder gewalttätige Akt des Protagonisten findet sich in einer Auswertungsstatistik wieder. Sowohl Anzahl der Getöteten als auch Tötungsweisen und Zielgenauigkeit werden dokumentiert. So kann beispielsweise eingesehen werden, welche Exekutionsweise bereits an welcher Personengruppe verübt wurde (aufgeteilt nach Gangstern, Polizisten und Zivilisten obwohl es keinen Spielzweck erfüllt, Zivilisten zu töten).

Die beschriebene Art der Schilderung der Gewalttätigkeiten in das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ legt die Bejahung eines verherrlichenden Charakters insgesamt sehr nahe.

Zweifel können sich allerdings unter mehreren Gesichtspunkten ergeben: einem geringen Identifikationspotenzial mit der Spielfigur, fehlender Ernsthaftigkeit des Spiels, fehlender verherrlichender Sinngebung über die reine Spielverabredung hinaus und Zugehörigkeit zu einem gängigen Genre.

Der die Gewalttaten ausübende Protagonist ist in eindeutiger Weise ein „Bad Guy“, ein Verbrecher, der seinen Aufträgen kritiklos nachkommt und im Interesse der Machterweiterung über Leichen geht. Die Frage ist daher, ob er dabei in einer Weise unsympathisch oder abstoßend ist, dass aus der Sicht eines verständigen Betrachters mangels Identifikationsmöglichkeit von einem werbenden Charakter nicht mehr ausgegangen werden kann. Die Spielfigur wird aber in der Verbrecherrolle authentisch und nachvollziehbar so geschildert, dass sie durch das Motiv der Solidarität mit der Familie Corleone, vor allem durch ihre „Coolness“ und Furchtlosigkeit ein sehr hohes Identifikationspotential bietet. Die den Reiz jedes Computerspiels ausmachende Rollenübernahme durch den Spieler wird zusätzlich gefördert durch die Formbarkeit der Spielfigur, die in Gestalt und Kleidung detailliert verändert werden kann. Selbst Details bis zur Ausprägung des Kiefers können individuell gestaltet werden. Somit lässt sich ein Charakter erschaffen, der dem tatsächlichen Spieler oder seinem Wunschbild bis ins Detail gleicht. Des Weiteren trägt die Steuerung des Spiels auf der Playstation 3 zur Identifikation mit der Spielfigur bei: Die Playstation 3 arbeitet nicht nur mit Tastenbefehlen, vielfach dienen stattdessen dreidimensionale Bewegungen des Controllers zum Steuern des Protagonisten. Diese sind teilweise echten Gewalthandlungen angenäherte Bewegungen. So ist es beispielsweise möglich, dem Gegner mit einem ruckartigen Drehen des Controllers das Genick zu brechen, sobald man ihn von hinten mit einem Draht würgt. Das Stoßen eines Gegners ist durch eine ruckartige Bewegung nach vorne, ein auf den Boden werfen durch eine ruckartige Bewegung mit anschließendem Loslassen der Haltetasten zu vollführen. Das Zusammenspiel von Charakterisierung der Spielfigur und Einladung zur sehr weit gehenden Rollenübernahme durch den Spieler im Spiel führt dazu, dass insgesamt die Spielfigur keineswegs als unsympathisch und abstoßend inszeniert wird, sondern ein hohes Identifikationspotential bietet.

In Frage käme weiterhin, dass eine Verherrlichung fehlt, wenn die Schilderungen der Gewalttätigkeiten klar als nicht ernst gemeint, als Parodie oder Satire erkennbar wären. Dies könnte sich einerseits daraus ergeben, dass die Ausübung von Gewalt und deren Folgen jedenfalls teilweise in einem sehr unrealistischen Verhältnis zu einander stehen, andererseits daraus, dass im gesamten Spiel immer wieder zynische Kommentare bzw. euphemistische Begriffe vorkommen. „Der Pate – Die Don Edition“ arbeitet trotz insgesamt sehr realitätsnaher Aufmachung auch und gerade im Bereich der Gewaltdarstellungen mit Verfremdungen, Unter- und Übertreibungen: auf besonders drastische Darstellungen der Gewaltfolgen etwa wird verzichtet, die im Spiel gezeigten Blessuren an getroffenen oder gefallenen Gegnern beschränken sich auf Hämatome im Gesichtsbereich. Blutspritzer sind an den verletzten Figuren und in der Umgebung zu sehen, wirken aber vielfach eher künstlich, Verletzte bzw. Getötete fallen relativ

²⁴ Ostendorf (Fn. 12), § 131 Rn. 10 f.

²⁵ Tröndle/Fischer (Fn. 10), § 131 Rn. 12.

schematisch, zwar entsprechend der Verletzung bzw. Tötungsweise unterschiedlich, jedoch vorprogrammiert und – anders als in manchen anderen Spielen des Genres – nicht physikalisch korrekt (sog. Physikmodell). Die Geräusche bei der Gewaltausübung hingegen sind vielfach drastisch und eher überzogen: Beim Erwürgen des Opfers hört man dieses deutlich gurgeln und würgen und einen sich verlangsamenden Herzschlag, beim Genickbruch ist ein Knacken zu hören, wird eine Person verbrannt, hört man lautes, von Schreien untermaltes Knistern. Gleichwohl bleibt die Gesamtwirkung der Schilderungen eindeutig eine ernsthafte, in gewisser Weise wird die Ernsthaftigkeit durch das Verharren auf den unmittelbaren Folgen der Gewalttätigkeiten unter Ausblendung genauer Auswirkungen beim Opfer noch gesteigert, weil die Wahrnehmung auf die Handlungen der Spielfigur fokussiert werden. Auch die zynischen Kommentare „Volltreffer“, „Uh wie schrecklich“, „Was für `ne Schande“ beim Ableben der Spielfigur und die euphemistischen Begriffe z.B. für die Exekutionsarten führen nicht dazu, dass das Spiel ins Komische kippt. Sie sind Teil der Inszenierung der Spielfigur als völlig skrupelloser Verbrecher, der keine anderen Maßstäbe als die eigenen und keine Empathie kennt. Insgesamt nimmt sich das Spiel durchweg ernst, es gibt für einen verständigen Betrachter keinen Anlass, es als Parodie oder ähnliches zu verstehen.

In der Diskussion um die Strafwürdigkeit so genannter Killerspiele wird gelegentlich angeführt, diese sei grundsätzlich fraglich, weil bei allen Inhalten eindeutig sei, dass es sich um reine „Spielverabredungen“ handele, die keinen über diese hinausgehenden Aussagegehalt hätten und auch als solche erkannt würden. Wenn dies so wäre, könnten sich hieraus auch Zweifel an der Möglichkeit eines verherrlichenden Sinngehalts ergeben. Nachdem unstreitig ist, dass auch reine Fiktion den Tatbestand des § 131 StGB erfüllen kann, können sich aus dem Aspekt der Fiktionalität, die der Spielverabredung naturgemäß innewohnt, allein keine Einwände gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit ergeben. Fraglich wäre dann allenfalls, ob die dem Genre Computerspiel immanente Ausgestaltung als Spielverabredung über die Fiktionalität hinaus eine Distanz zwischen Betrachter bzw. Spielendem und Inhalten schafft, die dazu führt, dass – anders als bei nicht interaktiven Medien – wertende Aussagen prinzipiell nicht vermittelt werden können. Es spricht nichts dafür, dass dies so sein könnte: auch beim Betrachten eines Films weiß der Rezipient, dass er einen Film anschaut, der mit seinem realen Leben nicht unmittelbar verknüpft ist; beim Computerspiel wird er darüber hinaus zur aktiven Rollenübernahme aufgefordert. Auch wenn die Einzelheiten der Wirkungsweisen von Sinnvermittlung durch die verschiedenen Medien teilweise umstritten sind, besteht Einigkeit dahingehend, dass eine solche stattfindet. Im Ergebnis kann das Merkmal der Verherrlichung also nicht mit Verweis auf die transparente Spielverabredung grundsätzlich abgelehnt werden.

Zu prüfen ist im Hinblick auf das Merkmal der Verherrlichung zuletzt, ob die Schilderungen der Gewalttätigkeiten in „Der Pate – Die Don Edition“ so normal und genreblich sind, dass eine restriktive Auslegung gebieten würde, aus Gründen der Sozialadäquanz hier keine Gewaltverherrlichung zu se-

hen. Festzustellen ist insoweit zunächst, dass „Der Pate – Die Don Edition“ durchaus als typischer Vertreter einer bestimmten Gruppe des relativ weit verbreiteten Genres der Spiele mit einem Verbrecher- bzw. Mafia-Setting gelten kann. Die Gruppe dieser Third-Person-Actiongames in einem Verbrechermilieu in realitätsnaher Aufmachung mit offener Spielweise hat sich in den letzten Jahren technisch und grafisch sehr stark weiterentwickelt, auch und insbesondere was die Art und Weise der Gewaltdarstellungen angeht. Insoweit ist auch „Der Pate – Die Don Edition“ die Fortsetzung einer kontinuierlichen Entwicklung seines Genres. Diese Entwicklung ist allerdings eine sehr junge, die nur von einer (stetig wachsenden) Minderheit der Bevölkerung wahrgenommen wird. Von Genreüblichkeit, wie sie etwa gängige Krimis oder Comics haben, die inzwischen „jedes Kind“ kennt, kann also keinesfalls die Rede sein. Hinzu kommt, dass „Der Pate – Die Don Edition“ wie nicht selten in diesem Genre mit immer weiteren Tabubrüchen bewusst spielt²⁶, was, wie einschlägige Foreneinträge zeigen, auch durchaus von den Spielern so wahrgenommen wird. Gleichzeitig richtet sich das Spiel aber keineswegs nur an eingefleischte Spielekenner, sondern wird massiv für einen allgemeinen Kundenkreis vermarktet. Als Beispiele für die erwähnten Tabubrüche sind hier zunächst einige Spielelemente zu nennen, die schon in den Vorgängerversionen des Spiels enthalten waren wie das Töten durch Verbrennen und die zentrale Bedeutung der Schutzgelderpressungen. Bei diesen Schutzgelderpressungen muss der Spieler für den maximalen Spielerfolg die „Schwachstelle“ des zu erpressenden Ladenbesitzers finden. Diese kann etwa das Traktieren durch Schläge, ein Schuss ins Bein oder ein Angriff auf Kunden, Bedienstete oder das Inventar sein. Mit diesen Mitteln muss der Ladenbesitzer dann solange unter Druck gesetzt werden bis die „Druck“-Anzeige in der Optik eines Fieberthermometers im oberen rechten Bildrand ausreichend gefüllt ist und er sich der Schutzgelderpressung fügt. Um eine möglichst hohe Geldsumme zu erpressen, muss der Spieler trotz ausreichendem Drucks weiter auf den Besitzer einschlagen damit dieser mehr Geld zahlt. Übertreibt der Spieler die physischen Gewaltakte, so wendet sich der Ladenbesitzer gewaltsam gegen ihn oder stirbt. In der „Der Pate – Die Don Edition“ erfolgt ein besonderer Tabubruch z.B. dadurch, dass der Spieler nicht nur beiläufig ständig Unbeteiligte töten kann, sondern darüber hinaus ausdrücklich aufgefordert wird, eine als moralisch einwandfrei dargestellte Person zu töten. In dem Auftragsmord „Töten Sie Tyrone Bloom“ wird die Spielfigur von einem korrupten Polizisten dazu aufgefordert, einen Richter zu töten, der gegen diesen in einem Körperverletzungsverfahren ermittelt. Dieser Richter liegt mit einer Lungenentzündung im Krankenhaus und soll vom

²⁶ Ein ganz besonders deutliches Beispiel für einen solchen Tabubruch findet sich in einigen neueren Spielen, z.B. Prey (2K Games, USK Keine Jugendfreigabe) und Bioshock (2K Games, USK Keine Jugendfreigabe): Hier werden soweit ersichtlich erstmals im Genre der Shooter eindeutig Spielfiguren eingeführt, die zwar geisterartig aber ganz eindeutig kindlich sind, so dass es zum Teil des Spiels wird, auch „Kinder“ zu „bekämpfen“.

Spieler mit Kaliumchlorid vergiftet werden. Führt der Spieler diesen Auftragsmord in der angeordneten Weise durch, wird er mit besonders vielen Respektpunkten und Geld belohnt.

Die Massierung der Gewalt in „Der Pate – Die Don Edition“, die eingebettet ist in eine wenig plausible, amoralische Geschichte und den Spieler immer wieder auffordert, Tabugrenzen in der spielerischen Gewaltausübung zu überschreiten, lässt es letztlich nicht angemessen erscheinen, das Spiel unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz vom Anwendungsbereich des § 131 StGB auszunehmen. Dies widerspräche dem berechtigten Anliegen, solche Darstellungen nicht zu erfassen, die von einem breiten Publikum für völlig „normal“ gehalten werden. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Schilderung der grausamen Gewalttätigkeiten in „Der Pate – Die Don Edition“ in einer Art und Weise erfolgt, die eine Verherrlichung im Sinne des § 131 StGB ausdrückt.

b) Verharmlosung oder menschenwürdeverletzende Darstellungsweise

Ob die genannten Gewalttätigkeiten darüber hinaus auch in verharmlosender Weise geschildert werden, kann für „Der Pate – Die Don Edition“ letztlich dahinstehen, da eine Verherrlichung immer auch eine Verharmlosung darstellt. Denn eine Verharmlosung liegt nach h.M. dann vor, wenn die gezeigten Gewalttaten – im gesamten Darstellungszusammenhang und aus der Sicht eines verständigen, unvoreingenommenen Betrachters – als (noch) nicht verwerfliche Form menschlichen Verhaltens oder (gerade noch) akzeptables Mittel zur Konfliktlösung bagatellisiert werden.²⁷ Das Gleiche gilt für die Frage, ob die Schilderungen der Gewalttätigkeiten im Sinne des § 131 StGB in einer die Menschwürde verletzenden Weise erfolgen. Dieses im Hinblick auf seine Bestimmtheit sehr umstrittene Merkmal²⁸ setzt voraus, dass die Art der Darstellung darauf angelegt ist, beim Betrachter eine Einstellung zu befördern, die den jedem Menschen zukommenden Achtungsanspruch leugnet, z.B. dadurch, dass er als bloßes verfügbares Objekt abgebildet wird z.B. zu dem alleinigen Zweck, dem Betrachter Nervenkitzel besonderer Art, genüsslichen Horror oder sadistisches Vergnügen zu bieten.

III. Mögliche Täter, Bedeutung der USK-Kennzeichnung für die Strafbarkeit

Geht man davon aus, dass das Computerspiel „Der Pate – Die Don Edition“ einen nach § 131 StGB strafbaren Inhalt hat, stellt sich die Frage, welcher Personenkreis als Täter in Betracht kommen könnte. Diskussionsbedarf erzeugt vor allem die Tatsache, dass es sich um ein in Deutschland weit verbreitetes Spiel handelt²⁹ nachdem es im Rahmen der nach §§ 12, 14 JuSchG erforderlichen Alterseinstufung mit „Keine Jugendfreigabe“ eingestuft worden ist und damit im Einzel-

handel frei ausliegen und an jeden Erwachsenen abgegeben werden darf.

1. Tathandlungen des § 131 StGB

Tathandlungen des § 131 StGB sind insbesondere das Verbreiten, das öffentliche Zugänglichmachen sowie das Zugänglichmachen für Minderjährige, nicht aber (anders als etwa bei der Kinderpornographie, § 184b Abs. 4 StGB) der reine Besitz. In Bezug auf den subjektiven Tatbestand ist hervorzuheben, dass bei allen Varianten der Täter weder den Inhalt der Schrift billigen, noch gar die in ihr ausgedrückte Tendenz selbst verfolgen muss. Es reicht aus, wenn er die Umstände kennt, aus denen sich die Strafbarkeit des Inhalts ergibt.³⁰ Im Folgenden soll zunächst unter Aussparung möglicher Abgrenzungsfragen und Streitfälle nur kurz skizziert werden, welche Personenkreise prinzipiell als Täter der jeweiligen Tathandlungsvarianten in Betracht kommen, da hier für den Bereich der Computerspiele auf Trägermedien keine besonderen Erwägungen zu treffen sind. Gleiches gilt für Fragen der Zurechnung, die sich etwa im Zusammenhang mit der Verantwortungsdiffusion in größeren Unternehmen ergeben können bzw. für Fragen möglicher individueller Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe. Ausführlich wird insoweit allein die Bedeutung der USK-Kennzeichnung für die Anwendung des § 131 StGB diskutiert, da hier für den Bereich der auf Trägermedien verbreiteten Computerspiele wie „Der Pate – Die Don Edition“, eine besondere Situation vorliegt.

Verbreiten i.S.d. § 131 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist die mit der körperlichen Weitergabe der Schrift verbundene Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, diese ihrer Substanz nach – also nicht nur bezüglich ihres Inhalts – einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen, wobei dieser nach Zahl und Individualität unbestimmt oder jedenfalls so groß sein muss, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist.³¹ Als Verbreiter kommen insbesondere Vertreter des Einzelhandels, des Versandhandels und des Herstellers bzw. Publishers in Betracht, soweit sie Kenntnis des Inhaltes des von ihnen verbreiteten Spiels „Der Pate – Die Don Edition“ haben (was für viele Akteure im Bereich des Handels nicht zutreffen dürfte).

Die Tatbestandsvariante des öffentlichen Ausstellens, Anschlagens, Vorführen oder sonst Zugänglichmachens des § 131 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfordert, dass der Inhalt der Schrift für eine unbestimmte Personenmehrheit wahrnehmbar gemacht wird. Hierunter fällt nicht die Ausstellung nur des Datenträgers, wohl aber u.U. das Ermöglichen von Spieltests für einen unbestimmten Personenkreis durch Aufstellen eines Computers mit vorinstalliertem Spiel im Handel oder im Rahmen von Ausstellungen oder Messen. Praktisch kämen hier wohl auch allenfalls Vertreter des Einzelhandels, des Versandhandels und des Herstellers bzw. Publishers in Betracht.

