

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München 1

Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip

Von Wiss. Assistent Akad. Rat a.Z. Dr. Luís Greco, LL.M.,
München 9

Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?

Von Rechtsreferendar Dr. Thomas Exner, Wiss. Mitarbeiterin
Elisabeth Remmers, Jena 14

Wirtschaftsstrafrecht

Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte

Von Rechtsanwalt Dr. Oliver Sahan, Rechtsanwältin Dr.
Kathrin Urban, Hamburg 23

Ausländisches Strafrecht

Schranken und Schrankenlosigkeit der Meinungs- freiheit in Ungarn

Grundrechtsbeeinflusste Widersprüche im ungarischen Strafrecht

Von Sen. Assistent Dr. Zsolt Szomora, Szeged 29

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

OLG Celle, Beschl. v. 3.8.2010 – 2 Ws 264/10 u.a. (Divergenzvorlagen gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG zur Frage der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus in sog. „Altfällen“)

(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, stud.
Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln) 44

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Gerda Löhr, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes, 2008

(RiLG Dr. Thorsten Gerdes, Detmold) 46

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Katharina
Beckemper

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten

Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer*

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München

I. Einleitung

Die Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten beschäftigt wie kaum ein anderes Thema die Strafrechtswissenschaft. Die Fülle an Schrifttum ist kaum noch überschaubar.¹ Ein Urteil des BGH bietet Anlass, sich der Problematik erneut anzunehmen. Der angeklagte Volljurist war in einem – als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten – kommunalen Betrieb tätig, zeitweise u.a. als Leiter der Innenrevision. Dem Betrieb oblag als hoheitliche Aufgabe die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Deren Entgelte orientierten sich an öffentlich-rechtlichen Grundsätzen der Gebührenbemessung und wurden von einer Projektgruppe namens „Tarifkalkulation“ bestimmt. Dabei kam es, als der Angeklagte dieser Gruppe angehörte, aus Nachlässigkeit zu einem Fehler zum Nachteil der Anlieger. Obwohl der Fehler später, nachdem der Angeklagte aus der Projektgruppe ausgeschieden war, bemerkt wurde, kam es nicht zur Korrektur. Vielmehr wurden weiterhin entsprechend überhöhte Rechnungen an die Anlieger verschickt, wodurch der äußere Tatbestand eines Betrugs verwirklicht wurde.² Der Angeklagte blieb – im Wissen um den Kalkulationsirrtum – untätig, obwohl er ohne weiteres auf den Vorsitzenden der Projektgruppe hätte einwirken können. Schließlich war dieser der Innenrevision und damit dem Angekl. unmittelbar unterstellt. Die Tatsacheninstanz sah darin eine Beihilfe zum Betrug, und zwar begangen

* Der Beitrag geht auf meinen Habilitationsvortrag vom 14.10.2009 an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg zurück. Er ist für die Publikation inhaltlich etwas gekürzt und um Fußnoten erweitert worden. Meinen Mitarbeitern, Frau *Johanna Gollnick* und Herrn *Florian Zenger*, gebührt Dank für die Hilfe beim Erstellen der Fußnoten.

¹ Um unnötige Redundanzen zu vermeiden und weil Geschriebenes als beim Leserkreis bekannt vorausgesetzt werden kann, wird sich an dieser Stelle auf das absolut Notwendige bei den Nachweisen beschränkt, zumal der Meinungsstand erst kürzlich wieder umfassend aufbereitet worden ist, vgl. *Mosenheuer*, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, S. 19 ff. Dabei wird an dieser Stelle bloß auf die Hauptströmungen eingegangen. Soweit es etwa den Ansatz betrifft, die Entsprechensklausel zum Maß der Dinge im vorliegenden Zusammenhang zu machen (vgl. *Schwab*, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, 1996, S. 189 ff.), ist schon andersorts zu Recht darauf aufmerksam gemacht worden, dass dies nicht zu überzeugen vermag, s. *Hoffmann-Holland*, *ZStW* 118 (2006), 620 (629).

² Darauf wie auf die Frage des diesbezüglichen Verhältnisses zwischen § 263 StGB und §§ 352, 353 StGB wird an dieser Stelle nicht eingegangen, vgl. insofern BGH, *Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08 = NJW 2009, 2900* als vorangegangene Entscheidung im BSR-Skandal und dazu *Heghmanns*, *ZJS* 2009, 706 (709 f.).

durch Unterlassen, und verurteilte den Angeklagten dementsprechend.

II. Zur Garantenstellung des Compliance Officers

Der 5. *Strafsenat* hat die Verurteilung gehalten.³ Dabei widmet er sich ausführlich der Garantenstellung des Angeklagten. Zur Begründung führt der *Senat* – neben anderen, erst später im Zusammenhang zu erörternden Aspekten⁴ – insbesondere folgenden Punkt an: Der Angeklagte sei als Innenrevisor einem sog. „Compliance Officer“ vergleichbar, der zunehmend in Großunternehmen installiert wird und dessen Aufgabe darin besteht, Rechtsverstöße und dabei insbesondere Straftaten zu verhindern, „die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können [...]“. Derartige Beauftragte wird *regelmäßig* strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer *gegenüber der Unternehmensleitung* übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden.⁵

III. Zur Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten

Wie kaum ein obiter dictum zuvor, ist dieses zum Compliance Officer auf reges Interesse seitens der Strafrechtswissenschaft und -praxis gestoßen.⁶ Damit, eine Garantenstellung anzunehmen, ist es aber nicht getan. Nahezu unerörtert ist dagegen die Beteiligungsform des Angeklagten geblieben, die in den literarischen Stellungnahmen zum Urteil allenfalls

³ BGH, *Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44*.

⁴ S. unter III. 4. a).

⁵ BGH, *Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 27 (Hervorhebungen nicht im Original)*. Übrigens löst der *Senat* mit seiner Beschränkung auf die „gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht“ vielleicht selbst die Probleme der (personellen) Reichweite der Garantenstellung des Compliance Officers. Denn dass er gegenüber seinem Unternehmen zum Garanten wird, dürfte unmittelbar einsichtig sein. Kontrovers diskutiert wird, ob er es ebenso externen Dritten gegenüber ist. Es bleibt abzuwarten, ob Strafgerichte zukünftig den *Senat* – derart genau – beim Wort nehmen. Freilich muss die Sache überhaupt erst einmal wieder zu einem Obergericht gelangen, vgl. dazu *Krüger*, *NStZ* 2010, 546 (548 in Fn. 17).

⁶ *Berndt*, *StV* 2009, 689; *Jahn*, *JuS* 2009, 1142; *Wybitul*, *BB* 2009, 2590; *Rotsch*, *ZJS* 2009, 712; *Rönnau/Schneider*, *ZIP* 2010, 53; *Kraft*, *wistra* 2010, 81; *Mosbacher/Dierlamm*, *NStZ* 2010, 268; *Bürkle*, *CCZ* 2010, 4; *Ransiek*, *AG* 2010, 147; *Spring*, *GA* 2010, 222; *Warneke*, *NStZ* 2010, 312; *G. Dannecker/C. Dannecker*, *JZ* 2010, 981; *Dann/Mengel*, *NJW* 2010, 3265.

obiter dicta angesprochen wird.⁷ Die Garantenstellung ist nämlich Voraussetzung für Unterlassungstäterschaft wie für bloße Teilnahme durch Unterlassen. Damit kommt es in einem zweiten Schritt entscheidend auf das Wie der Abgrenzung bei der Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten an. Dabei wiederum handelt es sich um eine der umstrittensten Problematiken aus dem Allgemeinen Teil.

Dies resultiert nicht bloß daraus, dass es sich bei Täterschaft und Teilnahme einerseits sowie beim unechten Unterlassungsdelikt andererseits schon je für sich um schwierige Gebiete handelt, die dadurch, dass man sie miteinander kombiniert, nicht gerade leichter werden. Überdies fehlt es an einer expliziten gesetzlichen Regelung zu dieser Frage. Im Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962 sollte demgegenüber noch die Rede davon sein, dass der Unterlassende als „Täter oder Teilnehmer“ strafbar sein könne.⁸ Vom Sonderausschuss für die Strafrechtsreform ist diese Formulierung aber (wieder) gestrichen worden, um „nicht in den dogmatischen Streit um die Frage einzugreifen, ob bei Unterlassungsdelikten überhaupt eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme möglich ist“.⁹ Es bleibt der weiteren Auseinandersetzung vorbehalten, ob nicht das geltende Recht dennoch (versteckte) Aussagen zu dieser Frage trifft. Die BGH-Entscheidung zum Innenrevisor begnügt sich insofern mit einem einzigen Satz, wonach Beihilfe vorliegt, „weil der Angeklagte lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt [...] hat“.¹⁰ Aus revisionsrechtlicher Sicht verwundert es freilich nicht, dass sich der *Senat* nicht lange bei der Frage aufhält. Schließlich war der Angeklagte durch die Annahme von Beihilfe nicht beschwert. Das wissenschaftliche Interesse an der Abgrenzungsproblematik wird dadurch freilich nicht geringer.

1. Unterlassungstäterschaft im Sinne der sog. Pflichtdeliktslehre

Es folgt schon daraus, dass es eine prominent besetzte Auffassung gibt, die – im Gegensatz zum BGH – zur Täterschaft des Angeklagten kommt, weil sie den untätigen Garanten stets als Täter behandelt wissen will. Als Argument dafür trägt die – maßgeblich von *Roxin* entwickelte¹¹ – sog. Pflichtdeliktslehre vor, dass die Verletzung der aus der Garantenstellung folgenden Erfolgsabwendungspflicht Täterschaftskriterium und gleichsam täterschaftskonstituierend sein soll. Von daher könne nicht zwischen täterschafts- und teilnahmebegründenden Garantenpflichten unterschieden werden, weil die Rechtspflicht zum Einschreiten besteht oder

eben nicht besteht. Eine Abstufung im Sinne eines Mehr- oder Weniger-Bestehens sei demgegenüber nicht denkbar.

Zu Recht wird dieser Theorie aber überwiegend die Gefolgschaft versagt. Sie vermag bereits in der Sache nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für die Annahme, dass es eine quantitative Abstufung der Handlungspflicht des Garanten nicht geben soll. Beim positiven Tun verletzt der Handelnde eine – mit der Garantenpflicht insofern korrespondierende¹² – Unterlassungspflicht, nämlich das Rechtsgut, respektive dessen Träger, nicht aktiv anzugreifen. Bei dieser Unterlassungspflicht geht das Gesetz von einem Mehr- oder Weniger-Bestehen aus. Anderenfalls könnte man nämlich de lege lata die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme überhaupt nicht erklären. Warum dieses Mehr- oder Weniger-Bestehen bloß für die Unterlassungspflicht beim positiven Tun, nicht aber für die Handlungspflicht im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte gelten soll, bleibt unerfindlich.

Wenn man diesen Gedanken weiterführt, stößt man auf ein weiteres sachliches Argument wider die generelle Annahme von Täterschaft des Garanten. Unbestrittenermaßen stellt sich das Unterlassungsunrecht als das geringfügigere Unrecht im Verhältnis zum Handlungsunrecht dar. Es folgt in der Sache daraus, dass der Täter durch positives Tun eine Unterlassungspflicht verletzt, etwa den Abzug einer Schusswaffe nicht zu betätigen, während er auf einen Menschen zielt. Der Unterlassungstäter verletzt demgegenüber eine Handlungspflicht, etwa wenn der Vater sich nicht, obwohl möglich und zumutbar, in die Fluten oder das brennende Haus stürzt, um sein Kind zu retten. Dieser Handlungspflicht zu genügen, ist ungleich schwerer, als lediglich die Schusswaffe zu senken. Wenn die Rechtsordnung wenig von einem abverlangt, ist die Zuwiderhandlung dagegen von größerem kriminellem Gewicht. Umgekehrt kann die Rechtsordnung Nachsicht üben, wenn sie mehr von einer Person abverlangt. In dieser Hinsicht ist das Unterlassungsunrecht das geringere Unrecht, wie es de lege lata § 13 Abs. 2 StGB zeigt, wonach die Strafe bei unechten Unterlassungsdelikten gemildert werden kann. Es stellt sich aber, um wieder den Bogen zum eigentlichen Problem zu spannen, als ein Widerspruch dar, die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim größeren Handlungsunrecht des positiven Tuns zuzulassen, nicht aber beim anerkanntermaßen geringeren Unterlassungsunrecht. Hierin liegt ein weiteres sachliches Argument gegen die Annahme von der generellen Täterschaft des untätig bleibenden Garanten.

De lege lata entbehrt sie gleichfalls der Überzeugungskraft. Sie negiert die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten, die vom Gesetz aber – zugegebenermaßen an etwas versteckter Stelle – vorgesehen ist. Expressis verbis gehen die Regelungen der §§ 8, 9 StGB von dieser Unterscheidung aus. § 8 StGB bestimmt die „Zeit der Tat“ dahingehend, dass es sich um den Zeitpunkt handelt, „zu welcher der Täter oder Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte

⁷ Vgl. etwa *Ransiek*, AG 2010, 147 (152); *G. Dannecker/C. Dannecker*, JZ 2010, 981, 987. Selbst *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (713 ff.) nimmt sich mehr des Inhalts der Garantenpflicht des Angeklagten an und weniger seiner Strafbarkeit gerade als Teilnehmer.

⁸ BT-Drs. IV/650, S. 13.

⁹ BT-Drs. V/4095, S. 8.

¹⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 140 ff.

¹² Vgl. hierzu sowie zum Folgenden bereits *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (626).

handeln müssen“. Noch deutlicher wird § 9 Abs. 2 StGB. Die Vorschrift regelt den „Ort der Tat“ für die Teilnahme in dem Sinne, als Ort der Tat auch der Ort ist, „an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen“. Deutlicher kann das Gesetz wohl kaum zum Ausdruck bringen, dass es eine Teilnahme durch Unterlassen kennt.

Damit steht – gleichsam eines Zwischenfazit – das Ob der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht mehr in Frage und es geht bloß noch um das Wie. Daraufhin sollen nunmehr die anderen Auffassungen untersucht und dabei mit der Rechtsprechung begonnen werden.

2. Differenzierung in der Rechtsprechung

Der BGH sah sich mit der Problematik bereits relativ frühzeitig im sog. Wirtshaus-Fall befasst.¹³ Eine Wirtin schreiet darin nicht ein, als sie bemerkt, wie mehrere männliche Stammgäste eine Frau – in strafbarer Weise – belästigen. Die Parallele zum Innenrevisor-Fall dürfte unmittelbar einsichtig sein. Gleichwohl hat der BGH die Wirtin nicht – wie aktuell den Innenrevisor – bloß als Gehilfin, sondern vielmehr als Unterlassungstäterin angesehen. Sie wurde als Täterin qualifiziert, weil sie das Treiben der männlichen Täter billigte und sich mit diesen identifizierte, wie sie „durch ihre Belustigung über deren Handlungsweise zu erkennen gab“. Die Rechtsprechung macht insofern – im Sinne einer subjektiven Theorie – die innere Haltung des Unterlassenden zur Begehungstat des anderen und zum Taterfolg zum Maß der Dinge dafür, ob das pflichtwidrige Untätigbleiben als Täterschaft oder bloße Beihilfe zu werten ist. Auf dieser Linie bewegt sich der BGH in seiner aktuellen Entscheidung, worin es heißt, dass Beihilfe vorliegt, „weil der Angeklagte lediglich mit Gehilfenversatz gehandelt [...] hat“.¹⁴

a) Differenzierung auf Basis der subjektiven Theorie

Dadurch scheint die Entscheidung einen Rückfall in die subjektive Theorie zu markieren.¹⁵ Ob diese durch die Mauer schützen-Entscheidung in BGHSt 39, 1 nicht eigentlich – angesichts des tatsächlich durchaus gleichgelagerten, rechtlich aber anders behandelten Staschynskij-Falls¹⁶ – obsolet geworden ist, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Jedenfalls für den Bereich der Unterlassungsstrafbarkeit versagt diese Auffassung nämlich. Wenn man die subjektive Theorie – mehr oder minder unreflektiert – auf die Unterlassungsdelikte übertragen wollte, müsste man nahezu zwangsläufig zur Annahme von Täterschaft kommen, und zwar durchweg. Dies folgt daraus, dass der Unterlassende schließlich *seine* höchstpersönliche Garantenstellung verletzt und man diese Verletzung schlechterdings nicht als fremde Tat

ansehen kann, weil die Garantenpflicht ausschließlich dem Unterlassenden obliegt, wie sich schon daran zeigt, dass sie, wenngleich nicht ganz unumstritten, verschiedentlich als besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB angesehen wird.¹⁷ Auf Basis der subjektiven Theorie ist von daher eine Differenzierung nach den Beteiligungsformen im Bereich der Unterlassungsdelikte kaum möglich.

b) Differenzierung im Wege einer Gesamtbetrachtung

Darin liegt vielleicht der tiefere Grund dafür, dass es die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Unterlassungsbereich – in der Regel¹⁸ – nicht bei subjektiven Elementen belässt. Die Frage, was der Beteiligte wollte, spricht welche innere Haltung er hatte, „ist vielmehr auf Grund aller Umstände, die von seiner Vorstellung umfasst waren, vom Gericht *wertend* zu ermitteln“. Bei der sonach erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung kommt es zu einer Abwägung. In diese einzustellen sind, wie vom BGH schon im Wirtshaus-Fall festgehalten, eben nicht bloß die innere Willensrichtung des Beteiligten, sondern darüber hinaus noch seine Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, sein Interesse am Taterfolg und der Umfang der eigenen Tatbestandsverwirklichung.

Darauf rekurriert der BGH in seiner aktuellen Entscheidung zwar nicht *expressis verbis*, wohl aber zumindest mittelbar. Bislang hier bewusst verschwiegen muss der Innenrevisor-Fall nämlich um den Umstand ergänzt werden, dass ein anderweitig verfolgter Beschuldigter per Weisung verhindert hat, dass der – inzwischen erkannte – Fehler bei der Entgeltberechnung nicht korrigiert wurde.¹⁹ Dies nimmt der BGH in den Entscheidungsgründen für die Bemerkung zum Anlass, dass sich der Angeklagte diesem „Haupttäter ersichtlich untergeordnet hat“.²⁰ Damit will der *Senat* die Täterschaft des Angeklagten offenbar mangels Tatherrschaft verneinen. Dass sie dem Angeklagten gefehlt haben soll, weil er sich jenem Beschuldigten, welcher die Weisung erteilt hat, *ersichtlich* untergeordnet hat, wird allerdings mehr behauptet als näher begründet. Immerhin war er, worauf der *Senat* im Sachverhalt, nicht aber in den eigentlichen Entscheidungsgründen selbst hinweist, dem Vorsitzenden der Projektgruppe „Tarifkalkulation“ ersichtlich übergeordnet, sodass er – im Sinne von Tatherrschaft – auf diesen hätte einwirken können. Im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung hätte dieser Aspekt an sich zur Sprache kommen müssen, sodass das BGH-Urteil insofern etwas defizitär wirkt. Möglicherweise, es wird vom *Senat* nicht mitgeteilt, war er insofern aber an

¹³ BGH NJW 1966, 1763.

¹⁴ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31 und dazu G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, 981 (987).

¹⁵ Vgl. in dieser Richtung etwa Rotsch, ZJS 2009, 712 (714) sowie ferner noch Ransiek, AG 2010, 147 (152).

¹⁶ BGHSt 18, 87.

¹⁷ S. dazu bloß Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 28 Rn. 5a m.w.N.

¹⁸ Verschiedentlich wird aber die innere Haltung sehr stark in den Vordergrund gerückt, vgl. etwa BGH StV 1986, 59 (60); BGH NJW 1992, 1246 (1247); BGHSt 43, 381 (396). BGH NStZ 2009, 321 (322) kombiniert wieder die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat und seine Tatherrschaft im Rahmen einer wertenden Betrachtung miteinander.

¹⁹ Zur insoweit ergangenen Entscheidung des BGH vgl. Heghmanns, ZJS 2009, 706.

²⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

die tatrichterlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, die vielleicht eine Gesamtbewertung über die – in der Senatsentscheidung – genannten Umstände hinaus vorgenommen hat.

Fraglich ist aber, ob eine solche Gesamtbewertung und -abwägung überhaupt in dogmatischer Hinsicht zu überzeugen vermag. Sie kommt zwar der tatrichterlichen Praxis sehr entgegen, weil sie eine am jeweiligen Einzelfall orientierte flexible Lösung ermöglicht. Der Rechtssicherheit ist sie aber eher abträglich, weil das Ergebnis einer solchen Gesamtabwägung der Vorhersehbarkeit und Bestimmbarkeit ermangelt. Von daher ist nach anderen Lösungen zu suchen.

3. Differenzierung nach dem Tatherrschaftsgedanken

Nicht wenige Autoren bemühen für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Bereich der Unterlassungsstrafbarkeit – ebenso wie beim positiven Tun – den Gedanken der Tatherrschaft. Dabei wird der untätig bleibende Garant gegenüber dem vollverantwortlich handelnden Begehungstäter *regelmäßig* bloß als Randfigur des Tatgeschehens und damit lediglich als Gehilfe angesehen, wenn bei jenem die maßgebliche Entschließung zur Tatausführung und die Tatherrschaft liegen, sodass Täterschaft des Garanten eher als Ausnahme verstanden wird.²¹ Anderenorts geht man noch einen Schritt weiter und sieht den an einem Begehungsdelikt beteiligten Garanten stets als Gehilfen an.²² Dagegen sprechen aber bereits frühere Ausführungen, wonach man sich in Widerspruch zum geltenden Recht setzt, wenn man die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten negiert, obwohl sie vom Gesetz in §§ 8, 9 StGB vorgesehen und vorausgesetzt wird.

Im Übrigen stellt sich allerdings die Frage, wie es um den Begriff der Tatherrschaft bei den Unterlassungsdelikten bestellt ist und ob er insofern ein taugliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bereithält. Der BGH greift darauf, wie soeben geschildert, durchaus zurück, freilich in unzureichender Weise. Wie ausgeführt, stellt er sie beim angeklagten Innenrevisor in Abrede, weil er sich einem anderen Beschuldigten ersichtlich untergeordnet hat,²³ ohne zu hinterfragen, ob nicht darin Tatherrschaft liegt, dass er einem dritten Beschuldigten ersichtlich übergeordnet war. Insofern wirkt das Urteil, soweit es den Gedanken der Tatherrschaft bei den unechten Unterlassungsdelikten betrifft, etwas ambivalent.

a) Kritik am Tatherrschaftsgedanken im Unterlassungsbereich

Dadurch gießt der Senat – sicher unbeabsichtigt – Wasser auf die Mühlen jener Kritiker, nach denen sich das Kriterium der

Tatherrschaft nicht auf den Unterlassungsbereich soll übertragen lassen können.²⁴ Wenn man Tatherrschaft als das „vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des Geschehensablaufs“ begreifen wolle, müsse man sie verneinen, weil der unterlassende Garant – um im Bild zu bleiben – gerade nichts in den Händen hält, sondern allenfalls etwas in die Hand nehmen könnte. Seine Tatherrschaft sei von daher allenfalls eine potenzielle, weil er den Geschehensablauf dergestalt beeinflussen könnte, dass der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs entfiel. Wenn man Tatherrschaft in diesem Sinne als *alleinigen* Aspekt ansehen wollte, soll daraus kein Unterscheidungskriterium für Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten erwachsen können.

Selbst wenn man dieser Kritik zugestehen wollte, dass es sich bloß um eine potenzielle Tatherrschaft handeln soll, wird nicht recht klar, warum dies kritisch sein soll. Der Begriff der Kausalität etwa wird im Bereich der Unterlassungsdelikte als Quasi-Kausalität gehandhabt, ohne dass sich daran jemand stört. Dass man ebenso von Quasi-Tatherrschaft bzw., um nicht für weitere begriffliche Verwirrung zu sorgen, von potenzieller Tatherrschaft sprechen kann, erscheint vor diesem Hintergrund durchaus möglich.

b) Handlungsbegriff und Tatherrschaftsgedanke

Dabei kann man sich freilich nicht mit dieser Parallele begnügen, sondern muss etwas mehr an Begründung liefern. Dies führt zur Frage, ob man den Gedanken der Tatherrschaft, wie man es in modifizierter Art und Weise, im Übrigen aber ohne weiteres mit den Grundsätzen der Kausalität bereits tut, ebenfalls den Bedürfnissen und Strukturen der unechten Unterlassungsdelikte anpassen und dadurch für die Abgrenzung der einzelnen Beteiligungsformen fruchtbar machen kann. Dafür wiederum muss man sich des Inhalts von Tatherrschaft vergewissern. Um den Begriff verdient gemacht hat sich insbesondere *Roxin*. Tatherrschaft und Täterschaft liegt danach vor, wenn man das zur Deliktsverwirklichung führende Geschehen beherrscht, während der Teilnehmer zwar ebenfalls Einfluss auf das Geschehen nehmen, dieses aber nicht *maßgeblich* gestalten kann.²⁵ Dabei macht *Roxin* diesen Gedanken, wie geschildert, in unserem Zusammenhang nicht fruchtbar, wohl weil er selbst einräumt, dass Tatherrschaft bloß ein leitender Maßstab ist, der anhand der verschiedenen Sachverhaltsgestaltungen konkretisiert werden muss.

Im Übrigen belässt es *Roxin* aber bei sachlichen Überlegungen. Er stellt sich nicht der Frage, wie man den Begriff der Tatherrschaft de lege lata verstehen könnte. Damit keine Missverständnisse aufkommen: Der Begriff ist unserem Strafgesetzbuch fremd. Wohl aber kommt darin die „Tat“ an vielen Stellen vor, insbesondere im Allgemeinen Teil. Dabei geben die bereits erwähnten §§ 8, 9 StGB zu erkennen, dass es insofern maßgeblich auf die Handlung und

²¹ Weigend, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 95.

²² Gallas, JZ 1960, 686 (687); Ranft, ZStW 94 (1982), 815; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 230; Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 13 Rn. 43.

²³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

²⁴ Vgl. zum Folgenden insbesondere Hoffmann-Holland, ZStW 118 (2006), 620 (624).

²⁵ Roxin (Fn. 11), § 25 Rn. 13 (*Hervorhebung* nicht im Original).

weniger auf den Erfolg ankommt. Insbesondere § 8 StGB zeigt es sehr deutlich, wonach eine Tat zu der Zeit begangen worden ist, „zu welcher der Täter oder Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen“, und zugleich noch deklaratorisch klargestellt wird, dass nicht maßgebend ist, wann der Erfolg eintritt.

Damit rückt nicht der Erfolg, sondern die vorgenommene – oder unterlassene – Handlung in den Mittelpunkt der Betrachtungen zur Tatherrschaft. Dies mag selbstverständlich sein, scheint aber dennoch etwas in den Hintergrund geraten zu sein. Der Erfolg hat seine Domäne im Rahmen der Kausalität. Darin liegt ein erster – zugegebenermaßen banaler – Gesichtspunkt dafür, dass er nicht noch in anderem Zusammenhang, eben bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, zum Maß der Dinge gemacht werden kann. Bei Tatherrschaft geht es dagegen um die Handlung. Wenn sie demgegenüber den Erfolg zum Bezugspunkt hätte, wäre nicht erklärbar, dass ein abweichender Kausalverlauf erst für den Fall beachtlich ist, dass er wesentlich ist. Weil es aber auf die – den aus Sicht des Täters irregulären Kausalverlauf auslösende – Handlung ankommt, auf die er Einfluss hat, lässt es sich befriedigend erklären. Aus demselben Grund schließt die Ungewissheit des Handelnden darüber, ob der Erfolg, den man um jeden Preis möchte, durch die vorgenommene Handlung überhaupt eintreten kann, einen strafrechtlich relevanten Vorsatz nicht aus, solange jedenfalls die Handlung selbst dem unmittelbaren Einfluss des Täters unterliegt.

Es wird unumwunden eingeräumt, dass eine solche Sichtweise möglicherweise die Grenzziehung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand einzuebnen droht. Vielleicht muss aber an diesem Dogma gerüttelt werden. Ohnehin gibt es bereits im geltenden Recht im objektiven Tatbestand subjektive Elemente und umgekehrt.²⁶ Freilich hätte eine Nivellierung viel weitreichendere Konsequenzen. Es bedürfte etwa, wenn man sich zu diesem Schritt entschließt, im objektiven Tatbestand keiner Einschränkungen der Äquivalenztheorie mehr, um die Eltern des Mörders von Strafe freizustellen, obwohl sie bei dessen Zeugung den später tatsächlich begangenen Mord wollten. Es würde schlicht an einer strafrechtlich relevanten Handlung fehlen.²⁷ Das Strafrecht interessieren im Regelfall erst Handlungen, mit denen der Täter im Sinne der Versuchsregelung des § 22 StGB „nach seinen Vorstellungen von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt“. Es bedarf wohl kaum der Begründung, dass die Schwelle zum Mordversuch durch Zeugung des – später vielleicht sogar wider Erwarten untätig bleibenden – Mörders nicht überschritten wird. Wenn überhaupt, geschieht es durch seine spätere Erziehung. Auf die wiederum haben seine Eltern – gleichsam als mittelbare Täter – deutlich mehr Einfluss und damit Tatherrschaft, als wenn sie der Natur und den Genen freien Lauf lassen würden.

²⁶ Vgl. insofern bereits *Krüger*, JA 2009, 190 (193); *ders.*, AnwBl. 2010, 565 (568) unter c).

²⁷ S. zu den folgenden Überlegungen bereits *Hirsch*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 119 (S. 133 ff.).

Ob auf diese Weise das strafrechtliche System und der Verbrechenbau in grundsätzlicher Hinsicht überdacht gehören, muss freilich an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Es würde den Rahmen sprengen, auf solche und andere Konsequenzen, etwa für die Frage einer fahrlässigen Mittäterschaft²⁸, vertiefter einzugehen. Dass jedenfalls die Handlung im Fokus der Betrachtungen zur Tatherrschaft steht, wofür sich *de lege lata*, wie geschildert, § 8 StGB anführen lässt, dürfte hinreichend deutlich geworden sein.

Wenn man diesen Gedanken, dass es bei Tatherrschaft weniger um den Erfolg, sondern maßgeblich um die Handlung geht, auf die Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten überträgt, wird deutlich, dass Tatherrschaft, und zwar nicht bloß potenzielle, sondern wirkliche, reale Tatherrschaft gegeben ist. Schließlich obliegt es dem Garanten, ob er einschreitet oder nicht. Er hat, um im Bilde zu bleiben, insofern die Herrschaft über sich selbst, ob er untätig bleibt oder gegen die aktive Handlung des Dritten einschreitet.

4. Tatherrschaft und Differenzierung zwischen Beschützer- und Überwachergaranten

Wenn danach Tatherrschaft eine Rolle bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten spielen kann und muss, bleibt nunmehr noch zu klären, auf welche Weise es erfolgen sollte. Vielleicht liegt sie mehr oder minder unausgesprochen der Differenzierung zwischen Beschützer- und Überwachergaranten zugrunde. Dass diese Unterscheidung möglicherweise zugleich eine Aussage über Täterschaft oder Teilnahme enthält, ist keinesfalls ein neuer Gedanke. Vielleicht muss insofern jedoch ein Umdenken einsetzen. Aber der Reihe nach.

a) Differenzierung nach dem Inhalt von Garantenstellungen und -pflichten

Das Schrifttum nimmt überwiegend eine Unterscheidung nach dem Inhalt der verletzten Garantenpflicht und damit eine Einteilung der Garantenstellungen nach materiellen Gesichtspunkten vor (sog. Funktionenlehre).²⁹ Dabei wird man zum Beschützergaranten, wenn man Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter bzw. Rechtsgutsträger innehat. Überwachungsgaranten obliegt dagegen die Pflicht, bestimmte Gefahrenquellen zu überwachen, die im Herrschafts- und Zuständigkeitsbereich des Unterlassenden liegen.

Diese Unterscheidung soll zugleich im Sinne der sog. Pflichtinhaltslehre Konsequenzen für die im Bereich der

²⁸ Vgl. dazu *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 282 ff.; *Puppe*, GA 2004, 129; *dies.*, ZIS 2007, 234 sowie *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 398 f. – jeweils m.w.N. Jüngst *Gropp*, GA 2009, 265; *Rotsch*, in: Böse u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011 (im Erscheinen).

²⁹ *Kaufmann*, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283 ff. sowie ferner noch die Nachw. bei *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 124. Lfg, Stand: September 2010, § 13 Rn. 23 ff.

unechten Unterlassungsdelikte ebenfalls gebotene Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme haben. Der Beschützergarant gilt als Täter, wohingegen Überwachungsgaranten im Verhältnis zum aktiv handelnden Dritten bloß als Gehilfen angesehen werden.³⁰ Damit stellt sich die Frage, in welche Kategorie man den angeklagten Innenrevisor – oder Compliance Officer³¹ – einordnet. Dabei diskutiert der *Senat* zunächst, ob der Angeklagte deshalb hätte tätig werden müssen, weil er zwar nicht mehr Mitglied der Projektgruppe „Tarifkalkulation“ war, als diese den Kalkulationsfehler erkannte, wohl aber zuvor, als er unabsichtlich begangen wurde. Dies hätte die Gefahr begründen können, dass er in der Folgezeit unbemerkt bleibt und sich immer wieder realisiert. Dies wiederum könnte eine Garantenhaftung aus Ingerenz wegen gefahrbezüglichen Vorverhaltens und damit eine Stellung als Überwachungsgarant nach sich ziehen. Schlussendlich verwirft der *Senat* diesen Gedanken aber unter Hinweis auf das Autonomieprinzip.³² Wörtlich heißt es: „Schon die ausschließliche Verantwortlichkeit der neuen Tarifkommission steht [...] der Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz entgegen.“

Vielmehr nimmt der *Senat* eine sog. Beschützergarantenstellung an.³³ Dabei stellt er entscheidend auf zwei Gesichtspunkte ab. Zum einen müsse berücksichtigt werden, dass es sich bei dem tätigen Unternehmen um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt und sich die vom Angeklagten nicht unterbundene Tätigkeit auf den hoheitlichen Bereich bezog, nämlich auf die Gebührenfestlegung gegenüber den einem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegenden Grundstücksanliegern bzw. Gebührenschuldern. In dieser Hinsicht ist – anders als bei privatwirtschaftlichen Unternehmen – nicht die Gewinnmaximierung das primäre Ziel, sondern vielmehr der Gesetzesvollzug das eigentliche Kernstück bei kommunalen Unternehmen. Dadurch entfällt, wie es in der Entscheidung heißt, „im hoheitlichen Bereich die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter.“ Damit oblag dem Angeklagten der Schutz der Entgeltschuldner und es gehörte zum wesentlichen Inhalt seines Pflichtenkreises, die Erhebung betrügerischer Reinigungsentgelte zu verhindern. Auf diese Weise wird er zum Beschützergaranten, dem Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter bzw. Rechtsgutsträger obliegen, im konkreten Fall gegenüber den Grundstücksanliegern und deren Vermögen.

Schlussendlich vermeidet der *Senat* aber eine genaue Festlegung in der Frage, ob der Angeklagte „bloß“ Beschüt-

zergarant im Verhältnis zu den Gebührenschuldern oder daneben noch Überwachungsgarant war. Vielmehr führt er aus,³⁴ dass dahinstehen kann, „ob der verbreiteten Unterscheidung von Schutz- und Überwachungspflichten in diesem Zusammenhang wesentliches Gewicht zukommen kann, weil die Überwachungspflicht gerade dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dient und umgekehrt ein Schutz ohne entsprechende Überwachung des zu schützenden Objekts kaum denkbar erscheint.“

b) Kritik an der Bedeutung der Differenzierung für die Beteiligungsform

Damit bereitet der BGH – sicher unbewusst – bereits den Boden für einen Kritikpunkt an der Differenzierung zwischen Beschützer- und Überwachungsgaranten. Zwar wird sie nicht überhaupt in Abrede gestellt, wohl aber die daran geknüpften Konsequenzen für die verwirklichte Beteiligungsform, wenn der Garant gegen die Straftat eines Dritten nicht einschreitet. Eine trennscharfe Unterscheidung nach dem Inhalt sei nicht in allen Fällen möglich. Von daher könnten identische Garantenpflichten sowohl auf Schutz- als auch auf Überwachungspflichten zurückzuführen sein. Diese Kritik – von *Hoffmann-Holland*³⁵ – vermag indes nicht zu überzeugen.

Es stellt sich schon die Frage, ob das Modell von *Hoffmann-Holland* eine trennscharfe Differenzierung zulässt. Er macht die „Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff“ und damit die „Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen“ in seinem gleichnamigen Beitrag davon abhängig, ob eine situationsbezogene oder eine situationsunabhängige Garantenpflicht verletzt wird. Ersteren Falls soll die unterlassene Verhinderung der Straftat eines Dritten für den Garanten regelmäßig bloß Teilnahme begründen. Im anderen Fall soll es sich um Nebentäterschaft des Garanten handeln.³⁶ Es erscheint aber durchaus nicht ausgeschlossen zu sein, dass situationsbezogene und situationsunabhängige Garantenpflichten nebeneinander bestehen können, sodass eine trennscharfe Abgrenzung nicht immer und nicht zwangsläufig möglich ist, wodurch *Hoffmann-Holland* seine Kritik an der Pflichtinhaltslehre ebenso trifft. Wenn etwa der Vater seine legalen Waffen nicht ausreichend sicher aufbe-

³⁰ *Herzberg*, Unterlassung im Strafrecht und Garantenprinzip, 1972, S. 257 ff., 259 ff.; *ders.*, JuS 1975, 171; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 21), § 25 Rn. 211 f.; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 25 Rn. 104 ff. – jeweils m.w.N.

³¹ Dieser Frage nehmen sich die in Fn. 6 zitierten *Autoren* primär an.

³² BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 21.

³³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 22 ff. Vgl. aber *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (717).

³⁴ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 23. Darum geht es aber wohl nicht. Der *Senat* scheint den Inhalt der Pflicht damit zu verwechseln, wie man dieser Pflicht gerecht wird, sprich sie erfüllt. Dies kann der Beschützergarant vielleicht durchaus anders tun, als dadurch, dass er seinen Schützling permanent überwacht.

³⁵ *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (628). In die gleiche Richtung geht *Roxin* (Fn. 11), § 31 Rn. 160.

³⁶ *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (633 ff.). Im Übrigen fällt auf, dass seine Einteilung im Wesentlichen auf die Pflichtinhaltslehre hinausläuft, jedenfalls im Ergebnis, sodass seine Kritik an dieser Theorie etwas verwundert. Lediglich die Fälle der als Beschützergarantenstellung zu qualifizierenden Gefahrengemeinschaft und der einverständlichen Übernahme einer Schutzfunktion werden von der Pflichtinhaltslehre als Täterschaft anders behandelt als von *Hoffmann-Holland*, der darin bloß eine Beihilfe sieht.

wahrt und sich der daraufhin stattfindende Amoklauf in der Schule seiner Kinder abspielt, die selbst nicht Amok laufen, hat er – wegen der ungenügenden Aufbewahrung der Schusswaffe – eine *situationsbezogene* Garantenpflicht sowie – im Verhältnis zu seinen Kindern – eine *situationsunabhängige* Garantenpflicht, wenn man die Differenzierung von *Hoffmann-Holland* zugrunde legen wollte.

Schlussendlich kommt es darauf aber nicht an. Es kann nämlich anheimgestellt werden, dass man in ein und derselben Situation sowohl Beschützer- als auch Überwachergarant sein kann. In diesem Sinne verhält es sich etwa im Wirtshaus-Fall. Die Wirtin ist einerseits Beschützergarantin, weil sie kraft Zivilrechts, nämlich aufgrund des mit dem Opfer geschlossenen Bewirtungsvertrags verpflichtet ist, dessen Rechtsgüter zu bewahren (§ 241 Abs. 2 BGB). Daneben hat sie kraft öffentlichen Rechts eine Überwachergarantenstellung, weil sie die (gaststättenrechtliche) Pflicht hat, „in den Räumen, über die sie die Verfügungsgewalt hatte, für Ordnung zu sorgen, insbesondere ihre Gäste vor [...] Ausschreitungen anderer Gäste [...] zu schützen“.³⁷ Scheinbar muss das Strafrecht entscheiden, welche Pflicht höher anzusiedeln ist, und damit zum Schiedsrichter zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht werden. Schlussendlich kommt es darauf aber aus strafrechtlicher Perspektive nicht an. Es ist nämlich nicht recht einsichtig, warum die *zusätzliche* und gleichzeitige Verletzung einer Überwachungspflicht etwas daran zu ändern vermag, dass man – im Sinne der Pflichtinhaltheorie – schon Täter kraft Missachtung seiner Beschützergarantenstellung ist. Im Übrigen könnte man – wie in anderem Zusammenhang – danach fragen, worin der Schwerpunkt des Unrechtsvorwurfs liegt, ob in der Verletzung der Beschützergarantenpflicht oder in der Missachtung der Überwachergarantenstellung, sodass nicht recht einsichtig ist, warum eine Differenzierung im Unterlassungsbereich zwischen Täterschaft und Teilnahme bei sich überschneidenden Pflichtenkreisen per se unmöglich sein soll.

c) Bedeutung der Differenzierung für die Beteiligungsform und Verknüpfung mit dem Tatherrschaftsgedanken

Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass die Differenzierung im Übrigen zu überzeugen vermag. Dafür, dass der Beschützergarant durchweg als Unterlassungstäter angesehen werden soll, wird angeführt, dass er das Rechtsgut, respektive dessen Träger rundum vor Schaden jeden Ursprungs bewahren muss. Demgegenüber sei der Überwachergarant lediglich für bestimmte Gefahrenquellen verantwortlich. Wenn er die insofern gebotenen Sicherungsmaßnahmen unterlässt, soll er dem aktiven Gehilfen grundsätzlich näher als dem Begehungstäter stehen.³⁸ Jedenfalls mit dieser Begründung vermag die Pflichtinhaltheorie indes nicht zu überzeugen.

Dabei stellt sich schon die Frage, ob sie vom eigenen Ausgangspunkt aus nicht zum genau gegenteiligen Ergebnis kommen müsste, nämlich Beschützergaranten regelmäßig als Gehilfen im Verhältnis zum aktiv handelnden Dritten anzu-

sehen und Überwachergaranten demgegenüber als Täter. Schließlich ist seine Pflicht, sprich die des Überwachergaranten, relativ leicht zu erfüllen. Er kann sich auf die Gefahrenstelle beschränken und sie im Auge behalten. Dagegen muss sich der Beschützergarant vor das Rechtsgut stellen, wodurch er freilich nicht im Auge haben kann, ob dem Rechtsgutsträger von anderer Seite Schaden droht. Gleichwohl soll er das Rechtsgut rundum vor Schaden jeden Ursprungs bewahren müssen. Diese Pflicht zu erfüllen, ist ungleich schwerer. Von daher könnte die Rechtsordnung, wie an früherer Stelle erörtert³⁹, Nachsicht üben, und zwar dadurch, dass der Beschützergarant in der geschilderten Konstellation regelmäßig bloß der Beihilfe durch Unterlassen schuldig ist, wohingegen der Überwachergarant eher Täter sein könnte.

Darüber hinaus weist die – bislang vorgenommene – Differenzierung noch eine entscheidende dogmatische Schwäche auf. Sie stellt im einen Fall, beim Beschützergaranten, auf den nicht abgewendeten Erfolg ab, weil er das Rechtsgut vor Schaden zu bewahren habe. Beim Überwachergaranten wird dagegen die unterlassende Handlung in den Mittelpunkt gerückt, weil er die gebotenen Sicherungsmaßnahmen unterlässt. Wenn man Handlung und Erfolg zum Maßstab für die Abgrenzung der einzelnen Beteiligungsformen im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte machen will, wofür – wie die Ausführungen zur Tatherrschaft gezeigt haben dürften – Einiges spricht, sind entweder beide Aspekte in die Betrachtung einzubeziehen oder aber man konzentriert sich auf einen Gesichtspunkt, dann aber durchweg auf denselben. Eben daran leidet die Pflichtinhaltheorie, wie sie bislang vertreten wird, weil sie die Perspektive wechselt. Es mutet willkürlich und beliebig an, wenn man einmal auf den nicht abgewendeten Erfolg, ein andermal dagegen auf die unterlassene Handlung rekurriert. Eine dogmatisch saubere Lösung sollte sich aber durch inhaltliche Konsistenz auszeichnen.

Dabei haben die Ausführungen zur Tatherrschaft gezeigt, dass sich mehr auf die Handlung und weniger auf den Erfolg zu konzentrieren ist. Wenn man dies tut, führt die Unterscheidung von Beschützer- und Überwachergaranten hinsichtlich der Frage, welche Beteiligungsform sie im Verhältnis zu einem Täter durch positives Tun aufweisen, zu folgenden Konsequenzen: Der Beschützergarant ist in solchen Fällen nicht, wie von der Pflichtinhaltheorie apostrophiert, Täter durch Unterlassen, sondern regelmäßig bloß Gehilfe. Dagegen macht sich der Überwachergarant in einer solchen Konstellation – wiederum im Gegensatz zur Pflichtinhaltheorie – nicht bloß der Beihilfe, sondern stattdessen in der Regel der Unterlassungstäterschaft schuldig. Damit kann durchaus eine Differenzierung der einzelnen Beteiligungsformen nach dem Inhalt von Garantenstellungen und -pflichten erfolgen, freilich in genau umgekehrter Weise, wie es die Pflichtinhaltheorie (bislang) tut. In dieser Hinsicht kommt der Einteilung der Garantenstellungen in Beschützer- und Überwachergaranten eine gewisse Indiz- und Leitbildfunktion für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im

³⁷ BGH NJW 1966, 1763.

³⁸ Herzberg, JuS 1975, 171 (173); Heine (Fn. 30), Vor § 25 Rn. 104 ff.

³⁹ S. unter 1.

Unterlassungsbereich zu, wenn man sie mit dem Tatherrschaftsgedanken verknüpft.

Dabei erscheint diese – bislang nicht vorgenommene Form der – Differenzierung sich nahezu zwangsläufig aus der Natur der Sache zu ergeben und bereits in den Begrifflichkeiten angelegt. Überwachungsgaranten obliegt die Pflicht, bestimmte Gefahrenquellen zu überwachen, die im Zuständigkeits- oder Herrschaftsbereich des Unterlassenden liegen.⁴⁰ Über seinen Herrschaftsbereich hat man, will man den Begriff nicht ad absurdum führen, sicher Herrschaft, die sich insofern als Tatherrschaft bezeichnen lässt. Damit ist zugleich – zumindest implizit – gesagt, dass die Pflicht des Überwachungsgaranten, um es nochmals zu betonen, relativ leicht zu erfüllen ist. Dass wiederum die Verletzung einer leicht zu erfüllenden Pflicht zu schärferen Sanktionen führt, weil es das größere Unrecht ist, wurde ebenfalls schon dargelegt. Aber nicht bloß solche eher allgemeine Überlegungen führen dazu, Überwachungsgaranten regelmäßig als Täter anzusehen. Es ist der Tatherrschaftsgedanke selbst, der zu dieser Annahme führt, wenn er auf die Unterlassungsdelikte ebenso wie der Kausalitätsgedanke angepasst wird. Tatherrschaft hat man, wir erinnern uns, wenn man *maßgeblichen* Einfluss auf das Geschehen hat.⁴¹ Dies ist wohl der Fall, wenn es nicht schwer fällt, darauf einzuwirken. Insofern stellen sich Überwachungsgaranten regelmäßig als Unterlassungstäter dar, wohingegen Beschützergaranten sich eher bloß der Beihilfe durch Unterlassen schuldig machen, wenn sie gegen den aktiv Handelnden nicht einschreiten.

⁴⁰ Fischer (Fn. 17), § 13 Rn. 9; Roxin (Fn. 11), § 32 Rn. 107.

⁴¹ Vgl. Fn. 25.

Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip

Von Wiss. Assistent Akad. Rat a.Z. Dr. **Luís Greco**, LL.M., München

I. Einleitung

Die Organisationsherrschaft hat Konjunktur. Sie findet nicht nur in der deutschen Rechtsprechung Anerkennung,¹ sondern auch in Entscheidungen höchster ausländischer Gerichte² und im Völkerstrafrecht.³ Nichtsdestotrotz steht ihr eine zunehmende Anzahl von Autoren kritisch gegenüber. Bei diesen ablehnenden Stellungnahmen ist das sog. Selbstverantwortungsprinzip zwar nicht der einzige, aber wohl doch der wichtigste argumentative Trumpf. Man versteht darunter die These, dass „jede Person nur für ihr eigenes Verhalten verantwortlich ist und nie für das Verhalten frei verantwortlich handelnder anderer“.⁴ Konkreter: Nach dem Selbstverantwortungsprinzip gibt es keinen Täter hinter einem vollverantwortlichen Täter. Handelt ein Vordermann voll verantwortlich, können Hintermänner höchstens Teilnehmer sein, die nach Akzessoritätsregeln zur Verantwortung gezogen werden sollen. Dies bedeutet eine Absage an die Figur der Organisationsherrschaft, die – neben anderen theoretisch bedeutsamen, wenn auch praktisch nicht so wichtigen Konstellationen⁵ – gerade von der Vorstellung getragen wird, dass ein Täter hinter dem Täter möglich ist.⁶

¹ BGHSt 40, 218 (236 f.); 40, 307 (316 f.); 42, 65 (69); 44, 204 (206); 45, 270 (296 ff.); zur Rspr. ausf. *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 124 f.

² Nachw. zu Argentinien bei *Ambos*, GA 1998, 226 (238); das Urteil des peruanischen obersten Gerichtshofs ist in deutscher Sprache in Ausgabe 11 der ZIS 2009, 622 ff. veröffentlicht worden; hierzu die Aufsätze von *Rotsch*, ZIS 2009, 549; *Ambos*, ZIS 2009, 552; *Roxin*, ZIS 2009, 565; *Schroeder*, ZIS 2009, 569; *Jakobs*, ZIS 2009, 572; *Herzberg*, ZIS 2009, 576; *Caro Coria*, ZIS 2009, 581; *García Caveró*, ZIS 2009, 596; *Meini*, ZIS 2009, 603; *Pariona*, ZIS 2009, 609 und *van der Wilt*, ZIS 2009, 615.

³ Nachweise bei *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 25; *Ambos*, ZIS 2009, 552 (564 Fn. 127).

⁴ *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 49 (Zitat); s. auch *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, insb. S. 6, 42; *Walther*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991, S. 80 (indes sehen sowohl *Schumann* als auch *Walther* das Prinzip als ausnahmefähig an); ähnlich das sog. „Autonomieprinzip“ von *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 73. Vgl. auch die Formulierung beim Kritiker *Schünemann*, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 401 (S. 402 f.); aus der Rspr. OLG Rostock NSTZ 2001, 199 (200).

⁵ Zu ihnen s. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 94 ff.

⁶ Obwohl nicht alle Vertreter des Selbstverantwortungsprinzips diese Folgerung ziehen, insb. *Schumann* (Fn. 4), S. 75

Die vorliegende Abhandlung soll allein dem bescheidenen Zweck dienen, die Begründetheit und Tragfähigkeit eines derartigen Selbstverantwortungsprinzips zu überprüfen, um bestimmen zu können, ob das Argument die Erwartungen seiner Verfechter erfüllen kann. Weitere Aspekte der umfassenden Diskussion über die Organisationsherrschaft sollen hier außer Betracht bleiben. Obwohl das Ergebnis für das Selbstverantwortungsprinzip negativ ausfallen wird, enthält die Abhandlung an sich keine Stellungnahme für oder gegen die Figur der Organisationsherrschaft, da eine solche erst nach einer umfassenden Auseinandersetzung mit den weiteren in der Diskussion geltend gemachten Gesichtspunkten erfolgen dürfte. Der wissenschaftlichen Aufrichtigkeit halber bekennt der *Verf.*, dass ihm diese Figur durchaus sympathisch erscheint.

II. Die unterschiedliche Reichweite des Selbstverantwortungsprinzips

In der Diskussion wurde noch nicht hinreichend beachtet, dass sich ein Selbstverantwortungsprinzip mit unterschiedlicher Reichweite konzipieren lässt. Es kann entweder als allgemeines Rechtsprinzip angesehen werden, das also im ganzen Strafrecht⁷ seine Ansprüche stellt; oder es kann als sektorielles Prinzip vertreten werden, das also nur bei bestimmten Rechtsinstituten von Gewicht ist. Die Reichweite des Prinzips ist nicht Sache der Stipulation. Sie kann nicht durch eine bloße Behauptung festgelegt werden, sondern beruht letztlich auf der Höhe der als Begründung für das Prinzip herangezogenen Argumente. Führt man andere allgemeine Überlegungen wie den Rechtsstaatsbegriff bzw. dessen Menschenbild oder das Schuldprinzip als Begründung an, erhält man ein auch als allgemeines Rechtsprinzip Geltung beanspruchendes Selbstverantwortungsprinzip (unten III.). Begründet man das Selbstverantwortungsprinzip anhand des Tatherrschaftsgedankens, dann gilt es bei der gesamten Täterschaftsdogmatik aller Delikte, für die dieser Gedanke tragend ist, also für alle sog. Herrschaftsdelikte⁸ (unten IV.). Und verankert man das Prinzip an dem Konzept der Willensherrschaft, ist es nur bei der mittelbaren Täterschaft von Gewicht (unten V.).

III. Selbstverantwortungsprinzip als allgemeines Rechtsprinzip?

Die anspruchsvollsten Ansätze sind die, die das Selbstverantwortungsprinzip als allgemeines Rechtsprinzip konzipieren. Beteiligungsfragen wie die Unmöglichkeit einer Organi-

(Organisationsherrschaft als „Ausnahme“); hierzu krit. *Schünemann* (Fn. 4), S. 403; *Renzikowski* (Fn. 3), S. 89 Fn. 154.

⁷ Richtigerweise müsste man hier vom ganzen Recht sprechen. Da die vorliegenden Überlegungen sich auf das Strafrecht beschränken werden, wird man diese Ungenauigkeit verzeihen können.

⁸ Zu dieser Terminologie *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 354 f.; *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 13.

sationsherrschaft wären demnach nur Konkretisierungen eines allgemeineren Gedankens, dessen Geltungsbereich viel weiter geht als die Beteiligungslehre. Für solche Ansprüche braucht man eine entsprechend weitreichende Begründung, für die es in der gegenwärtigen Diskussion mehrere Kandidaten gibt.

Eine prominente Begründung beruft sich auf das von unserer rechtsstaatlichen Rechtsordnung vorausgesetzte Menschenbild. Eine Rechtsordnung, die mehr sein wolle als schierer äußerer Zwang, sei nur unter der Voraussetzung der Anerkennung der Selbstverantwortung der Individuen denkbar.⁹ Unabhängig von der Frage nach der Richtigkeit dieser keineswegs selbstverständlichen Prämisse muss aber kritisch angemerkt werden, dass ihre Heranziehung als Begründung für ein Selbstverantwortungsprinzip, das sich auf der Beteiligungsebene auswirken kann, auf einer quaternio terminorum beruht.¹⁰ Denn Selbstverantwortung bedeutet im abstrakteren Kontext lediglich, dass man für eigene Handlungen zur Verantwortung gezogen werden kann. Dagegen geht es im konkreteren Zusammenhang der Beteiligung darum, zu bestimmen, welche Handlungen eigene Handlungen eines Subjekts sind und welche die von anderen. Das Selbstverantwortungsprinzip fungiert in der letzten Ebene als Verbot, eine Handlung als die eines Täters anzusehen, wenn sie vorrangig auf einen anderen voll verantwortlichen Handelnden zurückgeführt werden kann. Mit anderen Worten, und um eine Begrifflichkeit von *Hruschka* zu gebrauchen: Bei der Diskussion um den Rechtsbegriff bedeutet Selbstverantwortung vor allem die Möglichkeit einer Zurechnung zweiter Stufe (Zurechnung zur Verantwortlichkeit, zum Verdienst oder zur Schuld), bei der Beteiligungsdiskussion bedeutet Selbstverantwortung eine Regel für die Zurechnung erster Stufe (Zurechnung zur Handlung).¹¹ Wie man von der zweiten zur ersten Stufe gelangen soll, ist kaum ersichtlich.

Gelegentlich wird als zusätzliches allgemeines Argument das Schuldprinzip angeführt.¹² Aber auch das Schuldprinzip greift im vorliegenden Zusammenhang zu spät ein, denn es geht bei ihm vorrangig um eine Zurechnung zweiter Stufe.

⁹ *Walther* (Fn. 4), S. 79; *Schumann* (Fn. 4), S. 1; *Renzikowski* (Fn. 3), S. 72 f.: „Die Konstitution einer Rechtsgemeinschaft als Verband von Personen, die ihre Rechtssphären wechselseitig anerkennen, setzt die Autonomie ihrer Mitglieder voraus“; am Rechtsbegriff setzen *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 137 ff., 238 ff. und wohl auch *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 9 ff., S. 505 ff., 510 an.

¹⁰ Klassisches Beispiel für eine quaternio terminorum, also für den fehlschlüssigen Syllogismus, der auf vier Begriffen beruht und nicht nur wie richtige Syllogismen auf drei, ist der Schluss: „Sokrates ist ein Fuchs; Füchse haben vier Beine; also hat Sokrates vier Beine“. Zu der Figur statt aller *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 365 ff.

¹¹ *Hruschka*, Rechtstheorie 22 (1991), 449 (451 ff.); *Hruschka*, in: *Eser/Fletcher* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. 1, 1987, S. 121 ff. (S. 140 ff.).

¹² *Renzikowski* (Fn. 3), S. 89.

Ein erstes Zwischenfazit ist bereits möglich: Es gibt keine ersichtliche überzeugende Begründung eines Selbstverantwortungsprinzips als allgemeines Rechtsprinzip.

III. Selbstverantwortung als für Herrschaftsdelikte geltendes Prinzip?

Verzichtet man auf den Anspruch, das Selbstverantwortungsprinzip an so prominenter Stelle zu verankern, könnte sich als „zweitbeste“ Lösung anbieten, das Selbstverantwortungsprinzip als Kehrseite des Tatherrschaftsgedankens zu konzipieren. Bei Herrschaftsdelikten setzt Täterschaft Tatherrschaft voraus; die Handlung eines voll Verantwortlichen könne man nicht beherrschen. Es gebe demnach keinen Täter hinter einem vollverantwortlichen Täter.¹³

Diese Argumentationskette erscheint auf den ersten Blick schlüssig. Nach genauerem Hinsehen wird indes klar, dass dies nicht der Fall sein kann. Denn es gibt einen positivrechtlich verbindlichen, allgemein anerkannten und zudem vernünftig anerkennungswürdigen¹⁴ Grund, der einem so konzipierten Selbstverantwortungsprinzip frontal widerspricht: nämlich die Figur der Mittäterschaft, die in § 25 Abs. 2 StGB verankert ist.¹⁵ Die durch die Figur ermöglichte gegenseitige Zurechnung ist die gesetzliche Festlegung der nicht bestreitbaren Einsicht, dass es doch Situationen gibt, in denen man für das Verhalten eines anderen voll Verantwortlichen zur Verantwortung gezogen wird. Die gegenseitige Zurechnung verträgt sich also nicht mit dem Selbstverantwortungsprinzip.

Auf diesen Befund sind mehrere Repliken möglich. Man könnte zunächst die gegenseitige Zurechnung zum Angriffsziel erklären: widersprechen Selbstverantwortung und gegenseitige Zurechnung einander, umso schlimmer für die gegenseitige Zurechnung. Diese Replik hätte aber sehr geringe Erfolgsaussichten. Wie bereits angedeutet, ist die gegenseitige Zurechnung nicht nur positivrechtlich anerkannt. Sie wird auch – soweit ersichtlich – nirgendwo in Frage gestellt (vielmehr muss man die wachsende Bereitschaft feststellen, sie auf ihr bisher fremd gebliebene Bereiche wie das Fahrlässigkeitsdelikt auszuweiten¹⁶). Und letztlich gibt es gute Gründe, die diese zugegebenermaßen sehr belastende Rechtsfolge tragen, obwohl man sich darüber im vorliegenden Zusammenhang nicht ausbreiten kann.

¹³ Nicht immer macht man sich die Mühe, deutlich zu machen, ob man das Selbstverantwortungsprinzip an dem allgemeineren für alle Herrschaftsdelikte einschlägigen Herrschaftsgedanken oder an der nur bei der mittelbaren Täterschaft geltenden Willensherrschaft verankern will. Deshalb wird hier auf die Fundstellen u. in Fn. 20 verwiesen, die alleamt zumindest die bescheidenere letzte These vertreten, häufig aber auch im Sinne der stärkeren ersten These herangezogen werden können.

¹⁴ Wobei die Begründung dieser Anerkennungswürdigkeit im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls offen bleiben muss.

¹⁵ Das Argument der Mittäterschaft taucht auch bei *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 10 Rn. 87 auf, der auf weitere Gegenbeispiele hinweist (Rn. 87 f.).

¹⁶ Statt aller m.w.N. *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242; *Schünemann* (Fn. 1), § 25 Rn. 216 f.

Eine andere Replik könnte darin bestehen, die Zurechnungslage bei der Mittäterschaft anders zu beschreiben. „Gegenseitige Zurechnung“ sei eigentlich ein schiefer Begriff, der auf naturalistischen Vorurteilen beruhe. Im Grunde würden bei der Mittäterschaft nicht die Taten anderer Subjekte zugerechnet, denn Mittäterschaft bedeute die Konstituierung eines einzelnen Gesamtsubjekts.¹⁷ Dieser Gedanke lässt in der Tat das Selbstverantwortungsprinzip unangetastet, da demnach keine Handlungen verantwortlicher Subjekte anderen zugerechnet werden, sondern der Täter – das kollektive Gesamtsubjekt – nur für seine eigenen Taten verantwortlich gemacht wird. Auf der anderen Seite muss angemerkt werden, dass ein solcher Ausweg die Tür für die Anerkennung eines Täters hinter dem Täter i.S.d. Organisationsherrschaft offen lässt: denn man könnte auch die Organisation als Gesamtsubjekt konzipieren und damit von vornherein das Selbstverantwortungsprinzip bei Organisationen für unanwendbar erklären.¹⁸

Eine dritte Möglichkeit wäre es, die gegenseitige Zurechnung als Ausnahme vom Selbstverantwortungsprinzip zu deuten. Man könnte sagen, die Mittäterschaft bezeichne gerade die Situation, in der angesichts bestimmter Voraussetzungen das Selbstverantwortungsprinzip nicht gelte. Beschränkt man sich auf eine solche Behauptung, dann macht man sich anfällig für eine Treplik. Diese bestünde nämlich in der Frage, warum es nur eine einzige Ausnahme geben darf, m.a.W. wieso allein die Mittäterschaft und nicht auch eine weitere Konstellation, nämlich die Organisationsherrschaft, als Ausnahme anerkannt werden kann.¹⁹

Hier ist ein zweites Zwischenfazit angebracht: Ein Selbstverantwortungsprinzip lässt sich als für alle Herrschaftsdelikte geltendes Prinzip entweder nicht vertreten, denn es widerspricht prima facie dem der Mittäterschaft zugrunde liegenden Gedanken der gegenseitigen Zurechnung. Wird dieser prima-facie-Widerspruch aber ausgeräumt, dann steht das Prinzip der Figur der Organisationsherrschaft nicht mehr entgegen.