Wichtiger erscheint die Alternative des § 131 Abs. 1 Nr. 3 StGB, nach der sich strafbar macht, wer Schriften mit nach § 131 StGB strafbaren Inhalten einer Person unter 18 Jahren

²⁷ BT-Drs. 6/3521, S. 7; OLG Koblenz NSTz 98, 40 (41).

²⁸ S. z.B. *Miebach/Schäfer* (Fn. 13), § 131 Rn. 34 ff. m.w.N.

²⁹ Das Spiel war laut mediacontrol online (www.mediacontrol.de) in den ersten beiden Wochen nach seinem Erscheinen unter den Top-5 in den Verkaufscharts.

³⁰ S. z.B. *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 131 Rn. 18.

³¹ S. z.B. *Lenckner/Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 19), § 131 Rn. 12, § 184 Rn. 5.

anbietet, überlässt oder zugänglich macht, da hier auch die private Weitergabe tatbestandsmäßig ist. Die Tathandlungsalternative erfasst praktisch jede Form der Überlassung des Datenträgers oder der Wahrnehmbarmachung des Spielinhalts an Minderjährige, u.a. also auch die sehr übliche Überlassung des Spiels im Wege des Tauschs oder als Leihgabe. Nur für Erziehungsberechtigte gilt das sogenannte Erzieherprivileg nach § 131 Abs. 4 StGB wonach Sorgeberechtigte sich nach § 131 StGB nur strafbar machen, wenn sie durch das Zugänglichmachen ihre Erziehungspflicht gröblich verletzen. Für eine Strafbarkeit nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 StGB käme also zunächst jeder in Betracht, der das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ an einen Minderjährigen weitergegeben hat bzw. ihm die Nutzung ermöglicht hat. Da das Spiel auch unter Minderjährigen eine nicht zu vernachlässigende Verbreitung haben dürfte³², kommt hier eine größere Zahl von Personen in Betracht, praktisch neben Privatpersonen auch Vertreter des Einzelhandels, der die Altersbeschränkungen vielfach nicht ausreichend beachtet.

§ 131 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst typische Vorbereitungs-handlungen des Verbreitens oder Zugänglichmachens i.S. der Nummern 1 und 2, u.a. die Herstellung und das Vorrätighalten. Als Täter dieser Variante kommen für „Der Pate – Die Don Edition“ vor allem Vertreter von Hersteller bzw. Publisher in Betracht, wenn und soweit ihre Handlungen nicht bereits nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sind, da in diesem Fall § 131 Abs. 1 Nr. 8 StGB zurücktritt.

2. Folgen der USK-Freigabe

Für alle genannten Personengruppen stellt sich die Frage, ob bzw. wie es sich auf eine mögliche Strafbarkeit auswirkt, dass „Der Pate – Die Don Edition“ mit einem Kennzeichen der USK versehen ist. Das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ wird auf einem Datenträger über den Einzel- und Versandhandel verbreitet. Solche Computerspiele dürfen in Deutschland seit der Reform des Jugendschutzrechts 2003 Kindern und Jugendlichen in der Öffentlichkeit nur dann zugänglich gemacht werden, wenn sie eine Alterskennzeichnung aufweisen oder es sich um sogenannte Info- oder Lehrprogramme handelt (§ 12 JuSchG). Für die Alterseinstufung sind die Obersten Landesjugendbehörden zuständig, sie dürfen jedoch ein gemeinsames Verfahren vereinbaren, mit dem die praktische Durchführung der Prüfung auf eine Einrichtung der freien Selbstkontrolle übertragen wird (§§ 12, 14 Abs. 4 JuSchG). In diesem Sinne haben die Obersten Landesjugendbehörden die Unterhaltungssoftware-Selbstkontrolle (USK) mit der Prüfung für die Kennzeichnung beauftragt. Die USK wird von einem freien Träger der Jugendhilfe (Förderverein für Jugend und Sozialarbeit, Fjs e.V.) getragen. Das Prüfergebnis der USK ist Grundlage der Kennzeichnung durch die Obersten Landesjugendbehörden, die zunächst als Verwaltungsakt des federführenden Landes Nordrhein-Westfalen ergeht, der im Rahmen einer Vereinbarung nach § 14

³² Konkrete Zahlen zur Verbreitung von „Der Pate – Die Don Edition“ unter Minderjährigen liegen leider bisher nicht vor. Praxisberichte und die Verbreitungszahlen anderer Spiele ohne Jugendfreigabe geben aber insoweit deutliche Hinweise.

Abs. 4 JuSchG von den anderen Ländern übernommen wird.³³

Die Kennzeichnung erfolgt in den Kategorien „Freigegeben ohne Altersbeschränkung“, „Freigegeben ab 6, 12 bzw. 16 Jahren“, oder „Keine Jugendfreigabe“ (§ 12 Abs. 2 JuSchG). Folge der Kennzeichnung ist zunächst, dass die Titel nur an die entsprechende Altersgruppe abgegeben werden dürfen, Zuwiderhandlungen stellen gemäß § 28 JuSchG eine Ordnungswidrigkeit dar. Folge der Kennzeichnung ist außerdem, dass ein so genannter Indizierungsschutz besteht: gekennzeichnete Spiele können von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) nicht geprüft werden (§ 18 Abs. 8 S. 1 JuSchG). Praktisch hat also die USK eine verbindliche Vorprüfungskompetenz im Hinblick auf Indizierungskriterien. Wenn sie der Auffassung ist, dass ein Spiel möglicherweise zu indizieren ist, darf sie keine Kennzeichnung vergeben (§ 14 Abs. 3 u. 4 JuSchG) und macht damit den Weg frei für ein Indizierungsverfahren. Wenn ein Titel indiziert wird, darf er Minderjährigen nicht zugänglich gemacht und vor allem nicht beworben werden, Zuwiderhandlungen sind nach § 27 JuSchG strafbar. Über eine verbindliche Vorprüfungskompetenz im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit eines Spiels verfügt die USK nicht, gleichwohl findet – zumindest formal (dazu sogleich) bzw. inzident – eine Prüfung der Strafbarkeit statt und zwar im Rahmen der Prüfung möglicher Indizierungsgründe: nach § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG sind schwer jugendgefährdend und damit kraft Gesetzes indiziert u.a. Trägermedien, die strafbare Inhalte nach § 131 StGB enthalten. Liegt ein solcher Fall vor, darf die USK nach § 14 Abs. 3 JuSchG das Spiel nicht kennzeichnen und muss die zuständige Strafverfolgungsbehörde informieren.

In der Praxis findet eine wirkliche Prüfung der Voraussetzungen des § 131 StGB im Rahmen der Begutachtung für die Alterseinstufung so gut wie nie statt, auch dann nicht, wenn die Tatbestandserfüllung nicht ganz fern liegend erscheint.³⁴ In aller Regel findet sich in den Gutachten der USK die Formulierung, die auch im Gutachten zu „The Godfather – Der Pate“³⁵ gewählt wurde: „[...] Der Prüfgegenstand wurde zunächst auf den § 14 JuSchG, Abs. 3 und Abs. 4 sowie den § 15 JuSchG Abs. 2, S. 1-5 und den § 15 JuSchG Abs. 3 überprüft. Dabei wurde geprüft, ob Verstöße gegen strafrechtliche Bestimmungen, insbesondere der §§ 86, 86a, 130, 130a, 131 und 184 StGB vorliegen. [...] Es gab keine Anhaltspunkte für die Verweigerung einer USK-Kennzeichnung.“ Diese Feststellung der USK gilt – jedenfalls mittelbar – auch für das

³³ Zur Rechtsnatur dieses Verfahrens sogenannter regulierter Selbstregulierung s. z.B. *Brunn et al.* (Fn. 2), S. 86 ff., sowie die Kommentarliteratur zu § 14 Abs. 6 JuSchG.

³⁴ *Höynck u.a.*, Jugendschutz bei gewalthaltigen Computerspielen, 2007, S. 38. Es verwundert letztlich nicht, dass eine Prüfung des § 131 StGB im Rahmen der Entscheidung über die Kennzeichnung nicht stattfindet. § 14 Abs. 3 JuSchG, § 9 Prüfordnung der USK und auch das von der USK verwendete Handbuch für Sichter geben – wohl nicht zuletzt mangels Präzedenzfällen – keinerlei inhaltliche Hinweise.

³⁵ Für Playstation 2, USK-Registriernummer 15190/06, Prüfdatum 18.1.2006.

Spiel „Der Pate – Die Don Edition“. Für dieses Spiel hat die USK nach § 11 Abs. 1a ihrer Prüfverordnung ein abgekürztes Verfahren zur Feststellung der Inhaltsgleichheit mit dem Spiel „The Godfather – Der Pate“ durchgeführt, d.h. es erfolgte keine eigene inhaltliche Prüfung durch ein Gutachtergremium, sondern eine informelle Prüfung allein durch den Ständigen Vertreter der Obersten Landesjugendbehörden und einen Vertreter des Testbereichs der USK. Auf dieser Grundlage wurde dem Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ eine Kennzeichnung „Keine Jugendfreigabe“ erteilt.

a) Tatbestandsausschluss oder Rechtfertigung durch behördliche Erlaubnis

Die weitestgehende Wirkung der Kennzeichnung träte ein, sähe man in ihr eine mit dem privaten Einverständnis bzw. der Einwilligung gleichzusetzende behördliche Erlaubnis. Eine solche würde nur dann tatbestandsausschließend wirken, wenn das Fehlen der Erlaubnis Tatbestandsmerkmal ist (wie in verschiedenen Tatbeständen des Umweltrechts etwa § 327 StGB). So liegt es bei § 131 StGB nicht.

Rechtfertigende Wirkung einer behördlichen Erlaubnis wird angenommen, wenn die Behörde durch die Erlaubnis auf den sonst gegebenen Rechtsschutz verzichtet (z.B. § 324 StGB). Auch eine solche Situation liegt hier nicht vor: Es besteht kein Verbot mit Befreiungsvorbehalt für gewaltverherrlichende Schriften, sondern ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für den öffentlichen Verkauf von Spielen allgemein. Computerspiele dürfen nach § 12 JuSchG generell Minderjährigen öffentlich nur zugänglich gemacht werden, wenn sie von der dafür zuständigen Behörde für ihre Alterstufe freigegeben und entsprechend mit einem Alterskennzeichen versehen wurden.³⁶ Eine Freigabe wird erteilt, wenn und soweit das Spiel nicht jugendbeeinträchtigend (§ 14 JuSchG) bzw. jugendgefährdend (§ 15 JuSchG) ist. Eine (schwere) Jugendgefährdung liegt hierbei u.a. vor, wenn das Spiel einen nach § 131 StGB strafbaren Inhalt hat. Der Aussagegehalt der Altersfreigabe ist daher nicht die u.U. rechtfertigende Erlaubnis der Verbreitung einer gewaltverherrlichenden Schrift, es wird nur die Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 131 StGB implizit verneint. Diese implizite Feststellung kann durchaus auf der Ebene der Schuld Relevanz für die Strafbarkeit haben, erzeugt aber keine rechtfertigende Wirkung. Wenn und soweit das Spiel gewaltverherrlichend ist, darf eine Freigabe nicht erteilt werden, denn auch im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist die Verwirklichung eines Straftatbestandes nicht verwaltungsrechtlich genehmigungsfähig.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Tatsache, dass das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ mit dem Kennzeichen „keine Jugendfreigabe“ versehen ist, keine rechtfertigende oder gar tatbestandsausschließende Wirkung in Bezug auf eine Strafbarkeit nach § 131 StGB erzeugen kann.

b) Verbotsirrtum

Damit bleibt die Frage, ob die Alterskennzeichnung des Spiels „Der Pate – Die Don Edition“ dazu führen kann, dass Personen, die Tathandlungen nach § 131 StGB begehen, einem Verbotsirrtum nach § 17 StGB unterliegen und damit bei Vermeidbarkeit dieses Irrtums schuldlos handeln.

Ein Verbotsirrtum liegt dann vor, wenn dem Täter bei der Begehung der Tat trotz Kenntnis aller relevanten Tatumstände die Einsicht fehlt, dass sein Handeln gegen die durch verbindliches Recht geregelte Werteordnung verstößt. Ein solches Unrechtsbewusstsein kann z.B. auch dann fehlen, wenn der Täter sich auf entsprechenden verlässlichen Rechtsrat oder eine behördliche Auskunft verlassen hat. Eine ähnliche Situation stellt sich in Bezug auf das hier behandelte Spiel „Der Pate – Die Don Edition“. Es liegt sehr nahe, dass das USK-Kennzeichen bei den Personen, die das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ im Sinne des § 131 StGB verbreiten oder öffentlich zugänglich machen, dazu führt, dass sie ohne das Bewusstsein handeln, Unrecht zu tun. Selbst bei der Tatbestandsvariante des 131 Abs. 1 Nr. 3 StGB, dem Zugänglichmachen für Minderjährige wird man in der Regel davon ausgehen müssen, dass zwar u.U. das Bewusstsein besteht, gegen Altersbeschränkungen zu verstoßen, nicht aber, strafbare Inhalte zu verbreiten. Wer als Privatperson dieses Spiel in jedem Kaufhaus erwerben kann, wird entweder nicht auf die Idee kommen, dass sein Inhalt strafbar sein könnte oder sich darauf verlassen, dass ein gekennzeichnetes Spiel keinen anderen als den Altersbeschränkungen unterliegt. Auch Händler verlassen sich auf die Kennzeichnung, alle großen Anbieter wie Kaufhäuser und Elektronikmärkte vertreiben nicht gekennzeichnete Produkte ohnehin nicht. Weder Händler noch Privatpersonen haben in der Regel Anlass, an der Verlässlichkeit der Kennzeichnung ernsthaft zu zweifeln.

Anders könnte die Situation insoweit für Vertreter von Hersteller bzw. Publisher des Spiels aussehen. So könnte es zwar in Bezug auf die Tatbestandsvariante des Verbreitens (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 StGB) sein, dass auch ihnen aufgrund der USK-Kennzeichnung das entsprechende Unrechtsbewusstsein fehlt. Andererseits darf man wohl davon ausgehen, dass sie wissen, dass eine ernsthafte Prüfung dieser Frage weder in der Prüfung des Spiels „The Godfather – Der Pate“ und schon gar nicht im Rahmen der Prüfung der Inhaltsgleichheit von „Der Pate – Die Don Edition“ stattgefunden hat. Im Einzelnen käme es hier natürlich auf ggf. zu treffende tatrichterliche Feststellungen an. Spätestens nach der öffentlichen Debatte des vergangenen Jahres müssten aber mindestens den Fachleuten bei Hersteller bzw. Publisher, die sowohl das Spiel als auch die Verfahrensweisen und Gutachten der USK sehr gut kennen, jedenfalls Zweifel daran gekommen sein, ob die Prüfung der USK insoweit verlässlich ist, so dass hier nicht von vornherein von einem Verbotsirrtum ausgegangen werden kann.

Käme man zur Annahme eines Verbotsirrtums dürften die soeben getroffenen Erwägungen aber zumindest dazu führen, dass für die einschlägige Personengruppe die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nahe liegt. Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum nur dann, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Le-

³⁶ Außer es handelt sich um sog. Info- oder Lehrprogramme.

bens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Geistes die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte. Das setzt voraus, dass er alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung von Rat beseitigt hat.³⁷ Wird die Rechtsauffassung des Handelnden durch eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung oder durch die Rechtsauskunft einer sachkundigen, unvoreingenommenen und mit der Erteilung der Auskunft keinerlei Eigeninteresse verfolgenden Person³⁸ bestätigt, begründet dies die Unvermeidbarkeit eines Irrtums nur dann, wenn der Täter auf die Richtigkeit der Entscheidung oder Auskunft vertraut hat und nach den für ihn erkennbaren Umständen auch vertrauen durfte. Maßgeblich ist dabei, ob der Rechtsrat – aus der Sicht des Anfragenden – nach eingehender sorgfältiger Prüfung erfolgt und von der notwendigen Sachkenntnis getragen ist. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen³⁹, können den Täter demgegenüber nicht entlasten. In diesem Sinne spricht einiges dafür, davon auszugehen, dass Vertreter von Publisher bzw. Hersteller des Spiels „Der Pate – Die Don Edition“ nicht darauf vertrauen durften, dass die USK-Kennzeichnung bzw. das ihr zugrunde liegende Gutachten eine verlässliche Aussage über die Frage der Strafbarkeit des Spielinhalts enthielt. Als informierte Akteure kennen sie die Verfahrensweise der USK. Sie wissen, dass eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit § 131 StGB dort auch in nahe liegenden Fällen nie vorgenommen wird, nicht zuletzt weil – auch mangels Präzedenzfällen – systematische Sachkenntnis zur Frage der Strafbarkeit nach § 131 StGB bei der USK – anders etwa als bei der analogen Institution der Filmbranche FSK⁴⁰ – nicht vorhanden ist.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass ein Verbotsirrtum aufgrund der USK-Kennzeichnung wohl bei fast allen in Betracht kommenden Tätern anzunehmen wäre. Zweifel am Vorliegen eines Verbotsirrtums, jedenfalls aber an seiner Unvermeidbarkeit ergeben sich allenfalls im Hinblick auf Vertreter von Hersteller und Publisher.

³⁷ BGHSt 21, 18 (20).

³⁸ BGHSt 40, 257 (264).

³⁹ Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 19), § 17 Rn. 18.