IV. Selbstverantwortung als spezifische Ratio der mittelbaren Täterschaft?

Es bleibt nur noch zu prüfen, ob man das Selbstverantwortungsprinzip mit einem bescheideneren Geltungsanspruch vertreten kann. Es könnte den tragenden Grundgedanken

¹⁷ So *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 (274 ff.); *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 120 ff.; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (690, 718 f.: „Unrechtssystem“). Nachw. aus der japanischen Lit. bei *Bloy*, GA 1996, 424 (434); krit. m.w.N. zur früheren Lit. *Küper* Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 53 f.

¹⁸ So konsequent *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (743); auch *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (495).

¹⁹ Für die Organisationsherrschaft als Ausnahme vom Selbstverantwortungsprinzip *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 541; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (493), der aber teilweise auch die Konstruktion des Gesamtsubjekts befürwortet (s. Fn. 18); und der frühe *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 12 f., 42 f.

einer bestimmten Rechtsfigur, nämlich der mittelbaren Täterschaft, darstellen, so dass in den Fällen, in denen ein Vordermann vollverantwortlich handelt, keine mittelbare Täterschaft bejaht werden könnte.

Das stärkste Argument setzt bei der ratio der mittelbaren Täterschaft an. Mittelbare Täterschaft beruht auf einer besonderen Form von Tatherrschaft, nämlich auf Willensherrschaft. Man könne nur den Willen eines anderen Subjekts beherrschen, wenn dieser nicht dazu in der Lage sei, dies selber zu tun, d.h. sich selbst zu beherrschen. Das bedeutet, es gibt keinen Täter hinter dem vollverantwortlichen Täter. „Mittelbare Täterschaft durch einen unmittelbar Handelnden, der selbst Täter ist, ist ein Unbegriff“.²⁰

Dieses Argument entpuppt sich nach näherer Betrachtung entweder als falsch oder als eine *petitio principii*, je nachdem, ob man den insofern zweideutigen Begriff der Willensherrschaft²¹ eher faktisch oder eher normativ versteht.

Versteht man den Begriff der Willensherrschaft eher faktisch²² – Herrschaft als tatsächliche Macht oder Kontrolle über eine Tatbestandsverwirklichung – dann muss ohne weiteres zugegeben werden, dass derjenige, der mittels einer Organisation handelt, nicht nur eine weitaus größere Kontrol-

²⁰ Zitat aus *Welzel*, SJZ 1947, Sp. 645 (650). Dieses Argument auch bei: *Otto*, Jura 1987, 246 (255); *Otto*, Jura 2001, 753 (756, 757); *Otto* (Fn. 4), § 21 Rn. 92; *Renzikowski* (Fn. 4), S. 89; *Jakobs*, NSTZ 1995, 26 (27); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II 8 (S. 664 f., 670); *Murmann*, GA 1996, 269 (273 ff., 275); *Köhler* (Fn. 9), S. 510 f.; *Rotsch*, NSTZ 1998, 491 (493); *Botke*, in: *Dölling* (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 235 (S. 251); *Noltenius* (Fn. 9), S. 260 ff.; *Kutzner*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft, 2004, S. 250; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (413); *Zieschang*, in: *Dannecker* (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 505 (S. 514 f., 519); *Krey/Nuys*, in: *Böse* (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 203 (S. 209 f., 212 ff.); *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010 § 25 Rn. 123. Der Sache nach auch *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 32. Lfg, Stand: März 2000, § 25 Rn. 92 und *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003 § 25 Rn. 130, die die Organisationsherrschaft nur insoweit anerkennen wollen, wie sie sich auf eine mittelbare Täterschaft kraft Nötigung zurückführen lässt. Wohl eine Variante dieses Arguments ist die Behauptung, der Hintermann beherrsche nicht die konkrete Tat, so insb. *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (527 ff.); *Rotsch*, NSTZ 2005, 13 (16); *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 326 ff.

²¹ Hier grdl. *Herzberg* in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftätern in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 (S. 40 ff.).

²² So ausdrücklich *Roxin*, in: *Hoyer* (Fn. 4), S. 387 (S. 398).

le über die Tatbestandsverwirklichung hat als viele Anstifter, sondern auch als die meisten Täter.²³ Ein faktischer Begriff der Willensherrschaft ist nicht daran gebunden, allein den Irrtum oder die Nötigung als herrschaftsbegründend anzusehen, sondern wird für andere Formen der Herrschaft empfänglich sein, die auf organisatorischen Zusammenhängen²⁴ oder sogar anderen Grundlagen (etwa „Schlüsselposition für die Unversehrtheit des Rechtsguts“²⁵) beruhen können. Ein faktischer Begriff der Willensherrschaft lässt also keinen Raum für ein Selbstverantwortungsprinzip. Das Selbstverantwortungsprinzip kann höchstens in gewissen Situationen für die Abwesenheit von Willensherrschaft indiziell sein.²⁶ An sich ist die Vollverantwortlichkeit des Vordermannes weder notwendig noch hinreichend für die fehlende Willensherrschaft des Hintermannes.

Man kann aber die Willensherrschaft normativ verstehen, so dass von einer Fremdbeherrschung nur dort die Rede sein könne, wo schon die Rechtsordnung dem Vordermann sein Selbstbeherrschungsvermögen abspricht. Damit käme man in der Tat zu einem Selbstverantwortungsprinzip. Nur müsste man sich klar machen, dass nach dieser Argumentation das Selbstverantwortungsprinzip nicht mehr aus dem normativen Willensherrschaftsgedanken folgt, sondern dass es vielmehr mit diesem Gedanken identisch ist. Wird die Willensherrschaft normativ verstanden, dann bedeutet sie nichts anderes als das Selbstverantwortungsprinzip. Das heißt also, dass diese Begründung an sich keine ist, sondern vielmehr eine in andere Worte gekleidete Wiederholung der zu belegenden Behauptung, also eine bloße *petitio principii*.

Derjenige, der ein normatives Verständnis der Willensherrschaft und damit ein Selbstverantwortungsprinzip zirkelfrei vertreten will, braucht deshalb ein zusätzliches Argument. Dieses Bedürfnis wurde indes von den Wenigsten überhaupt als solches erkannt. Immerhin lassen sich in der

Literatur einige Argumente ausfindig machen, die jedoch nicht zielführend sind.

So wurde das Bestimmtheitsgebot bemüht: Werde die mittelbare Täterschaft mit anderen Überlegungen als den positivrechtlich verankerten Maßstäben begründet, dann blieben diese Maßstäbe notwendig unbestimmt.²⁷ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Kriterien, an die die Vertreter der Organisationsherrschaft die Anwendbarkeit dieser Figur binden – etwa Innehabung einer Machtstellung innerhalb einer Organisation, Fungibilität der Ausführungsperson und Rechtsgelöstheit der Organisation²⁸ – subsumtionsfähige Begriffe sind, die von sich aus keinerlei Bedenken hinsichtlich ihrer Bestimmtheit unterliegen. Höchstens könnte man meinen, die Unbestimmtheit liege darin, dass über die Anerkennung einiger dieser Begriffe, insb. der Rechtsgelöstheit, Streit herrscht, so dass es zu der Kontroverse kommen konnte, ob auch wirtschaftliche Unternehmen Organisationen im Sinne der Organisationsherrschaft sein können.²⁹ Dies wäre aber ein unfares Argument. Denn das Bestimmtheitsgebot kann sinnvollerweise nicht verbieten, dass es bei gewissen Fragen Streitigkeiten gibt. Der Streit darüber, ob vermeidbare Verbotsirrtümer (§ 17 StGB) für eine mittelbare Täterschaft ausreichen,³⁰ beweist, dass selbst die Heranziehung gesetzlich verankerter Maßstäbe dies nicht ausschließen kann.

Beliebt ist auch die Bemühung des Analogieverbots. Der Wortlaut von § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB, Begehung „durch einen anderen“, impliziere notwendig, dass der andere ein bloßes Mittel sein müsse, also ein Werkzeug im möglichst buchstäblichen Sinne des Wortes darstelle, und dies könne ein vollverantwortlich Handelnder unmöglich sein.³¹ Dem ist aus mehreren Gründen nicht zu folgen. Erstens hängt der Stellenwert von Wortlautargumenten bei § 25 Abs. 1 StGB von der Klärung der Vorfrage ab, ob dieser Vorschrift schon konstitutive oder vielmehr bloß deklaratorische Bedeutung zukommt. Vieles spricht für Letzteres.³² Die Figur wurde nämlich in ihren wesentlichen Zügen entwickelt und von Gerichten ohne Bedenken angewandt, lange bevor es zu der erst 1975 erfolgten gesetzlichen Anerkennung kam. Dies kann ohne Verletzung des *nulla-poena*-Grundsatzes nur möglich gewesen sein kann, wenn man der Vorschrift des § 25 Abs. 1 StGB nur deklaratorische Bedeutung zuerkennt, so dass die Subsumtion der Handlungen der Hintermänner ei-

²³ So insb. *Roxin*, in: Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549 (S. 555, 560); *Roxin*, NStZ Sonderheft für Schäfer 2002, 52 (53); *Roxin* (Fn. 22), S. 392, 399; *U. Schulz*, JuS 1997, 109 (111), der aber auf die Nötigungsherrschaft abstellen will und die Organisationsherrschaft für überflüssig hält. Das gibt auch *Rotsch* zu, wenn er meint, *Roxin* begründe die mittelbare Täterschaft anhand der erhöhten „Erfolgsherrschaft“, *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (16); *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ (Fn. 20), S. 328.

²⁴ Das ist der Kern des Arguments der Fungibilität, z.B. *Roxin*, GA 1963, 193 (200); *Roxin* (Fn. 8), S. 245; *Roxin* (Fn. 23), 550; *Roxin* (Fn. 22), S. 394 ff. Beispiele für gleich strukturierte Argumente bei *Bloy*, GA 1996, 424 (441); *Ambos*, GA 1998, 226 (234); *Ambos* (Fn. 3), § 7 Rn. 27 ff.; *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, 2004, S. 230 ff.; *Meini*, El dominio de la organización en Derecho Penal, 2008, S. 109 f.; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 25a; s. auch die Übersicht bei *Otto*, Jura 2001, 753 (754 f.).

²⁵ *Schünemann* (Fn. 4), S. 410.

²⁶ Hierzu noch mehr unten (nach Fn. 34).

²⁷ *Bottke* (Fn. 20), S. 251 f., 253; auch *Diel*, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997, S. 333.

²⁸ Der Sache nach wohl die Kriterien von *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 105, 107; und *Schünemann* (Fn. 1), § 25 Rn. 122 f.

²⁹ Dafür BGHSt 40, 218 (237); ebenso etwa *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; dagegen *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 129 ff.; *Schünemann* (Fn. 1), § 25 Rn. 131 f.

³⁰ Zu dieser Frage *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 78 ff.; *Schünemann* (Fn. 1), § 25 Rn. 89 ff., beide m.w.N.

³¹ Etwa *Bottke* (Fn. 20), S. 251; *Krey/Nuys* (Fn. 20), S. 214; *Schild* (Fn. 20), § 25 Rn. 123.

³² So auch *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 29, 187; *Schünemann* (Fn. 1), Vor § 25 Rn. 14, § 25 Rn. 36; *Heine* (Fn. 24), Vor § 25 Rn. 74; dagegen *Hoyer* (Fn. 20), Vor § 25 Rn. 12 ff.

gentlich direkt unter die Handlungsbeschreibungen der BT-Vorschriften erfolgt sein muss. Ferner erleichtert die vor allem durch die Lehre von der objektiven Zurechnung vorangetriebene Normativierung des objektiven Tatbestands die Behauptung, dass nicht nur der, der eigenhändig die Pistole betätigt, sondern auch der, der dies „durch einen anderen“ tut, eine rechtlich missbilligte Gefahr eines Todeseintritts schafft und insofern eine Tötungshandlung begeht.³³ Aber auch unabhängig von dieser Vorfrage, zu der hier nicht definitiv Stellung bezogen werden soll, ist entscheidend anzumerken, dass der allgemeine Sprachgebrauch keineswegs dazu nötigt, dass man erst bei einem Nicht-Verantwortlichen von einer Begehung „durch einen anderen“ spricht. Man kann etwa ohne weiteres sagen, man habe seine Wohnung durch einen Immobilienmakler verkaufen lassen, oder man habe eine Willenserklärung durch einen Boten abgegeben, und diese Sätze implizieren keinesfalls die Unverantwortlichkeit desjenigen, der diese Handlungen eigenhändig ausführt.

Eine letzte Begründung für ein normatives Verständnis der Tatherrschaft wäre der Hinweis auf die Notwendigkeit „einheitlicher Bewertungsmaßstäbe“.³⁴ So werde nicht bei jeder Nötigung, sondern erst bei einer, die die Intensität des § 35 StGB erreicht, Willensherrschaft angenommen. Dies sei aber ein normatives Kriterium. Es sei deshalb ein Gebot der Konsequenz, dass man bei Organisationen den zunächst normativ verstandenen Begriff der Willensherrschaft nicht unterschiedlich, also faktizistisch deutet. Dieses Argument verkennt aber, dass die Heranziehung normativer Maßstäbe im Zusammenhang mit einigen Formen der mittelbaren Täterschaft den Begriff der Willensherrschaft nicht zu einem normativen Begriff macht. Vielmehr argumentieren die Vertreter eines faktischen Verständnisses seit jeher damit, dass der Rückgriff auf § 35 StGB nichts anderes als ein Erkenntnisinstrument ist, also als ein generalisierender Maßstab fungiert, anhand dessen man beurteilen kann, ob Unfreiheit vorhanden ist.³⁵ M.a.W.: § 35 StGB taucht allein deshalb an dieser Stelle auf, damit man klar bestimmen kann, wann ein Tatmittler unfrei ist bzw. wann man wegen Unfreiheit Willensherrschaft bejahen soll. Diese Argumentation bedeutet indes keine Festlegung in dem Sinne, dass Unfreiheit die einzige Möglichkeit ist, Willensherrschaft anzunehmen.

Als letztes Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass auch ein auf die mittelbare Täterschaft beschränktes Selbstverantwortungsprinzip nicht anzuerkennen ist. Im Grunde läuft es auf nichts anderes als die Postulierung einer abweichenden Bestimmung der Willensherrschaft hinaus, die aber, solange für sie keine überzeugenden Gründe angeführt werden können, als *petitio principii* angesehen werden kann.

V. Schluss

Dem Selbstverantwortungsprinzip kommt bestenfalls die Bedeutung zu, eine Konstellation zu kennzeichnen, in der mittelbare Täterschaft bejaht werden kann: Handelt der Vordermann nicht vollverantwortlich, lässt sich die Herrschaft und damit auch die mittelbare Täterschaft eines Hintermanns umso leichter bejahen. Das Prinzip kann aber nicht beanspruchen, allgemein den Umfang der mittelbaren Täterschaft bzw. der Willensherrschaft festzulegen, und erst recht nicht für die Bestimmung der Täterschaft aller Herrschaftsdelikte bzw. für die Bestimmung des allgemeineren Tatherrschaftsbegriffs von ausschlaggebender Bedeutung zu sein. Umso weniger lässt es sich als allgemeines für das ganze (Straf-)Recht geltendes Prinzip vertreten. Einen Grund, an der Möglichkeit eines Täters hinter dem vollverantwortlichen Täter und insb. einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zu zweifeln, liefert es deshalb nicht.

³³ In diesem Sinne *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 6 ff., 28 f.; *Jakobs*, GA 1997, 552; krit. *Bloy*, GA 1996, 424 (438).

³⁴ *Herzberg* (Fn. 21), S. 48.

³⁵ Man lese nur *Roxin* (Fn. 8), S. 146 ff.; s. richtig *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 346.

Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?

Von Rechtsreferendar Dr. **Thomas Exner**, Wiss. Mitarbeiterin **Elisabeth Remmers**, Jena*

Mit der Viktimodogmatik findet das Spannungsverhältnis zwischen Opferschutz und Eigenverantwortung in einer gesonderten Rechtsfigur Ausdruck. Obgleich die Rechtsprechung zu jener Figur keine ausdrückliche Stellung nimmt, rekuriert sie bei der Auslegung des Heimtückemerkmals auf viktimodogmatisches Gedankengut. Ob dies mit Recht geschieht und inwiefern grundsätzlich von einem selbständigen viktimodogmatischen Prinzip die Rede sein kann, ist Gegenstand dieses Beitrags.

The legal concept referred as “Viktimodogmatik” comprises the conflictual relation between protection of victims and self-responsibility. Though court decisions do not take an explicit stance on this concept, there are judicial decisions which draw directly on ideas of “Viktimodogmatik” in order to interpret the meaning of insidiousness for the purpose of § 211 German criminal code (sc. crime of murder). This article tries to clarify whether using the concept of “Viktimodogmatik” in this context is substantiated and whether there is a general principle of “Viktimodogmatik” deducible.

I. Das Heimtückemerkmal: Normative oder viktimodogmatische Auslegung?

Seit den 1970er Jahren ist der Begriff Viktimodogmatik Gegenstand stets wiederkehrender strafrechtlicher Kontroversen.¹ Das Anliegen der Viktimodogmatik ist es, diejenigen Opfer aus dem Anwendungs- und Schutzbereich strafrechtlicher Normen auszuscheiden, die in sozialüblicher Weise Maßnahmen des Selbstschutzes gegen einen auf sie erfolgten Angriff hätten treffen können: Ein Tatopfer, welches sich in der konkreten Tatsituation entsprechend seiner individuellen Konstitution dem Täter hätte erwehren können, ist nicht schutzwürdig – das Verhalten des Täters ist in diesen Fällen nicht strafbar.²

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Geschichte des Strafrechts (Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Günter Jerouschek, M.A.) an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; der Autor war ebendort Wiss. Mitarbeiter und ist gegenwärtig Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Erfurt.

¹ Dazu: Günter, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 69 (S. 70); Schünemann, NStZ 1986, 439. Unklar ist, wer diesen Begriff in die Debatte eingeführt hat und ob hier u.U. nicht sachlich-substantiell längst Bekanntes bloß sprachlich-stilistisch neu gefasst wurde (dazu ausführlich Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 13 ff. m.w.N.).

² Übersicht zum Anliegen der Viktimodogmatik m.w.N. bei Günter (Fn. 1), S. 69 (S. 71); Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB, 1981, S. 81; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 70b; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006,

In Rechtsprechung und Literatur ist die viktimodogmatische Reduktion von Strafvorschriften überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Während einige Stimmen zumindest noch bereit sind, spezifische Formen des Opferverhaltens u.U. als mildernden Gesichtspunkt innerhalb der Strafzumessung zu berücksichtigen,³ lehnt das Gros der Kritiker ein selbstständiges Prinzip der Viktimodogmatik gänzlich ab.⁴ Apodiktisch hält Geisler fest: „[D]er viktimodogmatische Ansatz, der auf eine Revision der traditionellen Modellvorstellung von der Straftat als einseitig fehlerhaftem Verhalten abzielt, [ist] in seiner Generalisierung und Verabsolutierung in der Strafrechtswissenschaft mit Recht überwiegend auf Ablehnung gestoßen.“⁵

Vordergründig scheint auch der BGH ein strausschließend wirkendes „Opfermitverschulden“ abzulehnen, wenn er bspw. bei § 263 Abs. 1 StGB das Vorliegen einer Täuschung selbst dann noch anzunehmen bereit ist, wenn das Opfer Zweifel an den ihm vorgespiegelten Tatsachen hat bzw. bei sorgfältiger Prüfung das täuschende Verhalten des Täters hätte erkennen können.⁶

Berechtigt ist die Ablehnung der Viktimodogmatik allerdings nicht. Das viktimodogmatische Prinzip lässt sich sowohl dogmatisch als auch faktisch im geltenden Strafrecht aufspüren und nachweisen. In der Sache überrascht daher kaum, wenn der BGH namentlich im Rahmen seiner restriktiven Auslegung des Mordmerkmals „Heimtücke“ sublim deutlich viktimodogmatische Gedanken bemüht – allenfalls irritiert, dass er dem zum Trotz die Viktimodogmatik nicht ausdrücklich anerkennt.

Seit der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit lebenslanger Freiheitsstrafen und der damit verbundenen Aufforderung zu einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten restriktiven Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke⁷ tendiert der BGH zu einer einschränkenden Auslegung des Heimtückebestandteils der „Arglosigkeit“ (sog.

§ 14 Rn. 15; Schünemann, in: Zeidler u.a. (Hrsg.). Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 357 (S. 371); Schünemann, NStZ 1986, 193 (195); 439. Siehe auch Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2010, Vorbem. § 13 Rn. 4a.

³ So z.B. BGH StV 1986, 149 (150) (mit im Ergebnis abl. Anm. Hillenkamp, StV 1986, 150); Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 211 ff.; Roxin (Fn. 2), § 14 Rn. 24; vgl. Mitsch, NStZ 1992, 434 (435 f.); weit befürwortend Hörnle, GA 2009, 626.

⁴ Günther (Fn. 1), S. 69 (S. 71); Lenckner/Eisele (Fn. 2), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 70b; Roxin (Fn. 2), § 14 Rn. 15 ff.

⁵ Geisler, NStZ 2002, 86 (88) – Hervorhebung im Original.

⁶ BGH NStZ 2003, 313 (314) – maßgeblich sei, dass das Opfer die Wahrheit für möglich hielte; siehe auch BGH NStZ 2001, 430 (431).

⁷ BVerfGE 45, 187 (261, 267) = NJW 1977, 1525 (4. Leitsatz, 1534).

normative Auslegung).⁸ Zwar sei ein Opfer grundsätzlich dann „arglos“, wenn es sich zur Tatzeit keines Angriffs auf seinen Körper oder sein Leben versieht,⁹ dennoch müsse stets gefragt werden, ob ein faktisch ahnungsloses Opfer nicht zumindest hinreichend Anlass gehabt hätte, sich eines Angriffs auf seine Person zu versehen. Folgerichtig urteilte der BGH in einer Aufsehen erregenden Leitentscheidung, dass ein Erpresser gegenüber dem für ihn völlig überraschend erfolgten tödlichen Gegenangriff des Erpressungsoffers niemals arglos gewesen sein könne. Da dem Erpressungsoffer ein Notwehrrecht zustehe, habe der Erpresser mit seinem konkreten Angriff in aller Regel seine Arglosigkeit als Opfer des späteren Gegenangriffs verloren. Mit der Ausübung des Notwehrrechts müsse jeder Angreifer in einer solchen Lage grundsätzlich rechnen. Das sei von der strafrechtlichen Wertordnung und damit normativ vorgegeben, so der BGH.¹⁰

Auch in anderen Konstellationen hat der BGH Abstand von seiner Formel genommen, wonach arglos zwingend diejenigen Tötungsoffer seien, die zum Zeitpunkt der ersten Handlung des Täters keinen Angriff auf Leib und Leben befürchteten.¹¹ Zwar sollte anfänglich die Arglosigkeit des Tatopfers in solchen Fällen noch nicht verneint werden, in denen der tödliche Angriff allein wegen einer im weiten Vorfeld der eigentlichen Tötungstat erfolgten (beliebigen) feindlichen Auseinandersetzung abstrakt erwartbar gewesen wäre;¹² für die Verneinung der Arglosigkeit war vielmehr selbst bei einem der Tötung vorangegangenen Streit erforderlich, dass das Tötungsoffer faktisch mit einem *tätlichen* Angriff rechnete.¹³ Inzwischen scheint allerdings in Fortführung der o.g. Leitentscheidung des BGH im 48. Band das Vorliegen von Arglosigkeit (normativ) nunmehr bereits dann verneint werden zu müssen, wenn der Tötung schon eine rein telefonisch geführte Auseinandersetzung vorausging, in deren Verlauf der Täter dem späteren Opfer lediglich mit den Worten drohte: „Pass auf mein Freund, ich komme

jetzt zu dir ins Restaurant und mache dich platt“¹⁴. Prägnant bringt der BGH hier seine Ansicht zur normativen Einschränkung der Arglosigkeit auf den Punkt, indem er das Vorliegen von „Arglosigkeit“ stets verneint wissen will, „wenn der Tat eine offene Auseinandersetzung mit von vornherein feindseligem Verhalten des Täters vorausgeht, das Opfer also akuten Anlass hat, mit einem tätlichen Angriff zu rechnen“¹⁵. Zu Recht fasst Köhne diesen Befund in der viktimodogmatisch gefärbten Sentenz zusammen, arglos könne nur derjenige sein, der mit einem Angriff berechtigterweise nicht rechnen konnte bzw. musste.¹⁶

Mit dem gängigem „Arglosigkeits“-Begriff, welcher nach dem tatsächlichen Vorstellungsbild des Opfers fragt, ist diese Rechtsprechung nur schwerlich vereinbar.¹⁷ Für die (aus der vorherrschenden Heimtückedefinition folgende) Frage, ob bei Beginn der Tötungshandlung ein tätlicher Angriff gegen Leben oder körperliche Integrität vergegenwärtigt wird, kann es begrifflich nur auf das *tatsächliche* Vorstellungsbild des Tötungsoffers ankommen. Erst wenn das Opfer den Angriff auf seine Person faktisch für möglich hält, verliert es seine „Arglosigkeit“. Hieraus erklärt sich die einhellige Meinung, das generelle Misstrauen eines Tötungsoffers, möglicherweise Opfer einer Gewalttat zu werden, für einen Arglosigkeits-Ausschluss gerade noch nicht ausreichen zu lassen.¹⁸ D.h. mit anderen Worten, solange das Opfer einen Angriff subjektiv nicht für möglich hält, beseitigte selbst ein der Tötung vorausgehendes Vorfeldgeschehen – und gar ein bloß verbaler Wortwechsel – die Arglosigkeit des Tötungsoffers niemals.¹⁹

Zugegebenermaßen mag im konkreten Einzelfall die Feststellung mitunter Schwierigkeiten bereiten, welches Vorstellungsbild beim Opfer zu Beginn des Tötungsgeschehens tatsächlich vorlag. Dem Bemühen des BGH um Objektivierung ist darum durchaus zuzustimmen, wenn er das Vorliegen von „Arglosigkeit“ u.a. aus dem der Tötung vorausgegangen tatsächlichen Geschehensverlauf abzuleiten sucht. So könnte im o.g. Erpresser-Fall in der Tat ohne weiteres von dem Erpressungsverhalten des späteren Tötungsoffers darauf geschlossen werden, dass der Getötete zur Gegenwehr immerhin herausgefordert und die tätliche Reaktion des späteren

⁸ Zur Diskussion um die Heimtückedefinition: Köhne, Jura 2009, 748 (749 ff.); Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 211 Rn. 122 ff. m.w.N.

⁹ BGHSt 50, 16 (28) = NJW 2005, 1287 (1290); BGHSt 33, 363 (365); 27, 322 (342); 20, 301 (302); BGH NStZ 2008, 273 (274).

¹⁰ BGHSt 48, 207 (210); zustimmend Roxin, JZ 2003, 966; Widmaier, NJW 2003, 3788 (3790 f.); krit. Küper, GA 2006, 310 (311 ff.); Schneider, NStZ 2003, 428; abl. Quentin, NStZ 2005, 128.

¹¹ Statt aller BGHSt 27, 322 (324); BGH NStZ 2008, 273 (274).

¹² Weiland BGHSt 27, 322 (324); BGH NStZ 1986, 504 (505); siehe BGH NJW 1991, 1963; diff. zwischen andauernder und beendeter vorausgegangener (!) Feindseligkeit: BGHSt 28, 210 (211); 39, 353 (368 f.).

¹³ So weiterhin anscheinend BGH NStZ-RR 2007, 174 (1. Leitsatz); siehe ferner BGHSt 50, 16 (28); Überblick bei Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 46 ff. (insbes. 60 f.).

¹⁴ BGH NStZ 2007, 268 – mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der tatrichterlichen Feststellung, dass das Opfer sich in der Zwischenzeit wieder beruhigt habe und daher keinen tätlichen Angriff mehr erwartete (a.a.O., 269).

¹⁵ BGH NStZ 2009, 501 (502).

¹⁶ Köhne, Jura 2009, 748 (753).

¹⁷ Hillenkamp, JZ 2004, 48 (49); Quentin, NStZ 2005, 128 (130). Roxin hingegen bewertet dies als zulässiges Abstandnehmen von einem vormalig rein psychischen Überraschungsbefund (Roxin, in: Schöch/Satzger u.a. [Hrsg.], Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 741 ff. [S. 749]).

¹⁸ BGHSt 33, 363 (364 ff.) (mit krit. Anm. Rengier, NStZ 1986, 505); Kühl (Fn. 2), § 211 Rn. 7 m.w.N.

¹⁹ Prägnant Altvater, NStZ 2005, 22 (24); krit. Rengier, NStZ 1986, 505 (506).

Täters damit zumindest einkalkuliert habe.²⁰ Solch eine normativ dominierte Verneinung der Arglosigkeit versagt allerdings in Konstellationen, in denen das spätere Tötungsoffer just kein eigenes aggressives Vorverhalten an den Tag gelegt hat, wie im obigen Fall der Telefandrohung. Dort hat sich das zunächst ausschließlich telefonisch bedrohte Opfer im Vorfeld der Tötung nicht eskalierend verhalten; eine körperliche Auseinandersetzung mit wohlmöglich tödlichen Folgen für sich selbst hat das Opfer in diesen Fällen mithin weder einkalkuliert noch billigend in Kauf genommen.

Zur Begründung jener Einschränkungen des Arglosigkeitsmerkmals kann vielmehr allein ein viktimodogmatisches Fundament dienen. Nach Ansicht des BGH soll im Ergebnis nichts anderes als der Umstand, dass das Opfer den Angriff auf seine Person zumutbar hätte vorhersehen sowie abwenden können, dazu führen, dass die Arglosigkeit und damit der Einbezug des Tötungsoffers in den Schutzbereich des Mordtatbestandes verneint werden muss.²¹

Auf den ersten Blick scheint diese viktimodogmatische Perspektive vom Telos des Mordmerkmals der Arglosigkeit gestützt. Über die Arglosigkeit werden solche Tötungen erfasst, die darum besonders verwerflich sind, weil der Täter mit einem ahnungslosen Opfer gezielt eine Person tötet, die aufgrund ihrer Arglosigkeit außerstande ist, dem drohenden Angriff wirksam zu begegnen.²² Insofern ist durchaus nahelegend zu schlussfolgern, dass es für die Einschlägigkeit jenes Mordmerkmals sodann nicht ausreichen könne, wenn das Opfer lediglich tatsächlich ahnungslos und deshalb besonders *schutzbedürftig* ist, sondern vielmehr zu fordern sei, dass das schutzlose Opfer darüber hinaus zugleich auch eines besonderen Schutzes *würdig* sein müsse. Schließlich ist es bei Lichte betrachtet das Vorliegen eben jener *Schutzwürdigkeit*, die der BGH verneint, wenn er all denjenigen Tötungsoffern die Arglosigkeit absprechen will, die trotz tatsächlicher Ahnungslosigkeit – und damit *Schutzbedürftigkeit* – ob des auf sie erfolgten Angriffs die Tötlichkeit immerhin ohne weiteres hätte voraussehen und abwehren können. Folglich bringt *Hillenkamp* das Movens der normativen Auslegung des Heimtückemerkmals auf den Punkt, wenn er unumwunden von einer viktimodogmatischen Reduktion jenes Merkmals spricht.²³

Was indes aussteht, ist nicht nur das offene Bekenntnis des BGH zur Berechtigung und Notwendigkeit der Viktimodogmatik im Sinne einer eigenständigen Rechtsfigur, sondern

²⁰ BGHSt 48, 207 (210); BGH NJW 1991, 1963; jeweils zustimmend *Rengier*, NStZ 2004, 233 (236); *Roxin*, JZ 2003, 966 (966); *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2791); hingegen abl. BGH NStZ 2005, 688 (689) (mit abl. Anm. *Mosbacher*, NStZ 2005, 690); *Hillenkamp*, JZ 2004, 48 (49); offenlassend BGH NStZ 2007, 523 (524).