⁴⁰ Im Bereich der Filmbranche liegt die Situation insofern anders, als dass es dort Präzedenzfälle und entsprechende Literatur gibt, die auch von den Gutachtergremien berücksichtigt werden können. Zur Rechtsfortbildung trägt hier auch die „Juristenkommission“ (JK) des Branchenverbandes SPIO bei. Die Mitglieder der SPIO können bei Ablehnung der Kennzeichnung oder anstelle der Prüfung durch die FSK eine gutachterliche Stellungnahme durch die Juristenkommission (JK) der SPIO einholen. Diese aus drei unabhängigen Juristen bestehende Kommission prüft nur, ob ein Film, Video oder sonstiger Bildträger gegen strafrechtliche Bestimmungen verstößt. Ein JK-Votum hat den Status eines privatrechtlichen Gutachtens, genießt aber insgesamt hohe Akzeptanz etwa auch durch die BpJM.

In Betracht kommt darüber hinaus möglicherweise, dass jedenfalls bei Vertretern des Herstellers im Hinblick auf die Tathandlungsvariante des § 131 Abs. 1 Nr. 4 StGB ein Verbotsirrtum zum Tatzeitpunkt ganz ausscheidet. Jedenfalls die Herstellung der ersten vollständigen Fassung von „Der Pate – Die Don Edition“ erfolgte zu einem Zeitpunkt, an dem naturgemäß noch keine Alterskennzeichnung vorlag, also insoweit kein Verbotsirrtum vorliegen konnte. In Frage käme hier allerdings ein Verbotsirrtum auf der Grundlage der Tatsache, dass die Vorgängerversion gekennzeichnet war und aus der bisherigen Kennzeichnungspraxis darauf vertraut wurde, dass die „Don Edition“ nicht anders beurteilt werden würde. Die Einzelheiten wären auch hier tatrichterliche Fragen. Es liegt allerdings nicht fern zu vermuten, dass die Herstellervertreter davon ausgegangen sind, die „Don Edition“ sei aufgrund von Inhaltsgleichheit kennzeichnungsfähig und somit auch nicht strafbar. Zweifel hieran könnten sich allenfalls daraus ergeben, dass Sie den Inhalt des Spiels kannten, der sich in zahlreichen Einzelheiten von der Vorgängerversion in einer Weise unterscheidet, die zumindest die Frage nach dem Überschreiten der Grenze des § 131 StGB nahelegt – so sind z.B. in der „Don Edition“ erstmals Unschuldige Ziel eines Mordauftrages.

c) Amtsträgerstrafbarkeit

Kommt man zu dem Ergebnis, dass das Spiel „Der Pate – Die Don Edition“ einen nach § 131 StGB strafbaren Inhalt hat und es so ist, dass die Alterskennzeichnung die Wirkung hat, dass eine entsprechende Strafverfolgung aber praktisch ausscheidet oder zumindest sehr erschwert ist, stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit derjenigen, die die Kennzeichnung erteilt haben. Der Ständige Vertreter der Obersten Landesjugendbehörden hat gemeinsam mit dem Vertreter des Testbereichs der USK die Prüfung des Spiels nach § 11 Abs. 1a) der USK-Grundsätze (Feststellung Inhaltsgleichheit) durchgeführt und auf der Grundlage dieser Prüfung das Kennzeichen erteilt. Diese Konstellation führt zur insbesondere im Umweltstrafrecht viel diskutierten Frage der so genannten Amtsträgerstrafbarkeit, die der Erwägung folgt, dass derjenige, dem es qua Amtes ausdrücklich obliegt, einen bestimmten Bereich daraufhin zu überwachen, dass keine Straftaten begangen werden, u.U. auch die strafrechtliche Verantwortung dafür trägt, wenn er die Straftaten durch behördliche Genehmigungen der Verfolgbarkeit entzieht. Die Strafbarkeit der Amtsträger folgt dabei keinen besonderen Regelungen, sondern richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme.

Da hier davon ausgegangen wird, dass die Kennzeichnung in Bezug auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 131 StGB in keinem Fall eine rechtfertigende, ggf. aber eine entschuldigende Wirkung haben kann, liegt – wenn und soweit die sonstigen, insbesondere die subjektiven Voraussetzung der Strafbarkeit im Einzelfall vorliegen – eine rechtswidrige Haupttat vor, zu der Beihilfe (§ 27 StGB) möglich ist. Als Gehilfen kommen hier diejenigen Personen in Betracht, die an der Erteilung der Kennzeichnung (Feststellung der Inhaltsgleichheit) mitgewirkt haben, d.h. der Ständige Vertreter der Obersten Landesjugendbehörden sowie der Vertreter des

Testbereichs. Zu prüfen wäre für beide, ob sie durch ihre jeweiligen Handlungen im Rahmen der Kennzeichnung vorwiegend Hilfe geleistet haben könnten zur Verbreitung bzw. Herstellung einer gewaltverherrlichenden Schrift. Schwierigkeiten in der Beurteilung können sich hier insbesondere unter den Gesichtspunkten der Verwaltungsakzessorität bzw. des sogenannten „berufstypischen Verhaltens“⁴¹ ergeben. Ständiger Vertreter und Testbereichsvertreter haben im Rahmen der Prüfung und Kennzeichnung eine an sich „neutrale“ Tätigkeit ausgeübt, bei der sie eine (nach hiesiger Ansicht) falsche Bewertung (das Spiel habe keinen nach § 131 StGB relevanten Inhalt) getroffen haben. Die Beurteilung der Frage, ob ein Spiel gewaltverherrlichend i.S.d. § 131 StGB ist, unterliegt hierbei notwendigerweise einem gewissen Beurteilungsspielraum, der allerdings durch das JuSchG beschränkt ist. So folgt aus § 14 Abs. 3 S. 2 und 14 Abs. 4 S. 3 JuSchG, dass die Oberste Landesjugendbehörde in Zweifelsfällen nicht allein das Nichtvorliegen eines Verstoßes gegen § 131 StGB verbindlich feststellen darf, sondern ggf. Strafverfolgungsbehörden und Bundesprüfstelle einschalten muss. Von daher müssen schon Zweifel dazu führen, dass jedenfalls nicht ohne Einbindung anderer fachkompetenter Stellen eine Kennzeichnung empfohlen bzw. vergeben wird. Ob solche Zweifel im hier behandelten Fall vorlagen, ist Tatfrage. Es spricht jedoch einiges dafür, dass trotz der jahrelangen weitgehend unbeanstandeten entsprechenden Praxis jedenfalls zum Zeitpunkt der Begutachtung des Spiels „Der Pate – Die Don Edition“ in Folge der öffentlichen Debatte jedem am Verfahren Beteiligten klar war, dass die Verneinung des § 131 StGB keinesfalls so eindeutig ist, wie man vielleicht bisher geglaubt hatte.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Zu den beiden zentralen hier aufgeworfenen Fragen ist im Ergebnis festzuhalten: legt man die in Rechtsprechung und Schrifttum gängigen Kriterien zugrunde, spricht sehr vieles dafür, den Inhalt des Computerspiels „Der Pate – Die Don Edition“ für tatbestandsmäßig im Sinne des § 131 StGB zu halten. Die Alterskennzeichnung führt allerdings nach hier vertretener Ansicht bei fast allen in Frage kommenden Tätern zu einem entschuldigenden Verbotsirrtum und verhindert damit letztlich die strafrechtliche Verfolgung. Folgt man diesen Einschätzungen, hat dies Implikationen auf praktischer wie rechtspolitischer Ebene.

Auf praktischer Ebene wird man akzeptieren müssen, dass einer häufigeren Aktivierung des § 131 StGB verschiedene Grenzen gesetzt sind. Zu nennen ist neben den notorisch knappen Ressourcen der Staatsanwaltschaften die begrenzte Tauglichkeit des Strafrechts für die Kontrolle medialer Inhalte. Die Schwierigkeiten, die die Anwendung des § 131 StGB (nicht nur) in Bezug auf gewalthaltige Computerspiele bereitet, liegen primär in der Natur einer jeden Norm, die einen sehr weit vorverlagerten Schutz eines letztlich nicht ganz scharf zu fassenden Rechtsgutes bieten soll und gleichzeitig zu weiten Teilen notwendigerweise aus wertungsbedürftigen

Tatbestandsmerkmalen besteht. Dies alles sollte aber nicht dazu führen, nicht einmal den Versuch zu unternehmen, das Gewaltdarstellungsverbot des § 131 StGB offensiver durchzusetzen. Hierbei ist zu bedenken, dass unabhängig von der vielfach schwierigen Strafverfolgung einzelner Personen die Durchführung selbständiger Einziehungsverfahren und entsprechender Beschlagnahmen (§§ 74d Abs. 1, 76a Abs. 2 StGB, 111b Abs. 1, 111m, 111n, § 440 StPO) ausreichend sein könnte, um das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass die Grenze des Gewaltdarstellungsverbot in einigen Spielen erreicht sein dürfte. Jedenfalls die den deutschen Massenmarkt bedienenden seriösen Hersteller, Publisher und Händler dürften auf solche Signale prompt reagieren.

Zu beachten ist dabei allerdings: Folgt man der Auffassung, dass „Der Pate – Die Don Edition“ einen strafbaren Inhalt hat, dürfte dies auch für einige andere Spiele gelten und zwar auch weitere solche, die eine USK-Kennzeichnung haben und daher zum Teil sehr verbreitet sind. Hier muss man sich rechts- und kriminalpolitisch fragen lassen, welche Konsequenzen eine „Aktivierung“ des § 131 StGB haben könnte. Im Sinne der Normakzeptanz wäre es kontraproduktiv, die keineswegs geringe Zahl von Nutzern solcher Spiele zu kriminalisieren und Deutschland zu stark von Maßstäben anderer westeuropäischer Länder abzuheben. Deutschland gilt schon jetzt durch das System der obligatorischen Alterskennzeichnung und die Möglichkeit der Indizierung als besonders restriktiv im Bereich der Inhaltskontrolle von Medien⁴², nicht selten werden Spiele eigens für den deutschen Markt um Gewaltspitzen „entschärft“. Es wäre auch – angesichts einer findigen Industrie und der Zunahme des Verbreitungsweges Internet – naiv zu glauben, man könne durch das Forcieren der Anwendung von 131 StGB eine größere Gruppe von Spielen vom deutschen Markt weitgehend verbannen. Genauso unglaublich und letztlich kontraproduktiv ist es allerdings, vor den Schwierigkeiten, die die Anwendung einer Strafnorm bereitet, von vorn herein zurückzuschrecken. Im Ergebnis kann es rechtspolitisch daher vor allem darum gehen, durch die Durchführung einiger (subjektiver oder objektiver) Verfahren die Merkmale des § 131 StGB für Computerspiele zu konkretisieren. Die praktische Wirkung dürfte vor allem in der Ausstrahlungswirkung eines durch Anwendung konkretisierten und damit besser handhabbaren § 131 StGB in den Bereich der Indizierung und Alterskennzeichnung liegen, nachdem im Rahmen dieser Verfahren durch die „Vorprüfung“ die relevanten Weichenstellungen erfolgen.

Bei allen Überlegungen zur Stärkung der praktischen Anwendung des § 131 StGB oder gar zu dessen Verschärfung ist eines zu betonen: das berechtigte Anliegen einer Zurückdrängung der Verbreitung extrem gewalthaltiger Spiele vor allem unter Jugendlichen ist letztlich mit Mitteln des Strafrechts allenfalls im Extrembereich zu flankieren. Jede Ausweitung der Strafbarkeit wird sich, abgesehen von der oben angedeuteten Frage der Glaubwürdigkeit, am Gebot der Bestimmtheit messen lassen müssen. Ein weitgehender Verzicht

⁴¹ Zu diesem Problem s. z.B. *Tröndle/Fischer* (Fn.10), § 27 Rn. 2a ff.

⁴² *Liesching*, Gesetzlicher Jugendmedienschutz. Eine Bestandsaufnahme. BPjM aktuell 2/2007, 5 ff.

auf die ausdrücklich wertungsbedürftigen Merkmale des geltenden § 131 StGB (Ausdrücken von Verherrlichung, Verharmlosung oder sonst Menschenwürde verletzend) wie sie im Bundesrat auf Initiative Bayerns diskutiert wird⁴³, ist unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Wie die Entwurfsbegründung ausführt, wirken die genannten Merkmale strafbarkeitseinschränkend. Eine solche Einschränkung ist aber zur Vermeidung einer unangemessen, und damit verfassungsrechtlich problematischen Ausweitung der Strafbarkeit unverzichtbar. Erfordert die Erfüllung des Tatbestandes wie vorgeschlagen allein die Darstellung der genannten Gewalttaten und die Ermöglichung einer Beteiligung daran, werden u.U. auch solche Spiele erfasst, die durch ihr Setting (z.B. reine Fantasy-Welt), ihre narrative Einbettung (zweifelsfrei legitimierte Kriegshandlungen), ihre Aufmachung (eindeutige Ironie/Satire) nicht strafwürdig sind. Wenn zusätzlich noch die Merkmale „grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeit“ weit ausgelegt werden sollen, wie die Begründung fordert, dürfte dies eine Ausweitung bedeuten, die auch von den Entwurfsverfassern nicht gewollt sein kann.

Es handelt sich bei der Frage nach dem angemessenen Umgang mit (extrem) gewalthaltigen Computerspielen um ein gesamtgesellschaftliches Problem, das eine breite entsprechende Debatte erfordert und kreative Überlegungen zur Stärkung außerstrafrechtlicher Steuerungsmechanismen. Es kann und darf nicht Aufgabe des Strafrechts sein, in der Frage medialer Inhalte mehr als die alleräußerste Grenze des gesellschaftlich Akzeptierten zu markieren. Hier allerdings hat das Strafrecht eine wichtige Signalfunktion. Dass der geltende § 131 StGB diese Funktion im Bereich gewalthaltiger Computerspiele nicht ausreichend erfüllt, ist jedenfalls bisher nicht ausreichend erprobt. Entschlösse man sich, die materiellrechtliche und prozessrechtliche Klaviatur konsequent zu spielen, könnte sich das geltende strafrechtliche Gewaltdarstellungsverbot hier durchaus als nicht ganz stumpfes Schwert erweisen.

⁴³ BR-Drs. 76/07: § 131a, Virtuelle Killerspiele. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer Spielprogramme, die grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder menschenähnliche Wesen darstellen und dem Spieler die Beteiligung an dargestellten Gewalttätigkeiten solcher Art ermöglichen, 1. verbreitet, 2. öffentlich zugänglich macht, 3. einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder 4. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie im Sinne der Nummern 1 bis 3 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen.

Rechtsschutz gegen die Gewährung eines Auskunftsverweigerungsrechtes (§ 55 StPO) für den gemäß § 59 IRG vernommenen Entlastungszeugen

Von Rechtsanwalt Dr. Heiko Ahlbrecht, Rechtsreferendar Dr. Niclas Börgers, Düsseldorf*

I. Das praktische Problem

Die Globalisierung macht vor den deutschen Strafgerichten nicht Halt. Einerseits haben ihre eigenen Strafverfahren vermehrt Sachverhalte mit internationalen Bezügen zum Gegenstand. Andererseits müssen die deutschen Strafrichter zunehmend internationale Rechtshilfe für ausländische Strafverfahren leisten. Dazu werden mitunter Zeugen auf der Grundlage der §§ 59 IRG, 162 StPO durch die Amtsgerichte vernommen.¹ Eine Auskunft auf solche Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen die Gefahr inländischer oder ausländischer Strafverfolgung zuziehen würde, darf er auch in einem internationalen Rechtshilfeverfahren verweigern. Die Geltung des § 55 StPO ergibt sich insofern aus § 59 Abs. 3 IRG. Eine hypothetische innerdeutsche Rechtshilfe dürfte gemäß §§ 158 Abs. 2 S. 1 GVG, 162 Abs. 3 StPO nur unter Beachtung der strafprozessualen Vorschriften über die Zeugenvernehmung durchgeführt werden,² zu denen unter anderem das Auskunftsverweigerungsrecht gehört.

Beruft sich der Zeuge auf ein (vermeintliches) Auskunftsverweigerungsrecht und wird ihm dieses durch einen Beschluss des Amtsgerichts zugestanden, so kann das für einen Beschuldigten in dem ausländischen Strafverfahren gravierende Konsequenzen haben. Über das Protokoll der richterlichen Vernehmung gelangen möglicherweise belastende Umstände in das Auslandsverfahren, während ein entlastendes Wissen des Zeugen nicht eingeführt wird. Die Verfasser sehen es schon deshalb als eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit an, dass dem im ausländischen Strafverfahren Beschuldigten – entsprechend den Regeln des deutschen Verfahrensrechtes – nicht nur ein Anspruch auf Teilnahme an der Untersuchungshandlung (Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK),³ sondern

auch ein Rechtsmittel gegen den Beschluss des deutschen Amtsgerichts zur Verfügung steht, mit dem das Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 StPO und damit des Auskunftsverweigerungsrechtes überprüft werden kann.

Letzteres haben jüngst zwei Landgerichte – zunächst – gegenteilig beurteilt mit der Begründung, dass vom deutschen Strafprozessrecht gegen einen solchen amtsgerichtlichen Beschluss kein Rechtsmittel vorgesehen und insbesondere die Beschwerde nach § 304 StPO unzulässig und ausgeschlossen sei.⁴ Nach Darstellung der Schwierigkeiten einer Anwendung des § 55 StPO bei Gefahr ausländischer Strafverfolgung (II.) und der Statthaftigkeit der Beschwerde nach §§ 77 IRG, 304 StPO (III.) werden Möglichkeiten anwaltlichen Vorgehens in diesen Konstellationen bis hin zur Verfassungsbeschwerde beschrieben (IV.).