²¹ Zur wechselnden Linie des BGH in dieser Frage *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 111 m.w.N.

²² BGH StV 1998, 544 (544); *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 211 Rn. 24; vgl. *Roxin*, JZ 2003, 966; *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 211 Rn. 122.

²³ *Hillenkamp*, JZ 2004, 48 (49).

insbesondere der Nachweis über die Zulässigkeit, auch und gerade den Mordtatbestand unter viktimodogmatischen Gesichtspunkten auszulegen. Denn zumindest an Letzterem sind ernsthafte Zweifel anzumelden.

II. Dogmatische und faktische Verankerung der Viktimodogmatik im Strafrecht

Das viktimodogmatische Prinzip ist sowohl dogmatisch wie auch faktisch im Strafrecht verankert. Es hat bei der Auslegung von Tatbeständen grundsätzlich Anwendung zu finden.

1. Dogmatische Verankerung

Prima facie diffundiert die rechtssystematische Herleitung der Viktimodogmatik in miteinander unvereinbare Ansichten. Bei Lichte betrachtet ist Flucht- und Ankerpunkt allerdings letztendlich einheitlich das ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts.

Zur Berechtigung und Notwendigkeit einer Viktimodogmatik argumentiert *Schünemann* schwerpunktmäßig mit dem Zweck strafrechtlicher Normen: Mit der Zunahme an Sanktionshäufigkeit trete eine Gewöhnung an die Verhängung von „Strafe“ ein, weshalb „Strafe“ immer in Gefahr sei, mit ihrem Ausspruch zugleich ihr ethisch akzentuiertes Unwerturteil zu verlieren. Aus diesem Grunde müsse die Strafverhängung von vornherein auf sozialschädliche Verhaltensweisen beschränkt bleiben. Zur Aufrechterhaltung der präventiven Wirkung des Strafrechts müsse die staatliche Strafgewalt mit anderen Worten auf Verletzungshandlungen begrenzt werden, die wegen ihrer Unvermeidbarkeit für das Tatopfer eine gesellschaftserschütternde Dimension aufwiesen.²⁴

Auf den von *Schünemann* hiermit indirekt in Bezug genommenen ultima-ratio-Grundsatz bezieht sich auch *Amelung* in seinen Ausführungen. Grundüberlegung ist dort, dass ein Tatopfer, welches sich gegen die erlittene Beeinträchtigung selbst hätte wirksam schützen können, des Schutzes der staatlichen Sanktionsgewalt überhaupt nicht bedürftig sei. Die erlittene Rechtsgutseinbuße hätte schon durch den vorrangig zu verlangenden Einsatz persönlicher Abwendungsmöglichkeiten vermieden werden können.²⁵

Wenig anders argumentiert *Hassemer*, wenngleich er im Rahmen seiner Betrachtungen die Perspektive von der Schutzbedürftigkeit des Opfers weg auf die Strafwürdigkeit des Täters richtet: Hätte das Tatopfer die Verletzung seiner Rechtsgüter in zumutbarer Weise vermeiden können, sei die strafrechtliche Sanktionierung des Täters unverhältnismäßig. In jenen Konstellationen sei weder zumutbar noch begründbar, dem Täter die durch „Strafe“ eintretende massive Beeinträchtigung seiner Grundrechte aufzuerlegen.²⁶ Dies wiederum wird von *Sessar* aufgegriffen, indem dieser betont, das Opfer dürfe keinen bestimmenden Einfluss auf den staatlichen Strafanspruch gewinnen – auf individuellem Versagen

²⁴ *Schünemann* (Fn. 2), S. 357.

²⁵ *Amelung*, GA 1977, 1 (6) – am Beispiel des Irrtums i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB.

²⁶ *Hassemer* (Fn. 2), S. 81 sowie S. 19.

beruhende Verletzungen dürften folglich keiner strafrechtlichen Ahndung unterfallen.²⁷

Das Subsidiaritätsprinzip ist es, welches die Befürworter mehr oder weniger deutlich zum dogmatischen Kern ihrer jeweiligen Ansätze²⁸ wählen. Ausgangspunkt ist insofern die entsprechende Erkenntnis des BVerfG in seiner ersten Entscheidung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs. Bzgl. der Frage, ob bzw. inwiefern der Staat verpflichtet sei, in Wahrnehmung seines Schutzauftrages gegenüber dem menschlichen Leben (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG) gerade das Mittel des Strafrecht einsetzen zu müssen, hielt das Gericht fest: „Nach dem das ganze öffentliche Recht einschließlich des Verfassungsrechts beherrschenden rechtstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit darf er [scil. der Gesetzgeber] von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen.“²⁹

Aus dem ultima-ratio-Prinzip folgt die Viktimodogmatik. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet, die Bestrafung des Täters in eine angemessene Relation zu der – u.a. anhand des Grades der Machtlosigkeit des Opfers zu bestimmenden – Schwere der Verletzungshandlung zu setzen. D.h., die Verhängung einer Strafe ist erst dort legitim, wo keine anderweitige Möglichkeit besteht, Rechtsgüter vor Angriffen zu schützen. Die o.g. Herleitungen der Viktimodogmatik erweisen sich alle samt als Topoi jenes Prinzips: Die Notwendigkeit der Einhaltung des ultima-ratio-Grundsatzes folgt rein praktisch aus dem Interesse an der Funktionstüchtigkeit der Präventivwirkung des Strafrechts. Wobei die Verfolgung eines präventiven Strafzwecks a limine erst erforderlich ist, wo ein Täterverhalten das Rechtsgeltungsvertrauen der Rechtsgemeinschaft spürbar erschüttert. Es kann dem Strafrecht somit ausschließlich um die Sanktionierung solcher Rechtsgutseinbußen gehen, die sich gerade nicht als Folge eines mitwirkenden und darum vermeidbaren Opferverhaltens darstellen. Die viktimodogmatisch motivierte Berücksichtigung bestimmten Opferverhaltens mit Blick auf die Strafwürdigkeit des Täters ist Konsequenz und Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine um verfassungskonforme Auslegung bemühte Strafrechtslehre kann mithin einer eigenständigen Lehre der Viktimodogmatik nicht entbehren. Wie dies deliktssystematisch zu bewerkstelligen ist und welche inhaltlichen Anforderungen an die Viktimodogmatik zu stellen ist, kann hier zunächst dahinstehen (dazu unten III. 1.)

²⁷ Sessar, in: Vogler/Hermann (Hrsg.), Festschrift für Hans Heinrich Jescheck, Halbbd. 2, 1985, S. 1137 ff. (S. 1150 ff.).

²⁸ Weitere Ansätze (siehe bei Günter [Fn. 1], S. 69 ff. [S. 72]) führen u.a. ins Feld, Strafschutz sei lediglich eine staatliche Leistung für Bedürftige oder etwa obolusionistisch, der Staat dürfe den Opfern ihre Konflikte nicht nehmen.

²⁹ BVerfGE 39, 1 (47) – siehe die insofern zustimmende Anm. Kriele, JZ 1973, 222, der zugleich zutreffend darauf hinweist, dass kein positiver Nachweis über die Geeignetheit geführt werden kann, dem staatlichen Schutzauftrag gerade mit dem Mittel des Strafrechts nachzukommen (a.a.O., 223). Vgl. auch BVerfGE 27, 211 (218 ff.); 34, 246 (238); 50, 166 (174). Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das Rechtsstaatsprinzip: BVerfGE 35, 382 (400 f.); 38, 52 (58).

Das Vorgenannte impliziert auf der anderen Seite aber auch, die Viktimodogmatik nicht bloß als ein einseitiges, straflimitierend wirkendes, sondern vielmehr als ein bipolares Prinzip zu begreifen. Die Schutzwürdigkeit des Opfers ist mit der Strafwürdigkeit des Täters allseitig ins Verhältnis zu setzen. Der Ausschluss der Strafwürdigkeit des Täters in denjenigen Fällen, in denen das Opfer sich selbst wirksam gegen die zugefügte Rechtsgutseinbuße hätte schützen können, kennzeichnet insofern lediglich die eine Wirkrichtung der Viktimodogmatik. Denn umgekehrt gilt ebenso, dass die Strafwürdigkeit eines Täters besonders begründet wird, wenn dieser die spezifische Schutzwürdigkeit seines Opfers zur Tatbegehung ausnutzt – in diesen Fällen wirkt sich der straflegitimierende Aspekt der Viktimodogmatik aus.³⁰ So ist bspw. bei den Sexualdelikten der Mangel an Selbstschutz weniger Ausdruck eines vermeidbaren Verzichts auf zumutbare Maßnahmen des Eigenschutzes als vielmehr Ausdruck der Angst, etwaige Gegenwehr sei ohnehin sinnlos bzw. provoziere zuallererst die Vollendung der Vergewaltigung.³¹ Das Unterlassen geeigneter Selbstschutzmaßnahmen hebt dort die Schutzwürdigkeit des Opfers nicht auf, sondern begründet diese stattdessen in gesteigertem Maße. Je nach dem, ob das Fehlen von Schutzmaßnahmen die Schutzwürdigkeit des Opfers also aufhebt oder – weil dem Opfer zumutbare (!) Möglichkeiten des Eigenschutzes schlicht fehlen – dessen Schutzbedürfnis begründet, wirkt die Viktimodogmatik straflimitierend, indem sie die Strafwürdigkeit des Täters ausschließt, oder straflegitimierend und liefert damit just die besondere Begründung für die Bestrafung des Täters. Erst diese Bipolarität der Viktimodogmatik berechtigt dazu, hier von einem unrechtskonstituierenden Prinzip zu sprechen.³²

2. Faktische Verankerung

Wie oben aufgezeigt, ist die Viktimodogmatik eine dogmatisch zwingende Konsequenz des ultima-ratio-Grundsatzes. Es verwundert darum wenig, dass die Viktimodogmatik sowohl in ihrer straflimitierenden als auch straflegitimierenden Facette auch faktisch Niederschlag im Strafrecht gefunden hat.

Freilich sei in Parenthese darauf hingewiesen, dass es sich bei der vorgenannten Unterscheidung zwischen straflegitimierender und straflimitierender Viktimodogmatik um eine *Idealannahme* handelt, die sich an dem Schwer- bzw. Ausgangspunkt unterlassener Selbstschutzmöglichkeiten auf Seiten des Opfers ausrichtet. Entsprechend gilt: Dort, wo eine besondere Schutzwürdigkeit des Opfers die Strafwürdigkeit des Täters allgemein legitimiert, kommt auch dem Verabsäumen individuell gleichwohl bestehender Selbstschutz-

³⁰ Wegen dieser Bipolarität der Viktimodogmatik ist es entgegen Günter (Fn. 1), S. 69 (S. 79) kein Widerspruch, dass die Schutzlosigkeit des Opfers u.U. dessen Schutzwürdigkeit zuallererst begründen kann.

³¹ Rössner, in: Kerner/Göppinger/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 527 ff. (S. 536).

³² Siehe nur Hassemer (Fn. 2), S. 29, 93, passim; Schünnemann, NSTZ 1986, 439 (440).

maßnahmen *grundsätzlich* kein strausschließendes Gewicht bei. Und umgekehrt gilt, dass dort, wo das Unterlassen zumutbaren Selbstschutzes Limitation für die Täterstrafbarkeit ist, die faktische Schutzlosigkeit des Opfers *tendenziell* ohne strafbegründende Wirkung bleibt. Etwaige Schnittwechsel beider Facetten bleiben somit freilich möglich (s. dazu v.a. unten a) aa).

a) *Straflegitimierende Viktimodogmatik*

In den Tatbeständen der Geldfälschung sowie der Verletzung von Privatgeheimnissen tritt der straflegitimierende Aspekt der Viktimodogmatik anschaulich zu Tage. Die besondere Schutzlosigkeit des Opfers ist dort Begründung für den Strafausspruch.

aa) *Geldfälschung*

Der Tatbestand des § 146 StGB beruht auf einem generalisierten Gedanken der Opferschutzwürdigkeit. So herrscht beim Merkmal des „Nachmachens“ i.S.d. § 146 Abs. 1 StGB Einigkeit dahingehend, für die merkmaltypische Erregung des Anscheins gültigen echten Geldes ausreichen zu lassen, dass das vom Täter hergestellte Endprodukt *generell* geeignet ist, im gewöhnlichen Geldverkehr Arglose zu täuschen.³³ Wobei an die Ähnlichkeit mit echtem Geld keine übersteigerten Anforderungen zu stellen sind, da u.U. schon schlechteste Fälschungen potentiell täuschungsgesamt sein können. Allein maßgeblich ist mit anderen Worten, ob ein durchschnittlicher Empfänger im normalen Verkehr die Unechtheit des Geldes unschwer, und d.h. ohne Vornahme einer näheren Überprüfung, erkennen kann oder nicht. Weil § 146 StGB auf diese Weise die Leichtigkeit des Geldverkehrs sicherstellen soll, ist das Außerachtlassen *individueller* Schutzmaßnahmen ohne weiteres zulässig. Ein Opfer, welchem infolge des Unterlassens einer Überprüfung der Nachahmung die Falschheit des Geldes verborgen bleibt, ist hier in einer Art und Weise schutzlos, die sich viktimodogmatisch gerade strafbegründend auswirkt. Mithin ist aus viktimodogmatischen Gründen für das Vorliegen einer strafwürdigen Geldfälschung ohne Bedeutung, dass der individuell Geschädigte bei hinreichend sorgfältiger Untersuchung die Täuschung über die Echtheit des Geldes möglicherweise umstandslos hätte erkennen können.³⁴ Kurzum, das Verhalten des Täters ist darum i.S.d. § 146 Abs. 1 StGB strafbar, weil er das *berechtigten* Unterlassen individueller Schutzvorkehrungen ausnutzt.³⁵

³³ BGHSt 23, 229 (231); BGH NSStZ 2003, 368 (369); *Ren-gier*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 39 Rn. 4.

³⁴ BGH NJW 1995, 1844 (1845) mit Verweis auf BGHSt 34, 199 (201) = NJW 1987, 388; vgl. auch BGH NSStZ 2003, 368 (369). Einhellige Meinung: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 146 Rn. 6; *Kühl* (Fn. 2), § 146 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 33), § 39 Rn. 4; *Wessels/Hettinger* (Fn. 21), Rn. 926.

³⁵ Prägnant *Ellmer*, Betrug und Opferverantwortung, 1986, S. 181. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2),

bb) *Verletzung von Privatgeheimnissen*

In § 203 StGB wird die straflegitimierende Facette der Viktimodogmatik ebenfalls sichtbar. Während grundsätzlich gilt, dass mit der Preisgabe intimer Daten der Persönlichkeitsschutz eigenverantwortlich zurückgenommen wird, stellt § 203 StGB derartige Preisgaben von Privatgeheimnissen unter Strafrechtsschutz, die gerade nicht mehr auf einer vom Opfer zumutbar vermeidbaren Entscheidung beruhen: Gegenüber den Geheimnisträgern des § 203 StGB besteht eine soziale Notwendigkeit zur Öffnung der persönlichen Intimsphäre. Entsprechend ist für die Strafwürdigkeit eines Geheimnisträgers im Rahmen des § 203 StGB ausschlaggebend, dass dessen Konsultation keinen „übertriebenen Luxus“ seitens des Opfers darstellt, als vielmehr einer anerkannten Unerlässlichkeit folgt. Angehörigen der in § 203 StGB genannten sozial bedeutsamen Berufe (Ärzte, Psychologen, Rechtsanwälte) muss sich der Einzelne anvertrauen, will er ein den Anforderungen der Moderne entsprechendes Leben führen.³⁶ Die mit der Preisgabe persönlicher Lebenssachverhalte selbst herbeigeführte Schutzlosigkeit des Opfers begründet hier mithin wiederum die Schutzwürdigkeit des Tatopfers, was seinerseits die Strafwürdigkeit des Täterverhaltens impliziert.³⁷ Das zulässige Unterlassen abstrakt möglicher Selbstschutzmaßnahmen ist mithin abermals Legitimation für die Pönalisierung der daraus resultierenden Verletzungshandlungen.

b) *Straflimitierende Viktimodogmatik*

Umgekehrt kommt im Betrugs- sowie im Nötigungstatbestand jeweils der straflimitierende Aspekt der Viktimodogmatik zum Ausdruck. Dem Unterlassen individueller Schutzmaßnahmen kommt in diesen Tatbeständen grundsätzlich eine begrenzendende Wirkung hinsichtlich der Strafwürdigkeit des Täters zu.

aa) *Betrug*

Bei § 263 Abs. 1 StGB wird jener straflimitierende Aspekt des viktimodogmatischen Prinzips besonders kontrovers im Rahmen der Frage diskutiert, inwiefern die Erkennbarkeit eines täuschenden Täterverhaltens den Ausschluss eines Irrtums i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB nach sich zieht.

§ 146 Rn. 1 m.w.N. verweisen zu Recht auf den vertrauensschützenden Aspekt des § 146 StGB.

³⁶ *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (55); vgl. *Fischer* (Fn. 34), § 203 Rn. 2. Die Kritik von *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 203 Rn. 3 überzeugt nicht. Allein dass nicht alle denkbaren Personengruppen in § 203 StGB angeführt sind, denen gegenüber die soziale Notwendigkeit der Preisgabe von Geheimnissen der Intimsphäre besteht (bspw. potentielle Arbeitgeber, denen sich Arbeitssuchende notwendig „öffnen“ müssen), verweist allenfalls auf einen Regelungsbedarf, widerlegt aber nicht den viktimodogmatischen Erklärungsansatz.

³⁷ *Ellmer* (Fn. 35), S. 177; *Schünemann* (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 364); ausführlich: *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (54 ff.).

Auf der einen Seite soll nach gefestigter Ansicht der Rechtsprechung die Durchschaubarkeit der Täuschung bzw. die Leichtgläubigkeit des Getäuschten dessen Schutzbedürftigkeit noch nicht ausschließen. Solange das Opfer subjektiv von der Wahrheit des Tätervortrags ausgehe, begründe selbst eine irreführende Einwirkung, die bei Anwendung durchschnittlicher Aufmerksamkeit durchschaubar gewesen wäre, einen Irrtum.³⁸ Auch Zweifel des Getäuschten sollen für das Vorliegen eines Irrtums solange irrelevant bleiben, wie das Opfer die Wahrheit der vom Täter behaupteten Tatsachen noch für möglich hält. Namentlich in der Literatur findet sich in diesem Zusammenhang die ausdrückliche Feststellung, dass eine viktimologische Einschränkung des Betrugstatbestandes wegen einer geringeren Schutzbedürftigkeit des zweifelnden Opfers im Wortlaut des § 263 Abs. 1 StGB keinerlei Anhalt finde und darum abzulehnen sei.³⁹

Andererseits erweist sich jedoch der konkretisierende Hinweis *Rengiers*, gerade unvernünftige bzw. anderweitig leicht verführbare Personen benötigten den Schutz des § 263 Abs. 1 StGB gegenüber selbst leicht durchschaubaren Täuschungsmanövern,⁴⁰ als Achillesferse jener Ansicht. Denn ob die Leichtgläubigkeit des Opfers dessen Schutzbedürftigkeit begründet oder doch vielmehr ausschließt, ist nicht im Wege einer *petitio principii*, sondern vielmehr auf inhaltlichem Wege zu bestimmen. So kann zumindest in den Konstellationen, in denen das leichtgläubige Opfer trotz durchaus vorhandener Zweifel keine näheren Informationen einholt, obgleich ihm dies ohne weiteres möglich wäre, von dessen Schutzbedürftigkeit nicht mehr ausgegangen werden.⁴¹ Kann doch dort, wo sich das Opfer „sehenden Auges“ auf ein Risiko einlässt, von einem betrugstypischen Überlisten kaum noch gesprochen werden.⁴² Hierin wird nicht weniger als der o.g. bipolare Charakter der Viktimodogmatik anschaulich: Stehen dem leichtgläubigen Opfer keinerlei Mittel zur Auf-

klärung des Sachverhaltes zur Verfügung, schließen vorhandene Zweifel dessen Schutzbedürftigkeit nicht aus; hätte das Opfer hingegen vermeiden können, sich auf den täuschenden Vortrag des Täters einzulassen, indem es entweder nähere Informationen bezieht oder dem Täter kein Vertrauen schenkt, so schließen dessen Zweifel die Strafbarkeit des Täters gem. § 263 Abs. 1 StGB aus. Im ersteren Fall wirkt die Viktimodogmatik straflegitimierend, im letzteren straflimitierend.

Täuschungen, denen das Opfer erliegt, weil es keinerlei nahe liegende Schutzmaßnahmen ergriffen hat, lösen kein Strafbedürfnis aus. Jener straflimitierende Einschlag bei der Anwendung des § 263 Abs. 1 StGB wird auch nicht durch das generell ablehnende Argument entkräftet, demzufolge die Freiheit eines Opfers, einer irreführenden Zahlungsaufforderung schon allein aufgrund von Zweifeln an der Wahrheit der anspruchsbegründenden Behauptungen nicht nachzukommen, faktisch oftmals durch das mit dieser Weigerung verbundene Prozessrisiko begrenzt werden würde.⁴³ Denn abermals gilt: Sollte die Berechtigung von Zahlungsbegehren in der Tat nicht ohne Gefahr eines gerichtlich ungewissen Prozessgangs aufgeklärt werden können, so wirkt das Unterlassen von Selbstschutzmöglichkeiten mangels Zumutbarkeit selbiger nicht straflimitierend, sondern straflegitimierend.

bb) Nötigung

Gleichsam in ihrer Reinform kommt die straflimitierende Viktimodogmatik im Rahmen § 240 StGB zur Anwendung. Weitgehend einhellig ist dort anerkannt, dass ein vom Täter in Aussicht gestelltes Übel nicht schon dann „empfindlich“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB ist, wenn das individuelle Opfer es für sich als nachteilig empfindet. Stattdessen ist vom Opfer zu verlangen, der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standzuhalten.⁴⁴ Bspw. hat ein Bürgermeister der Drohung eines Antragsstellers, eine vermeintliche Parteispendenaffäre werde aufgedeckt, sollte ein beantragter Verkaufsstand nicht genehmigt werden, trotz subjektiv empfundenem Übelcharakter standzuhalten.⁴⁵ Anschaulich wird in diesem Zusammenhang von einem „Selbstverantwortungsprinzip“ gesprochen und ausgeführt, es gelte zu vermeiden, „Überreaktionen eines Unvernünftigen und Unsensiblen“ unter Strafrechtsschutz zu stellen.⁴⁶ Mit den Worten der Viktimodogmatik scheidet eine Bestrafung des Täters also dort aus, wo der Betroffene dem angedrohten Nachteil zumutbar hätte standhalten können. Ob dem Bedrohten allerdings im konkreten Einzelfall ein Widerstehen in besonnener Selbstbehauptung abverlangt werden kann, bemisst sich u.a. anhand seiner

³⁸ BGHSt 47, 83 (88); 34, 199 (201); BGH NStZ-RR 2004, 110 (111); BGH NStZ 2003, 313 (314), BGH NJW 1995, 1844 (1845).

³⁹ *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 313 (314); *Cramer/Peroron*, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 40 m.w.N.; *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (19); *Krüger*, wistra 2003, 297 (298), siehe auch *Krack*, JR 2003, 384 (385), der das Wortlautargument zutreffenderweise für nicht durchgreifend erachtet.

⁴⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2009, § 13 Rn. 21.

⁴¹ Siehe *Amelung*, GA 1977, 1 (6 ff.); *Hassemer* (Fn. 2), S. 131 ff.; *Schünemann* (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 362 f.); *Mitsch* (Fn. 1), S. 57 ff.

⁴² *Beulke*, JR 1978, 390 (390). Siehe auch *Giehering*, GA 1973, 1, mit dem treffenden Hinweis, dass in dem Maße, in welchem die Zweifel des Opfers wachsen, die Gefährlichkeit des Angriffsmittels „List“ schwindet (a.a.O., S. 18). Für einen Tatbestandsausschluss im Wege allgemeiner teleologischer Reduktion *Ellmer* (Fn. 35), S. 144 ff. (insbes. S. 166 f.); für eine Verneinung eines kausal wirksamen Täuschungszusammenhangs *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 144 ff. (insbes. S. 151 ff.).

⁴³ BGH NStZ-RR 2004, 110 (111) mit Verweis auf BGH NJW 2003, 1198 (1199) = NStZ 2003, 313 (314).

⁴⁴ BGHSt 31, 195 (201); 32, 165 (174); BGH NStZ 1992, 278; OLG Karlsruhe NStZ-RR 1996, 296; *Wessels/Hettinger* (Fn. 21), Rn. 404. Relativierend: *Fischer* (Fn. 34), § 240 Rn. 32a.

⁴⁵ BGH NStZ 1992, 278.

⁴⁶ Ersteres z.B. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 240 Rn. 13; letzteres: *Ellmer* (Fn. 35), S. 172.

Persönlichkeit und seiner Lebensumstände.⁴⁷ Wie oben zur straflegitimierenden Viktimodogmatik gilt darum auch hier: Bedroht der Täter ein Opfer, welchem aufgrund seiner Disposition die erforderliche Selbstbehauptungskraft just fehlt, so liegt eine besondere Schutzwürdigkeit des Opfers vor, welche die Strafbarkeit des Täters gerade legitimiert.

III. Kriterien und Kritik zur Anwendung des Prinzips

Dass die Schaffung von Strafvorschriften u.a. einem Blick auf die Schutzwürdigkeit des Rechtsgutsträgers folgt und insofern von einer straflegitimierenden Viktimodogmatik gesprochen werden kann, dürfte kaum Protest auslösen. Umstritten und abschließend zu behandeln ist das viktimodogmatische Prinzip hingegen dort, wo es beansprucht, als eigenständige Rechtsfigur straflimitierende Wirkung zu entfalten. Bevor allerdings auf diese Kritik eingegangen wird, sind an dieser Stelle zunächst die Kriterien einer strafeinschränkenden Viktimodogmatik zu benennen.

1. Kriterien einer straflimitierend wirkenden Viktimodogmatik

Die genannten Beispiele haben veranschaulicht, dass es der straflimitierenden Viktimodogmatik um die *restriktive Auslegung* von Strafvorschriften in denjenigen Fällen geht, in denen das Tatopfer die erlittene Rechtsgutseinbuße selbst hätte zumutbar abwehren können.

Da das Anliegen der straflimitierenden Viktimodogmatik nun nicht darüber hinausgeht, bei der Auslegung von Strafnormen in Ansatz gebracht zu werden, und der mögliche Wortlaut im Strafrecht die äußerste Grenze der Auslegung ist (Art. 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB)⁴⁸, vermag ein Opfermitverschulden von vornherein nur dort zu einer straffausschließenden Interpretation des fraglichen Strafmerkmals führen, wo ein Interpretationsspielraum eröffnet ist. Rechtstechnisch erfolgt die Umsetzung des viktimodogmatischen Prinzips damit nicht mittels eines Metaprinzips i.e.S., sondern innerhalb des auslegungsfähigen Rahmens der Strafbestimmungen – gleichsam aus der Streitgegenständlichen Einzelnorm heraus.⁴⁹ Methodisch findet jenes Prinzip daher im Wege einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten (siehe oben) Auslegung Verwirklichung.

Die Viktimodogmatik ist durch ihr Anliegen, mittels Auslegung von der Anwendung einer Strafvorschrift abzusehen, sofern zumutbare Eigensicherungsmaßnahmen opferseitig unterlassen worden sind, a limine auf diejenigen Tatbestände festgelegt, deren Verwirklichung eine *Interaktion* zwischen Täter und Opfer voraussetzen. Nur dort, wo der Täter das Delikt nicht ohne ein, den Rechtsgutseingriff förderliches Verhalten seitens des Tatopfers oder einer diesem nahe stehenden Person (vgl. „Dreiecksbetrug“) vollenden kann, kann

ein vermeidbares „Opferverhalten“ die Strafbarkeit des Täters auszuschließen.⁵⁰ Folglich sind Delikte gegen die Allgemeinheit dem Anwendungsbereich des viktimodogmatischen Prinzips ebenso entzogen wie die sog. *Zugriffsdelikte*, bei denen der Täter den Tatbestand auch ohne ein selbsttätiges Mitwirken des Tatopfers verwirklichen kann.⁵¹ Die straflimitierende Viktimodogmatik kommt mit anderen Worten nur bei der gewaltfreien Verwirklichung sog. *Beziehungsdelikte* in Betracht – wollte man einen Gegenbegriff zu den Zugriffsdelikten bilden.

Wie in der Einleitung und den Beispielskonstellationen bereits deutlich geworden, kann es bei der Berücksichtigung von Opferverhalten überdies ausschließlich darum gehen, das Unterlassen *zumutbarer* Selbstschutzmöglichkeiten zu „Lasten“ des Opfers bzw. zu „Gunsten“ des Täters anzurechnen. Nicht allein die bloße Nichtvornahme, sondern erst die vom individuellen Opfer sozial üblich abzuverlangende Wahrnehmung der Eigensicherung beseitigt dessen Schutzwürdigkeit.⁵² Darum ist in zwei Schritten zu untersuchen, wie (erstens) sich ein einsichtiger und besonnener Durchschnittsmensch in der konkreten Tatsituation verhalten hätte⁵³ – dies liefert den Maßstab zur Bestimmung sozialüblicher Schutzmaßnahmen – und zweitens, ob dem individuellen Opfer nach dessen individuellen Fähigkeiten die Wahrnehmung jenes Selbstschutzes zumutbar gewesen wäre⁵⁴.

Zusammenfassend ergeben sich damit folgende Anwendungskriterien: Die straflimitierende Viktimodogmatik kommt ausschließlich bei Beziehungsdelikten zur Anwendung, sofern im Wege der Auslegung methodisch vertretbar der Umstand Berücksichtigung finden kann, dass das Tatopfer wegen des Unterlassens objektiv möglicher sowie subjektiv zumutbarer Eigensicherungsmaßnahmen nicht schutzwürdig und der Täter darum nicht strafwürdig ist.

2. Kritik an einer straflimitierenden Viktimodogmatik

Weit überwiegend wird der Viktimodogmatik, namentlich hinsichtlich deren straflimitierenden Aspekts, der Rang einer eigenständigen Rechtsfigur abgesprochen.⁵⁵ Zu überzeugen vermögen die diesbezüglich vorgetragenen Argumente indes nicht.

⁴⁷ Träger/Altvater, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 57; vgl. BGH NStZ 1982, 287.

⁴⁸ BVerfGE 64, 389 (393 f.); 91, 1 (12); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769); siehe auch BGHSt 22, 235 (236).

⁴⁹ Schönemann (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 368).

⁵⁰ Hassemer (Fn. 2), S. 54 f.; Schönemann (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 370); Schönemann, NStZ 1986, 193 (195).

⁵¹ Günther (Fn. 1), S. 69 (S. 75); Schönemann (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 362). Vgl. ferner Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 315 (316).

⁵² Siehe nur Hassemer (Fn. 2), S. 98; Schönemann, NStZ 1986, 439 (441).

⁵³ Jener „Durchschnittsmensch“ entspricht dem Maßstab im Rahmen der Bestimmung des objektiven Fahrlässigkeitsvorwurfs (BGHSt 7, 307 [309 f.]) oder der Sittenwidrigkeit bei § 228 StGB (BGHSt 49, 34 [41]).

⁵⁴ Eine gesetzliche Orientierung zur Bestimmung der Zumutbarkeit liefert § 35 Abs. 1 S. 2 StGB (dazu Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 12 Rn. 59 ff.).

⁵⁵ So bspw. Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 392 m.w.N.; vgl. auch die nachfolgenden Fn.