II. Zum Drohen ausländischer Strafverfolgung (§ 55 StPO)

Die Anwendbarkeit des § 55 StPO bei Gefahr der Strafverfolgung⁵ im Ausland wegen eines *früheren*, noch vor der Zeugenvernehmung geschehenen Verhaltens ist allgemein anerkannt.⁶ Die Norm statuiert – als Ausdruck der Achtung des Rechtsstaates vor der menschlichen Würde – den ausnahmslosen Vorrang des privaten Bedürfnisses, keine Voraussetzungen für die eigene strafrechtliche Verurteilung zu liefern, gegenüber dem Allgemeininteresse an der Aufklärung

der Gefährdung des Untersuchungserfolges *Wilkitzki* (Fn. 1), § 59 IRG Rn. 21.

⁴ LG Duisburg, Beschl. v. 15.10.2007 – Az. 31 Qs 100/07 und LG Essen in einem noch schwebenden Verfahren; ebenso *Vogler*, in: Köbler (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft, Freundesgabe für Söllner*, 1990, S. 596, 599 ff.

⁵ Soweit es das Ausland betrifft, ist mit Strafe jede Form der Ahndung einer Rechtsverletzung durch staatliche Übelzuefügung gemeint. Auf die deutsche, rein quantitative Unterscheidung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit (vgl. dazu *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2007, 1/9 ff.) kommt es insoweit nicht an.

⁶ LG Freiburg NJW 1986, 3036; *Dahs*, in: Rieß (Fn. 2), § 55 Rn. 14; *Klusmann*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, 57/40; *Meyer-Goßner*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 50. Aufl. 2007, § 55 Rn. 7; *Odenthal*, *NStZ* 1985, 117; *Rogall*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 32. Lieferung, Stand: Juli 2003, § 55 Rn. 39; *Ruetz*, *Der Schutz des Zeugen bei drohender Selbstbezichtigung*, 1986, S. 55 ff. Umstritten ist dagegen, ob § 55 StPO bei Gefahr der ausländischen Strafverfolgung *aufgrund* der Zeugenaussage einschlägig ist; vgl. dazu LG Stuttgart *NStZ* 1992, 454 mit Anm. *Odenthal*, *NStZ* 1993, 52; *Dahs*, a.a.O., Rn. 13 und *Rogall*, a.a.O., Rn. 29.

* Wessing Rechtsanwälte in Düsseldorf, www.strafrecht.de. Zu diesem Beitrag sahen sich die Verfasser durch zwei Verfahren veranlasst, in denen sie selbst tätig waren; siehe Fn. 4.

¹ *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4. Aufl. 2006, Vor § 59 IRG Rn. 37 und § 59 IRG Rn. 60; *Wilkitzki*, in: Grützner/Pötz (Hrsg.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Kommentar*, 4. Aktualisierung zur 3. Aufl., Stand: Februar 2008, § 59 IRG Rn. 20 ff.

² Vgl. *Schoreit*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 158 GVG Rn. 4 und *Rieß*, in: ders. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 26. Aufl. 2003, § 162 Rn. 43 m.w.N.

³ EGMR *StraFo* 2000, 374. Voraussetzung für die Verwirklichung des Anwesenheitsrechtes ist eine korrespondierende Benachrichtigungspflicht des deutschen Vornahmegerichtes, die nicht in das Ermessen des ersuchenden Staates gestellt wird; siehe a.a.O. und *Lagodny* (Fn. 1), § 59 IRG Rn. 39 m.w.N auch zu gegenteiliger Rechtspr. Vgl. zur Problematik

und Ahndung von Straftaten.⁷ Im Kontext der Vernehmung eines Entlastungszeugen gemäß §§ 59 IRG, 162 StPO führt die Anwendung des § 55 StPO zum Zurücktreten der Aufklärungsinteressen nicht des eigenen, sondern eines ausländischen Gemeinwesens, dessen Behörde das internationale Rechtshilfeersuchen gestellt hat, sowie der Aufklärungsinteressen des von seiner Strafverfolgung betroffenen Individuums. Dies alleine legitimiert aber keine Abwertung der Persönlichkeitsrechte des vernommenen Zeugen, so dass die ihm drohende Strafverfolgungsgefahr im ersuchenden oder einem dritten Staat grundsätzlich nach allgemeinen Regeln zu beurteilen ist.

Eingangsvoraussetzung ist der mit einem Anfangsverdacht gemäß § 152 StPO stets verbundene genügende Anlass für ein Ermittlungsverfahren.⁸ Obwohl der Begriff des Anfangsverdachts im strafprozessualen Schrifttum umfassend diskutiert wurde,⁹ bereitet er in der praktischen Handhabung auch des § 55 StPO weiterhin Schwierigkeiten, die sich aus zwei einfachen Prämissen ergeben. Einerseits können nur konkrete Tatsachen und nicht bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten ausreichen.¹⁰ Andererseits soll aber nicht hindern, dass die Einleitung des Ermittlungsverfahrens im Ergebnis zu Unrecht erfolgt¹¹ und etwa das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht die Strafbarkeit des in Rede stehenden Verhaltens verneinen würde (vgl. §§ 199 Abs. 1, 204 Abs. 1 Alt. 2 StPO). *Dahs* überwindet diesen Zwiespalt mit der berechtigten Forderung, dass die materiell-strafrechtliche und strafprozessuale Würdigung jedenfalls nicht unvertretbar und die staatliche Bestrafung aus Rechtsgründen nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen sein darf;¹² der verbleibende (Rechts-)Zweifel wirkt sich also zugunsten des Zeugen aus.¹³

Kommt lediglich eine ausländische Strafverfolgung in Betracht, werden die vergleichsweise selbstverständlichen Anwendungsvoraussetzungen des § 55 StPO zum Problem. Wie soll ein deutscher Richter entscheiden, ob im Ausland die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens respektive die ihr zugrunde liegende materiell-strafrechtliche und strafprozessuale Würdigung unvertretbar wäre? Er wird nur in den seltensten Fällen eine für die Vertretbarkeitskontrolle hinreichende Kenntnis des ausländischen Straf- und Strafprozess-

rechts haben beziehungsweise sich verschaffen können. Ohne weitere Hilfestellungen vermag der Richter sich daher kaum mit einer abstrakten eidlichen Versicherung des Zeugen zu begnügen, dieser nehme nach bestem Wissen an, dass er sich einer Auslandsstrafverfolgung aussetze (§§ 55 f. StPO).¹⁴ In der Praxis sollte sich die richterliche Ermessensentscheidung aber regelmäßig auf eine Auseinandersetzung zwischen dem Entlastungszeugen und dem Beschuldigten im Auslandsstrafverfahren beziehungsweise ihren jeweiligen Rechtsbeständen stützen können.

Der Beistand des Entlastungszeugen wird dem Richter die im Ausland verfolgbaren Straftaten zumindest in rechtlicher Hinsicht darlegen. Der Verteidiger des im Ausland Beschuldigten muss dann begründen, warum eine staatliche Bestrafung des Entlastungszeugen mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Dazu sollte er insbesondere Stellungnahmen des potentiellen Verfolgerstaates – etwa zu Verjährungsfragen oder sonstigen Prozesshindernissen – einholen. Auf dieser Grundlage vermag der Richter die Vertretbarkeit einer Auslandsstrafverfolgung nachzuvollziehen. Es ist ihm dabei verwehrt, die Auskünfte einer zuständigen ausländischen Stelle mit der Begründung zurückzuweisen, sie handle für einen Unrechtsstaat und sei deshalb nicht vertrauenswürdig. Die Anwendung des § 55 StPO bei Gefahr ausländischer Strafverfolgung setzt das Bestehen einer Rechtsordnung im potentiellen Verfolgerstaat voraus. Einer – durch den Zeugen selbst herbeigeführten oder geförderten – willkürlichen Verfolgung vermag der § 55 StPO weder im Inland noch im Ausland vorzubeugen.

Nach dem Wortlaut des § 55 StPO berechtigt jede Gefahr ausländischer Strafverfolgung zur Auskunftsverweigerung.¹⁵ *Odenthal* hält es jedoch für unbefriedigend, wenn dem Zeugen schon bei einer abstrakten Möglichkeit der Auslandsstrafverfolgung ein Auskunftsverweigerungsrecht zugebilligt wird, obwohl er mit seinen Antworten kein spürbares persönliches Risiko eingeht. Anders als bei nach deutschem Recht strafbaren Taten, bei denen bereits die rechtliche Verfolgbarkeit genüge, könne die Auslandstat ebenso aus tatsächlichen Gründen nicht verfolgbar sein. Er will das Auskunftsverweigerungsrecht daher von einer *konkreten* Gefahr der Strafverfolgung im Ausland abhängig machen.¹⁶

Dieser Restriktionsversuch wirft verschiedene Fragen nach der Legitimität, Definition und Umsetzbarkeit auf. Die durch § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO beschriebene Selbstbelastungsfreiheit ist eine strafprozessuale Konkretisierung des nemo-tenetur-Prinzips¹⁷ und als solche unabhängig davon, dass die Verfolgungsdrohung für den Zeugen spürbar ist oder sogar von ihm als seelische Belastung empfunden wird. Da die persönliche Spürbarkeit einer Verfolgungsdrohung keine Voraussetzung

⁷ BVerfG NJW 2002, 1411 (1412); siehe auch NJW 1972, 2214 und eingehend zum Ursprung des staatlichen Aufklärungs- und Strafverfolgungsinteresses *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 59 ff.

⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.2006 – Az. 4 Ws 63/02, III-4 Ws 63/02 m.w.N.

⁹ Vgl. etwa die Nachweise bei *Beulke*, in: Rieß (Fn. 2), § 152 Rn. 21 in Anm. 54 und *Weßlau*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 6), 22. Lieferung, Stand: Oktober 2000, § 152 Rn. 15 sowie das jüngere Konzept von *Deiters* (Fn. 7), S. 115 ff.

¹⁰ BGH NStZ 1999, 415 (416); *Dahs* (Fn. 6), § 55 Rn. 10 und *Beulke* (Fn. 9), § 152 Rn. 22 ff.; *Senge*, in: Pfeiffer (Fn. 2), § 55 Rn. 4.

¹¹ *Dahs* (Fn. 6).

¹² Siehe auch *Rogall* (Fn. 6), § 55 Rn. 40.

¹³ NStZ 1999, 386 (387).

¹⁴ Vgl. zum Normalfall drohender Inlandsstrafverfolgung *Senge* (Fn. 10), § 56 Rn. 4 m.w.N. sowie die von *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, 1998, S. 255 erwogene substantiierte Glaubhaftmachung in Abwesenheit der übrigen Verfahrensbeteiligten.

¹⁵ Siehe Nachweise in Fn. 6.

¹⁶ NStZ 1985, 117 (118).

¹⁷ *Rogall* (Fn. 6), § 55 Rn. 1 m.w.N.

des § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO darstellt, vermag sie die Einschränkung nicht zu rechtfertigen.¹⁸ Fraglich ist daneben, wie zwischen konkreter und abstrakter Gefahr der Strafverfolgung differenziert werden soll. Der Anfangsverdacht wird als konkrete Gefahr der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verstanden. Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten begründen daher schon keine Gefahr der Inlandsverfolgung.¹⁹ Bleiben also überhaupt Anwendungsfälle für die nicht hinreichende „abstrakte“ Gefahr der Auslandsstrafverfolgung? Mit diesem Kriterium ließen sich jedenfalls Konstellationen aussortieren, in denen eine Weitergabe der selbstbelastenden Angaben an die (ausländischen) Strafverfolgungsbehörden mit Sicherheit nicht in Betracht kommt. Doch dieser Aspekt dürfte vom *Autor* nicht gemeint sein, weil er die Möglichkeit der Informationsweiterleitung als zusätzliche Anwendungsvoraussetzung des § 55 StPO bei drohender Auslandsverfolgung behandelt.²⁰

Einen Ansatzpunkt liefert *Odenthal*s Differenzierung zwischen einer für die Anwendung des § 55 StPO hinreichenden rechtlichen Verfolgbarkeit der Tat im Inland und ihrer jeweils nachzuweisenden tatsächlichen Verfolgbarkeit im Ausland. Im Ergebnis ist dem mit folgender Überlegung zuzustimmen. Die Inlandsstrafverfolgung richtet sich grundsätzlich nach dem Legalitätsprinzip. Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine rechtlich verfolgbare Straftat zwingen die zuständige deutsche Staatsanwaltschaft nach (dem Ideal des) § 152 Abs. 2 StPO zu weiteren Ermittlungen.²¹ Ein ausländisches Strafverfolgungssystem kann jedoch ebenso nach Opportunitätsgesichtspunkten organisiert sein, so dass der Behörde ein Entschließungsspielraum zur Verfügung steht. Allein der Umstand, dass die Beteiligung an einem Sachverhalt unter eine Strafnorm irgendeines ausländischen Staates subsumiert werden kann, reicht dann nicht mehr für die Anwendung des § 55 StPO aus, wenn es keine Hinweise auf ein Verfolgungsinteresse des betreffenden Staates gibt. Eine hinreichende – von *Odenthal* so genannte konkrete – Strafverfolgungsgefahr besteht aber immer dann, wenn im Ausland bereits ein Ermittlungsverfahren läuft, dessen Gegenstand der Sachverhalt ist, zu dem der Zeuge befragt werden soll. Sie ist wiederum ausgeschlossen, wenn die ermittelnde ausländische Behörde explizit – und dokumentiert – bestätigt, gegen den Zeugen unter keinen Umständen Ermittlungen führen zu wollen.

¹⁸ Auch nach Ansicht von *Dahs* (Fn. 6), § 55 Rn. 1 m.w.N., soll der Zeuge vor der seelischen Zwangslage bewahrt werden, dass er unter dem Druck der Aussagepflicht Straftaten offenbaren muss. Wäre in diesem Sinne der Normkonflikt zwischen der Aussagepflicht des Zeugen und seinem Verfassungsrecht, keinen Beitrag zur eigenen strafrechtlichen Verurteilung liefern zu müssen, zumindest nicht alleine maßgeblich für die Anwendung des § 55 StPO, könnte das Auskunftsverweigerungsrecht gleichermaßen auf die Fälle einer *spürbaren* Inlandsverfolgungsgefahr reduziert werden.

¹⁹ *Dahs* (Fn. 6), § 55 Rn. 10 m.w.N.

²⁰ NStZ 1985, 117.

²¹ *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 1997, S. 81.

Um die Aussagepflicht in Fällen, in denen der Zeuge sich vor dem Zugriff der ausländischen Strafverfolgungsbehörde sicher weiß, nicht in sein Belieben zu stellen, fordert *Odenthal* zusätzlich, dass der Verzicht auf die Rückkehr in den Verfolgerstaat etwa wegen wirtschaftlicher oder persönlicher Bindungen objektiv unzumutbar ist.²² Dass ein solches ungeschriebenes Kriterium weder von § 55 StPO vorgesehen noch plausibel ist, zeigt folgendes Beispiel:²³ Man stelle sich vor, dass die Aussage eines ausländischen Zeugen den Anfangsverdacht einer in Deutschland strafbaren Tat eines Angehörigen (§ 52 Abs. 1 StPO) begründet, der in seinem Heimatstaat vor dem Zugriff der deutschen Strafverfolgungsbehörden sicher ist und zu dem kein regelmäßiger Kontakt besteht. Soll nun die Anwendung des § 55 Abs. 1 Alt. 2 StPO davon abhängen, dass der Verbleib des Angehörigen im Heimatstaat objektiv unzumutbar ist? Dies scheint den *Verfassern* nicht richtig zu sein. Weil das Persönlichkeitsrecht des Zeugen mit dem Zwang zur Selbstbelastung ebenso wenig zu vereinbaren ist wie mit dem Zwang zur Angehörigenbelastung,²⁴ muss die von *Odenthal* für § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO vorgeschlagene Zumutbarkeitsprüfung gleichermaßen abgelehnt werden. Maßgeblich für die Inanspruchnahme des § 55 StPO ist somit einzig die Frage nach der konkreten Gefahr im Sinne der tatsächlichen Verfolgbarkeit im Ausland.

III. Der ordentliche Rechtsweg

Im Folgenden werden zunächst die unstatthaften Rechtsbehelfe aussortiert und danach die Statthaftigkeit der Beschwerde gemäß §§ 77 IRG, 304 StPO dargelegt, wobei insbesondere auf den – nicht einschlägigen – Ausschlussgrund in § 305 S. 1 StPO einzugehen ist.

1. Kein Rechtsschutz nach §§ 40 Abs. 1 VwGO, 159 GVG, 23 EGGVG oder § 61 Abs. 1 S. 1, 2 IRG

Unstatthaft sind zunächst die von den §§ 40 Abs. 1 VwGO, 159 GVG, 23 EGGVG zur Verfügung gestellten Rechtsmittel. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu entschieden, dass der Rechtsschutz nach dem Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen den ordentlichen Gerichten übertragen und der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO) nicht eröffnet ist:²⁵ „Diese Regelungen des IRG sind nach ihrer Entstehungsgeschichte [...] sowie nach ihrem Sinn und Zweck darauf gerichtet, jedem, der durch die Erledigung des Rechtshilfeersuchens in seinen Rechten berührt wird, einen den Besonderheiten des Rechtshilfeverkehrs angepaßten, ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren, der sich – wie insbesondere das Antragsrecht des von einer Herausgabe Betroffenen nach § 61 Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative IRG verdeutlicht – nach der Vorstellung des Gesetzgebers, soweit nötig, auch auf die Prüfung der Frage erstreckt, ob die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe gegeben sind. Da

²² NStZ 1985, 117 (118).

²³ Gegen das Zumutbarkeitserfordernis auch *Ruetz* (Fn. 6), S. 56 f.

²⁴ *Rogall* (Fn. 6), Vor § 48 Rn. 141.

²⁵ NJW 1991, 649.

dieser Rechtsschutz den ordentlichen Gerichten übertragen ist, sind die Verwaltungsgerichte für die Behandlung entsprechender Einwendungen nicht zuständig.“

Der Antrag nach § 159 GVG zum Oberlandesgericht ist ausschließlich für die innerstaatliche Rechtshilfe vorgesehen.²⁶ Auch handelt es sich bei dem anzufechtenden Beschluss nicht um einen Justizverwaltungsakt im Sinne von § 23 EGGVG, denn Entscheidungen über die Gewährung internationaler Rechtshilfe dienen in erster Linie der Pflege internationaler Beziehungen und werden daher nicht auf dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen.²⁷

Ein Antrag zum Oberlandesgericht nach § 61 Abs. 1 S. 1, 2 IRG wäre ebenfalls unstatthaft. Das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen unterscheidet zwischen den rechtshilferechtlichen Voraussetzungen des „Ob“ der Leistung von sonstiger, d.h. vertragsloser Rechtshilfe (so genannte *Leistungsermächtigung*) sowie der Art und Weise ihrer Durchführung (so genannte *Vornahmeermächtigung*). Das Oberlandesgericht ist über die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe zur Entscheidung berufen. Es entscheidet, wenn entweder das für die Leistung der Rechtshilfe zuständige Gericht diese Voraussetzungen für nicht gegeben hält und die Sache unter Begründung seiner Auffassung vorlegt, oder aber wenn die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht beziehungsweise im Falle des § 66 IRG der von der Herausgabe in seinen Rechten Betroffene die obergerichtliche Entscheidung beantragen.²⁸ Auf diesem Weg kann folglich der im Ausland Strafverfolgte die Beschränkung der amtsgerichtlichen Zeugenvernehmung gemäß §§ 59 Abs. 3 IRG, 55 StPO nicht überprüfen lassen.

2. Statthaftigkeit der Beschwerde nach §§ 77 IRG, 304 StPO

Beschließt ein Amtsgericht bei einer Vernehmung im Wege der internationalen Rechtshilfe, dass dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht, so ist gegen diesen Beschluss gemäß §§ 77 IRG, 304 StPO die Beschwerde statthaft.²⁹ Der § 77 IRG eröffnet den strafprozessualen Rechtsschutz gegen die Art und Weise der Durchführung der Rechtshilfe.³⁰ Die Vorschriften der Strafprozessordnung gelten also für die Frage der Vornahmeermächtigung.

Wie schon erwähnt regelt diese, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen (Zwangs-)Mitteln die für das Ausland zu leistenden Informationen im Inland gewonnen werden dürfen, kurz: das „Wie“ jeder innerstaatlichen Erlangung.³¹ Diesem Bereich ist auch das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO zuzuordnen. Durch die Generalverweisungsnorm des § 59 Abs. 3 IRG wird zwar letztlich sichergestellt, dass ohne diese Vornahmeermächtigung keine Leistungsermächtigung besteht. Die dort einbezogenen Vor-

aussetzungen der Amtshilfe beschreiben trotzdem zunächst einmal innerstaatliche Durchführungsvoraussetzungen.³²

Die Vornahmeermächtigung beschränkt sich zudem nicht auf die innerstaatlichen Voraussetzungen einer Zwangsmaßnahme gegen den Beschwerdeführer. Die von ihm zu erhebende Beschwerde zielt in der Tat nicht auf die Abwehr einer solchen Maßnahme, sondern auf eine Leistung in Form der vollständigen Zeugenaussage, für die das Auskunftsverweigerungsrecht eine negative Voraussetzung darstellt. Allerdings muss ein Amtsgericht, wenn es selbst die Beschränkung der Befragung des Zeugen als teilweise Unzulässigkeit der Leistung der Rechtshilfe einordnet, gemäß § 61 Abs. 1 S. 1 IRG die Entscheidung des Oberlandesgerichts einholen. Unterlässt es dies, ist die Problematik des Auskunftsverweigerungsrechts schon aus Gründen des Vertrauensschutzes dem Bereich der Vornahmeermächtigung zuzuordnen. Die teilweise Nichterfüllung des Rechtshilfeersuchens kann nur am Fehlen der Leistungs- oder der Vornahmeermächtigung scheitern; ein Drittes ist nicht gegeben. Insofern wäre die Beschwerde dennoch gemäß § 77 IRG zuzulassen. Aber darauf kommt es letztlich nicht an.

Das Bundesverfassungsgericht hat beschlossen³³, dass ein von der Rechtshilfe – jenseits der §§ 61 Abs. 1 S. 1, 2, 66 IRG – Betroffener zwar nicht die Bewilligung der Leistung der Rechtshilfe als solche gerichtlich anfechten kann. Er vermag jedoch die Maßnahme mit den in der Strafprozessordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen anzugreifen. Seine Einwendungen darf er gleichermaßen auf die Unzulässigkeit der Bewilligung der Rechtshilfe, das heißt auf das Fehlen einer Leistungsermächtigung stützen. Nach dieser Integrationslösung umfasst der Vornahmenschutz den Leistungsrechtsschutz des Einzelnen auch außerhalb der §§ 61 Abs. 1 S. 1, 2, 66 IRG.³⁴ Anstelle einer Differenzierung kommt es nunmehr auf den Nachweis einer belastenden Rechtsverletzung an.³⁵ Dies ist weniger eine Frage der Zulässigkeit, sondern vielmehr der Begründetheit des Rechtsmittels.

3. Kein Ausschluss des Beschwerderechts durch § 305 S. 1 StPO

Die eingangs erwähnten Landgerichte haben den Ausschluss des Beschwerderechts – zumindest einstweilen – mit § 305 S. 1 StPO begründet. Die Vernehmung durch das Amtsgericht beinhaltet eine die Verfahrensbeendigung vorbereitende Entscheidung im Sinne dieser Norm, gegen die es kein eigenständiges Rechtsmittel gebe. Hierbei handelt es sich um ein Missverständnis sowohl der geschriebenen als auch der unge-

²⁶ Schoreit (Fn. 2), §§ 156 und 159 GVG, jeweils Rn. 1.

²⁷ KG StV 1993, 543 (544); Böttcher, in: Rieß (Fn. 2), § 23 EGGVG Rn. 39 m.w.N.; Vogler, NJW 1982, 468 (470 f.).

²⁸ OLG Hamm NStZ 1984, 417.

²⁹ Lagodny (Fn. 1), Vor § 59 IRG Rn. 37.

³⁰ LG Verden, Beschl. v. 30.8.2005 – Az. 1 Qs 119/05.

³¹ Lagodny (Fn. 1), Vor § 59 IRG Rn. 7.

³² Lagodny (Fn. 1), Vor § 59 IRG Rn. 10 und § 59 IRG Rn. 56, 60; siehe ferner BVerwG NJW 1991, 649.

³³ Am 9.8.1990 – Az. 2 BvR 1128/88; vgl. auch NJW 2005, 2289 (2295) zum EuHbG.

³⁴ OLG Frankfurt a.M. NStZ 2005, 349 (350); Lagodny (Fn. 1), Vor § 59 IRG Rn. 25 ff. Die Konzentration der Prüfung der Leistungsermächtigung auf die Oberlandesgerichte wird durch eine diesbezügliche Vorlagepflicht der Beschwerdegerichte sichergestellt, a.a.O., Rn. 39 ff.

³⁵ Vgl. Wilkitzki (Fn. 1), § 61 IRG Rn. 9.

schriebenen Voraussetzungen des § 305 StPO. Die Norm ist in der vorgestellten Konstellation nicht anwendbar.³⁶

a) Sind Amtsgerichte im internationalen Rechtshilfeverfahren erkennende Gerichte?

Ausschließlich die Entscheidungen des erkennenden Gerichts unterliegen nach dem Wortlaut des § 305 S. 1 StPO nicht der Beschwerde. Vernimmt ein Amtsgericht den Zeugen in einem internationalen Rechtshilfeverfahren, so ist es kein erkennendes Gericht. Als erkennendes Gericht wird das Gericht angesehen, bei dem das Hauptverfahren anhängig ist. Der Begriff ist funktional zu verstehen und umfasst jedes Gericht, das vom Erlass des Eröffnungsbeschlusses bis zur instanzbeschließenden Entscheidung ein Hauptverfahren betreibt.³⁷ Das Amtsgericht führt jedoch die Zeugenvernehmung gemäß § 59 Abs. 1 IRG nicht im eigenen Interesse, sondern aufgrund des Ersuchens der zuständigen Stelle eines ausländischen Staates durch.³⁸ Auf einen ersuchten Richter findet § 305 S. 1 StPO keine Anwendung, da er nicht dem erkennenden Gericht angehört.³⁹ Maßgebliche Voraussetzungen für die Anwendung des § 305 S. 1 StPO ist die Befassung mit dem Hauptverfahren.⁴⁰ Der vernehmende Amtsrichter befasst sich aber weder mit dem Hauptverfahren noch „erkennt“ er in der Hauptsache. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof schon sehr früh geurteilt,⁴¹ dass unter dem ersuchten Richter ein Amtsrichter zu verstehen ist, der dem mit der (Haupt-) Sache befassten Gericht nicht angehört und gemäß § 156 GVG im Wege der Rechtshilfe tätig wird. Seine Entscheidung gilt nicht nur für die innerdeutsche, sondern erst Recht für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Schon nach seinem Wortlaut ist § 305 S. 1 StPO somit unanwendbar.

b) Die Rechtswegprämisse des historischen Gesetzgebers

Wie eingangs dargelegt ist die Beschwerde gemäß §§ 77 IRG, 304 StPO das einzige in Betracht kommende deutsche Rechtsmittel. Den Beschwerdeführern steht gegen einen Beschluss, mit dem im internationalen Rechtshilfeverfahren einem Zeugen das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO

zugestanden wird, kein sonstiger Rechtsweg zu einer höheren, über dem Amtsgericht einzuordnenden Instanz zur Verfügung. Aus den Motiven zu § 305 StPO geht aber hervor, dass der Beschwerdeausschluss nach Satz 1 lediglich für die Fälle vorgesehen ist, in denen die gerichtliche Entscheidung – mit der Berufung oder Revision – in einer höheren Instanz angefochten werden kann.⁴²

Der historische Gesetzgeber hat die Norm mit der Prämisse gesetzt, dass mindestens einer dieser beiden Rechtswege gangbar ist. Es kann daher entweder nur die Beschwerde gemäß § 305 S. 1 StPO ausgeschlossen sein oder aber die sonstige Kontrolle durch eine höhere Instanz. Dementsprechend sieht auch das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden gegen solche Entscheidungen, die wegen § 305 S. 1 StPO nicht mit der einfachen Beschwerde nach § 304 StPO anfechtbar sind, als unzulässig an, weil der Rechtsweg noch nicht ausgeschöpft und die Entscheidung vor einer höheren Instanz anfechtbar ist.⁴³

Der § 305 S. 1 StPO vermag daher vorliegend nicht einzugreifen, weil die mit der Beschwerde bezweckte Kontrolle andernfalls lediglich im ausländischen Strafverfahren gewährleistet würde.⁴⁴

c) Effektiver Rechtsschutz entsprechend § 305 S. 2 StPO

Selbst wenn das Amtsgericht als das erkennende Gericht anzusehen wäre und zudem ein späteres Auslandsurteil eine nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers hinreichende Überprüfung gewährleisten sollte, fehlt es regelmäßig an einer weiteren ungeschriebenen Voraussetzung der Norm. Die Beschwerde ist jedenfalls immer dann statthaft, wenn der von der Entscheidung Betroffene sonst ohne effektiven Rechtsschutz wäre. Ihr unterliegen Entscheidungen der erkennenden Gerichte über die in § 305 S. 2 StPO genannten Ausnahmen hinaus, wenn sie von selbständiger prozessualer Bedeutung sind und eine Anfechtung des Urteils nicht zur Prüfung der Entscheidung des erkennenden Gerichts und insbesondere nicht zur Beseitigung der gegebenenfalls erheblichen Konsequenzen führt.⁴⁵ Der fragmentarische Charakter des § 305 S. 2 StPO nimmt somit keinen Einfluss auf die Effektivität des Beschwerderechtsschutzes. Kann die Beschwerde des Betroffenen nicht mehr durch die Anfechtung des

³⁶ Vgl. *Lagodny* (Fn. 1), Vor § 59 IRG Rn. 28.

³⁷ *Matt*, in: *Rieß* (Fn. 2), § 305 Rn. 8 m.w.N. Umstritten ist, ob auch Begleitentscheidungen neben der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 210 Abs. 1 StPO) vor einem *anderen* Gericht als solche des erkennenden Gerichts anzusehen sind; vgl. a.a.O. und insb. zur Entstehungsgeschichte *Weidemann*, *Zur Stellung der Beschwerde*, 1999, S. 36 ff.

³⁸ Zuständige Stellen sind die Behörden und Gerichte des ausländischen Staates, in deren Zuständigkeit die ersuchte Maßnahme nach nationalem Recht fällt, *Wilkitzki* (Fn. 1), § 59 IRG Rn. 12 ff. Vgl. auch *Lagodny* (Fn. 1), § 59 Rn. 4 ff. und 11 ff.

³⁹ *Altenhain/Günther*, in: *Wassermann* (Hrsg.), *Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Bd. 3, § 305 Rn. 12; ohne Begründung a.A. *Schwentker*, *Der Ausschluß der Beschwerde nach § 305 StPO*, 1990, S. 42..

⁴⁰ OLG Stuttgart NSTZ 1985, 524; OLG Köln NJW 1993, 608.

⁴¹ BGHSt 2, 1 (2).

⁴² Abgedruckt etwa bei *Matt* (Fn. 37), § 305 Rn. 1; siehe ferner *Weidemann* (Fn. 37).

⁴³ Beschl. v. 11.10.1951 – Az. 1 BvR 23/51 und v. 5.3.1998 – Az. 2 BvQ 5/98.

⁴⁴ Diesbezüglich gilt der Satz von *Vogler* (Fn. 4), S. 604: „Ein Rechtsschutz, der vom Gutdünken Dritter abhängt, genügt nicht der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG.“ Dieser Justizgewährleistungsanspruch wird am Ende dieses Beitrages unter IV. 2. thematisiert.

⁴⁵ LG Düsseldorf NSTZ 1983, 42; *Frisch*, in: *Rudolphi u.a.* (Fn. 6), 17. Lieferung, Stand: Dezember 1997, § 305 Rn. 22; *Matt* (Fn. 37), § 305 Rn. 21; nach dem Verständnis von *Weidemann* ist diese Voraussetzung entbehrlich, siehe *ders.* (Fn. 37), S. 166 ff.

Urteils beseitigt werden,⁴⁶ ist Satz 2 entsprechend anzuwenden.

Der Ausgangsbeschluss des Amtsgerichts kann solche selbständigen beziehungsweise urteilsunabhängigen Belastungen für die Beschwerdeführer insbesondere dann enthalten, wenn in dem ausländischen Strafverfahren Vermögenswerte gesperrt wurden. Die unvollständige Aussage des Zeugen und die damit fehlende Entlastungsmöglichkeit für die Beschwerdeführer erschweren oder verhindern ihr erfolgreiches Vorgehen gegen diese Zwangsmaßnahme. Daraus folgt eine mittelbare Beschwerde durch den amtsgerichtlichen Beschluss. Dieser ordnet zwar nicht selbst die Festsetzung der Gelder an, steht aber indirekt deren zwischenzeitlicher Freigabe und damit der wirtschaftlichen Betätigung der Beschwerdeführer entgegen. Aus diesem Grund kann das Beschwerderecht auch für ausländische juristische Personen, die in dem Auslandsstrafverfahren Einziehungs- oder Verfallsbeteiligte sind, von großer Bedeutung sein.⁴⁷

Ein gewichtiger Nachteil wird außerdem für den Fall angenommen, dass die Entscheidung eine selbständige Grundrechtsverletzung enthält.⁴⁸ Richtigerweise schließt bereits die plausible Behauptung oder Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung die Anwendung von § 305 S. 1 StPO aus, da das Beschwerdegericht für deren abschließende Feststellung in der Sache entscheiden muss. Die fehlerhafte Gewährung eines Auskunftsverweigerungsrechtes bei der ausschließlichen Vernehmung des Zeugen im internationalen Rechtshilfeverfahren verletzt das Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK. Dieses garantiert dem Angeklagten die Befugnis, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen.

Der Bundesgerichtshof hat dazu weiter ausgeführt: „Die Befragung des Zeugen hat dabei grundsätzlich, aber nicht zwingend in der Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten zu erfolgen. Ist ein Zeuge [...] außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden, muss dem Angeklagten entweder zu dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge seine Aussage macht, oder in einem späteren Verfahrensstadium die Gelegenheit gegeben werden, den Zeugen selbst zu befragen, unter Umständen über seinen Verteidiger befragen zu lassen. Selbst wenn der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt die Gelegenheit zur konfrontativen Befragung des Zeugen hatte, verstößt dies jedoch nicht ohne weiteres gegen Art. 6 Abs. 3 Buchst. d i.V.m. Abs. 1 Satz 1 MRK. Entscheidend ist vielmehr, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war“⁴⁹

⁴⁶ Engelhardt, in: Pfeiffer (Fn. 2), § 305 Rn. 10.

⁴⁷ In diesem Sonderfall stellt sich die Frage nach der Grundrechtsberechtigung gemäß Art. 19 Abs. 3 GG; siehe dazu a.E. unter IV. 2. c).

⁴⁸ Frisch (Fn. 45), m.w.N.

⁴⁹ NJW 2007, 237 (238 m.w.N.); vgl. zur Kompensation auch der nicht von der Justiz zu verantwortenden fehlenden Befragungsmöglichkeit durch Herabstufung des Beweiswertes einer belastenden Aussage Widmaier, in: Griesbaum u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 357 ff.