Zu keinem Moment verfährt das Argument, dass durch eine strausschließende Viktimodogmatik Leichtsinne, junge Menschen und solche im hohen Lebensalter zu prädisponierten Opfern würden.⁵⁶ Denn wie soeben dargelegt, greift der viktimodogmatische Strafausschluss nicht schon dann ein, wenn das Opfer *objektiv* mögliche Selbstschutzmaßnahmen unterlässt, sondern erst, wenn ihm das Ergreifen jener auch *subjektiv* möglich gewesen wäre. Fehlt dem Opfer aufgrund seiner individuellen Fähigkeitsausstattung diese Möglichkeit, so kann von einem strafbarkeitsausschließenden Unterlassen *zumutbarer* Selbstschutzhandlungen nicht die Rede sein. In diesem Fall findet die Viktimodogmatik darum keine Anwendung; eine Schutzlosstellung schutzbedürftiger Personen findet nicht statt. Damit erübrigt sich zugleich der Einwand, durch viktimodogmatische Gedanken würde der Opferschutz unangemessen weit zurückgenommen.⁵⁷ Besteht doch in Fällen des zumutbaren Eigenschutzes an einem Opferschutz überhaupt kein Bedarf – dort hingegen, wo das Opfer sich selbst nicht schützen kann, greift das viktimodogmatische Prinzip gerade nicht ein.

Einem Fehlschluss unterliegt auch *Günther*, wenn er das viktimodogmatische Prinzip mit dem Argument für unnötig erklärt, im Falle der Einschlägigkeit eines viktimodogmatischen Strafausschlusses aus einem Vollendungstatbestand sei der Täter sodann eben wegen Versuchs zu bestrafen – die Viktimodogmatik betreibe also gleichsam strafrechtstheoretisches Ränkespiel.⁵⁸ Ein Fehlschluss ist dies nicht nur, weil es durchaus ein strafrechtserheblicher Unterschied wäre, ob der Täter wegen Vollendung oder wegen Versuchs strafbar ist (vgl. § 23 Abs. 2 StGB). Vielmehr verkennt *Günther*, dass die Viktimodogmatik die Strafwürdigkeit des Täters *generell* ausschließt. Wenn das Opfer nicht schutzwürdig ist, so kommt eine Bestrafung des Täters a priori, also auch wegen Versuchs nicht in Betracht.⁵⁹

Einzig überzeugend mutet auf den ersten Zugriff die kritische Überlegung an, das zur Herleitung der Viktimodogmatik oben angeführte Verhältnismäßigkeitsprinzip decke jene Lehre darum nicht, weil der ultima-ratio-Grundsatz lediglich dort auf ein milderes Mittel verweise, wo just dem Staat als solchem neben dem Strafrecht ein milderes Mittel zum Rechtsgüterschutz zur Verfügung stehe, nicht aber wo der Bürger sich selbst schützen könne.⁶⁰ Die Viktimodogmatik vermische gleichsam in unzulässiger Weise verschiedene Akteurssphären miteinander. Hieran schließen die Kritiker der Viktimodogmatik folgende Überlegung an: Würde der Strafrechtsschutz abhängig gemacht werden vom Umfang individueller Sicherungsmaßnahmen, so gewönne ein ängstliches Sicherheitsdenken die Oberhand und der Freiheitsraum

des rechtstreuen Bürgers würde unerträglich verringert werden. Zugleich würde dem Täter ein falscher Anreiz gesetzt, wenn der Verzicht auf Selbstschutzmöglichkeiten zur Straflosigkeit des Rechtsverletzers führt.⁶¹ Zu überzeugen vermag jedoch auch dieser Einwand letztendlich nicht. Zwar fußen, wie dargestellt, alle weiteren Begründungen der Viktimodogmatik auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (s. oben), sind also bloße Hilfsargumente, so dass die Berechtigung der straflimitierenden Viktimodogmatik in der Sache tatsächlich anhand der Stichhaltigkeit jenes ultima-ratio-Argumentes zu messen ist. Inhaltlich übersehen die Kritiker jedoch, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Staat (den allein er in Pflicht nimmt) nicht bloß auf das stets mildeste Mittel des *Rechtsgüterschutzes* verpflichtet. Vielmehr ist mit dem ultima-ratio-Prinzip darüber hinaus zugleich die (wie auch immer geartete) *Einschränkung* der Freiheitsrechte des *Täters* unverhältnismäßig, sofern nur das Opfer den täterseitigen Eingriff in seine Rechtsgüter selbsttätig hätte abwehren können. Folgerichtig müssten die Kritiker dem Umstand widersprechen, dass die freiheitseinschränkende Bestrafung eines Täters auch dort nicht unverhältnismäßig wäre, wo sein Verhalten sich aufgrund eines zumutbar vermeidbaren Opfermitwirkens gerade nicht mehr als erheblich sozialschädlich erweist.⁶² Ein unmögliches Unterfangen! Schon das allgemein anerkannte Institut des tatbestandsausschließenden Einverständnisses bzw. der rechtfertigenden Einwilligung belegt, wie das Maß an Sozialschädlichkeit einer Rechtsgutseinbuße von der Intensität der Mitwirkung des Rechtsgutsträgers an jener Einbuße abhängt. Gemäß dem römischrechtlichen Grundsatz „volenti non fit iniuria“ gilt dort, dass eine Verletzungshandlung solange kein strafwürdiges Unrecht darstellt, wie jene Einbuße im Konsens mit dem Verletzungsoffer zugefügt wurde.⁶³

IV. Fazit

Der Viktimodogmatik, namentlich in ihrer straflimitierenden Facette, kommt trotz erheblicher Gegenstimmen die Funktion einer eigenständigen Rechtsfigur zu. Grundlage ist der aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Verhältnismäßigkeitsprinzip folgende Schluss, dass die freiheitsbeschränkende Bestrafung des Täters dort unverhältnismäßig ist, wo sich das Opfer gegen die erlittene Rechtsgutseinbuße selbst in sozial üblicher Weise zumutbar hätte zur Wehr setzen können.⁶⁴ Mit seiner Verknüpfung zwischen Schutzwürdigkeit

⁵⁶ Z.B. *Günther* (Fn. 1), S. 69 (S. 79).

⁵⁷ BGH NSTZ 2003, 313 (314).

⁵⁸ *Günter* (Fn. 1), S. 69 ff. (S. 74).

⁵⁹ Was bliebe, wenn der Täter entgegen dem viktimodogmatischen Strafausschluss sein Verhalten für strafbar hält, wäre ein (strafloses) Wahnverbrechen (statt aller: *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 153 f.).

⁶⁰ BGH NSTZ 2002, 86 (88); *Freund* (Fn. 55), Vorbem. §§ 3 ff. Rn. 390; *Roxin* (Fn. 2), § 14 Rn. 20.

⁶¹ *Günter* (Fn. 1), S. 69 ff. (S. 79); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 254; *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 70b; *Mitsch* (Fn. 1), S. 68; *Roxin* (Fn. 2), § 14 Rn. 20.

⁶² *Schinemann*, NSTZ 1986, 439 (442).

⁶³ Siehe dazu *Roxin*, (Fn. 2), § 13 Rn. 12 ff. – samt Stellungnahme zur Auseinandersetzung um die Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung. Vgl. ferner *Jescheck/Weigend* (Fn. 61), S. 374 f.

⁶⁴ Freilich impliziert die Anerkennung einer straflimitierenden Viktimodogmatik nicht, das verletzende Verhalten des Täters zugleich vollumfänglich für rechtmäßig zu erklären (*Schinemann* [Fn. 2], S. 357 ff. [S. 366]). Siehe zudem den

des Opfers und Strafwürdigkeit des Täters ist die Viktimodogmatik eine bipolare Rechtsfigur, so dass dort, wo von der Schutzlosigkeit des Tatopfers auf dessen Schutzwürdigkeit zu schließen ist, das viktimodogmatische Prinzip entsprechend umgekehrt für die Verhängung einer Strafe streitet. Mit dieser Unterscheidung zwischen straflimitierender sowie straflegitimierender Viktimodogmatik verlieren die Kritiker ihre Grundlage, mit der Anerkennung eines viktimodogmatischen Prinzips würden besonders schutzbedürftige Personen des Strafrechtsschutzes beraubt.

Indes findet die straflimitierende Viktimodogmatik nur auf solche Delikte Anwendung, die durch eine notwendige Täter-Opfer-Interaktion gekennzeichnet sind,⁶⁵ denn nur dort kann von einem für den Strafausspruch relevanten Opferverhalten die Rede sein.

Für die vorliegende Frage der viktimodogmatischen Einschränkung des Heimtücke-Tatbestandes folgt hieraus: Obgleich die Verneinung eines Mordes in den Fällen, in denen das Opfer den Angriff des Täters hätte voraussehen und vermeiden können, nach der gegenwärtig vorherrschenden Heimtückedefinition allein aus einem viktimodogmatischen Ansatz heraus erklärbar ist, muss eine viktimodogmatische Reduktion des Heimtücketatbestandes ausscheiden. § 211 StGB ist ein Zugriffsdelikt. Bei diesem kann es a priori keine strafausschließende Opfermitwirkung geben, da die Verwirklichung des Tatbestandes eine Täter-Opfer-Interaktion von vornherein nicht erfordert. Die von der Rechtsprechung ins Feld geführte normative Auslegung des Heimtücketatbestandes ist mithin weder mit der unverändert fortgeführten Heimtückedefinition vereinbar noch – was zu zeigen Gegenstand dieses Beitrages war – aus der Warte eines viktimodogmatischen Prinzips zu rechtfertigen.

treffenden Hinweis, dass nur durch die exemplarische Sanktionierung verletzenden Verhaltens die Effektivitätsbedingungen der Integrationsgeneralprävention zu gewährleisten sind: *Schünemann* (Fn. 2), S. 358; *Schünemann*, NSStZ 1986, 193 (195).

⁶⁵ Neben den im Text genannten Tatbestandsbeispielen wären fernerhin die Beleidigungs- sowie die Urkundsdelikte, der Ladendiebstahl, die Unterschlagung sowie die Untreue zu nennen (siehe *Ellmer* [Fn. 35], S. 178 ff.).

Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte

Von Rechtsanwalt Dr. **Oliver Sahan**, Rechtsanwältin Dr. **Kathrin Urban**, Hamburg*

I. Einführung

Der Vertragsarzt ist Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB – so die wesentliche Aussage des OLG Braunschweig in seinem Beschluss vom 23.2.2010.¹ Damit erteilte das OLG Braunschweig der bis dahin wohl noch herrschenden Literaturlage,² der Kassenarzt sei nicht tauglicher Täter im Sinne des § 299 StGB, eine klare Absage. Die Ausführungen des OLG Braunschweig finden nunmehr auch in der Literatur vermehrt Zustimmung.³ Zugleich leitete das OLG Braunschweig mit seiner Entscheidung eine Trendwende für niedergelassene Vertragsärzte und Mitarbeiter der Pharmaindustrie in der Strafrechtsprechung ein: Das Amtsgericht Ulm verurteilte am 26.10.2010 als erstes deutsches Gericht zwei niedergelassene Vertragsärzte einer Gemeinschaftspraxis zu je einem Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung und einer Geldbuße in Höhe von 20.000,- €. Die Mediziner sollen zwischen 2002 und 2005 umsatzabhängige Prämien von Pharmaunternehmen für die Verordnung von Medikamenten erhalten haben. Das Landgericht Hamburg verurteilte am 9.12.2010 einen niedergelassenen Vertragsarzt wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr zu einer Geldstrafe.⁵ Beide Urteile sind noch nicht rechtskräftig. Es ist jedoch schon jetzt zu erwarten, dass immer mehr Staatsanwaltschaften dazu übergehen werden, gegen niedergelassene Vertragsärzte und Pharmamitarbeiter bzw. Apotheker wegen des Verdachts der Korruption nach § 299 StGB zu ermitteln.

Es darf unterstellt werden, dass das OLG Braunschweig diese Tragweite seiner Entscheidung für die Praxis überblickte. Es verwundert daher umso mehr, dass das Gericht ohne Not – es fehlte ohnehin an einem hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich der Unrechtsvereinbarung – zur Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes Stellung nahm und darüber hinaus seine Rechtsauffassung im Wesentlichen auf mittlerweile ausdrücklich aufgegebenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts stützte.

* Die Verf. sind Rechtsanwälte bei Roxin Rechtsanwälte LLP in Hamburg.

¹ OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.2.2010 – Ws 17/10 = PharmR 2010, 230.

² Geis, wistra 2005, 369; Geis, wistra 2007, 361; Taschke, StV 2005, 406; Sahan, ZIS 2007, 69; Klötzer, NStZ 2008, 12; eine Beauftragteneigenschaft des Kassenarztes bereits bejahend: Pragal, NStZ 2005, 133; Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 und wohl auch Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 299 Rn. 10a.

³ Dannecker, GesR 2010, 281; Schmitz-Elvenich, KrV 2010, 115; Schmidt, NStZ 2010, 393.

⁴ Frankfurter Rundschau v. 29.10.2010, Artikel abrufbar unter:

<http://www.fr-online.de/wirtschaft/quittung-fuer-ratiopharm-schecks/-/1472780/4789496/-/index.html>.

⁵ DÄBl. v. 15.12.2010, Artikel abrufbar unter:

<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/43923/>.

Der vorliegende Beitrag soll zeigen, dass das OLG Braunschweig de lege lata zu Unrecht von einer Bestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte nach § 299 StGB ausgeht.

II. Keine Beauftragung durch die Versicherer

1. Sozialrechtliche Rechtsprechung zur Vertretereigenschaft nicht mehr aktuell

Das OLG Braunschweig stützt seine Rechtsauffassung im Wesentlichen auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Danach tritt der Vertragsarzt bei der Verordnung eines Medikaments kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen (vgl. etwa §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) als Vertreter der Krankenkasse auf, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse gebe er die Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrags über die verordneten Medikamente ab.⁶ Da er kraft Gesetzes (§ 12 Abs. 1 SGB V) verpflichtet sei, nicht notwendige bzw. unwirtschaftliche Leistungen nicht zu bewirken, komme darin eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck.⁷ Verschreibt der Kassenarzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er weiß, dass er die Leistung i.S.d. § 12 Abs. 1 SGB V nicht bewirken darf, missbrauche er die ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse.⁸ Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beruht ihrerseits auf der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aus den neunziger Jahren.⁹

Das OLG Braunschweig folgert nun aus dieser Rechtsprechung ohne weitere Begründung, dass der Vertragsarzt auch Beauftragter i.S.d. § 299 StGB sei. Es führt diesbezüglich Folgendes aus: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt er [der Vertragsarzt] als Vertreter der Krankenkasse und nimmt insoweit deren Vermögensinteressen war. Hat jemand die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen und macht sich im Falle einer Verletzung dieser besonderen Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB strafbar, so handelt er auch als Beauftragter zumindest dieses Aufgabenfeldes.“ Das OLG Braunschweig stellt darüber hinaus fest, dass man den Vertragsarzt aufgrund seiner Befugnis, die in §§ 31 ff. SGB V geregelten Rahmenrechte durch die Verordnung bestimmter Medikamente zu konkretisieren, wodurch er als Vertreter der Krankenkassen handelt, durchaus als „Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“ bezeichnen könne.¹⁰

Die Ausführungen des OLG Braunschweig erwecken nunmehr freilich den Eindruck, nicht berücksichtigt zu haben, dass das Bundessozialgericht am 17.12.2009 seine bisherige und durch das OLG Braunschweig mittelbar in Bezug ge-

⁶ BGH NJW 2004, 454 (455 f.).

⁷ BGH NJW 2004, 454 (456).

⁸ BGH NJW 2004, 454 (456).

⁹ BSG NZS 1994, 507 (509); BSG NJW 1996, 2450 L.

¹⁰ OLG Braunschweig PharmR 2010, 230 (231).

nommene Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben hat.¹¹ In dieser Entscheidung führt das Bundessozialgericht aus: „Der erkennende Senat hatte allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung für die Zeit ab 1.1.2000 als Rechtsgrundlage für den nunmehr öffentlich-rechtlichen Vergütungsanspruch des Apothekers nicht § 129 SGB V i.V.m. den Verträgen nach § 129 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 SGB V herangezogen, sondern einen für jeden einzelnen Fall der Medikamentenabgabe auf Kassenrezept zu schließenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse angenommen. [...] Der Senat hatte weiter angenommen, der Vertragsarzt fungiere aufgrund der ihm durch das Vertragsarztrecht verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse und gebe durch die Verordnung eines Arzneimittels auf Kassenrezept ein Kaufvertragsangebot der Krankenkasse ab, das der Versicherte durch Vorlage des Kassenrezepts dem Apotheker übermittle und von diesem durch die Aushändigung des Arzneimittels an den Versicherten annehme. [...] An dieser rechtlichen Konstruktion hält der erkennende Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr fest; der Vergütungsanspruch des Apothekers hat seine Grundlage vielmehr unmittelbar im öffentlichen Recht. Denn die Konstruktion über einen in jedem Einzelfall abzuschließenden, den Versicherten begünstigenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse ist entbehrlich [...]“¹²

Zwar obliegt dem Vertragsarzt weiterhin die Konkretisierung des Rahmenrechts des Versicherten auf Sachleistung. Der Begründung des OLG Braunschweig – und auch einiger Autoren¹³, welche von der Vertretereneigenschaft auf die Beauftragteneigenschaft schließen – ist aber unter Berücksichtigung dieser neuen Rechtsprechung die Grundlage entzogen.

2. Schluss von der Vermögensbetreuungspflicht auf die Beauftragteneigenschaft unzulässig

Nur der Vollständigkeit halber soll daher im Folgenden gezeigt werden, dass noch weitere Argumente gegen die Rechtsauffassung des OLG Braunschweig sprechen. So trägt beispielsweise auch der von der Vermögensbetreuungspflicht auf die Beauftragteneigenschaft gezogene Schluss nicht.

Den Ausführungen des Gerichts ist bereits nicht eindeutig zu entnehmen, ob es die Beauftragteneigenschaft aus der gesetzlich eingeräumten Befugnis, aus der Vermögensbetreuungspflicht oder aus beidem folgert. Ungeachtet dieser Ungenauigkeit ist jede Schlussfolgerung auf die „Beauftragung“ i.S.d. § 299 StGB unzulässig.

Die Voraussetzungen der Beauftragten-Eigenschaft i.S.d. § 299 StGB sind nicht identisch mit denen der Verfügungsbefugnis i.S.d. § 266 StGB. Bereits begriffliche Unterschiede sprechen gegen eine solche Gleichstellung.¹⁴ Bei strafrechts-

systematischer Auslegung ergibt sich Folgendes: § 266 Abs. 1 StGB umfasst nach seinem eindeutigen Wortlaut sowohl die gesetzliche als auch die rechtsgeschäftliche Einräumung von Befugnissen. Bei § 299 StGB fehlt hingegen die erstgenannte Tatbestandvariante.¹⁵ Die Beauftragung i.S.d. § 299 StGB stellt also nur einen Unterfall der Einräumung einer Befugnis i. S.d. § 266 StGB dar.

Ebenso wenig kann die „Vermögensbetreuungspflicht“ i.S.d. § 266 StGB mit der „Beauftragung“ i.S.d. § 299 StGB gleichgesetzt werden. Der Umstand, dass die Vermögensbetreuungspflicht und die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, auch im Rahmen von § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB zwei gesondert zu prüfende Tatbestandsmerkmale sind,¹⁶ zeigt bereits, dass die Begriffe Vermögensbetreuungspflicht und Befugnis – und damit als Unterfall der Befugnis auch die Beauftragung – inhaltlich nicht deckungsgleich sind.

Daneben schützen die Delikte völlig unterschiedliche Rechtsgüter. Die Untreue dient einem Individualinteresse, nämlich dem Vermögensschutz des Treugebers.¹⁷ § 299 StGB dient hingegen vorrangig dem Schutz des freien Wettbewerbs als Universalrechtsgut.¹⁸ Eine undifferenzierte Übertragung der Rechtsprechung zur Vermögensbetreuungspflicht auf den Korruptionsbereich ist auch vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres möglich,¹⁹ denn Tatbestandsmerkmale sind für den jeweils in Rede stehenden Straftatbestand auszu-legen.²⁰

Die vom OLG Braunschweig vorgenommene Schlussfolgerung von der Befugnis und/oder Vermögensbetreuungspflicht auf eine Beauftragung ist mithin nicht zulässig.

3. Beauftragung muss vertraglich erfolgen

Der Begriff des Beauftragten setzt – entgegen der anders lautenden Ansicht des BGH²¹ – zudem notwendigerweise das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten voraus.²² Im Zivilrecht ist in Befolgung der gesetzlichen Regelung der §§ 662, 665 BGB anerkannt, dass eine Beauftragung nur dann vorliegt,

¹⁵ Sahan, ZIS 2007, 69 (72).

¹⁶ Die Rechtsprechung und h.M. verlangt unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut („dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“) auch für den Missbrauchstatbestand eine Pflicht zur fremdnützigen Vermögensbetreuung, vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 266 Rn. 6 m.w.N.

¹⁷ Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 1.

¹⁸ Diemer/Krick, in: Joecks/Miebach (Fn. 17), § 299 Rn. 2; Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 299 Rn. 2.

¹⁹ Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (216); Schneider, HRRS 2010, 241 (246).

²⁰ Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (216); Schneider, HRRS 2010, 241 (246).

²¹ BGHSt 2, 396 (401), der eine vertragliche Beziehung für entbehrlich erachtet.

²² Sahan, ZIS 2007, 69 (72).

¹¹ BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R = BeckRs 2010 Nr. 69807.

¹² Zu den Argumenten vgl. BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, Rn. 15.

¹³ Pragal, NStZ 2005, 133 (135); Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (11 f.); Dannecker, GesR 2010, 281 (284); Schmidt, NStZ 2010, 393 (394).

¹⁴ Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (216).

wenn der Beauftragte sich vertraglich gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, für diesen unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen.²³ Wollte man einen so eng verstandenen Beauftragtenbegriff uneingeschränkt auf den § 299 StGB übertragen, würde dessen Schutzbereich freilich unangemessen eingeschränkt, weil unentgeltliche Geschäftsbesorgungen im geschäftlichen Verkehr so gut wie nie anzutreffen sind. Insofern ist daher seit langem anerkannt, dass der Begriff des Beauftragten nicht nach rein bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist.²⁴ Auch nach allgemeinem Sprachgebrauch wird der Begriff der Beauftragung weiter verstanden, beispielsweise auch als Angebot auf den Abschluss eines anderen Vertrages oder als Bestellung im Rahmen eines Kauf- oder Werklieferungsvertrages. Mit dem allgemeinen Sprachgebrauch vereinbar erscheint auch ein Verständnis der Beauftragung als einzelne Weisung in einem bereits bestehenden Vertragsverhältnis.²⁵ Auch nach dem über die gesetzliche Regelung des § 662 BGB hinausgehenden allgemeinen Sprachempfinden setzt aber die Beauftragung voraus, dass eine individualisierte rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten besteht. Wenn also teilweise der Begriff des Beauftragten auf jeden erstreckt wird, der auf Grund seiner tatsächlichen Stellung berechtigt und verpflichtet ist, für den Betrieb dauernd oder gelegentlich und unter Umständen auch selbstständig geschäftlich tätig zu werden, ohne Geschäftsinhaber oder Angestellter zu sein,²⁶ so kann hierin nicht der Verzicht auf eine solche rechtsgeschäftliche Beziehung gesehen werden, ohne gegen das Analogieverbot zu verstoßen. Eine Auslegung des Begriffs des Beauftragten unter Verzicht auf die Merkmale einer rechtsgeschäftlichen Beziehung überschreite die Grenze des allgemeinen Wortverständnisses. Das Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Befugnis oder Verpflichtung ergibt sich auch bei strafrechtssystematischer Auslegung des § 299 StGB: Während § 266 Abs. 1 StGB das Tatbestandsmerkmal der gesetzlichen Einräumung von Befugnissen neben dem Merkmal einer solchen rechtsgeschäftlichen Einräumung selbstständig nennt, fehlt die erstgenannte Tatbestandsvariante in § 299 StGB.²⁷ Die Beauftragung setzt notwendig voraus, dass zwischen dem Beauftragten und dem Beauftragenden eine – nicht notwendig gegenseitige – rechtsgeschäftliche Beziehung besteht, aus der heraus der Beauftragte zur Ausführung eines Geschäfts berechtigt oder verpflichtet wird.

Zwischen den einzelnen Vertragsärzten und den Krankenkassen ihrer Patienten besteht nun aber in Ermangelung

einer entsprechenden individuellen Einigung weder im Hinblick auf die Erbringung einzelner ärztlicher Behandlungen noch hinsichtlich der Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Beziehung.²⁸ Die notwendige rechtsgeschäftliche Beziehung könnte also allenfalls durch die Zulassung eines Arztes als Vertragsarzt begründet werden.²⁹ Die Zulassung als Vertragsarzt erfolgt auf Antrag des Arztes gemäß den §§ 95 ff. SGB V in Verbindung mit § 19 der Zulassungsverordnung für Ärzte. Die Bezeichnung des zugelassenen Arztes als „Vertragsarzt“ in § 4 Abs. 1 S. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte lässt zunächst das Bestehen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Arzt und den Krankenkassen vermuten.³⁰ Diese Bezeichnung ist jedoch historisch bedingt und erinnert an die Anfänge der gesetzlichen Krankenversicherung. In Fortentwicklung des schon im Spätmittelalter aufgekommenen Gedankens der Krankenversicherung setzte sich im Verlauf des 18. Jahrhunderts auch in Deutschland mehr und mehr das Prinzip durch, im Voraus regelmäßig Beiträge an eine Kranken- oder Gesundheitskasse zu entrichten, um damit einen Anspruch auf ärztlichen Rat und Krankenpflege als Gegenleistung zu begründen. Der Begriff des Vertragsarztes ist darauf zurückzuführen, dass die frühen Krankenkassen ihren Mitgliedern die erforderlichen ärztlichen Leistungen dadurch bereitstellten, dass sie durch den Abschluss individueller Verträge eine zunächst noch sehr geringe Anzahl an Ärzten fest anstellten.³¹ Ursprünglich standen Vertragsärzte demnach in einem unmittelbaren kassenärztlichen Dienstverhältnis.³² Aufgrund der sich rasch herausbildenden Übermacht der Krankenkassen gegenüber den einzelnen Ärzten bei den Vertragsverhandlungen schlossen diese sich jedoch schon im Jahr 1900 zum sogenannten Hartmannbund zusammen, um ihre Position zu verbessern. 1931 schließlich wurden die sogenannten Kassenärztlichen Vereinigungen als Zusammenschlüsse der Gesamtheit der Kassenärzte eines

²⁸ So auch *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

²⁹ So *Schmidt*, NStZ 2010, 393 (395) und *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (12 f.): Es gebe keinen Beauftragten im Sinne des § 299 StGB, der seine Stellung *allein* aus einer gesetzlich festgelegten Vertretungsmacht herleite (anders noch *Pragal*, NStZ 2005, 133 [135 f.], welcher die Beauftragteneigenschaft des Kassenarztes noch allein mit der diesem durch Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen, und damit allein aus gesetzlichen Vorschriften, begründete). Der Vertragsarzt sei jedoch aufgrund der von den Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossenen Kollektivverträge und seiner Zulassung rechtsgeschäftlich zu Verordnungen bevollmächtigt.

³⁰ So unter Nichtberücksichtigung des historischen Hintergrundes offensichtlich *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (13), die in der Zulassung des Arztes zugleich einen Vertragsbeitritt zu den Kollektivverträgen zwischen den Krankenkassenverbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen erblicken; ablehnend auch *Steinhilper*, MedR 2010, 499 (501).

³¹ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag in der vertragsärztlichen Versorgung, 2002, S. 19.

³² *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 31), S. 27.

²³ *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., 2011, Einf. § 662 Rn. 1; vgl. auch *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 299 Rn. 22.

²⁴ RGSt 68, 70 (71 f.); 68, 119 (120); 68, 263 (270).

²⁵ Vgl. zum allgemeinen Sprachgebrauch *Sprau* (Fn. 23), § 662 Rn. 2.

²⁶ *Dannecker* (Fn. 23), § 299 Rn. 22; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 17.

²⁷ *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

Gebiets in Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts gegründet.³³ Dadurch wurde endgültig Abschied genommen von der Idee, Ärzte bei den Krankenkassen in ein Angestelltenverhältnis einzubinden.³⁴

Trotz des beibehaltenen Begriffs des „Vertragsarztes“ besteht auch nach der aktuellen Rechtslage keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen den einzelnen Ärzten und den Krankenkassen.³⁵ Öffentlich-rechtliche Beziehungen³⁶ liegen ausschließlich im Verhältnis der Krankenkassen zu den Kassenärztlichen Vereinigungen und im Verhältnis der Kassenärztlichen Vereinigungen zu den einzelnen Vertragsärzten vor.³⁷ Die zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossenen Mantelverträge³⁸ entfalten ihre rechtsgeschäftliche Bindungswirkung lediglich inter partes, also nicht gegenüber dem einzelnen Arzt. Die Vertragsarztzulassung nach § 4 Abs. 1 S. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte wiederum verpflichtet zwar den einzelnen Arzt zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nach Maßgabe der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften.³⁹ Auch die Zulassung zum Vertragsarzt begründet indes kein rechtsgeschäftliches Verhältnis zwischen den Krankenkassen und den einzelnen Ärzten. Denn zum einen ist in der Zulassung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen ein Verwaltungsakt und keine ein rechtsgeschäftliches Verhältnis begründende Erklärung zu sehen.⁴⁰ Zum anderen obliegt der sogenannte „Sicherstellungsauftrag“, d.h. die Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung, allein den Kassenärztlichen Vereinigungen – nicht den Krankenkassen.⁴¹ Somit kann von einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen den Krankenkassen und den einzelnen Ärzten keine Rede sein.⁴² Vielmehr ist der Abschluss von Einzelverträgen zwischen den Krankenkassen und den Ärzten oder Arztgruppen ohne Einschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen nach geltender Rechtslage ausgeschlossen.⁴³

Da die bei zutreffender Auslegung für die Annahme einer Beauftragtenqualität erforderliche rechtsgeschäftliche Bezie-

hung zwischen den einzelnen Vertragsärzten einerseits und den Krankenkassen andererseits nicht gegeben ist, sind erstere schon aus diesem Grund keine tauglichen Täter des § 299 Abs. 1 StGB.

4. Gesetzgeberische Entscheidung für Beschränkung auf geschäftlichen Betrieb

Die zahlreichen Versuche, eine Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes für die Krankenkassen zu konstruieren, zielen im Grunde darauf ab, die Beschränkung des Tatbestandes der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr auf Zuwendungen an Beauftragte geschäftlicher Betriebe zu umgehen und die Strafbarkeit auch auf Zuwendungen an Beauftragte privater Einzelpersonen – nämlich der Patienten – zu erstrecken. Eine solche Ausweitung des Tatbestands widerspricht indes dem eindeutigen und unmissverständlichen Willen des Gesetzgebers, der sich dafür entschieden hat, in § 299 StGB nur solche unlautere Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die sich auf den Wettbewerb um diejenigen Kunden beziehen, die einen geschäftlichen Betrieb unterhalten. Dass der Gesetzgeber bei der Einfügung des Tatbestands des § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁴⁴ im Jahre 1909 andere Fälle als die nun diskutierten im Blick hatte, zeigt die Gesetzesbegründung: Mit dieser Gesetzesänderung sollten Lücken im Schutz der Gewerbetreibenden vor unlauterem Verhalten ihrer Konkurrenten geschlossen werden. Zu diesen Lücken gehörte nach Auffassung des Gesetzgebers auch die (Un-)Sitte, Angestellte eines Geschäftsbetriebes durch Gewährung von Vorteilen zu beeinflussen, um sich auf diese Weise einen Geschäftsvorteil zu verschaffen. Dieses – und nur dieses – „Schmiergeldunwesen“ sollte durch den Tatbestand des § 12 UWG bekämpft werden.⁴⁵ Die Konstruktion einer Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes i.S.d. § 299 StGB für die Krankenkassen würde zu einer Umgehung dieser gesetzgeberischen Entscheidung führen.