Unfair ist es vor allem, den Entlastungszeugen ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 StPO teilweise von seiner Auskunftspflicht zu entbinden. Deshalb verstößt eine solche Art der Beweiserhebung gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK. Bei dem Recht handelt es sich zugleich um eine spezielle Ausprägung des Grundrechtes auf effektiven Rechtsschutz und ein faires, rechtsstaatliches Verfahren,⁵⁰ das zwangsläufig mitverletzt wird. Das Beschwerdegericht muss daher in Anbetracht des Vorwurfs, das Amtsgericht habe dem Zeugen zu Unrecht das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO gewährt, wegen der damit gleichzeitig behaupteten Grundrechtsverletzung entsprechend § 305 S. 2 StPO die Beschwerde in der Sache entscheiden.

IV. Gegenvorstellung und Verfassungsbeschwerde

Wird die Beschwerde beim Amtsgericht gemäß §§ 77 IRG, 306 Abs. 1 StPO eingelegt, so hilft dieses ihr entweder selber ab oder es legt sie nach §§ 306 Abs. 2 StPO, 73 Abs. 1 GVG dem Landgericht als Beschwerdegericht vor.

Sollte das Landgericht die zuvor dargelegte Auffassung nicht teilen und die Beschwerde als unzulässig verwerfen, kommt dagegen eine Verfassungsbeschwerde in Betracht. Hinsichtlich der Zulässigkeit ist nicht nur die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG, sondern vor allem der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten. Wegen eines diesbezüglichen Verstoßes hat das Bundesverfassungsgericht schon einmal die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen einen Beschluss im internationalen Rechtshilfeverfahren verneint.⁵¹ Das Prinzip verlangt nach seiner Rechtsprechung nicht nur die Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), sondern darüber hinaus die Ausnutzung aller bestehenden Möglichkeiten, um die behauptete Grundrechtsverletzung zu beseitigen. Die Möglichkeit, mit Hilfe eines Antrags nach §§ 77 IRG, 33a StPO die nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs zu den übergangenen Gesichtspunkten zu erwirken, ist demzufolge gegenüber der Verfassungsbeschwerde vorrangig zu verfolgen. In Anbetracht dessen empfiehlt sich zunächst die Gegenvorstellung und erst danach – wenn das Landgericht nicht innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG entscheidet – die Verfassungsbeschwerde.

1. Umfassende Statthaftigkeit der Gegenvorstellung

Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde reicht zwar nur soweit, wie auch die Gegenvorstellung zu einem Verwerfungsbeschluss des Beschwerdegerichts statthaft ist. Die Statthaftigkeit der Gegenvorstellung lässt sich aber – wenn gleich auf verschiedenen Wegen – umfassend begründen.

In Betracht kommt zunächst die direkte Anwendung der §§ 33a, 310 StPO. Mit diesem Rechtsbehelf kann jeder Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG im Beschlussverfahren gerügt werden.⁵² Danach ist maßgeblich, ob die Entscheidung des

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.5.2007 – Az. 2 BvR 93/07 und NJW 2007, 204 (205).

⁵¹ EA v. 7.4.2003 – Az. 2 BvQ 14/03.

⁵² Maul, in: Pfeiffer (Fn. 2), § 33a Rn. 1 m.w.N.

Landgerichts das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt. Der grundrechtliche Schutzbereich wird von *Schmidt-Aßmann* wie folgt umrissen:⁵³ „Art. 103 Abs. 1 GG bestimmt, ob Gehör zu gewähren ist [...]. Die fälschliche Versagung einer weiteren Instanz ist danach an Art. 103 Abs. 1 GG [...] zu messen.“ In einer Gegenvorstellung wäre zu monieren, dass das Landgericht die durch §§ 77 IRG, 304 StPO eröffnete Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts fälschlicherweise als unstatthaft angesehen und deshalb – ohne Berücksichtigung der Argumente der Beschwerdeführer – nicht in der Sache entschieden hat. Ihnen wurde folglich zu Unrecht eine weitere Instanz und somit das rechtliche Gehör versagt.

Diese Argumentation ist allerdings „nicht ganz hasenrein“, weil die zitierte Äußerung von *Schmidt-Aßmann* vornehmlich der Abgrenzung des Gehörsgrundsatzes von der Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dient. An anderer Stelle kommentiert er anhand der Verfassungsrechtsprechung, dass Art. 103 Abs. 1 GG nicht die Rechtswegeröffnung, sondern die Rechtsstellung innerhalb des Verfahrens gewährleistet. Den Zugang zum Verfahren sichert der Justizgewährleistungsanspruch, während Art. 103 Abs. 1 GG auf den Verfahrensablauf ausgerichtet ist.⁵⁴ Es spricht also mehr dafür, die Verwerfung der Beschwerde als ausschließliche Verletzung des Justizgewährleistungsanspruch (aus Art. 19 Abs. 4 GG) anzusehen. Darauf kommt es aber nicht an. Das Landgericht ist außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches von § 33a StPO gleichermaßen befugt und zudem verpflichtet, auf eine Gegenvorstellung noch einmal über die Beschwerde zu entscheiden.

Wird eine Beschwerde irrtümlich als unzulässig verworfen, so muss das Beschwerdegericht jedenfalls in entsprechender Anwendung des § 33a StPO seinen Verwerfungsbeschluss aufheben, die sachliche Prüfung der angefochtenen Entscheidung nachholen und den Beschwerdeführer erneut bescheiden. So hat es das Oberlandesgericht Düsseldorf bereits für den Fall einer vermeintlich verfristeten sofortigen Beschwerde entschieden.⁵⁵ Die Gegenvorstellung ist schon deshalb statthaft, weil mit ihr eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG behauptet und eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die Einlegung der Verfassungsbeschwerde erspart.⁵⁶ Würde dagegen der Beschluss des Landgerichts als unabänderlich qualifiziert, führte dies lediglich auf dem „Umweg“ der Verfassungsbeschwerde dazu, dass die Entscheidung wegen Nichterfüllung des Justizgewährleistungsanspruches vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben wer-

den müsste.⁵⁷ Eine adäquate Fachgerichtsordnung hat jedoch selbständig – notfalls im Wege der Rechtsfortbildung – den Anforderungen des Grundgesetzes Rechnung zu tragen.⁵⁸

2. Rüge einer Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG mit der Verfassungsbeschwerde

Falls das Landgericht die Beschwerde selbst auf die Gegenvorstellung hin nicht – oder nicht vor Ablauf der Monatsfrist – in der Sache entscheidet, muss man im Rahmen der Verfassungsbeschwerde Farbe bekennen und gemäß § 92 BVerfGG die Verletzung eines Grundrechtes rügen. Bisher wurde ohne weitere Begründung auf Art. 19 Abs. 4 GG abgestellt; eine Verletzung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs, den das Bundesverfassungsgericht als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips in Verbindung mit den Grundrechten, insbesondere mit Art. 2 Abs. 1 GG ansieht,⁵⁹ kommt jedoch ebenso in Betracht. Den übereinstimmenden Schutzbereich beider Grundrechte bestimmt es folgendermaßen:⁶⁰

„Die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie gewährleistet nicht nur, dass überhaupt ein Rechtsweg zu den Gerichten offen steht. Ebenso wie Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dessen Anwendungsbereich auf die vollziehende öffentliche Gewalt beschränkt ist [...], garantiert sie vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes [...]. Die Rechtsschutzgarantie umfasst das Recht auf Zugang zu den Gerichten, eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter [...]. Die Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gesichert [...]. Die Rechtsschutzgarantie [...] gewährleistet zwar keinen Anspruch auf einen Instanzenzug [...]. Wird dieser von den Prozessordnungen aber eröffnet, dann gebietet Art. 19 Abs. 4 GG wirksamen Rechtsschutz in allen von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen.“

Wenn ein Landgericht die Beschwerde unter Verweis auf § 305 S. 1 StPO als unzulässig verwirft, so versperrt es den durch §§ 77 IRG, 304 StPO eröffneten Rechtsweg und verletzt damit zugleich den über Art. 19 Abs. 4 GG abgesicherten Justizgewährleistungsanspruch. Dieses Zwischenergebnis erscheint noch unter drei weiteren Gesichtspunkten problematisch. Abschließend wird daher erörtert, wieso es sich bei der Vernehmung des Amtsrichters im internationalen Rechtshilfverfahren um die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG handelt, inwiefern die Möglichkeit einer sonstigen Rechtsverletzung bestehen muss und warum auch ausländischen juristischen Personen das Grundrecht zusteht.

a) Gerichtliche öffentliche Gewalt

Bei dem amtsgerichtlichen Beschluss, der dem im internationalen Rechtshilfverfahren zu vernehmenden Zeugen ein

⁵³ Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 48. Lieferung, Stand: November 2006, Art. 103 Abs. 1 Rn. 12.

⁵⁴ A.a.O., Rn. 7; ebenso BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02. Im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21.6.1977 (Az. 2 BvR 196/77) heißt es noch, dass die Rechtsschutzgarantien der Art. 19 Abs. 4 und 103 Abs. 1 GG sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern parallel anzuwenden sind.

⁵⁵ Beschl. v. 30.4.1985 – Az. 4 Ws 124 u 125/85, 4 Ws 124/85, 4 Ws 125/85; ebenso *Wendisch*, in: Rieß (Fn. 2), § 33a Rn. 9.

⁵⁶ Vgl. *Meyer-Gofner* (Fn. 6), Vor § 296 Rn. 25 m.w.N.

⁵⁷ Vgl. OLG Karlsruhe NStZ 1993, 88 (89).

⁵⁸ *Frisch* (Fn. 45), Vor § 304 Rn. 33 m.w.N.

⁵⁹ Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 und StV 2006, 26 (27).

⁶⁰ NJW 2005, 1999 (2001); vgl. ebenso NJW 2003, 1514 (1515).

Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zubilligt, handelt es sich um einen Akt der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Dieses Verständnis bedarf der Begründung, wenn man sich folgende Verfassungsrechtsprechung vergegenwärtigt: „Art. 19 Abs. 4 GG wird in der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur dahingehend verstanden, dass der dort benutzte Begriff der öffentlichen Gewalt einengend auszulegen und nur auf die vollziehende Gewalt anzuwenden sei. Dies wird regelmäßig in die Formel gefasst, das Grundgesetz gewährleiste Rechtsschutz durch den Richter, nicht aber gegen den Richter“.

„Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff der öffentlichen Gewalt allerdings nicht auf die Exekutive im organisatorischen Sinne begrenzt. [...] Als öffentliche Gewalt im Verständnis des Art. 19 Abs. 4 GG werden auch die Gerichte eingeordnet, wenn sie außerhalb ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit auf Grund eines ausdrücklich normierten Richtervorbehalts tätig werden [...]. In diesen Fällen handeln die Gerichte zwar in voller richterlicher Unabhängigkeit, aber nicht in ihrer typischen Funktion als Instanzen der unbeteiligten Streitentscheidung. Vielmehr nehmen sie auf Antrag eigenständig einen Eingriff vor, der aber, auch soweit er funktional Ausübung vollziehender Gewalt ist, im Interesse eines besonderen rechtsstaatlichen Schutzes nicht der Exekutive oder jedenfalls nicht ihr allein überlassen wird“.⁶¹

Um einen solchen Fall gerichtlicher öffentlicher Gewalt handelt es sich ebenso bei der amtsgerichtlichen Zeugenvernehmung im Wege der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.⁶² Das Amtsgericht erfüllte insofern nicht die typische Funktion als Instanz der unbeteiligten Streitentscheidung, sondern eine dienende Funktion für das ausländische Strafverfahren; es handelte als *Vornahmebehörde* (vgl. Nr. 7c der RiVAST). Diese Einschätzung dürfte auch das Bundesverfassungsgericht teilen, denn es hat bereits die Verwerfung einer Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Ladung zur Vernehmung in einer internationalen Rechtshilfesache als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG angesehen.⁶³

b) Mögliche Verletzung eines subjektiven Rechts

Die in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG enthaltene Rechtsweggarantie setzt – etwa nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Haftbefehlsgesetz⁶⁴ – voraus, dass dem Betroffenen eine Rechtsposition zusteht; eine bloße Interessenverletzung genügt nicht. Die Rechtsposition muss sich nicht aus einem anderen Grundrecht oder einer grundrechtsgleichen Gewährleistung ergeben. Sie kann ebenso durch einfaches Gesetz begründet sein, wobei der Gesetzgeber die Voraussetzungen des Rechtes und seinen Inhalt bestimmt. Die Verletzung eines eigenen subjektiven Rechts des Beschwerdeführers erscheint in der erörterten Fallkonstellation jedoch immer möglich. Der (Verfassungs-)Beschwerdeführer sollte bereits in der Beschwerdeschrift eine Verletzung seines Rechts aus

Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK beziehungsweise seines Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz und ein faires, rechtsstaatliches Verfahren durch den Ausgangsbeschluss des Amtsgerichts dargelegt haben.

c) Zur Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)

Ausnahmsweise kann die Grundrechtsträgerschaft in Frage stehen, wenn in dem ausländischen Strafverfahren keine oder zumindest nicht ausschließlich natürliche Personen vor Gericht stehen. Als Einziehungs- oder Verfallsbeteiligte kommen durchaus ausländische juristische Personen in Betracht. Aber auch solche Beschwerdeführer sind „jemand“ im Sinne von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Der Begriff bedeutet schlicht jedermann. Er umfasst jedes Subjekt, das nach der Rechtsordnung Träger mindestens eines Rechtes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sein kann.⁶⁵ Ausländische juristische Personen können gleichermaßen die Verletzung ihres Rechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK rügen. Die Anwendung von Art. 6 MRK hängt weder von der Staatsangehörigkeit ab noch davon, ob eine Person im Inland oder Ausland wohnt. Sind Personenvereinigungen oder juristische Personen im jeweiligen Verfahren (etwa nach § 444 StPO) parteifähig beziehungsweise angeklagt, stehen auch ihnen die Ansprüche aus Art. 6 MRK zu.⁶⁶

Weil ausländische juristische Personen eine Verletzung ihres Rechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK geltend machen können, werden sie zugleich von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG adressiert. Zu diesem Ergebnis gelangt man ebenso, wenn Art. 19 Abs. 4 GG nicht jedem Träger eines subjektiven Rechts zubilligt wird, sondern ausschließlich den Trägern von Grundrechten.⁶⁷ Selbst dann können natürliche und juristische Personen, Vereinigungen, Inländer und Ausländer gleichermaßen Träger des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG sein.⁶⁸ Mit dem Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK ist zugleich das justizielle Grundrecht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren betroffen, das seinem Wesen nach auf ausländische juristische Personen anwendbar ist.⁶⁹

V. Zusammenfassung

Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO kommt nur bei konkret drohender (nicht willkürlicher) Strafverfolgung im Ausland zur Anwendung. Beschließt das Amtsgericht bei einer Vernehmung im Wege der internationalen Rechtshilfe zu Unrecht, dass dem Zeugen das Auskunftsverweigerungsrecht zusteht, so ist dagegen gemäß §§ 77 IRG, 304 StPO die Beschwerde statthaft. Gegen deren Ausschluss durch § 305 S. 1

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – Az. 1 PBvU 1/02.

⁶² Vogler, in: Grützner/Pötz (Fn. 1), § 77 IRG Rn. 7.

⁶³ Beschl. v. 9.8.1990 – 2 BvR 1128/88; vgl. ebenso den Beschl. v. 30.9.1987 – 2 BvR 510/85.

⁶⁴ NJW 2005, 2289 (2295).

⁶⁵ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Fn. 53), Bd. 3, 42. Lieferung, Stand: Februar 2003, Art. 19 Abs. 4 Rn. 38.

⁶⁶ Gollwitzer, in: Rieß (Fn. 2), Art. 6 MRK und Art. 14 IPBPR Rn. 14.

⁶⁷ So etwa Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 19 Rn. 48.

⁶⁸ Vgl. a.a.O. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG.

⁶⁹ Vgl. Jarass (Fn. 67), Art. 19 Rn. 20.

StPO sprechen sowohl dessen Wortlaut als auch die Motive des historischen Gesetzgebers und das in § 305 S. 2 StPO nur teilweise realisierte Gebot effektiven Rechtsschutzes. Verwirft das Landgericht die Beschwerde dennoch als unzulässig, so sollte zunächst die Gegenvorstellung und erst in einem zweiten Schritt – aber innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG – die Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Der Verwerfungsbeschluss würde den Justizgewährleistungsanspruch des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzen.⁷⁰ Er wäre deshalb vom Bundesverfassungsgericht aufzuheben.

⁷⁰ Trotzdem sollte ergänzend die Verletzung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs sowie des Gehörgrundsatzes gerügt werden.

R e z e n s i o n e n

Klaus Volk (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Münchener Anwaltshandbuch, Verlag C.H. Beck, München 2006, 2183 S., gebunden, € 138.-

Dieses Handbuch setzt sich zum Ziel, demjenigen Strafverteidiger Orientierung im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht zu bieten, der dieses Feld noch nicht betreten hat. Es ergänzt das allgemeine Handbuch zur Strafverteidigung von *Widmaier*. Die Herausgabe eines eigenständigen Handbuchs zur Verteidigung in Wirtschafts- und Steuersachen reflektiert die steigende Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts für die Praxis, aber auch für die Wissenschaft. Im Folgenden kann nur ein knapper Überblick über den reichhaltigen Inhalt gegeben werden.

Das Werk gliedert sich in vier Teile (A bis D) mit 33 durchlaufenden Paragraphen. Teil A widmet sich den Grundlagen des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. *Grunst/Volk* erläutern in § 1 den unklaren Begriff des Wirtschaftsstrafrechts – auch unter Berücksichtigung kriminologischer Besonderheiten – und skizzieren die neuere geschichtliche Entwicklung. Sie weisen zu Recht auf die bedenkliche Umfunktionierung des Strafrechts zu einem „Rundum-Schutz“ hin, betonen aber die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (§ 1 Rn. 107). § 2 enthält den Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts. *Volk* erläutert hier wirtschaftsstrafrechtliche Problempunkte, die die Anwendung der historisch-systematisch vornehmlich anhand der Tötungsdelikte entwickelten Dogmatik mit sich bringt. Dies geschieht knapp. Hier zeigt sich die überzeugend konsequente Aufgabe des Handbuchs als Ergänzung zu allgemeinen strafrechtlichen Werken. Wegen der besonderen Bedeutung der strafrechtlichen Erfassung arbeitsteiligen Verhaltens im Wirtschaftsleben widmen *Knauer/Kämpfer* der Täterschaft und Teilnahme einen eigenen Abschnitt (§ 3). Hier findet sich eine lesenswerte Darstellung der – für den Anwalt letztlich allein bedeutenden – Rechtsprechung, wobei aber auch kritische Töne angeschlagen werden (z.B. § 3 Rn. 94 ff.). *Wessing II* behandelt in § 4 die strafrechtliche Produkthaftung. Einer Darstellung der teils spektakulären Kernfälle folgen eine Erarbeitung der strafrechtlichen Grundlagen (insbesondere die Garantenstellungen) und die einzelnen Ausprägungen im Bereich der Produktverantwortung. Besonders geht er auf die praktisch alles überragenden Fragen von Kausalität und objektiver Zurechnung sowie Vorsatz oder Fahrlässigkeit ein. Als Sonderprobleme werden u.a. Kollegialentscheidungen, das KonTraG, die Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs und die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Produktbenutzers abgehandelt. Zusammenfassend wird das strafrechtliche Risiko der verschiedenen Hierarchieebenen (Top-, Middle-Management, Mitarbeiter) erläutert. Auf die Behandlung der Rechtsfolgen hätte an dieser Stelle angesichts des folgenden Kapitels evtl. verzichtet werden können, den prozessualen Besonderheiten hingegen hätte man vielleicht mehr Raum geben können. Besonders beachtenswert sind die präventiv beratenden Ausführungen zur Begrenzung der Verantwortlichkeit (Rn. 244 ff.). Hier wird deutlich, dass der strafrechtlich tätige Rechtsanwalt gerade im Wirtschafts-

und Steuerrecht vorbeugend beraten sollte, bevor „das Kind in den Brunnen gefallen ist“. *Britz* schildert in § 5 die „Rechtsfolgen gegen das Unternehmen“ und zeigt auf, dass zwar keine Strafe i.e.S. verhängt werden kann, dass aber Geldbußen sowie Verfall und Einziehung ein erhebliches Risiko darstellen. Da der Mandant in der Regel vom Ergebnis her denkt, hätte man diesen Abschnitt umfassender – unter Einbeziehung von Zivil- und Verwaltungsrecht, aber auch im Lichte faktischer Einbußen aufgrund Reputationsschäden – ausbauen können. § 6 umfasst die Verjährung, bearbeitet von *Feigen/Graf*. Die Ausführungen sind gelungen, dürften aber im Rahmen dieses Handbuchs mangels Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Strafrecht nicht zwingend erforderlich sein. Gleiches gilt wohl auch für das Beweisantragsrecht in § 13 (*Schiller*). Die §§ 7 ff. stellen anwaltlich zweckmäßiges Handeln dar (§ 7 von *Knierim* zur Mandatsführung und -organisation, § 9 von *Salditt* zu Strategie und Taktik, § 10 von *Kempf* zum Unternehmensanwalt). Die wachsende Bedeutung der strafrechtlichen Präventivberatung schlägt sich in einem eigenen Abschnitt (§ 8 von *Verjans*) nieder. Notwendigkeit und Durchführung werden ausführlich und überzeugend gegliedert (Aufgabe, Bestandsaufnahme, vergangenheitsbezogene und zukunftsbezogene Beratung). Die Ausführungen zur Vorbereitung auf evtl. Durchsuchungen (§ 8 Rn. 105 ff.) finden sich leider in § 10 Rn. 18 ff. und § 11 Rn. 104 ff. in ähnlicher Weise. In der (eilbedürftigen) Praxis dürften die Checklisten am Ende des Kapitels hilfreich sein. Auch *Wessing II* (§ 11 – Die Beratung des Unternehmens in der Krise) beschäftigt sich mit strafrechtlicher Beratung außerhalb der eigentlichen Strafverteidigung. In § 12 erläutert *Rönnau* die Vermögensabschöpfung und Zurückgewinnungshilfe in monographischer Präzision. Der globalen Dimension der modernen Wirtschaft entspricht eine Internationalisierung des Wirtschafts- und Steuerrechts und damit auch des entsprechenden Strafrechts, welches *Vogel* in § 14 umreißt. Die sich hieraus u.U. ergebende internationale Strafverteidigung problematisiert *Nelles* in § 15. Mit § 16 von *Lesch* zum Betrug beginnt der dritte Teil zur Verteidigung in spezifischen Deliktsfeldern. *Lesch* gelingt es, die wirtschaftsspezifischen Besonderheiten und Konstellationen des facettenreichen Betrugstatbestandes zu vermitteln. Hervorzuheben ist die selbst auferlegte Inhaltsbeschränkung, die das Kapitel vergleichsweise knapp geraten lässt, der Lesbarkeit aber sehr zuträglich ist. Gleiches gilt für die Erörterung der Untreue durch *Thomas* in § 17. *Leipold/Böttger* behandeln in § 18 die Insolvenzdelikte und lassen sich durch den Gedanken leiten, dass der Strafverteidiger hier eher einmal Neuland betritt, so dass ein kleines Lehrbuch entstanden ist. Das vielgestaltige Phänomen der Korruption bearbeiten *Greeve/Dörr* (§ 19) und liefern nicht nur eine Kommentierung der §§ 299, 331 ff. StGB, sondern erörtern auch die sog. Begleitdelikte. Im Rahmen der Rechtsfolgendarstellung wird insbesondere auf die gewerbe-, wettbewerbs- und vertragsrechtlichen Konsequenzen eingegangen. § 20 beschäftigt sich mit der Geldwäsche. *Berndt* erläutert zunächst den § 261 StGB und die Vorschriften des GwG und bietet der Praxis sodann Hinweise für betroffene Anwendergruppen zur Einhaltung der entsprechenden Vorschriften. Hier gibt es, da Banken Hauptziel der Ge-

setzung zur Geldwäschebekämpfung sind, einige Überschneidungen mit § 21 (*Knierim*, Banken und Kreditwesen). *Knierim* stellt – nach Fallgruppen geordnet – die Straftaten sowohl nach dem StGB als auch nach dem KWG im Kontext des Bankgeschäfts dar. Der interdisziplinäre und akzessorische Charakter des Wirtschaftsstrafrechts wird in § 22 zum Kapitalmarktrecht besonders deutlich. *Benner* übernimmt hier vor der Erläuterung der eigentlichen Strafrechtsnormen die Aufgabe, dem typischerweise in diesen Dingen unerfahrenen Strafverteidiger die Funktionsweise des Kapitalmarkts und das Normengeflecht des Kapitalmarktrechts mitsamt der verschiedenen Aufsichtsinstitutionen nahe zu bringen. *Witting* liefert in den §§ 23 und 24 eine Darstellung des Wettbewerbs- und Kartellrechts. § 25 (*Knierim*) enthält strafrechtliche Fragen der Publizität und des Rechnungswesens. Es folgen noch die Außenwirtschaft (§ 26, *Knierim/Wißmann*), das Arbeits- (§ 27, *Greeve*) und das Umweltstrafrecht (§ 28, *Leipold/Engel*). Der vierte Teil des Handbuchs behandelt Steuern, Abgaben und Subventionen, § 29 (*Lohr*) das Steuerstrafrecht und die Steuerordnungswidrigkeiten, § 30 das Steuerstrafverfahrensrecht (*Bohnert*), § 31 das Zollstrafrecht (*Krause/Prieß*), § 32 (*Verjans*) den Subventionsbetrug, schließlich § 33 (*Köpp*) den Gemeinsamen Markt.

Das Werk wird seinem Anspruch vollauf gerecht. Es liefert eine gedrungene, auch didaktisch gelungene Darstellung des Wirtschafts- und Steuerrechts. Dabei wird nicht nur der Praktiker das Handbuch mit Gewinn nutzen, sondern auch die Wissenschaft. Bei der Vielzahl der *Autoren* bestehen naturgemäß Differenzen in der Art der Darstellung, was etwa die wissenschaftliche Tiefe, die Verarbeitung der Literatur, oder auch die Verwendung von Schemata, Checklisten oder anderen Arbeitshilfen angeht. Bald wird nüchtern referiert, bald durchaus bissig kommentiert (vgl. etwa *Benner*, § 22 Rn. 14: „katastrophales historisches Chaos“). Bei umfangreicher Lektüre in dem Handbuch fällt es bisweilen auf, dass gewisse Fragen mehr als einmal erörtert werden (insofern verteidigend *Volk* im Vorwort). Vielleicht könnten hier Verweise auf ein vorheriges bzw. das zentrale Kapitel, welches das entsprechende Thema abhandelt, genügen.

Alles in allem: ein gelungenes und wertvolles Werk, das dem Strafverteidiger umfangreiches Know-How vermittelt und die Möglichkeit der Vertiefung bietet, aber auch dem Wissenschaftler Probleme und Bewältigungsstrategien der wirtschaftsstrafrechtlichen anwaltlichen Praxis aufzuzeigen vermag.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Dennis Bock, Kiel

R e z e n s i o n e n

Paul-Günter Pötz/Claus Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen. Die für die Rechtsbeziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland in Strafsachen maßgeblichen Bestimmungen, C.F. Müller RWS, Heidelberg 2008, ca. 7.594 S., € 179.-

Die internationale Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung gewinnt für die Rechtspraxis immer mehr an Bedeutung. Das Regelwerk der „Internationalen Rechtshilfe“ ist komplizierter und weniger überschaubar geworden. Zu diesem Regelwerk gehören die „klassischen“ Rechtshilfeübereinkommen, die der Europarat initiiert hat. Diese verlieren vor dem Hintergrund der erweiterten Europäischen Union und den in diesem Rahmen von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen Verträgen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit zwar an Bedeutung, sind jedoch nach wie vor für den Rechtshilfeverkehr außerhalb der EU unverzichtbare Rechtsgrundlage. Das gilt auch für die bilateralen Rechtshilfeverträge mit außereuropäischen Staaten. In all diesen Bereichen wurden in den letzten Jahren neue Verträge geschlossen und bestehende durch Zusatzabkommen ergänzt. Neben den Rechtsgrundlagen für die internationale Kooperation bei der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, sind die Institutionen, welche die Kooperation von Polizei- und Justizbehörden organisieren, für die Praxis von Bedeutung. Zu nennen sind hier Eurojust und Europol. Schließlich sind für die Arbeit des Verteidigers, Staatsanwaltes, Polizeibeamten und des Richters die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, also das „Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen“ (IRG), die Zuständigkeitsvereinbarungen dazu, sowie die „Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten“ (RiVAST) von Bedeutung.

Insbesondere im Hinblick auf die regelmäßigen Änderungen und Ergänzungen der Rechtsquellen für die „Internationale Rechtshilfe“ in Strafsachen, besteht ein großer Bedarf an aktuellen Texten der einschlägigen Verträge, Abkommen, Gesetze und Richtlinien. Dies gilt auch in Zeiten des Internets, in denen viele Materialien auf den Websites des Europarates, der EU oder des Bundesjustizministeriums verfügbar sind. Das Angebot an Sammlungen und Kommentierungen von Rechtsquellen der „Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen“ auf dem Buchmarkt ist dagegen recht übersichtlich. Das hier besprochene Werk gehört seit mehr als 50 Jahren zur Standardliteratur auf diesem Rechtsgebiet. Herausgegeben wird es von *Paul-Günter Pötz* (Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz a.D.) und *Claus Kreß* (Professor an der Universität zu Köln). Den Herausgebern ist es gelungen, besonders sach- und fachkundige Wissenschaftler und Praktiker für eine Mitarbeit zu gewinnen. Neben *Martin Böse* (Professor an der Universität zu Bonn) sind es die beiden Richter am OLG *Michael Böhm* und Prof. Dr. *Joachim Vogel*, Bundesanwalt *Michael Grotz* (Nationales Mitglied von Eurojust) sowie die Regierungsdirektoren *Jan MacLean* (Ständige Vertretung der BRD bei der EU in Brüssel), Dr. *Sigrid Jacoby*, Dr. *Christian Johnson* (Bundesministerium der Justiz).

Die dritte Auflage wurde durch drei Aktualisierungen auf den Stand von Januar 2008 gebracht. Das ist ein großer Vorteil des Werkes: als Loseblattausgabe wird die Sammlung etwa fünfmal im Jahr aktualisiert. Dies gewährleistet, dass dem Anwender stets die aktuelle Fassung der Rechtsquelle zur Verfügung steht. Die Hrsg. leisten aber wesentlich mehr als nur die Zusammenstellung von Texten. Das gesamte IRG wird kommentiert und einzelne Rechtshilfeübereinkommen werden in „Vorbemerkungen“ kurz und prägnant erläutert. Die Februar-Lieferung enthält den Abschluss der Kommentierung der §§ vor 78-83i zum „Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl“.

Die Sammlung ist in vier Teile gegliedert, die auf fünf Ordner im Format DIN A 5 verteilt sind. Im Band 1 der Sammlung ist neben den Inhaltsverzeichnissen für alle Ordner ein sehr umfangreiches „Sachverzeichnis“ mit einer Fülle von Stichworten abgedruckt, so dass der Anwender schnell die gesuchten Texte findet. Das Inhaltsverzeichnis ist auf dem Stand Dezember 2000 und das Sachverzeichnis auf dem Stand November 2004.

Teil I enthält die innerdeutschen Bestimmungen mit dem kommentierten IRG, für das es ein gesondertes Stichwortverzeichnis gibt, das leider auf dem Stand von Dezember 1999 ist, so dass der achte Teil („Unterstützung von Mitgliedstaaten der Europäischen Union“) nicht berücksichtigt wird. In Teil II sind die nach Staaten geordneten zwischenstaatlichen Vereinbarungen über die Rechtshilfe abgedruckt. Der Teil III mit den Texten der multilateralen Abkommen enthält sowohl die vom Europarat initiierten Verträge als auch Übereinkommen auf Ebene der EU. Eingebunden finden sich hier das Statut des „Internationalen Strafgerichtshofes“ sowie die VN-Resolution 827 über den Jugoslawien-Strafgerichtshof und die UN-Resolution über den Ruanda-Strafgerichtshof. Zu Teil III gehören auch die thematisch (von Alkoholschmuggel bis Zollübereinkommen) geordneten mehrseitigen Abkommen. Teil IV enthält ausländische Rechtsquellen zur Rechtshilfe mit dem Schwerpunkt „Auslieferungrecht“.

Vor § 1 IRG gibt *Vogel* eine mehr als 170seitige Einführung in die „Internationale Rechtshilfe“. Insgesamt bieten diese „Vorbemerkungen“ viel mehr als die Überschrift des Textes vermuten lässt. Der Leser erhält eine umfassende Einführung in Rechtsgrundlagen und Verfahren der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sowie einen Überblick über die justizielle Kooperation auf Ebene der Europäischen Union und die Zusammenarbeit nationaler Justizbehörden mit den internationalen Strafgerichtshöfen. Der Text ist auf dem Stand von Dezember 2001, eine Aktualisierung sollte deshalb zeitnah erfolgen.

Ausführlich geht *Vogel* auf bisherige und mögliche künftige Entwicklungen des Rechts der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ein. Diese ist durch zwei Tendenzen gekennzeichnet: Die Herausbildung eines einheitlichen europäischen Strafrechtsraums im institutionellen Rechtsrahmen der Europäischen Union und die Errichtung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit im institutionellen Rahmen der Vereinten Nationen (*Vogel*, Vor § 1 Rn. 166) Als weitere bemerkenswerte Entwicklung nennt *Vogel* die Intensivierung der Zusammenarbeit von Polizeibehörden in strafrechtlichen Ermitt-

lungsverfahren und bei der „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“. Er nennt dies die „Verpolizeilichung“ der „Internationalen Rechtshilfe“ in Strafsachen (Vor § 1 Rn. 156) und warnt davor, dass eine informelle Zusammenarbeit ohne justitielle Kontrolle und nicht selten unter Missachtung von Verfahrensregeln, rechtstaatlich bedenklich ist. Kritisch bewertet Vogel auch die Tendenz, dass bei der Rechtshilfe im Rahmen der EU die Einzelbewilligung immer mehr durch das „Anerkennungsprinzip“ ersetzt wird. „Die Strafverfolgung durch den ersuchenden Staat soll unbedingt und ungeprüft – gleichsam automatisch – anerkannt und somit derjenigen im ersuchten Staat schlechthin gleichgestellt werden.“ (Vor § 1 Rn. 172) Dem Prinzip liegt die Annahme zugrunde, dass die Strafverfolgung in jedem konkreten Einzelfall rechtsstaatlichen Standards entspricht und insofern die Einzelfallprüfung entbehrlich ist, was Vogel als „lebensfremd“ bezeichnet.