Auch ein Blick in die Systematik des UWG zeigt, dass der Gesetzgeber den unlauteren Wettbewerb um den privaten Kunden – worum es sich nach richtiger Auffassung vorliegend handelt – nicht als strafbares Verhalten nach § 299 StGB qualifizieren wollte: Während § 1 UWG (Generalklausel) auch bestimmte Wettbewerbshandlungen um private Kunden im geschäftlichen Verkehr erfasst und bei Verstößen einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz gewährt, enthielt die Strafnorm des § 12 UWG eine Einschränkung: Der Vorteilsnehmer musste Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes sein. Damit wird deutlich, was der Gesetzgeber von der Strafandrohung ausnehmen wollte: Es ist der unlautere Wettbewerb um den privaten Kunden.⁴⁶

³³ 5. Teil der vierten Notverordnung zur Sicherung der Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens, Dezember 1931.

³⁴ Beske/Drabinski/Wolf (Fn. 31), S. 27.

³⁵ So auch Geis, wistra 2005, 369 (370).

³⁶ Weidenkaff, in: Palandt (Fn. 23), Einf. § 611 Rn. 18; Maaß, NJW 2001, 3369 (3373).

³⁷ Schnapp/Düring, NJW 1989, 2913 (2917).

³⁸ Bundesmantelvertrag-Ärzte und Bundesmantelvertrag-Ärzte-Ersatzkassen sowie entsprechende Landesmantelverträge.

³⁹ BSG, SGB 2001, 308.

⁴⁰ So stellt auch die Mitteilung der Eintragung eines Arztes in das Arztregister durch eine Bezirksstelle der Kassenärztlichen Vereinigung unstreitig einen Bescheid dar. Vgl. Maaß, NJW 2001, 3369 (3373) mit Verweis auf BSG, SGB 2001, 122.

⁴¹ Beske/Drabinski/Wolf, (Fn. 31), S. 70.

⁴² So auch Geis, wistra 2005, 369 (370).

⁴³ Zu Bestrebungen, dies zu ändern vgl. Beske/Drabinski/Wolf (Fn. 31), S. 72.

⁴⁴ Der heutige § 299 StGB ist aus § 12 UWG a.F. hervorgegangen.

⁴⁵ RT-Drs. 1909 Nr. 1390, S. 29.

⁴⁶ RGSt 47, 183; Sahan, ZIS 2007, 69 (70).

5. Aktuelle Einschätzung des Gesetzgebers

Dass der Gesetzgeber auch aktuell von einer Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte ausgeht, lässt sich dem Umstand entnehmen, dass Abgeordnete und die Fraktion der SPD am 10.11.2010 beantragten⁴⁷, der Bundestag wolle beschließen, die Bundesregierung aufzufordern, durch ergänzende Regelungen im Strafgesetzbuch sicherzustellen, dass Korruptionshandlungen niedergelassener Vertragsärzte Strafatabestände darstellen. In der Begründung des Antrags wird ausgeführt, dass derzeit in der staatsanwaltschaftlichen Praxis und in der juristischen Literatur höchst umstritten sei, ob sich niedergelassene Vertragsärzte wegen Korruptionshandlungen strafbar machen können. Weiter heißt es: „Besonders abwegig ist die bisherige Rechtslage, weil § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) derzeit zwar auf angestellte Ärzte, z.B. in Krankenhäusern angewandt wird, nicht jedoch auf freiberuflich Tätige.“ Um für Rechtssicherheit zu sorgen, sei eine Klarstellung durch den Gesetzgeber geboten.⁴⁸

Der Antrag verdeutlicht, dass auch der Gesetzgeber selbst an der Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Vertragsärzte zweifelt und eine gesetzliche Neuregelung für erforderlich hält, um eine Strafbarkeit von Korruptionshandlungen von Vertragsärzten nach § 299 StGB zu begründen.

6. Erfassung von Grenzfällen gewährleistet

§ 299 StGB ist mithin de lege lata auf den Vertragsarzt nicht anwendbar. Die hierdurch entstehenden „Strafbarkeitslücken“ bedürfen angesichts der bewusst fragmentarisch ausgestalteten Strafrechtsordnung ohnehin keiner Rechtfertigung oder Legitimierung. Trotzdem sei darauf hingewiesen, dass Vertragsärzte sich im Zusammenhang mit ihrem Ordnungsverhalten auch bei der hier skizzierten rechtmäßigen Auslegung und Anwendung des Tatbestands der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr keinesfalls im (straf-)rechtsfreien Raum bewegen.

So ist an eine Untreue nach § 266 StGB zu Lasten der Krankenversicherung zu denken, wenn der Arzt dem Patienten Übermengen verordnet⁴⁹ und wenn ein Vertragsarzt von einem Lieferanten umsatzbezogene Rückvergütungen enthält, welche dem der Krankenkasse in Rechnung gestellten Preis aufgeschlagen werden.⁵⁰ Solche Aufschläge sind beispielsweise dann denkbar, wenn es sich nicht um Fertigarzneimittel⁵¹ im Sinne der Arzneimittelpreisverordnung⁵² handelt, d.h.

um „im Voraus hergestellte und in einer für den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebrachte“ Arzneimittel, sondern zum Beispiel um Sprechstundenbedarf.⁵³ In diesem Fall unterliegen die Medikamente keiner Preisbindung.

Ein Betrug liegt zwar auch nach der Rechtsprechung nicht bei der Verordnung von Übermengen vor, da weder eine Täuschung des Apothekers noch der Mitarbeiter der Krankenkassen vorliegt.⁵⁴ Soweit jedoch nicht der Preisbindung unterliegender Sprechstundenbedarf bezogen wird, kann zumindest nach Auffassung der Rechtsprechung⁵⁵ Tateinheitlich mit Untreue ein Betrug zum Nachteil der Krankenkasse durch Unterlassen in Betracht kommen. Das Unterlassen liegt in diesen Fällen darin, dass der Vertragsarzt der Krankenkasse die Zuwendung des Arzneimittelherstellers nicht mitteilt und ihr den erhaltenen Betrag bzw. den Gegenwert der Zuwendung in Geld nicht auskehrt. Die Garantienstellung des Vertragsarztes wird dabei aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1, S. 2 SGB V und dem in § 34 Abs. 1 der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO-Ärzte) enthaltenen Verbot der Annahme von Vergütungen oder anderer Vorteile im Zusammenhang mit der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten abgeleitet. Infolge des Kostenerstattungsprinzips entsteht der Krankenkasse ein Vermögensschaden. Bei der Verordnung von Fertigarzneimitteln allerdings gilt das Kostenerstattungsprinzip nicht, so dass es in diesem Fall wiederum an einem Vermögensschaden der Krankenkasse fehlt.

Insbesondere angesichts der starken Bemühungen, die Annahme von Vorteilen durch Vertragsärzte in den Anwendungsbereich des § 299 StGB zu ziehen, ist zudem zu beachten, dass die Entgegennahme von geldwerten Leistungen durch Ärzte eine Ordnungswidrigkeit nach dem Heilmittelwerbegesetz und/oder UWG darstellen kann und dass damit auch gegen ärztliches Berufs- und evtl. auch Vertragsarztrecht verstoßen wird.

III. Ergebnis

Nach aktueller Gesetzeslage kommt eine Strafbarkeit von niedergelassenen Vertragsärzten nach § 299 StGB nicht in Betracht. Um die Annahme von Zuwendungen von Pharmareferenten oder anderen durch niedergelassene Vertragsärzte nach § 299 StGB bestrafen zu können, wäre eine Erweiterung des Tatbestandes über die geschäftlichen Betriebe hinaus auf

Abs. 2 AMG) sichergestellt werden sollen, die Preisspannen der pharmazeutischen Großhändler und Apotheker beim Weiterverkauf verschreibungspflichtiger Medikamente.

⁵³ Als Sprechstundenbedarf gelten nur solche Mittel, die vom Vertragsarzt ihrer Art nach bei mehr als einem Berechtigten im Rahmen der vertragsärztlichen Behandlung angeordnet werden oder bei Notfällen für mehr als einen Berechtigten zur Verfügung stehen müssen. Was Sprechstundenbedarf ist und welche Artikel unter Sprechstundenbedarf fallen und damit als solcher abrechenbar sind, wird in den Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkasse und der Kassenärztlichen Vereinigung definiert.

⁵⁴ BGH NJW 2004, 454 (456).

⁵⁵ OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13 (14).

⁴⁷ Antrag abgedruckt in BT-Drs. 17/3685.

⁴⁸ BT-Drs. 17/3685.

⁴⁹ BGH NJW 2004, 454.

⁵⁰ BGH wistra 2004, 422; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13.

⁵¹ Ausführlich zum Ausscheiden einer Strafbarkeit wegen Untreue bei der Verordnung von Fertigarzneimitteln mangels Vermögensschadens *Schneider*, HRRS 2010, 241 (243).

⁵² Die Arzneimittelpreisverordnung wurde auf Grundlage des § 78 Arzneimittelgesetz erlassen. Sie regelt in Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben, durch die für verschreibungspflichtige Arzneimittel einheitliche Herstellerabgabepreise (§ 78 Abs. 3 AMG) und einheitliche Apothekenabgabepreise (§ 78

natürliche Personen erforderlich. Bis dahin ist die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Unbestechlichkeit der Beauftragten von Prinzipalen, die nicht als geschäftlicher Betrieb organisiert sind, zu akzeptieren. Dies gilt auch für die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte.

Schranken und Schrankenlosigkeit der Meinungsfreiheit in Ungarn

Grundrechtsbeeinflusste Widersprüche im ungarischen Strafrecht*

Von Sen. Assistent Dr. **Zsolt Szomora**, Szeged**

Vor zwei Jahrzehnten (in den Jahren 1989 u. 1990) fand in Ungarn die demokratische Wende, die dann die Fundierung und Ausgestaltung eines Rechtsstaates ermöglicht hat, statt. Die Etablierung rechtsstaatlicher Grundsätze hat sich auch wesentlich auf das Strafrecht ausgewirkt. Dies kann u.a. in der Aufwertung der Grundrechte einzelner Personen erkannt werden, was zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des Individuums auf der einen Seite und zur Eingrenzung der Strafgewalt des Staates auf der anderen Seite geführt hat.¹ Die Garantie der Meinungsfreiheit und das Entfernen ihrer von dem Parteistaat willkürlich gesetzten Grenzen zählte als eine der ersten Aufgaben der politischen Wende, da die Gewährung der Meinungsfreiheit „ein konstitutives Merkmal für den Typ des westlichen Verfassungsstaats“² ist.

„Die Meinungsfreiheit zählt zu den vornehmsten Menschenrechten überhaupt“³, sagt das Bundesverfassungsgericht in einer seiner fast unzählbaren Entscheidungen zum Grundrecht der Meinungsfreiheit. Das ungarische Verfassungsgericht nimmt eine ähnliche Position ein, wenn es in seiner Ausgangsentscheidung aus dem Jahr 1992 ausführt, dass der Meinungsfreiheit, die zu den grundlegenden Werten der pluralistischen, demokratischen Gesellschaft gehöre, eine ausgezeichnete Rolle unter den Grundrechten einzuräumen sei.⁴ Nach zwanzig Jahren ungarischer Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Frage zu stellen, ob diese ausgezeichnete Rolle unbedingt hat dazu führen müssen, dass sich die Meinungsfreiheit, den Intentionen der sonst geltenden Vorschriften des

Strafgesetzbuches gegenüber, in mehreren Fallgruppen praktisch als uneinschränkbar erwiesen hat (wie das unten dargestellt wird). Fraglich ist darüber hinaus, ob diese Unbegrenzbarkeit bzw. die dadurch entstandenen verfassungsrechtlichen und strafrechtlichen Widersprüche auch nach zwanzig Jahren aufrecht zu erhalten sind?

Um diesen Fragen nachzugehen, wird im Folgenden zunächst ein kurzer Überblick über die verfassungsrechtliche Stellung der Grundrechte in Ungarn gegeben (I.), um im Anschluss daran die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit (II.) sowohl vor dem Hintergrund der Strafrechtsdogmatik als auch im Lichte des Verfassungsrechts zu erörtern.

In Hungary, the democratic transition took place two decades ago (in 1989 and 1990) and made possible the developing of a state founded on the rule of law. The establishment of principles of the rule of law has had a significant influence on criminal law as well. This can be inter alia detected in the enhancement of the basic rights of individuals, which led to the intensification of the criminal legal protection of the individual on the one hand and to the limitation of the punitive power of the state on the other. The guarantee of freedom of expression and the removal of her boundaries arbitrarily set by the party-state was one of the first tasks of the political transition, since the granting of the freedom of expression is a defining characteristic for the type of the western constitutional state.

“Freedom of expression is one of the most distinguished human rights at all”, says the Federal Constitutional Court of Germany in one of his almost innumerable decisions on the basic right of freedom of expression. The Hungarian Constitutional Court adopts a similar position when pointing out in its initial 1992 decision that the freedom of expression as one of the fundamental values of a pluralistic, democratic society should be given a prime role among fundamental rights. After a twenty-year jurisdiction of the Hungarian Constitutional Court, the question is to be put whether this excellent role has necessarily had to result in the illimitability of the freedom of expression in several groups of cases in practice, opposite to the otherwise applicable provisions of the Criminal Code (like it is shown below). The question arises also whether the illimitability and the contradictions resulting from this fact in constitutional and criminal law are to be maintained even after twenty years?

To address these issues, a brief overview of the constitutional position of fundamental rights in Hungary will first be given (I.), and then the penal limits of the freedom of expression are to be discussed both in the context of criminal law dogmatics and in the light of constitutional law (II.).

* Der Aufsatz wurde im Rahmen eines von der Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten Forschungsaufenthalts an der Universität Osnabrück verfasst. Mein besonderer Dank gilt meinem wissenschaftlichen Gastgeber, Herrn Prof. Dr. Arndt Sinn für seine unentbehrliche, wertvolle fachliche und menschliche Unterstützung. Ich bedanke mich herzlich auch bei allen Kollegen am Lehrstuhl, die mich mit Ihren Fragen zur Verbesserung dieses Beitrags motiviert haben.

** Der Verf. ist Senior Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Ferenc Nagy an der Universität Szeged (Ungarn).

¹ Zur Umgestaltung des ungarischen Strafrechts nach der Wende siehe ausführlich Nagy/Szomora, in: Jakab/Tatham/Takács (Hrsg.), Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005, 2007, S. 191-206.

² Schultze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2006, Art. 5 Rn. 1. Sajó hebt aber relativierend vor, dass aus diesem konstitutiven Merkmal noch kein normatives Erfordernis entsteht (Sajó, in: Gellér [Hrsg.], Györgyi Kálmán ünnepi kötet, 2004, S. 485). Damit die Meinungsfreiheit durch ihre herausragende Stellung und sogar ihre eventuelle Übergewichtung nicht uferlos ausgedehnt wird, ist diese Feststellung Sajós besonders im Auge zu halten.

³ BVerfGE 69, 315 (344).

⁴ UngVerfGE 30/1992 (V. 26.), III. 2. 1.

I. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen

1. Die Grundrechte in der ungarischen Verfassung

Die ungarische Verfassung stammt formell immer noch aus dem Jahre 1949. Von dem ursprünglichen „stalinischen“ Grundgesetz ist aber nach der politischen und wirtschaftlichen Wende fast nichts übrig geblieben. Im Jahre 1989 wurden von dem alten, demokratisch noch nicht legitimierten und 1990 von dem ersten demokratisch gewählten Parlament grundlegende Verfassungsmodifikationen verabschiedet, die nach 40 Jahren kommunistischer Diktatur ermöglicht haben, Ungarn als einen demokratischen Rechtsstaat neu aufzubauen. Diese Änderungsgesetze fügten einen vollkommen neuformulierten, selbständigen Grundrechtsabschnitt in die Verfassung ein, der zahlreiche, im früheren Verfassungstext nicht enthaltene Rechte aufnahm bzw. die schon vorhandenen Grundrechte von ihren Schranken befreite, die mit den pluralistischen rechtsstaatlichen Kriterien nicht mehr vereinbar waren.⁵

Hinsichtlich der Meinungsfreiheit wurde der letztgenannte Weg eingeschlagen, da diese schon in der Originalfassung von 1949 deklariert, ihre Ausübung aber bestimmten Zielsetzungen (wie z.B. den Interessen der Arbeiter, später den des Volkes und des Sozialismus) zu folgen gezwungen war.⁶ Von diesen systemideologischen Einschränkungen wurde die Meinungsfreiheit erst im Jahre 1989 befreit. § 61 der Verfassung deklariert die sog. Kommunikationsgrundrechte zwar nicht in einer Vorschrift – im Gegensatz zu Art. 5 GG –, das Verfassungsgericht sieht aber die Meinungsfreiheit als das Mutterrecht aller Kommunikationsgrundrechte an⁷ (so der Presse- und Medienfreiheit; der Freiheit, sich Informationen einzuholen; Kunst- und Literaturfreiheit sowie der Freiheit der Wissenschaft und Lehre).⁸

⁵ Vgl. *Halmai*, in: Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 953.

⁶ Zum historischen Überblick der Textänderungen siehe *Koltay*, in: Jakab (Hrsg.), *Az Alkotmány Kommentárja* (Grundgesetz, Kommentar), 2009, § 61 Rn. 7 f.; *Sajó*, *A szólásszabadság kézikönyve* (Handbuch der Redefreiheit), 2005, S. 145 ff.

⁷ *Halmai* (Fn. 5), S. 956.

⁸ § 61 UngVerf.

(1) In der Republik Ungarn hat jeder das Recht auf die freie Meinungsäußerung und Rede, und sich Informationen von öffentlichem Interesse einzuholen bzw. diese zu verbreiten.
(2) Die Republik Ungarn erkennt die Freiheit und die Vielfalt der Presse an.

§ 70 UngVerf

(1) Die Republik Ungarn achtet und unterstützt die Freiheit der Wissenschaft und Kunst, die Freiheit von Lehre und Unterricht.

(2) In Fragen der wissenschaftlichen Wahrheiten bzw. bei der Feststellung der Wert von wissenschaftlichen Forschungen steht das Urteil ausschließlich den Gelehrten der Wissenschaft zu.

Da die Gewährung von Grundrechten sowie die Grundrechtsdogmatik eines modernen Rechtsstaats in der ungarischen Rechtsgeschichte ohne Tradition war, hatte das erste ungarische Verfassungsgericht die essentielle Aufgabe wahrzunehmen, die Grundlagen des Grundrechtsdenkens zu schaffen und die Verfassungskonformität der ersten grundrechtsrelevanten Gesetzgebungsakten zu gewährleisten. Mehrere Autoren haben nachgewiesen, dass das ungarische Verfassungsgericht die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Beispiel und Maßstab genommen hat, um die Grundlagen der Grundrechtsdogmatik auszugestalten.⁹ Das soll natürlich nicht bedeuten, dass die deutschen Lösungen in das ungarische Verfassungsrecht einfach übertragen und kopiert worden sind, denn neben dem ungarischen Rechtssystem sind auch die historischen Besonderheiten und der Übergangscharakter der politischen Wende von dem ungarischen Verfassungsgericht in Betracht gezogen worden.¹⁰

An erster Stelle ist hervorzuheben, dass die Behandlung eines Grundrechts als subjektives Abwehrrecht auf der einen Seite und als objektive Institutions- und institutionelle Garantie auf der anderen Seite auf dem deutschen Muster beruht.¹¹ So ist die Aussage des ungarischen Verfassungsgerichts, dass die Schranken der Grundrechte eng und im Lichte des begrenzten Grundrechts auszulegen sind, auf die deutsche Wechselwirkungslehre zurück zu führen.¹² Deutschen Ur-

⁹ Zu den deutschen Einflüssen siehe u.a. *Gárdos-Orosz*, in: Jakab (Fn. 6), § 8 Rn. 8, 58, 83; *Sajó* (Fn. 6), S. 147, 175, 151 f., 172; *Sólyom*, *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* (Die Anfänge der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn), 2001, S. 396. Zu den Einflüssen der EGMR-Rechtsprechung bzw. anderer internationalen Rechtsinstrumenten siehe u.a. *Sólyom* (a.a.O.), S. 484; *Gárdos-Orosz* (a.a.O.), Rn. 17 f., 127 f. Unter den meinungsfreiheitrelevanten Entscheidungen siehe UngVerfGE 36/1994 (VI. 24.), II. 2., sowie die Sondervoten von Richtern *Tersztyánszky* und *Zlinszky*; 13/2000 (V. 12.), III. 2. und die Parallelbegründung von Richter *Harmathy*; 14/2000 (V. 12.) IV. 2. u. IV. 5.; 18/2000 (VI. 6.) III. 3. 1.-3. 2; 34/2004 (IX. 28.) III. 2.-4; 95/2008 (VII. 3.) III. 4. und die Parallelbegründung von Richter *Lévay* bzw. der Sondervotum von Richter *Kiss*.

¹⁰ Vgl. *Gárdos-Orosz* (Fn. 9), § 8 Rn. 14.

¹¹ *Gárdos-Orosz* (Fn. 9), S. 405, 408-411; *Sajó* (Fn. 6), S. 151-152; *Halmai* (Fn. 5), S. 956-957; *Koltay* (Fn. 6), § 61 Rn. 26; UngVerfGE 30/1992 (V. 26.) III. 2. 2; 36/1994 (VI. 24.) II. 1. 1. Im deutschen Schrifttum vgl. u.a. *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 8-12; *Schultze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 5 Rn. 16; *Pieroth/Schlink*, *Staatsrecht II*, Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 91-94.

¹² *Gárdos-Orosz* (Fn. 9), § 8 Rn. 69; *Sólyom* (Fn. 9), S. 475. Im deutschen Schrifttum vgl. u.a. *Kannergießner*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 11. Aufl. 2008, Art. 5 Rn. 12; *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 5. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 145-147d; *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik*

sprungs ist auch der Aufbau des Schrankentests nach den Maßstäben der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit.¹³

2. Die Schranken der Grundrechte in der ungarischen Verfassung

Bezüglich der Schranken der Grundrechte gibt es aber einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zum deutschen Verfassungsrecht und Art. 5 GG. Die ungarische Verfassung enthält nur sehr lakonische Vorschriften über die Schranken der Grundrechte.¹⁴ In der kurzen Periode der ersten rechtsstaatlichen Verfassungsnovelle im Jahre 1989 führte der § 8 Abs. 3 UngVerf a.F. die legitimen Zwecke noch auf, die den Eingriff in die Grundrechte rechtfertigen konnten: so der Staatssicherheit, die öffentliche Sicherheit und Gesundheit, das Sittengesetz und die Grundrechte und -freiheiten anderer.¹⁵ Diese Vorschrift hat nur die Gründe der legitimen Einschränkung benannt, gab aber keinerlei Anhaltspunkte für das annehmbare Maß der Einschränkung. Demgegenüber soll die durch die Verfassungsnovelle von 1990 nach deutschem Beispiel eingeführte Wesensgehaltsgarantie die äußerste inhaltliche Schranke der Schranken niederlegen. Da aber die Zwecke innerhalb des § 8 Abs. 3 zur gleichen Zeit gestrichen wurden, fehlen nunmehr positiv-verfassungsrechtliche Anhaltspunkte, wann und aus welchen Gründen die Grundrechte einzugrenzen sind.

Nach geltendem Recht ist nur ein formelles Einschränkungskriterium in § 8 Abs. 1 GG UngVerf niedergelegt. Es stellt das Erfordernis auf, dass die Grundrechte nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden dürfen. Inhaltliche Schranken-Kriterien werden lediglich durch den Hinweis auf die Wesensgehaltsgarantie bestimmt. Abgesehen von dem Recht auf Leben und Menschenwürde, die in der die Todesstrafe für verfassungswidrig erklärenden Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts¹⁶ nach der Wesensgehaltsgarantie für

unantastbar erklärt worden sind, wird die Wesensgehaltsgarantie in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung dem Maßstab der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gleichgestellt und dadurch relativ bestimmt.¹⁷ In mehreren Verfassungsgerichtsentscheidungen werden die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseinschränkung sogar ohne einen formellen Hinweis auf den Wesensgehalt geprüft, was auch kritische Stimmen hervorruft, die beanstanden, dass die selbständige Bedeutung der einzelnen grundgesetzlichen Schrankenvorschrift dadurch verloren gehe.¹⁸

Im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz legt die ungarische Verfassung keinerlei inhaltliche Grenzen hinsichtlich der einzelnen Grundrechte und dementsprechend auch nicht hinsichtlich der Meinungsfreiheit fest.¹⁹ Im Schrifttum wird deshalb beklagt, dass der Normtext von 1990 eine Art „Extremenschutz“ der Grundrechte ermögliche und das Verfassungsgericht zwingt, mit einem absolutistischen Verfassungstext zu arbeiten.²⁰ Auch diese Verabsolutierung des Grundrechtsschutzes auf der Normebene dürfte dazu beigetragen haben, dass die Meinungsfreiheit in Ungarn als nahezu uneinschränkbares Grundrecht gilt.

Vor diesem Hintergrund hatte das ungarische Verfassungsgericht die Aufgabe, ein dogmatisches System der Grundrechtseinschränkung auszuarbeiten. In Bezug auf die Schrankendogmatik werden in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung drei verschiedene Typen von sog. „grundlegenden Rechten“ unterschieden: Grundrechte (wie z.B. die Meinungsfreiheit), Verfassungsrechte (wie z.B. die Vertragsfreiheit) und sonstige Verfassungsziele oder Verfassungswerte (wie z.B. die öffentliche Ordnung oder die allgemeine Steuerpflicht). Die Verfassungsrechte genießen im Vergleich zu den Grundrechten einen verminderten Schutz, d.h. sie können einfacher eingeschränkt werden, während den Grundrechten ein erhöhtes Schutzniveau eingeräumt wird. Die Verfassungswerte und Ziele spielen eine wichtige Rolle als mögliche legitime Zwecke der Grundrechtseinschränkung.²¹

Nicht zu übersehen ist aber, dass diese Kategorisierung noch keine allgemeine Einschränkungsdogmatik darstellt, sie ist vielmehr die Grundlage für spezielle Einschränkungskriterien bezüglich einzelner Grundrechte.²² Hinsichtlich der Meinungsfreiheit hat das Verfassungsgericht in seiner Ausgangsentscheidung aus dem Jahr 1992 Folgendes ausgeführt: „Die ausgezeichnete Rolle der freien Meinungsäußerung führt

Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2010, Art. 5 Rn. 57; Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 261-263, 20. Lfg., Stand: November 1982; Schultze-Fielitz (Fn. 2), Art. 5 Rn. 157-169; Pieroth/Schlink (Fn. 11), Rn. 641-645. Kritisch über die Theorie Merten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, Grundrechte in Deutschland, Allgemeine Lehren II, 2009, Rn. 80; Schmidt-Jortzig (Fn. 12), Rn. 54.

¹³ Gárdos-Orosz (Fn. 9), § 8 Rn. 74; Sólyom (Fn. 9), S. 397-398; Halmai (Fn. 5), S. 959, Domahidi, EuR 2009, 411; UngVerfGE 30/1992 (V. 26.), III. 2. 2.; 36/1994 (VI. 24.), II. 1. 1.

¹⁴ Gárdos-Orosz (Fn. 9), § 8 Rn. 73; Sólyom (Fn. 10), S. 397-399.

¹⁵ Ehemaliger § 61 Abs. 3: „Die Ausübung grundlegender Rechte darf nur einer im Gesetz [...] bestimmten Einschränkung unterworfen werden; diese Einschränkung muss zum Schutz der Sicherheit des Staates, der inneren Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit, des Sittengesetzes oder der grundlegenden Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sein.“

¹⁶ UngVerfGE 23/1990 (X. 31.).

¹⁷ Sólyom (Fn. 9), S. 395-399; vgl. noch Gárdos-Orosz (Fn. 9), § 8 Rn. 83 f.; auf Deutsch Halmai (Fn. 5), S. 958 f.

¹⁸ Gárdos-Orosz (Fn. 9), § 8 Rn. 91.

¹⁹ Es gibt nur zwei Gegenbeispiele: die Regeln der Enteignung (als Grenze des Rechts auf Eigentum; § 13 Abs. 2 UngVerf) und die Einschränkung der persönlichen Freiheit (§ 55 UngVerf).

²⁰ Sajó, Állam- és Jogtudomány 1-2/1993, 61.

²¹ Gárdos-Orosz (Fn. 9), § 8 Rn. 20 f.

²² Sólyom hebt vor, dass sich diese speziellen Einzelteste keine allgemeine methodische Bedeutung beanspruchen können (Sólyom [Fn. 9], S. 400 f.); siehe noch Gárdos-Orosz (Fn. 9), § 8 Rn. 83, 112 f.

wohl nicht zu der Unantastbarkeit dieses Grundrechts (im Gegensatz zu dem Recht auf Leben und der Würde des Menschen), hat aber unbedingt die Folge, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung nur sehr wenigen Rechten gegenüber in den Hintergrund treten muss [...]. Das gegenüber der Meinungsfreiheit auf die Waage zu legende einschränkende Gesetz hat ein größeres Gewicht, wenn es unmittelbar dem Schutz und der Geltendmachung eines anderen Grundrechts dient; hat ein kleineres Gewicht, wenn es ein Grundrecht nur mittelbar, durch ein Institut schützt; und hat das geringste Gewicht, wenn sein Gegenstand lediglich ein abstrakter Verfassungswert ist (wie z.B. der öffentliche Frieden).²³

Während Art. 5 Abs. 2 GG²⁴ die Grenzen der Meinungsfreiheit genau benennt, hatte das ungarische Verfassungsgericht die Grundsätze dieser Schranken fast aus dem Nichts zu setzen. Dabei konnte es nicht einmal aus anderen Verfassungsvorschriften Ableitungen treffen, denn, wie erwähnt, gibt es kaum inhaltliche Schrankenvorschriften einzelner Grundrechte in der ungarischen Verfassung. Die Auslegung des Art. 5 Abs. 2 GG war und ist natürlich nicht frei von Fragen und Kontroversen: z.B., was sollen die allgemeinen Gesetze bedeuten?²⁵ In welchem Verhältnis stehen der Jugendschutz und der Ehrschutz zu den allgemeinen Gesetzen?²⁶ Gibt es auch andere verfassungsimmanente Schranken?²⁷ Dies sind nur einige der Fragen, welche die deutsche Rechtswissenschaft und die Verfassungsgerichtsbarkeit zu

klären hatten. Der Schrankenvorbehalt des Art. 5 GG kann aber gewährleisten, ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten bezüglich der inhaltlichen Auslegung, dass das Bundesverfassungsgericht, im Gegensatz zum ungarischen Verfassungsgericht, nicht verfassungsgebend agieren muss.

II. Die strafrechtlichen Grenzen

Zu den Fragen der Meinungsfreiheit äußerte sich das UngVerfG am häufigsten im Zusammenhang mit dem Strafrecht: die Leitsätze des UngVerfG zur Meinungsfreiheit und ihren Grenzen sind in zahlreichen, die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Vorschriften des UngStGB untersuchenden Entscheidungen niedergelegt worden. Aufgrund dieser Entscheidungen verdient die Meinungsfreiheit einen gesteigerten grundgesetzlichen Schutz. Sie darf nur äußerliche Grenzen haben (Inhaltsneutralität des Schutzes), die immer restriktiv auszulegen sind.²⁸

Die die Meinungsfreiheit einschränkenden Tatbestände können im ungarischen Strafgesetzbuch hauptsächlich in zwei Abschnitten gefunden werden. Die Straftaten Verleumdung und Beleidigung (§§ 179-183 UngStGB) stellen Delikte gegen die Person dar (Abschnitt XII), während die Mehrheit der anderen die Meinungsfreiheit eingrenzenden Straftatbeständen im Abschnitt XVI (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung) unter dem Titel „Straftaten gegen den öffentlichen Frieden“ geregelt sind (so die Volksverhetzung, § 269 UngStGB; Beleidigung von Nationalsymbolen, § 269/A UngStGB; verbotene Verwendung von Willkürherrschaftssymbolen, § 269/B UngStGB; und die Öffentliche Leugnung von Verbrechen der nationalsozialistischen und kommunistischen Systeme, § 269/C UngStGB). Der ungarische Strafgesetzgeber hat also sowohl individuelle als auch kollektive Schutzgüter im Blick, wenn es darum geht, deren Schutz vor dem Hintergrund eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit zu begründen. Wie später noch dargestellt wird, spielt die Unterscheidung zwischen individuellen und kollektiven Rechtsgütern auch bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der aus dem StGB für die Meinungsfreiheit folgenden Schranken eine Rolle.

Im Folgenden soll es nun darum gehen, wie die Vorgaben des Strafgesetzgebers in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung bewertet werden und ob und wie sie in der strafgerichtlichen Praxis zur Geltung kommen. Es geht dabei nicht um eine deskriptive Darstellung der gesamten themenrelevanten ungarischen Regelung und der Rechtsprechung. Vielmehr werden nur bestimmte Problempunkte aufgegriffen und analysiert.

²³ UngVerfGE 30/1992. (V. 26.) V. 1.

²⁴ (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

²⁵ U.a. BVerfGE 7, 198 (210); 7, 230 (234); 28, 191 (200); 34, 269 (283); 47, 130 (143); 62, 230 (243); 74, 297 (343); 91, 125 (135); BVerfG NJW 1985, 264; NJW 1985, 2521. Schwark, Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 des Grundgesetzes, 1970; Lücke, Die „allgemeinen Gesetze“ (Art. 5. Abs. 2 GG), 1998; Epping, Grundrechte, 3. Aufl. 2007, Rn. 230-235; Ipsen, Staatsrecht, Bd. 2, Grundrechte, 11. Aufl. 2008, Rn. 470-478; Kannegiesser (Fn. 12), Art. 5 Rn. 22; Bethge (Fn. 12), Art. 5 Rn. 142-158c; Herzog (Fn. 12), Art. 5 Rn. 251-277; Schultze-Fielitz (Fn. 2), Art. 5 Rn. 136-146; Pieroth/Schlink (Fn. 11), Rn. 632 ff.

²⁶ U.a. Herzog (Fn. 12), Art. 5 Rn. 244-248; Bethge (Fn. 12), Art. 5 Rn. 142, Schultze-Fielitz (Fn. 2), Art. 5 Rn. 148 u. 150-151; Lücke (Fn. 25), S. 26-32.

²⁷ U.a. Herzog (Fn. 12), Art. 5 Rn. 293; Bethge (Fn. 12), Art. 5 Rn. 173-181; Schultze-Fielitz (Fn. 2), Art. 5 Rn. 152-156; Schmidt-Jortzig (Fn. 11), Art. 5 Rn. 57-58.

²⁸ Siehe die UngVerfGE 30/1992 (V. 26.); 36/1994 (VI. 24.); 1233/B/1995; 21/1996 (V. 17.); 12/1999 (V. 21.); 13/2000 (V. 12.); 14/2000 (V. 12.); 18/2000 (VI. 6.); 18/2004 (V. 25.); 34/2004 (IX. 28.); 1154/B/2005; 20/2006 (V. 31.); 95/2008 (VII. 3.). Zu einem thematischen Überblick der Entscheidungen siehe Koltay (Fn. 6), § 61 Rn. 47.

III. Der strafrechtliche „Schutz“ der Ehre öffentlich tätiger Personen

1. Als Leitfall hinsichtlich Verleumdung und Beleidigung soll ein aktueller Sachverhalt, über den inzwischen rechtskräftig in dritter Instanz entschieden worden ist, dienen:²⁹

Der Angeklagte ist Geschichtswissenschaftler, der sich mit den Staatssicherheitsdiensten des ehemaligen Parteistaats beschäftigt. Nach seinen wissenschaftlich fundierten Erkenntnissen seien die wirksamsten und gefährlichsten Denunzierungen nicht von den offiziellen Agenten der Staatssicherheitsdienste ausgegangen, sondern von informell und gelegentlich agierenden Personen initiiert worden. Zu diesen Personen gehöre auch ein Richter des gegenwärtigen Verfassungsgerichts, der als Professor an einer juristischen Fakultät unter anderem zur Auflösung einer von Studenten gegründeten unabhängigen Friedensbewegung wesentlich beigetragen habe. In einer Fernsehsendung hatte der Angeklagte den Verfassungsrichter als denjenigen bezeichnet, der in diesem Zusammenhang zum „größten Abschaum“ („föszemét“ – auf Ungarisch) der Mitwirkenden gehöre.

Der Budapester Tafelgerichtshof hat den Angeklagten in dritter Instanz freigesprochen. Nach Ansicht des Gerichts habe sich der Angeklagte nicht wegen Beleidigung (§ 180 Abs. 1 lit. b UngStGB) strafbar gemacht, denn seine inkriminierte Meinung, der Privatkläger gehöre zum „größten Abschaum“ der Mitwirkenden, könne auf der einen Seite in die geschichtswissenschaftliche Konzeption des Angeklagten folgerichtig eingebettet werden und entbehre dementsprechend nicht einer tatsächlichen Grundlage, was auch zur Gutgläubigkeit des Angeklagten führe. Auf der anderen Seite könne das gegen eine ein öffentliches Amt innehabende Person gerichtete Werturteil, mag es auch höchst überspitzt oder demütigend sein, nicht als Beleidigung bestraft werden.

Zur Begründung dieser Entscheidung beruft man sich außerdem auf verschiedene Urteile des EGMR.³⁰ Nach der Rechtsprechung des EGMR sei demjenigen, der gegenüber öffentlich tätigen Personen negative Werturteile zum Ausdruck bringe, die Möglichkeit einzuräumen, die etwaigen tatsächlichen Grundlagen seines Werturteils beweisen zu können. Da die wissenschaftlich festgestellten Tatsachen vom Gericht nicht überprüft werden können und in Achtung vor der Freiheit der Wissenschaft nicht überprüft werden dürfen, habe sich das Gericht im Wahrheitsbeweisverfahren nur davon überzeugen lassen, dass der Angeklagte mit wissenschaftlichen Methoden gearbeitet habe und anhand dieser zu

²⁹ Fővárosi Ítéltábla 3.Bhar.341/2009/6 (Urteil des Budapester Tafelgerichtshofs).

³⁰ Die in dem Urteil erwähnten EGMR-Entscheidungen sind die Folgenden: EMGR, Urte. v. 8.7.1986 – 9815/82 (Lingens v. Austria); EMGR, Urte. v. 25.6.1992 – 13778/88 (Thorgeirson v. Island); EMGR, Urte. v. 23.5.1991 – 11662/85 (Ober-schlick v. Austria); EMGR, Urte. v. 23.4.1992 – 11798/85 (Castells v. Spain); EMGR, Urte. v. 28.8.1992 – 13704/88 (Schwabe v. Austria); EMGR, Urte. v. 1.12.2009 – 5380/07 (Karsai v. Hungary).

seinen Feststellungen gelangt sei. Sein Werturteil stütze sich auf diese Tatsachen, was der Privatkläger hinzunehmen habe.

Schließlich hat das Gericht seinem Urteil die UngVerfGE 36/1994 (VI. 24.) zugrunde gelegt. In dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht die Tatbestände Verleumdung³¹, Beleidigung³² und Beleidigung von Amtspersonen³³ auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft. Die Beleidigung von Amtspersonen oder Behörden war zwar als ein sui generis Tatbestand geregelt, inhaltlich konnte er aber als qualifizierter Fall einer Verleumdung und Beleidigung angesehen werden, dessen strengere Bestrafung damit begründet werden konnte,

³¹ § 179 Verleumdung

(1) Wer bezüglich einer Person vor einem anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die zur Verletzung der Ehre geeignet ist, oder einen auf solche Tatsachen unmittelbar verweisenden Ausdruck nutzt, begeht ein Vergehen und ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe zu bestrafen.

(2) Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, wenn die Verleumdung

- a) aus/zu anderen niedrigen Beweggründen bzw. Zwecken,
- b) öffentlich,
- c) unter Verursachung einer bedeutenden Interessenbeeinträchtigung begangen wird.

³² § 180 Beleidigung

(1) Wer außer im Fall von § 179 einer anderen Person gegenüber

- a) im Zusammenhang mit der Verrichtung der Arbeit bzw. der Erfüllung des öffentlichen Auftrags dieser Person oder ihrer im öffentlichen Interesse entfalteten Tätigkeit, oder
- b) öffentlich einen Ausdruck verwendet, der zur Verletzung der Ehre geeignet ist, oder eine ähnliche Handlung ausführt, ist wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe zu bestrafen.

(2) Nach Abs. 1 ist zu bestrafen, wer die Beleidigung täglich begeht.

³³ Ehemaliger § 232 Beleidigung von Behörden oder Amtspersonen

(1) Wer vor einem anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die zur Verletzung der Ehre einer Amtsperson, oder durch Verletzung der Amtsperson zur Verletzung der Ehre einer Behörde geeignet ist, oder wer einen auf solche Tatsachen unmittelbar verweisenden Ausdruck nutzt, begeht ein Vergehen und ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe zu bestrafen.

(2) Nach dem Abs. (1) ist zu bestrafen, wer im Bezug auf die Tätigkeit einer Behörde oder einer Amtsperson einen Ausdruck verwendet, der zur Verletzung der Ehre der Amtsperson oder durch Verletzung der Amtsperson zur Verletzung der Ehre einer Behörde geeignet ist, oder wer eine ähnliche Handlung ausführt.

(3) Wegen Verbrechen ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer die in Absätzen (1) bis (2) geschriebenen Handlungen öffentlich ausführt.

(4) (Regelung des Wahrheitsbeweises)

(5) (Anzeigerfordernis).

dass die Tathandlungen nicht nur die Ehre des Opfers, sondern auch die des betroffenen öffentlichen Amtes verletzen. Dies kam auch dadurch zum Ausdruck, dass diese Straftat von den Beleidigungstatbeständen getrennt, nicht bei den Straftaten gegen die Person (Abschnitt XII Titel III), sondern bei den Straftaten gegen Amtspersonen geregelt war (Abschnitt XV Titel V). Ein ähnlicher Tatbestand ist § 188 StGB, dessen Tathandlung gegen eine Person im politischen Leben gerichtet ist.

Nach den Ausführungen des UngVerfG ist „der Kreis der durch das Recht auf freie Meinungsäußerung geschützten, verfassungsmäßig nicht strafbaren Meinungsäußerungen in Bezug auf Personen, die öffentliche Gewalt ausüben oder als Politiker öffentlich auftreten, breiter als hinsichtlich anderer Personen“.³⁴ Dies sei mit dem elementaren Bedürfnis zur freien Kritik an den staatlichen Organen und deren Repräsentanten zu begründen. Kritik sei fundamentaler Bestandteil einer pluralistischen Demokratie. Deshalb wurde die mit § 232 UngStGB verbundene und sogar erhöhte Einschränkung der Meinungsfreiheit für verfassungswidrig erklärt. Der Tatbestand wurde aufgehoben. Nach den Maßstäben des ungarischen Verfassungsgerichts wäre auch § 188 StGB für verfassungswidrig zu erklären. Diese Vorschrift folgt ja einer umgekehrten Logik, als die des UngVerfG. § 188 StGB schafft einen verstärkten Ehrschutz für Persönlichkeiten des politischen Lebens und soll der Vergiftung des politischen Lebens durch Ehrabschneidung entgegenwirken.³⁵ Demgegenüber stellt das UngVerfG auf einen verstärkten Schutz der Meinungsfreiheit ab, und spricht den Persönlichkeiten des politischen Lebens den Ehrschutz ab.

2. Der Schutz der Ehre von Personen, die ein öffentliches Amt ausüben oder sonst öffentlich auftreten, ist nach dieser Entscheidung von den Verleumdungs- und Beleidigungstatbeständen übernommen worden. Um aber den grade erwähnten Maßstab (Meinungsfreiheit kann gegenüber solchen Personen breiter ausgeübt werden) erfüllen zu können, hat das UngVerfG eine verfassungskonforme Auslegung der Verleumdungs- und Beleidigungstatbestände angestrengt. Der Tenor der Entscheidung lautet:

„Die zur Beeinträchtigung der Ehre eines Amtes oder einer Amtsperson sowie eines öffentlich auftretenden Politikers geeignete, unter Beachtung dieser Eigenschaft geäußerte Meinung kann, soweit sie ein Werturteil ausdrückt, verfassungsmäßig nicht bestraft werden. Die für die Ehrverletzung geeignete Tatsachenbehauptung [...] ist nur dann strafbar, wenn die [...] Person wusste, dass ihre Mitteilung, was ihren Wesensinhalt anbelangt, unwahr ist, oder diese Person von der Unwahrheit ihrer Behauptung deswegen nicht wusste,

weil sie die von ihr aufgrund der Regeln ihres Berufs zu erwartende Aufmerksamkeit versäumt hat.“³⁶

László Sólyom, der Vorsitzende des damaligen, ersten ungarischen Verfassungsgerichts hat erklärt, dass diese Maßstäbe fast wörtlich aus dem US-amerikanischen Zivilrecht übernommen worden seien (*New York Times v. Sullivan*).³⁷

3. Vergleicht man die Vorgaben des UngVerfG mit dem Normtext und dem dogmatischen Inhalt der §§ 179-180 UngStGB, so gelangt man zu widersprüchlichen Ergebnissen:

a) Der Verleumdungstatbestand (§ 179 UngStGB) und die zweite Alternative des Beleidigungstatbestandes (die sog. öffentliche Beleidigung – § 180 Abs. 1 Alt. 2 UngStGB) differenzieren nicht zwischen den Opfern, nicht einmal danach, ob die mit den Aussagen betroffenen Personen öffentlich auftreten oder nicht. Nach der von dem Verfassungsgericht vorgeschriebenen obligatorischen Auslegung dürfen aber keinerlei Werturteile gegen öffentlich tätige Personen unter Strafe gestellt werden. Strafrechtsdogmatisch bedeutet das einen auf die Opferqualität rekurrierenden übergesetzlichen Strafausschlussgrund hinsichtlich einer Beleidigung. Dementsprechend ist nicht einmal die Schmähhkritik, die sog. Formalbeleidigung strafbar. Demgegenüber betonen die §§ 192 u. 193 StGB und die deutsche straf- und verfassungsrechtliche Literatur eindeutig, dass die Formalbeleidigung, mag sie auch auf wahre Tatsachen gegründet sein, nicht zulässig und nicht schutzwürdig ist.³⁸ Auch aus dem Zusammenlesen der Wahrheitsbeweismvorschrift³⁹ und des Beleidigungstatbestandes des UngStGB müsste eine Strafbarkeit folgen. Denn der Wahrheitsbeweis als Rechtfertigungsgrund kann nach § 182 Abs. 2 UngStGB nicht eingreifen, wenn man ehrverletzende Werturteile, aber keine Tatsachen beinhaltende Formulierungen verwendet (so z.B., dass das Opfer zum „größten Abschaum der Mitwirkenden“ gehöre). Die von dem ungarischen Verfassungsgericht vorgeschriebene Auslegung lässt aber dem Budapester Tafelgerichtshof in dem oben geschilderten Leitfall die Möglichkeit zu einem Urteil offen, nach dem die Schmähung eines Verfassungsrichters nicht strafbar ist.⁴⁰

³⁶ Übersetzung des zitierten Teils bei *Halmai* (Fn. 5), S. 960.

³⁷ *Sólyom* (Fn. 9), S. 481.

³⁸ *Sinn* (Fn. 35), § 192 Rn. 1 ff.; *Kannegießer* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 5; *Bethge* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 33; *Herzog* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 46e; *Schultze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 5 Rn. 179 f. In diesem Zusammenhang – und kritisch sogar der Rechtsprechung des BVerfG gegenüber – betont *Ipsen*, das der Ehrschutz nicht nur eine Möglichkeit, sondern auch eine Pflicht sei (*Ipsen* [Fn. 25], Rn. 484).

³⁹ § 182 Wahrheitsbeweis

(1) Wegen der in den §§ 179 bis 181 festgelegten Straftaten kann der Täter nicht bestraft werden, wenn sich die zur Verletzung der Ehre geeignete Tatsache als wahr erweist.

(2) Der Wahrheitsbeweis ist zulässig, wenn die Behauptung bzw. Verbreitung der Tatsache bzw. eines darauf unmittelbar verweisenden Ausdrucks durch ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Privatinteresse begründet wird.

⁴⁰ Seither wurden aber auch in der ungarischen Literatur kritische Stimmen gegen die verfassungsgerichtliche Tole-

³⁴ UngVerfGE 36/1994 (VI. 24.) Tenor Punkt 1. Übersetzung des zitierten Teils bei *Halmai* (Fn. 5), S. 960.

³⁵ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 188 Rn. 1. *Sinn* verweist darauf, dass das BVerfG die qualifizierte Strafbarkeit für verfassungsmäßig geklärt hat (BVerfGE 4, 352); *Sinn*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 188 Rn. 2.

b) Im Gegensatz zum deutschen Strafrecht hat die Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsachenbehauptung keine Bedeutung auf der Tatbestandsebene,⁴¹ genauer gesagt, hatte vor der Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts keine Bedeutung. Darüber hinaus ist dieser Entscheidung aber nicht klar zu entnehmen, ob die unwahren Tatsachen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen aber gegenüber der Personenehre eingeschränkt werden können oder ob sie nicht einmal unter § 61 ungarischer Verfassung subsumiert werden können und so die Frage ihrer Grenzen indifferent ist. Im deutschen Schrifttum wird die Frage der Subsumtion von (bewusst und/oder erwiesen) unwahren Tatsachen unter Art. 5 Abs. 1 GG klar thematisiert, mag es auch Meinungsverschiedenheiten geben.⁴² In der ungarischen Rechtsliteratur wird diese Frage jedoch nicht thematisiert, obwohl bekannt ist, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung voller Widersprüche ist. Die zitierte Entscheidung hinterlässt den unklaren Eindruck, als würden unwahre Tatsachen nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen.⁴³ Demgegenüber werden in einer späteren Entscheidung aus dem Jahr 2000 unwahre Tatsachen unter das Grundrecht der Meinungsfreiheit subsumiert, ihre Einschränkung wird aber für zulässig erklärt.⁴⁴

Die Subsumtionsfrage, also die Frage, welche Äußerungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst werden, ist eine der wichtigsten Ausgangsfragen, die beantwortet

ranz von Formalbeleidigung erhoben; siehe *Hornyák*, in: Gál/Hornyák (Hrsg.), *Tanulmányok Dr. Földvári József* professor 80, születésnapja tiszteletére, 2006, S. 111. Auch *Sólyom* hat später selber geäußert, dass während diese Entscheidung eine gewünschte Lösung für die politische Meinungsfreiheit bedeute, lasse aber z.B. die Gerichte zugleich schutzlos (*Sólyom* [Fn. 9], S. 482).

⁴¹ Neben den gesetzlichen Merkmalen der Tatbestände Beleidigung (§ 185 StGB), üble Nachrede (§ 186 StGB) und Verleumdung (§ 187 StGB) ist noch zu erwähnen, dass die Verwirklichung der Beleidigung durch Tatsachenkundgabe im *deutschen* Strafrecht nach h.M. die Unwahrheit der Tatsache als ungeschriebenes Tatmerkmal voraussetzt, was aus dem Rechtsgut, dem *normativen* Ehrbegriff, abgeleitet wird. Im *ungarischen* Strafrecht herrscht demgegenüber auch heute noch der *faktische* Ehrbegriff, was der Irrelevanz der Wahrheit der Tatsache als Erklärung dient. Zu den verschiedenen Ehrbegriffen bzw. zur Beleidigung durch unwahren Tatsachenbehauptung siehe *Sinn* (Fn. 38), § 185 Rn. 2-5 u. 14.

⁴² Gegen die Subsumtion siehe u.a. *Kannegießer* (Fn. 25), Art. 5 Rn. 3; *Bethge* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 28; sowie BVerfG NJW 1993, 916. Für die Subsumtion und Berücksichtigung erst bei Güterabwägung u.a. *Schultze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 5 Rn. 65 f.; *Schmidt-Jortzig* (Fn. 11), Art. 5 Rn. 22. Zu weiterer Übersicht siehe *Siekman/Duttge*, Grundrechte, 3. Aufl. 2000 ?, S. 198 Fn. 1091.

⁴³ Eine vage Formulierung unter III. 2. der UngVerfGE 36/1994 (VI. 24.) deutet an, dass das UngVerfG die bewusst unwahren Tatsachen nicht in den Bereich der Meinungsfreiheit einbezieht.

⁴⁴ Unter III. 2. der UngVerfGE 18/2000 (VI. 6.).

werden müssen, um ein kohärentes und verfassungsmäßiges Tatbestandssystem innerhalb des UngStGB formulieren zu können. Wenn das Verfassungsgericht keine klare Stellung zu dieser Frage einnimmt, so kann der Strafgesetzgeber die Verfassungskonformität der verabschiedeten gesetzlichen Regelungen nur sehr schwer einschätzen.

c) Das ungarische Verfassungsgericht misst neben der objektiven Wahrheit der Tatsachenbehauptung hinaus auch der Kenntnis des Täters von der Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsache eine Bedeutung bei. So entstehen die Strukturen des sog. Verleumdungsvorsatzes und der Verleumdungsfahrlässigkeit. Diese Kategorien werden aber in § 179 UngStGB nicht genannt. Bei einer Verleumdung muss dem Täter nur bewusst sein, dass seine Tatsachenbehauptung geeignet ist, die Ehre des Betroffenen zu verletzen. Das Verfassungsgericht liest aber in den Verleumdungstatbestand ein nicht existierendes objektives Merkmal (Unwahrheit der Tatsache) hinein, wobei dieses Merkmal entweder vom Vorsatz umfasst sein oder bei bestimmten Tätergruppen (vor allem bei Journalisten) mindestens auf Fahrlässigkeit beruhen muss.

Hier zeigt sich die Widersprüchlichkeit zwischen der Verfassungsrechtsprechung und der Strafrechtsdogmatik besonders eindrucksvoll. Die Auslegung des UngVerfG ist weder mit dem Gesetzestext noch mit der Dogmatik in Einklang zu bringen. Das Verfassungsgericht hat die Struktur dieser Tatbestände mit seiner Auslegung unheilbar durcheinandergebracht und die Verfassungsmäßigkeit dieser Straftaten um den Preis der Verletzung des strafrechtsdogmatischen Systems zu sichern versucht. Statt vollkommen tatbestandsfremde Auslegungskriterien festzulegen, hätte das UngVerfG diese Norm des UngStGB aufheben müssen. Die verfassungskonforme Auslegung stößt an ihre Grenzen; auf die These der Normerhaltung kann sich in diesem Fall nicht mehr berufen werden.⁴⁵

Darüber hinaus wird die „dogmatische Belastung“ dieser Tatbestände auch dadurch erschwert, dass der Budapester Tafelgerichtshof – von der EGMR-Rechtsprechung ausgehend – bei seiner Argumentation teils auf die Gutgläubigkeit des Täters abstellt. Die Gutgläubigkeit und die Böswilligkeit sind aber dem ungarischen Strafrecht völlig fremde Kategorien.⁴⁶

4. Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Tatbestände „Verleumdung“ und „Beleidigung“ mit einer Reihe ungeschriebener Tatmerkmale überfordert werden:

⁴⁵ Als äußerste Grenze der verfassungskonformen Auslegung wird im deutschen Strafrecht der mögliche Wortsinn betrachtet (vgl. *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 12). Zu einer Zusammenfassung der Ansichten über die Normerhaltungstheorie mit zahlreichen literarischen Hinweisen siehe *Campiche*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1978, S. 6 f.

⁴⁶ Diese strafrechtsfremden Kategorien tauchen dann nach ein paar Monaten, in einer anderen Verleumdungsentscheidung des Budapester Tafelgerichtshofs wieder auf. Siehe Fővárosi Ítéletábra 3.Bhar.32/2010.5.

- Nach dem Gesetzestext hat die Opferqualität keine Bedeutung, nach der Auslegung des UngVerfGs genießen aber bestimmte Opferkreise nicht dasselbe Schutzniveau;
- die Wahrheit der Tatsachenbehauptung ist entsprechend dem Normtext irrelevant, nach dem UngVerfG ist diese Merkmal in den Tatbestand hineinzuiinterpretieren;
- das UngVerfG geht von einem sog. „Verleumdungsvorsatz“ und der „Verleumdungsfahrlässigkeit“ aus, der Budapester Tafelgerichtshof spricht von „Gutgläubigkeit“ des Täters; beide Kategorien haben keinerlei Anhaltspunkte im ungarischen Strafgesetzbuch.

Nur kurz soll erwähnt werden, dass die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ durch einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund im ungarischen Strafrecht gewährt wird.⁴⁷ Während die deutsche Systematik hinsichtlich der Beleidigungsdelikte nach der Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsachenbehauptung sowie den diesbezüglichen subjektiven Elementen klar differenziert und die Wahrnehmung berechtigter Interessen in § 193 StGB vorsieht, wirken all diese Kategorien im ungarischen Strafrecht außerhalb des Gesetzeswortlauts. Die ungarische „Auslegungslösung“ führt dazu, dass sich der Norminhalt nicht mehr aus dem Gesetz ergibt. Das ist aus Gründen der Rechtssicherheit bedenklich (das ungarische Strafrecht ist ein kontinental-europäisches kodifiziertes Strafrecht). Die Rechtsunsicherheit kann am besten daran gemessen werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung den Leitlinien des UngVerfG nicht in jeglicher Hinsicht folgt (dazu siehe noch unten 5.) bzw. sich berufen fühlt, weitere ungeschriebene Merkmale ins Gesetz hineinzuiinterpretieren (bspw. „Gutgläubigkeit“). Diesen Zustand zu beseitigen, kann nur über eine Neufassung der Beleidigungstatbestände führen.

5. Es ist noch ein weiterer wichtiger Grund dafür zu nennen, dass das Verfassungsgericht diese Tatbestände für verfassungswidrig erklären und dem Gesetzgeber hätte die Aufgabe überlassen müssen, diese Tatbestände neu zu fassen. Im Gegensatz zum deutschen Rechtssystem existiert die sog. echte Verfassungsbeschwerde in Ungarn nicht. Während die überwiegende Arbeit des Bundesverfassungsgerichts in der Bearbeitung von Verfassungsbeschwerden besteht, ist das ungarische Verfassungsgericht nicht befugt, die Rechtsanwendung von Tatgerichten auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen.⁴⁸ Zu einer Verfassungsbeschwerde reicht eine

die Grundrechte verletzende Rechtsanwendung nicht aus. Vielmehr muss die angewandte Norm selbst verfassungswidrig sein. Dem zufolge werden sog. verfassungskonforme Auslegungskriterien als Ergebnis einer abstrakten nachträglichen Normenkontrolle festgelegt, wie dies auch bezüglich der Beleidigungstatbestände geschehen ist.⁴⁹ Hält sich das Tatgericht nicht an die vom Verfassungsgericht vorgegebene Auslegung, so steht dem Betroffenen, zu dessen Lasten die entsprechende Norm nicht verfassungskonform ausgelegt worden ist, kein Rechtsmittel zur Verfügung. Dementsprechend mangelt es im ungarischen Rechtssystem an einer institutionellen Garantie der verfassungskonformen Auslegung. Schließlich kann sich das ungarische Verfassungsgericht bei der Feststellung bestimmter Auslegungserfordernisse auch nicht auf eine gesetzliche Grundlage berufen.⁵⁰

sungsgericht für die Rechtsprechung“ (*Hornyák* [Fn. 40], S. 111). *Pokol* weist durch die Untersuchung von zahlreichen Gerichtsentscheidungen nach, dass sich die Gerichte (und auch der Oberste Gerichtshof) in den 1990er Jahren nur ganz ausnahmsweise auf die Entscheidungen des Verfassungsgerichts berufen hätten. Ein Verweis auf die verfassungsgerichtliche Praxis habe auch in solchen Fällen gefehlt, in denen die gegebene Rechtsfrage von dem UngVerfG ausführlich, sogar in mehreren Entscheidungen thematisiert und geregelt worden sei (*Pokol*, *Jogelmélet* [Rechtstheorie], *Társadalomtudományi Trilógia* [Sozialwissenschaftliche Trilogie], Bd. 2, 2005, S. 237-239).

⁴⁹ Zum Überblick der Kompetenzen des ungarischen Verfassungsgerichts siehe *Halmai* (Fn. 5), S. 954 ff. Selbst *Sólyom* hinterfragt diese Lösung, wenn er erwähnt, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts die methodische Frage aufwerfe, inwieweit die abstrakte Normenkontrolle – mit Rücksicht auf ihre Undifferenziertheit – zur Lösung komplexerer Probleme geeignet sei. Zur differenzierten Lösung konkreter Fälle seien weitere Befugnisse erforderlich (*Sólyom* [Fn. 9], S. 482).

⁵⁰ Auf die Mängel der gesetzlichen Befugnisse weisen *Koltay* (Fn. 6), § 61 Rn. 50, und *Holló/Tóth* (*Az értelmzett Alkotmány* [Die ausgelegte Verfassung], 1999, S. 386 ff.) hin. Im deutschen Schrifttum wird rege diskutiert, ob das BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung befugt ist. Nach einigen Ansichten sei der vorausgegangenen Rechtsprechung des BVerfG durch das 4. ÄndG zum BVerfGG (v. 21.12.1970), insbesondere durch die Einfügung von § 79 Abs. 1 und § 31 Abs. 2 BVerfGG, Gesetzeskraft verliehen worden (vgl. *Campiche* [Fn. 45], S. XIV). Andere Ansichten halten den gesetzlichen Bezug in § 79 BVerfGG für nicht unproblematisch (so z.B. *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* [Hrsg.], *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 33. Lfg., Stand: August 2009, § 31 Rn. 259). Vgl. auch die Zusammenfassung der Argumente für und gegen die Befugnis des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung aus der jüngsten Literatur: *Lembke*, *Einheit aus Erkenntnis?, Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation*, 2009, S. 68 f.

⁴⁷ Eine entsprechende Bestimmung existierte noch im ersten ungarischen Strafgesetzbuch vom 1878 (§ 266), diese wurde aber von dem darauffolgenden neuen StGB von 1961 nicht beibehalten. Bezüglich des geltenden StGB von 1978 haben die relevanten Umstände nur in der Ministerialbegründung, nicht aber im Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden.