Neben einer ausführlichen Darstellung der (horizontalen) Rechtshilfe zwischen der Bundesrepublik Deutschland und anderen Staaten, erläutert Vogel in den Vorbemerkungen zu § 1 IRG (Rn. 181 ff.) die Entstehung und Entwicklung eines „vertikalen Rechtshilfeverkehrs“. Gemeint ist damit die Rechts-hilfeleistung von Staaten für die internationalen Strafgerichtshöfe. Vogel geht dabei auf das „Grundproblem des vertikalen Rechtshilfeverkehrs“ ein und untersucht, ob dieser uneingeschränkt nach den Prinzipien des „horizontalen“ Rechtshilfeverkehrs mit Staaten abgewickelt werden kann (Vor § 1 Rn. 182) Er verneint dies, weil staatliche Souveränitätsinteressen im „vertikalen“ Verhältnis zu überstaatlichen internationalen Strafgerichtshöfen nicht das gleiche Gewicht haben wie im „horizontalen“ zwischenstaatlichen Verhältnis unter prinzipiell Gleichgeordneten. Die Rechtsgrundlagen der Rechts-hilfeleistung für die internationalen Strafgerichtshöfe werden an dieser Stelle nur kurz angesprochen. Eine vertiefende Darstellung findet sich in den Vorbemerkungen von Kreß zum „Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes“ (Vor III 26). Auf 250 Seiten erläutert er die Entstehung des Gerichtshofes, dessen Zuständigkeiten und Organisation. Schwerpunkte sind jedoch das für den IStGH geltende Strafverfahrensrecht und die Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit zwischen den Staaten und dem Gerichtshof. Das Regime der Zusammenarbeit nach Teil 9 des IGHStH-Statuts ist nach Auffassung von Kreß insgesamt deutlich weniger vertikal als dasjenige in den Statuten des Jugoslawien- und Ruanda-Strafgerichtshofes (Vor III 26 Rn. 206). „Der Grund hierfür liegt im Kern darin, dass das IStGH-Statut das Ergebnis von Verhandlungen ist, die auf universeller Ebene geführt worden sind. Hierbei mussten die auf ein möglichst vertikales Regime drängenden Staaten denjenigen Delegationen weitgehende Zugeständnisse machen, die Souveränitätsinteressen gegenüber dem Gemeinschaftsinteresse an der Verfolgung von Völkerstraftaten in den Vordergrund stellten und dementsprechend Lösungen in den Bahnen des traditionellen zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehrs wünschten“ (Vor III 26 Rn. 206). Dies äußert sich in dem weitgehenden Verzicht darauf, die Direktwirkung von Ersuchen des IStGH an die Strafverfolgungsbehörden eines Staates anzuordnen.

Das Statut zum IStGH ist – aus Gründen, die sich dem Leser nicht erschließen – in Teil III zwischen den Schengener Übereinkommen zur Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen der EU-Mitgliedstaaten (III 25) und dem „Eurojust-Beschluss“ (III 30) eingeordnet. Grotz gibt einen (leider sehr knappen) Überblick über das Schengen-Regime und MacLean erläutert die Rechtsgrundlagen für die Einrichtung, die Aufgaben und die Befugnisse von Eurojust und gibt einen guten Überblick über das deutsche Eurojust-Gesetz (III 30a). Wichtige Einzelaspekte der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit auf der Ebene der EU beleuchtet Böse in seinen Vorbemerkungen zu § 78 IRG. Diese sind eine Einführung in den achten Teil des IRG, der die Rechtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union regelt und Ausführungsbestimmungen zum EU-Übereinkommen über Rechtshilfe in Strafsachen (§§ 78, 83j, 83k) sowie Vorschriften zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den „Europäischen Haftbefehl“ (§§ 79-83i) enthält. Böse geht zunächst auf die in der Literatur geäußerten Bedenken hinsichtlich der fehlenden demokratischen Legitimation von Rechtsakten der EU ein. Er vertritt die Auffassung, dass die demokratische Legitimation der Unionsgesetzgebung durch das Zustimmungsgesetz zu den Gründungsverträgen und den darin enthaltenen Befugnissen erfolgt sei und weiterhin durch die Rückkoppelung der Regierungsvertreter im Rat an die Parlamente der Mitgliedstaaten erfolgt. Er nennt dies eine „doppelgleisige demokratische Legitimation“, welche durch die Mitwirkung des Europäischen Parlaments ergänzt wird (Vor § 78 Rn. 5). Die Regelung in Art. 39 Abs. 1 EUV, wonach das Europäische Parlament im Rahmen der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit lediglich anzuhören ist, bezeichnet er als „sicherlich kritikwürdig“, sieht jedoch im Prinzip der Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung im Rat (Art. 34 Abs. 2 S. 2 EUV) dafür einen Ausgleich.

Böse geht auch auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bei im Rahmen der dritten Säule erlassenen Rechtsakten ein. Dieser „rechtspolitische Programmsatz“ hat seinen Ursprung in den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Waren und Dienstleistungen, die den rechtlichen Anforderungen des Herkunftslandes genügen, sollen auch in allen anderen Mitgliedstaaten der EU als rechtmäßig anerkannt werden. Böse untersucht (Vor § 78 Rn. 10) am Beispiel des „Europäischen Haftbefehls“, ob dieses Prinzip auch bei der „Internationalen Rechtshilfe“ in Strafsachen gelten kann. Prinzipiell ist für Böse das „Prinzip gegenseitiger Anerkennung“ im Anschluss an Gleß¹ ein „neutrales Verfahrensmodell“, welches als Grundsatz im internationalen Rechtshilfeverkehr kein Novum ist. Er sieht darin eine „Alternative bzw. Ergänzung zur Rechtsangleichung“, welches die „traditionell gewachsenen Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ schont. „Angesichts der besonderen Eingriffsintensität des Strafrechts“ rät Böse zur Zurückhaltung bei der Anwendung des Prinzips: „Soweit die Einhaltung eines grundrechtlichen Mindeststandards nicht gewährleistet ist bzw. im Wege der Harmonisierung sichergestellt wird, scheidet eine vorbehaltlose,

¹ ZStW 116 (2004), 353.

quasi ‚automatische‘ Anerkennung aus. In diesem Fall sind Vorbehalte zur Sicherung der Grundrechte des Einzelnen und eine gerichtliche Kontrolle im ‚Anerkennungsstaat‘ unverzichtbar“ (Vor § 78 Rn. 11).

Diese grundrechtsorientierte Auslegung der Rechtsgrundlagen für die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen zeichnet das gesamte Werk aus. Leider kommt dabei die kritische Analyse des „polizeilichen Rechtshilfeverkehrs“ zu kurz. Die „Polizeiverträge“ zwischen Deutschland und den Niederlanden (BGBl. 2006 II, S. 194), Österreich (BGBl. 2005 II, S. 858) und der Schweiz (BGBl. 2001 II, S. 946) sehen Regelungen für die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Straftaten vor, die erheblich in die Grundrechte eingreifen. Genannt seien die grenzüberschreitende Observation und Nachteile, der Einsatz verdeckter Ermittler und gemeinsame Ermittlungsgruppen. Diese Verträge sollten – ebenso wie das „Sieben-Länder-Abkommen“ von Prüm (BGBl. 2006 II, S. 626) – bei künftigen Ergänzungslieferungen berücksichtigt werden. Kritisch angemerkt werden soll, dass Teil III mit den Texten multilateraler Abkommen sehr unsystematisch gegliedert ist. Die „Internationale Rechtshilfe“ in Strafsachen auf Ebene der Europäischen Union sollte in einem eigenen Teil behandelt werden. Der Überblick über die ausländischen Rechtsquellen ist sicherlich sinnvoll, aber die jetzige Auswahl der Länder in Teil IV erscheint recht willkürlich. So ist Finnland vertreten, nicht aber Frankreich, ebenso Neuseeland, nicht aber die Niederlande. Hier käme die Einschränkung bzw. Erweiterung auf die Mitgliedstaaten der EU den Bedürfnissen der Praxis entgegen. Im Vorwort zur dritten Auflage werden diesbezüglich umfangreiche Änderungen und Ergänzungen angekündigt. Diese werden den Nutzen des Werkes für die Praxis noch weiter erhöhen.

Reinhard Mokros, M.A., Duisburg

R e z e n s i o n e n

Hinrich Rüping/Günter Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 73, Verlag C.H. Beck, 5. völlig überarb. Aufl., München 2007, XIV, 161 S., € 17,90.-

Als der damals noch in Augsburg lehrende hannoversche Strafrechtslehrer *Hinrich Rüping* seinen „Grundriss der Strafrechtsgeschichte“ im Jahre 1981 erstmals vorlegte, stand es um diese Disziplin in Deutschland nicht zum Besten. Hatte sie sich bis zur ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts sowohl bei einer Reihe von z.T. recht prominenten Strafrechtlern (z.B. *Robert von Hippel*, *Gustav Radbruch*, *Eberhard Schmidt*, *Friedrich Schaffstein*) als auch bei manchen Vertretern der deutschen Rechtsgeschichte wie etwa *Rudolf His* noch großer Beliebtheit erfreut, war sie nach dem Zweiten Weltkrieg immer mehr ins Hintertreffen geraten.¹ Zwar schrieb *Eberhard Schmidt* 1947 noch seine „Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege“, die 1951 in zweiter Auflage und dann noch einmal 1965 in einer stark erweiterten und überarbeiteten Neuaufgabe erschien, nach seinem Tode im Jahre 1977 repräsentierte aber der zu dieser Zeit bereits emeritierte *Friedrich Schaffstein* die Zunft der deutschen Strafrechtshistoriker zeitweise nahezu alleine.² Erst allmählich begannen dann einzelne deutsche Rechtshistoriker (z.B. *Gerd Kleinheyer*, *Heinz Holzhauser*, *Hans Schlosser* und vor allem *Wolfgang Sellert* sowie in der DDR *Rolf Lieberwirth*) sowie einige wenige Strafrechtslehrer, sich der Strafrechtsgeschichte in Forschung und Lehre wieder anzunehmen.³ Zu letzteren zählte neben *Wolfgang Schild* und *Friedrich-Christian Schroeder* namentlich auch *Hinrich Rüping*.

Mit seinem „Grundriss“ wollte er laut Vorwort zur ersten Auflage zunächst ausdrücklich nicht in Konkurrenz zum *Schmidtschen* Lehrbuch treten, auf dessen Neubearbeitung bzw. Fortsetzung Anfang der 80er Jahre noch zu hoffen war. Da diese leider ausblieb und mittlerweile auch wohl nicht mehr zu erwarten ist, haben die neueren Auflagen des *Rüping'schen* Grundrisses sich zu Recht von dieser bescheidenen Zielsetzung immer mehr entfernt und sind dementsprechend immer umfangreicher geworden. Umfasste das Buch 1981 lediglich 127 Druckseiten, weist die hier anzuzeigende fünfte Auflage aus dem Jahre 2007 demgegenüber immerhin einen Umfang von 161 Seiten auf. Dieser veränderten Konzeption dürfte es auch geschuldet sein, dass *Rüping*, der vor allem als „Aufklärungsspezialist“ und als wohl bester Kenner der deutschen Strafrechtsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts gel-

ten kann, ab der Voraufgabe des Buches für die ältere Zeit als Bearbeiter seinen in Jena lehrenden Schüler *Günter Jerouschek* hinzugezogen hat. Dessen Wahl als *Koautor* auch für die aktuelle Neubearbeitung kann man nur als gelungen bezeichnen, denn *Jerouschek* hat seine Forschungsschwerpunkte vor allem im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, so dass sich beide *Verf.* in nahezu idealer Weise ergänzen.

Primäres Ziel des Buches ist es nunmehr laut Vorwort zur aktuellen Auflage, „Interessierten einen ersten Überblick über den Quellen- und Forschungsstand zu den einzelnen Epochen zu vermitteln, um sich an Hand der angegebenen Fundstellen weiter einarbeiten zu können“. Aus diesem Grunde haben die – jedem Abschnitt und Unterabschnitt jeweils vorangestellten – Quellen- und Literaturhinweise mittlerweile einen Umfang, der weit über das hinausgeht, was man normalerweise in einem Kurzlehrbuch erwartet. Sie stehen damit in einem Gegensatz zu der recht knappen textlichen Darstellung, die bei manchen Unterkapiteln nur aus wenigen Sätzen besteht. Insofern kann das Buch auf zweierlei Weise benutzt werden, nämlich entweder von Anfängern als erste Orientierung etwa begleitend zu einer entsprechenden Lehrveranstaltung oder von Fortgeschrittenen als Ausgangspunkt für die eingehendere, punktuelle Beschäftigung mit einzelnen Fragestellungen. In diesem Zusammenhang vermag es selbst Kennern der jeweiligen Materie noch wertvolle Anregungen zu liefern.

Entsprechend dem allgemein gefassten Titel erlegt sich der „Grundriss“ erfreulicherweise keine zeitlichen Beschränkungen auf, sondern behandelt in sechs Teilen die deutsche Strafrechtsgeschichte umfassend von der germanisch-fränkischen Zeit bis zur Wiedervereinigung unter Einbeziehung der DDR, der ein eigener Abschnitt (Teil 6 § 2) gewidmet ist. Die Einbettung in die gesamteuropäische Entwicklung erfolgt dem Grundrisscharakter des Werkes entsprechend lediglich, soweit dies zum Verständnis der Materie notwendig ist, nämlich in den mittelalterlichen Kapiteln, in Teil 3 („Gemeines Recht und Rezeption“) sowie in Teil 4 § 1 („Naturrecht und Aufklärung“). Gewünscht hätte man sich allerdings noch einen wenigstens knappen Abschnitt über das römische Strafrecht, der bedauerlicherweise fehlt.

Verzichtet wird auch auf eine allgemeine Einleitung sowie auf eine explizite Definition des Begriffes „Strafrechtsgeschichte“. Letztere wird offenbar für entbehrlich gehalten, weil das Buch bei der Darstellung der gängigen Tradition folgt, indem es abschnittsweise sowohl die Entwicklung des materiellen Strafrechts (unter Einbeziehung der Sanktionen) als auch des Strafverfahrensrechts behandelt. Durchgängig präsentieren und verarbeiten die *Autoren* den jeweils neuesten Forschungsstand wie z.B. die Ergebnisse des DFG-Forschungsprojektes „Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts“, an dem *Günter Jerouschek* beteiligt war. *Hinrich Rüping* kann außerdem auf den von ihm bearbeiteten zweiten Band des „Studien- und Quellenbuchs zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege“ zurückgreifen und verweisen,⁴

¹ Vgl. *Sellert*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1: von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989, S. 43 ff; *Krause*, Rg 6 (2005), 181 m.w.N.

² *Sellert*, ebd. und *Krause*, Rg 6 (2005), 181.

³ Ebd. *Wolfgang Sellert* war wohl der erste, der bereits seit Anfang der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts zunächst in Frankfurt am Main und ab 1977 in Göttingen wieder spezielle Lehrveranstaltungen zur Strafrechtsgeschichte abhielt, die mittlerweile erfreulicherweise an mehreren deutschen Juristenfakultäten üblich geworden sind.

⁴ *Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 2: von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, 1994.

der eine Fülle von wichtigen Quellen enthält und leicht zugänglich macht.

Auf eine detaillierte Resümierung der einzelnen Kapitel soll hier verzichtet werden, da sie im Wesentlichen nur aufzählenden Charakter hätte. Angemerkt und positiv hervorgehoben sei allerdings die Tatsache, dass weder die ältere noch die neuere Strafrechtsgeschichte dominieren, sondern beide gleichermaßen Berücksichtigung finden und in einem sehr ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Insofern handelt es sich trotz zweier *Autoren* um ein gelungenes Gesamtwerk, für das, wie oben schon angedeutet, die Verbindung einer knappen, aber trotzdem gehaltvollen Darstellung mit umfangreichen Quellen- und Literaturhinweisen charakteristisch ist. Für den Anfänger stellt das Buch deshalb trotz seines Grundrisscharakters eine sehr anspruchsvolle Lektüre dar, die sich aber lohnt. Demgegenüber vermag es dem Fortgeschrittenen und selbst dem Spezialisten eine Fülle von Anregungen zu geben, denen nachzugehen ebenfalls lohnenswert ist. Aus diesem Grunde kann es jedem an der deutschen Strafrechtsgeschichte Interessierten nicht nur deshalb empfohlen werden, weil es die derzeit einzige lehrbuchartige Darstellung der Thematik ist. Vielmehr müsste sich sogar eine etwaige Neubearbeitung des *Schmidtschen* Lehrbuches am *Rüping/Jerouschek* messen lassen und selbst im europäischen Ausland, das im Schlusskapitel (Teil 6 § 3) behandelt wird und für das außerdem eine Bibliografie einschlägiger Lehrbücher präsentiert wird (S. XIII-XIV), gibt es nur wenige Darstellungen in vergleichbarer Qualität.

Gerade weil der „Grundriss der Strafrechtsgeschichte“ das derzeit einzige aktuelle Lehrbuch der deutschen Strafrechtsgeschichte ist und wohl auch auf absehbare Zeit bleiben wird, wäre den beiden *Verf.* allerdings zu wünschen, dass der Verlag ihnen künftig etwas mehr Raum für ihre Darstellung geben möge. Die „JuS-Schriftenreihe“, innerhalb derer das Werk erscheint, ließe dies durchaus zu, enthält sie doch auch Bände größeren Umfangs, die gleichwohl einführenden Charakter haben und haben sollen. Der Verständlichkeit des Buches käme jedenfalls ein etwas weniger knapper Text zu Gute und die Leser künftiger Auflagen wären deshalb sicherlich dankbar, wenn *Hinrich Rüping* und *Günter Jerouschek* ihre Darlegungen künftig ausführlicher gestalten dürften. In jedem Falle ist aber zu wünschen, dass beide in Zukunft überhaupt die Kraft und die Zeit finden werden, ihren „Grundriss der Strafrechtsgeschichte“ fortzusetzen und zu aktualisieren und dazu auch weiterhin vom Verlag die Möglichkeit erhalten.

Dr. Thomas Krause, Kiel