⁴⁸ So hat das UngVerfG keinen unmittelbaren Einfluss auf die Rechtsprechung der Gerichte; in UngVerfGE 57/1991 (XI. 8.) hat das Verfassungsgericht selbst die ausschließliche Rechtsauslegungskompetenz der Gerichte deklariert. Siehe u.a. *Sajó* (Fn. 2), S. 504; *Sajó* (Fn. 6), S. 153 u.182. *Hornyák* spricht, im Bezug auf die UngVerfGE 36/1994 (VI. 24.), kritisch über „eine prinzipielle Weisung durch das Verfas-

Wie oben dargestellt wurde, werden die Tatbestände „Verleumdung“ und „Beleidigung“ mit einer Reihe von Auslegungskriterien belastet, die aber in ihrer Bedeutung nicht nur als Auslegungshilfen angesehen werden, sondern vielmehr als zusätzliche ungeschriebene Tatmerkmale außerhalb des geschriebenen Strafgesetzes wirken. Die Verfassungsmäßigkeit der betroffenen Straftatbestände kann – nach der Entscheidung des UngVerfGs – nur durch das Hinzudenken dieser Merkmale gesichert werden. Von „Sicherung“ kann aber keine Rede sein, denn es fehlt an der rechtlichen Garantie, welche die Überprüfung der Rechtsanwendung der Tatgerichte hinsichtlich der aufgestellten Kriterien gewährleisten würde. Es ist also zu befürchten, dass von den Tatgerichten Entscheidungen gefällt werden, die Grundrechte verletzen und vom UngVerfG nicht revidiert werden können. Dieses unhaltbare Ergebnis folgt aus der damaligen Entscheidung des ungarischen Gesetzgebers, die echte Verfassungsbeschwerde nicht in das ungarische Rechtssystem einzuführen. Diese Situation darf aber nicht noch verfestigt werden, indem das Verfassungsgericht selbst Merkmale erfindet, deren Berücksichtigung in der Rechtsanwendung nicht kontrolliert werden kann. Kann aufgrund des eindeutigen Wortlauts eines Strafgesetzes und ohne gegen die Regeln der Strafrechtsdogmatik zu verstoßen die Rechtsanwendung nur in verfassungswidriger (in diesem Fall grundrechtsverletzender) Art und Weise erfolgen, so sollte das ungarische Verfassungsgericht seiner Verfassungsschutzpflicht nur so nachkommen können, dass es die entsprechenden Strafgesetze für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Im Anschluss ist dann der Gesetzgeber aufgefordert, die wichtigen Bereiche neu zu regeln. Solange es in Ungarn nicht die Möglichkeit gibt, eine Verfassungsbeschwerde in diesen Fällen einzulegen, kann die Bewahrung der Grundrechte auf andere Art und Weise im Strafrecht nicht gesichert werden.

Die vom UngVerfG gewählte „gesetzeschonende“ Methode scheidet bereits an seinem Ausgangspunkt. Die verfassungskonforme Auslegung setzt voraus, dass eine Norm mehrere Auslegungsvarianten zulässt, also mehrdeutig ist, und unter ihnen es eine oder mehrere Auslegungsvarianten gibt, die zu einer verfassungskonformen Rechtsanwendung führen können.⁵¹ Die vorausgesetzte Mehrdeutigkeit der hier in Frage stehenden Straftatbestände ist aber nicht gegeben, denn entsprechend dem Wortlaut ist keine Deutung dieser Vorschriften vorstellbar, nach der der Opferkreis oder die Unwahrheit der behaupteten Tatsache relevant sein könnte. Das ungarische Verfassungsgericht legt das Strafgesetz also nicht aus, sondern schafft neue Gesetzesvorschriften.⁵² Auch in Deutschland wird die verfassungskonforme Auslegung nicht unkritisch reflektiert. So habe sich nach *Kuhlen* auch im deutschen Rechtssystem gezeigt, dass die verfassungskonforme Gesetzesauslegung erhebliche normative Probleme im Verhältnis zwischen Gesetzgeber, Verfassungsgericht und

Fachgerichten aufwerfe. „Das führt zu der Frage, ob sie sich so begrenzen lässt, dass dieses Verhältnis keinen Schaden nimmt.“⁵³ Wie oben geschildert, wird dieses gespannte Verhältnis in Ungarn zusätzlich dadurch erschwert, dass das Gebot der verfassungskonformen Auslegung keine institutionelle Garantie hat und somit außerhalb jeder Kontrolle steht.

Betrachtet man sich noch einmal den Leitfall, so ist der Budapester Tafelgerichtshof den Leitlinien des UngVerfG gefolgt, wenn er die Formalbeleidigung gegen den Verfassungsrichter für straflos erklärt. Bei näherer Untersuchung der Urteilsbegründung fällt aber auch auf, dass das Tafelgericht die Zulässigkeit der erwähnten Meinungsäußerungen außerdem auf die Gutgläubigkeit hinsichtlich der behaupteten Tatsachen gestützt hat, womit es über die Begründung des UngVerfGs hinausgeht.⁵⁴ In der jüngeren Rechtsprechung sind sogar Tendenzen zu beobachten, welche die bereits vor der erwähnten VerfG-Entscheidung existierende Gerichtspraxis wieder ins Leben ruft, indem sie Formalbeleidigungen, mögen sie auch gegen Personen im öffentlichen Amt gerichtet sein, als Beleidigung bestrafen.⁵⁵ Die unterschiedlichen Positionen der Tatgerichte und des Verfassungsgerichts können mangels geeigneter Rechtsmittel nicht aufgelöst bzw. in Konkordanz gebracht werden.

IV. Volksverhetzung – eine Strafvorschrift ohne Anwendung

Die „verfassungsgerichtliche Karriere“ der Volksverhetzung (§ 269 UngStGB), der Beleidigung von Nationalsymbolen (§ 269/A UngStGB) und der öffentlichen Verwendung von Willkürherrschaftssymbolen (§ 269/B UngStGB) ist nicht weniger widerspruchsvoll, als die der Beleidigungstatbestände. Diese Straftatbestandsgruppe liegt das Rechtsgut „öffentlicher Frieden“ (Abschnitt XVI. Titel II UngStGB) zu Grunde, was als ein die Meinungsfreiheit einschränkendes Interesse anerkannt ist.⁵⁶

⁵³ *Kuhlen* (Fn. 45), S. 15.

⁵⁴ Bei der Besprechung eines anderen themenrelevanten Urteils des Budapester Tafelgerichtshofs (sog. Babus-Fall) kommt *Koltay* auch zu dieser Feststellung (vgl. demnächst in *Jogesetek Magyarázata* 2010). Das oben besprochene Urteil ist also nicht das einzige, das der relevanten UngVerfGE nicht entspricht.

⁵⁵ Siehe z.B. BH 2001. 99. Zu einer Zusammenfassung der Rechtsprechung siehe *Koltay* (Fn. 6), § 61 Rn. 53.

⁵⁶ Die Straftaten nach § 86a StGB (Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen) und § 90a StGB (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole) sind im Ersten Abschnitt des Besonderen Teils als Straftaten, die den demokratischen Rechtsaat gefährden, geregelt. Den unterschiedlichen Schutzgütern kommt bei der verfassungsgerichtlichen Beurteilung der Schranken der Meinungsfreiheit große Bedeutung zu, wobei vom UngVerfG dem öffentlichen Frieden und dem demokratischen Rechtsstaat nicht dasselbe Gewicht beigemessen wird. Diese Relevanz wird noch unten bei der Darstellung der einzelnen Delikte erwähnt (siehe V. 1. und V. 2.).

⁵¹ *Betterman*, Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren, 1986, S. 19.

⁵² *Sólyom* erkannte selber an, dass das Verfassungsgericht „in das StGB eingeschrieben hatte“ (bei *Tóth*, Fundamentum 1997, 40).

1. Ein von Missverständnissen begleitetes Zusammenwirken zwischen dem Verfassungsgericht und den Strafgerichten hat dazu geführt, dass der Volksverhetzungstatbestand nach der Jahrtausendwende praktisch unanwendbar geworden und dass die Hassrede in Ungarn de facto nicht mehr strafbar ist. Ein Beispiel aus dem Jahre 2009: Auf einer in Ungarn breit bekannten rechtsradikalen Internetseite wurde der folgende Text veröffentlicht: „Wir bieten jedem Mitglied der liberalen Judenpartei (SZDSZ) sowie ihren Sympathisanten einen Koffer zur Flucht an. Im Tausch nehmen wir Gold (darf ruhig aus Zähnen stammen), Silber (das uns gestohlen wurde) oder Menschenhaut (für die Anfertigung von Lampenschirmen). Auf Kredit geben wir nichts, wir wissen ja, dass wir es nie zurückbekommen würden. Sollten Sie zwei Koffer kaufen, so bekommen Sie auch eine Gasflasche mit Zyklon-B geschenkt. Eine gute Reise nach Israel, man höre nie wieder von Euch!“ Das aufgrund einer Anzeige eingeleitete Strafverfahren wurde von der Staatsanwaltschaft mit der Begründung eingestellt, dass diese Aussage keine Straftat verwirkliche.⁵⁷ Im Folgenden wird die Entwicklung der Rechtsprechung, die zu dieser Entscheidung der Staatsanwaltschaft geführt hat, nachgezeichnet.

2. Voranzustellen ist, dass der Tatbestand mit der Überschrift „Verhetzung“ vor der Wende ein Delikt gegen den Staat darstellte. Er wurde in zahlreichen Fällen dazu missbraucht, die vom kommunistischen Regime für unerwünscht gehaltenen Meinungen durch Strafgerichte zum Verstummen zu bringen.⁵⁸

⁵⁷ Der Text wird zitiert bei *Zentai*, Belügyi Szemle 2010, 62.

⁵⁸ § 148 (Urfassung im ungStGB von 1978)

- (1) Wer vor anderen, um zum Hass gegen
- a) die ungarische Nation oder eine Nationalität,
 - b) die Verfassungsordnung der Volksrepublik Ungarn,
 - c) die internationalen Bündnis-, Freundschafts- oder sonstigen, Kooperation bestrebenden Beziehungen der Volksrepublik Ungarn,
 - d) ein Volk, eine Religion, eine Rasse bzw. eine Gruppe oder Personen – wegen ihrer sozialistischen Überzeugung – aufzustacheln, eine dazu geeignete Handlung ausführt, ist wegen einem Verbrechen mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren zu bestrafen.
- (2) Die Strafe ist Freiheitsstrafe von zwei bis zu acht Jahren, wenn
- a) die Verhetzung vor Öffentlichkeit oder als Mitglied einer Gruppe begangen wird,
 - b) die Verhetzung in den Fällen Abs. 1 lit. c)-d) eine Störung der internationalen Beziehungen der Volksrepublik Ungarn verursacht.
- (3) Die Vorbereitung ist im Fall Abs. (2) lit. b) als Vergehen mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, in Kriegszeit als Verbrechen mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

§ 149 Wer einen anderen wegen dessen im Interesse des Sozialismus ausgeübter Tätigkeit tätlich misshandelt, begeht einen Verbrechen, und ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Die große Strafrechtsnovelle aus dem Jahr 1989 hat den Verhetzungstatbestand als Straftat gegen den Staat aufgehoben und als eine Straftat gegen den öffentlichen Frieden neu formuliert.⁵⁹ In Ungarn war und ist die Problematik rund um die „Hassrede“ schon immer „besonders zugespitzt und politisch gefärbt“. Die politische Wende brachte Spannungen zwischen der Freiheit einerseits und dem nicht mehr zu tolerierendem Bereich andererseits mit sich. Deshalb erfordert die Abwägung zwischen der Toleranz und der Gewährung der freien Meinungsäußerung auf der einen Seite bzw. den Gefahren der Aufstachelung auf der anderen Seite besondere Sorgfalt.⁶⁰

3. Der neue Volksverhetzungstatbestand wurde im Jahre 1992 auf seine Verfassungsmäßigkeit im Rahmen einer nachträglichen abstrakten Normenkontrolle geprüft, und sein Abs. 2⁶¹ für verfassungswidrig erklärt. Das Verfassungsgericht hat in dieser Entscheidung⁶² die Tathandlung „Aufstacheln“ als die untere Grenze der Verfassungsmäßigkeit bestimmt, denn lediglich diese Handlung erreiche das Maß einer Rechtsgutgefährdung, der die strafrechtliche Einschränkung der Meinungsfreiheit als erforderlich und verhältnismäßig legitimiert. Zur Feststellung des Inhalts des „Zum-Hass-Aufstachelns“ hat das UngVerfG die Auslegung der Gerichtspraxis zugrunde gelegt: Zum Hass stachelt derjenige auf, der seinen (angeblich oder tatsächlich) eigenen Hass in einer Weise äußert, die geeignet ist, diese sehr intensive negative Emotion auch in anderen hervorzurufen, was auch die Möglichkeit in sich birgt, das diese jeglicher Art von rationaler Erwägung entbehrende Emotion sich durch tatsächliche Handlungen gegen ihr Objekt wendet.⁶³ Durch das Aufstacheln, so das Verfassungsgericht, seien nicht nur der öffentliche Frieden gestört, sondern auch individuelle Rechte gefährdet. Demgegenüber sei der öffentliche Friede durch die Beleidigung und das Verächtlich-Machen nach Abs. 2 nur ganz abstrakt gefährdet, ohne aber die Möglichkeit der Verletzung von Individualrechten in sich zu bergen. Die abstrakte Gefährdung eines kollektiven Rechtsguts, wie des öffentli-

⁵⁹ § 269 Volksverhetzung (in der Originalfassung des Gesetzes Nr. XXV von 1989)

(1) Wer öffentlich zum Hass

- a) gegen die ungarische Nation,
- b) gegen eine nationale, ethnische, rassische bzw. religiöse Gruppe oder andere einzelne Gruppen der Bevölkerung aufstachelt, ist wegen eines Verbrechens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer öffentlich einen Ausdruck verwendet, der die ungarische Nation, eine Nationalität, ein Volk, eine Konfession oder eine Rasse beleidigt oder verächtlich macht, oder eine andere ähnliche Handlung ausführt, ist wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe zu bestrafen. [Dieser Abs. ist 1992 vom UngVerfG für verfassungswidrig erklärt und gestrichen worden.]

⁶⁰ *Halmai* (Fn. 5), S. 959.

⁶¹ Siehe Fn. 59.

⁶² UngVerfGE 30/1992 (V. 26.).

⁶³ Vgl. BH 1998. 521.

chen Friedens, sei kein erforderlicher und verhältnismäßiger Grund, die strafrechtliche Einschränkung der unter den Grundrechten exponierten Meinungsfreiheit zu legitimieren.⁶⁴ In Anlehnung an diese Argumentation ist auch das Erfordernis der Inhaltsneutralität zum ersten Mal in der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit bestimmt worden, wobei das UngVerfG beanstandet hat, das die Alternative des Verächtlich-Machens die zum Ausdruck gebrachte Meinung lediglich aufgrund deren Inhalt für strafbar erkläre, denn die äußeren Grenzen der Meinung seien durch die abstrakte und ferne Gefährdung des öffentlichen Friedens im Tatbestand nicht klar niedergelegt.⁶⁵

Dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht das Bild einer politischen Kultur und eine gesund reflektierende öffentliche Meinung zugrunde gelegt, die nur durch Selbstreinigung entstehen können. „Wer also verunglimpft, stempelt sich selbst ab und wird im Auge der Öffentlichkeit zum Verunglimpfter“ – meinte damals das UngVerfG.⁶⁶

Diese Grundlagenentscheidung des Verfassungsgerichts hat innerhalb von knapp zwei Jahrzehnten eine Reihe von gesetzgeberischen, strafgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Reaktionen hervorgerufen.⁶⁷ Da das Phänomen der Hassrede in Ungarn gegenwärtig ist, hat der Gesetzgeber mehrmals versucht, die Verunglimpfungsalternative neu zu formulieren. Diese Versuche sind aber infolge der verfassungsgerichtlichen Kontrolle ausnahmslos gescheitert.⁶⁸ Als der ungarische Gesetzgeber versucht hat, einen der deutschen Regelung ähnlichen Text in das UngStGB einzufügen, ist auch das deutsche Modell, nach dem in § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch bei einem Beschimpfen ein Angriff auf die Menschenwürde vorausgesetzt wird,⁶⁹ vom UngVerfG für verfassungswidrig erklärt worden. Und das geschah sogar zweimal, in den Jahren 2004 und 2008.⁷⁰ Obwohl die letztere Entscheidung die deutsche Regelung in den Rahmen eines

rechtsvergleichenden Ausblicks einbezieht,⁷¹ übersieht das UngVerfG die Unvereinbarkeit der deutschen Vorschriften mit seinen eigenen Maßstäben. Insoweit ist der angestrebte Vergleich methodisch oberflächlich und für die Argumentation nicht tragfähig. Seltsam und ebenfalls methodisch angreifbar mutet es an, wenn sich das UngVerfG auf den sog. Tucholsky-Fall („Soldaten sind Mörder“) beruft, obwohl das BVerfG in dieser Entscheidung die Strafbarkeit wegen Beleidigung (§ 185 StGB) und nicht wegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) problematisiert hat.⁷²

4. Parallel mit dieser Periode haben die Strafgerichte die die Meinungsfreiheit schützenden Ansätze des UngVerfG immer ernster genommen und durch Auslegung eine drastische Einschränkung der vom Verfassungsgericht sonst unberührt gelassenen Aufstachelungs-Alternative erreicht. Der Rahmen dieses Beitrages würde gesprengt werden, wollte man die gegenseitigen Einflüsse zwischen der Rechtsprechung der Strafgerichte und der des Verfassungsgerichts bis in alle Einzelheiten analysieren.⁷³ Schließlich konnte sich nach der Jahrtausendwende eine strafgerichtliche Auslegung zur Aufstachelung durchsetzen, nach der die Straftat erst dann verwirklicht werden könne, wenn durch die Äußerungen des Täters die unmittelbare Gefahr von Gewalthandlungen gegen die Betroffenen drohe.⁷⁴ Dieser Inhalt der Tat handlung wurde im Jahre 2004 vom UngVerfG im Rahmen einer erneuten Normenkontrolle ohne weiteres, wortwörtlich übernommen und die untere Grenze der verfassungsgemäßen Strafbarkeit wurde hierdurch noch höher gelegt.⁷⁵

Aus strafrechtsdogmatischer Sicht ist Folgendes geschehen: Ursprünglich war auch die Aufstachelungs-Alternative als abstraktes Gefährdungsdelikt geregelt⁷⁶ und wurde so-

⁶⁴ UngVerfGE 30/1992 (V. 26.) V. 2.

⁶⁵ UngVerfGE 30/1992 (V. 26.) V.3.

⁶⁶ Siehe Fn. 65.

⁶⁷ Dazu ausführlich *Bárándy*, A gyűlöletbeszéd Magyarországon (Hassrede in Ungarn), 2009, S. 78-199 u. 257-285; *Koltay*, A szólásszabadság alapvonalai – magyar, angol, amerikai és európai összehasonlításban (Grundzüge der Redefreiheit in vergleichendem Kontext), 2009, S. 508-530; *Vaskuti*, in: Ligeti (Hrsg.), Ünnepi kötet Wiener A. Imre 70. születésnapjára, 2005, S. 185-205; *Polt*, in: Ligeti (a.a.O.), S. 167-172.

⁶⁸ UngVerfGE 12/1999 (V. 21.); 18/2004 (V. 25.) und 95/2008 (VII. 3.).

⁶⁹ „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, [...] die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet [...]“

⁷⁰ Richter *Kiss* hat in seinem Sondervotum zu der Entscheidung UngVerfGE 95/2008 (VII. 3.) betont, dass die deutsche Regelung, die sonst oft als Beispiel genommen wird, nach den Maßstäben des UngVerfG ohne weiteres gestrichen werden sollte.

⁷¹ UngVerfGE 95/2008 (VII. 3.) unter III. 4. 1.

⁷² BVerfGE 93, 266.

⁷³ Zu einer Analyse siehe *Vaskuti* (Fn. 67), S. 192-198.

⁷⁴ Der Budapester Tafelgerichtshof hat in einem hohes Aufsehen erregenden Fall (sog. Hegedüs-Fall; Fővárosi Ítéltábla 3. BF. 111/2003/10, veröffentlicht unter BH 2005. 46) folgendes niedergelegt: „[...] zum Hass stachelt derjenige auf, der andere auf die Ausübung von Gewalthandlungen auffordert, falls die Gefahr nicht nur hypothetisch ist, sondern die gefährdeten Rechte konkret sind und die Gewalthandlungen eine unmittelbare Bedrohung dieser Rechte bedeuten.“

⁷⁵ UngVerfGE 18/2004. (V. 25.) III. 3. 2.

⁷⁶ Zu Recht argumentieren für den abstrakten Gefährdungscharakter *Szedner*, Magyar Jog 2002, 9; *Bócz/Györgyi*, Népszabadság 30.10.2003; *Szabó*, Népszabadság 6.11.2003. Die h.M. der deutschen Literatur umschreibt die Deliktsnatur des § 130 Abs. 1 StGB als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt (*Krauβ*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 130 Rn. 15; *Miebach*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 130 Rn. 7; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder [Fn. 35], § 130 Rn. 1a). Als wichtiger Unterschied hinsichtlich der Tatbestände ist zu bemerken, dass § 269 UngStGB die Eignung der Tathandlung zur Störung des öffentlichen Friedens nicht voraussetzt (im Gegensatz zu §

wohl in der Rechtsprechung⁷⁷ als auch in der Grundlegende-
scheidung des UngVerfG⁷⁸ entsprechend ausgelegt. Nach
einem Jahrzehnt wurde sie zu einem konkreten Gefährdungs-
delikt, d.h. einem Erfolgsdelikt aufgestuft. Das hat zur Folge,
dass in einem Strafverfahren bewiesen werden muss, dass
durch die Äußerungen des Täters die Gefahr besteht, dass
seine Zuhörer oder Leser unverzüglich gewalttätige Hand-
lungen ausführen werden. Auch hierbei handelt es sich um
eine strafrechtsdogmatische Absurdität, denn abstrakte Ge-
fährdungsdelikte sind keine Erfolgsdelikte. Die Entscheidung
ist außerdem auch verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt
und übertrieben, was schließlich in der praktischen Unan-
wendbarkeit der Vorschrift gipfelt. Dass die Staatsanwalt-
schaft im Leitfall das Strafverfahren eingestellt hat, ist damit
zu erklären, dass die Gerichte nach der Jahrtausendwende die
wegen Volksverhetzung Angeklagten fast ohne Ausnahme
freigesprochen haben, da durch die inkriminierten Äußerun-
gen die unmittelbare Gefahr von Gewalthandlungen nicht
entstanden ist. Diese Freisprüche sind von den am häufigsten
betroffenen Rechtsradikalen als große Triumphe erlebt wor-
den.

5. In Ungarn bleibt die Hassrede heute leider ohne Kon-
sequenzen, was nach der deutschen Rechtslage kaum vor-
stellbar wäre. Nach einer vierzigjährigen Periode ohne Mei-
nungsfreiheit in Ungarn kommt nach der Wende eine Perio-
de, in der die Meinungsfreiheit ohne jegliche Schranken gilt.
Einige Gerichtsentscheidungen gehen sogar noch weiter, als
es aus der letzten erwähnten Formel folgen müsste. Im Jahr
2008 haben Gegendemonstranten die Teilnehmer des Gay-
Pride-Aufzuges in Budapest mit Eiern beworfen und dabei
zur Ausgrenzung der Schwulen aus der Gesellschaft aufge-
fordert. Nach dem Urteil des Budapester Zentralbezirksge-
richts sollen diese Täter von ihrem Recht auf freie Meinungs-
äußerung Gebrauch gemacht haben.⁷⁹ Demgegenüber hat das
Strafkollegium des Obersten Gerichtshofs seine Ansicht – in
Reaktion auf das erwähnte Urteil – veröffentlicht, nach der
die Handlungen unter Berücksichtigung aller Tatumstände,
als Beleidigung (§ 180 Abs. 2 UngStGB) oder als Landfrie-

130 Abs. 1 StGB). Der Unrechtsgehalt wird also lediglich
durch die Tathandlung „Aufstacheln“ ohne weitere Voraus-
setzungen verkörpert, daher soll der ungarische Tatbestand
als abstraktes Gefährdungsdelikt angesehen werden.

⁷⁷ BH 1997. 165 hebt vor, dass, bezüglich der Vollendung der
Straftat, der emotionale Zustand der Zuhörer und wie die
Anwesenden auf die Aufstachelung reagieren, indifferent ist.
Siehe noch BH 1998. 521 und EBH 1999. 5.

⁷⁸ UngVerfGE 30/1992.

⁷⁹ In der ungarischen Grundrechtsdogmatik wurden die
Grundsätze des Friedlichkeitsgebots und des Gewaltverbots
während der Grundrechtsausübung leider noch immer nicht
formuliert. Auch dieser Mangel dürfte zu dieser richterlichen
Fehlentscheidung geführt haben. Zu diesem Grundsatz im
deutschen Schrifttum siehe *Bethge* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 34 f.;
Schultze-Fielitz (Fn. 2), Art. 5 Rn. 73.

denbruch (§ 271 UngStGB) strafbar ist.⁸⁰ Diese Stellung-
nahme entfaltet jedoch keinerlei rechtliche Bindung.

Das idealistische Gesellschaftsbild des Verfassungsge-
richts, nach dem sich derjenige, der verunglimpft, selbst
abstemple, wurde in den vergangenen zwanzig Jahren zu-
nichte gemacht. Der ungarische Strafrechtswissenschaftler ist
erstaunt, wenn er die kritische Anmerkung *Ossenbühls* be-
züglich des Ehrenschatzes liest, nach der das BVerfG die
Meinungsfreiheit als „preferred freedom“ nach amerikani-
schem Vorbild übergewichtet habe.⁸¹ Alles ist relativ. Noch
einmal sei daran erinnert, dass es in Ungarn Opferkreise gibt,
die nicht einmal vor Formalbeleidigung geschützt werden.
Betrachtet man dann noch die Situation hinsichtlich der Hass-
rede, so kann sogar festgestellt werden, dass das ungarische
VerfG nicht nur das auf die EMRK und neulich auf den ein-
schlägigen EU-Rahmenbeschluss gestützte europäische Mo-
dell außer Acht gelassen, sondern das amerikanische Vorbild
sogar übertroffen hat.⁸²

V. Andere Maßstäbe bei Symbolen?

Mit den sog. Symbol-Entscheidungen ist die verfassungs-
und strafrechtliche Beurteilung der Meinungsfreiheit mit
weiteren Inkonsequenzen belastet worden.

1. Gemäß § 269/A UngStGB sind Äußerungen oder sons-
tige Handlungen, die die in dem Tatbestand benannten unga-
rischen Nationalsymbole beleidigen oder herabwürdigen,
strafbar.⁸³ Während die Strafbarkeit des Verächtlich-Machens
des ungarischen Volkes – aufgrund der Volksverhetzungsbe-
schlüsse des UngVerfG – eine verfassungswidrige Einschrän-
kung der Meinungsfreiheit darstellt, kann nach der Entschei-

⁸⁰ Siehe Pressenachricht unter <http://www.origo.hu/itthon/20080930-buncselekmeny-lehet-a-tojasdobalas-mondta-ki-a-legfelsobb-birosag.html> (zuletzt abgerufen am: 29.8.2010). Die Fehlentscheidung des Budapester Zentralbezirksgerichts (PKKB) hat sogar den ungarischen Gesetzgeber veranlasst, den Tatbestand des Landfriedensbruchs (§ 271 UngStGB) zu modifizieren, was mit Rücksicht auf die – auch von dem OGH in seiner veröffentlichten Meinung bekräftigte – Rechtsprechung mehrerer Jahrzehnte überflüssig war.

⁸¹ *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, 2004, Rn. 52.

⁸² Über die Meinungsfreiheit in der EGMR-Rechtsprechung *Schultze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 5 Rn. 16-21; im ungarischen Schrifttum siehe *Sajó* (Fn. 6), S. 77-119. Zum Rahmenbeschluss 2008/913/JI siehe *Zimmermann*, ZIS 2009, 1 (6); im ungarischen Schrifttum *Bárándy* (Fn. 67), S. 153-161 und *Ligeti*, in: Kondorosi/Ligeti (Hrsg.), *Az európai büntetőjog kézikönyve*, Magyar Közlöny Lap – és Könyvkiadó, 2008, S. 673.

⁸³ § 269/A UngStGB Beleidigung von Nationalsymbolen
Wer öffentlich einen die Hymne, die Fahne oder das Wappen der Republik Ungarn beleidigenden oder herabwürdigenden Ausdruck verwendet oder eine andere ähnliche Handlung ausführt, sofern keine schwerere Straftat realisiert wird, ist wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe zu bestrafen.

dung des UngVerfGs⁸⁴ das Herabwürdigen der Nationalsymbole ohne weiteres für strafbar erklärt werden. Über die nationale Zugehörigkeit hinaus sollen die Symbole auch den Ausdruck staatlicher Souveränität verkörpern, so das UngVerfG, das hierdurch, neben den öffentlichen Frieden, ein anderes – aus Gesichtspunkten der Einschränkung der Meinungsfreiheit schwereres – Rechtsgut hinter den Tatbestand gestellt hat. So entspricht die Rechtsgutsinterpretation des UngVerfG dem deutschen StGB (§ 90a: Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole).⁸⁵

Darüber hinaus hat aber das UngVerfG die Symbole zu Verfassungswerten gehörend erklärt und dadurch einen unauflösbaren Widerspruch hervorgerufen. Der einschlägige Teil der Grundlageentscheidung⁸⁶ lautet: Das die Meinungsfreiheit einschränkende Gesetz hat das geringste Gewicht, wenn sein Gegenstand lediglich ein Verfassungswert ist (d.h. kein Grundrecht als solches, und keine Institution, die den Grundrechtsschutz vermittelt). In der Symbolentscheidung⁸⁷ hat das UngVerfG die Gewichtung von Verfassungswerten gegenüber der Meinungsfreiheit umgekehrt vorgenommen.⁸⁸

In der Literatur wird eine weitere Inkonsequenz bisher nicht problematisiert. Während in einer der Volksverhetzungsentscheidungen⁸⁹ die Tathandlung „oder eine ähnliche Handlung ausführt“ für zu unbestimmt angesehen wurde, weshalb sie geeignet sei, die Meinungsfreiheit in der Rechtsanwendung willkürlich einzuschränken,⁹⁰ blieb dieselbe Tathandlung in § 269/A UngStGB in der Symbolentscheidung 13/2000 unbeanstandet. Zwischen den zwei Entscheidungen war nur ein Jahr vergangen.

2. Die Symbolentscheidung hat den Tatbestand gem. § 269/B UngStGB (Verwendung von verbotenen Willkürherrschaftssymbolen)⁹¹ unberührt gelassen. Nach Ansicht des

Gerichts würden nicht nur die Empfindungen und die Würde der sich der Demokratie verschriebenen Bevölkerungsgruppen verletzt werden, sondern diese Meinungen seien mit den Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates und mit der Wertordnung der Verfassung unvereinbar und deshalb von der Meinungsfreiheit ab ovo nicht geschützt.⁹² Das UngVerfG hat hier innerhalb der Subsumtion zur Meinungsfreiheit argumentiert, ohne jedoch die strafrechtsdogmatische Bedeutung dieser Argumentation wahrzunehmen oder die Abweichung von der sonst notwendigen Inhaltsneutralität zu einer bestimmten Meinungsäußerung zu thematisieren.

Darüber hinaus hat das UngVerfG die strafrechtsdogmatische Natur dieses Tatbestandes verkannt, indem es übersehen hat, dass dieser Tatbestand keine Propagandaabsicht voraussetzt, also kein Absichtsdelikt ist. Die Ausführungen des UngVerfG lassen die Schlussfolgerung zu, dass der Entscheidung eine Auslegung zugrunde gelegt wurde, als ob der Täter die Willkürherrschaftssymbole mit Propagandaabsicht verwenden müsste.⁹³ Ein solches Tatbestandsmerkmal ist aber in dem Tatbestand nicht zu finden.

Das Fehlen dieses Tatmerkmals wurde im Jahre 2008 vom EGMR im Vajnai-Fall beanstandet.⁹⁴ Im Vajnai-Fall hatte ein Aktivist bei einer Wahlversammlung der rechtmäßig agierenden Linkspartei einen fünfzackigen roten Stern an seiner Kleidung getragen, wofür er nach § 269/B UngStGB rechtskräftig verurteilt wurde. Nach Ansicht des EGMR verstößt diese Verurteilung gegen die Konvention. Die ratio decidendi dieser EGMR-Entscheidung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Das Tragen eines Symbols mit verschiedenen Deutungsmöglichkeiten anlässlich einer Versammlung einer verfassungsmäßigen Organisation ist von der Meinungsfreiheit geschützt. Werden solche Symbole nicht zu dem Zweck verfassungswidriger Propaganda verwendet, ist eine strafrechtliche Verurteilung konventionswidrig.⁹⁵

In Deutschland hätte es demgegenüber zu einer ähnlichen strafrechtlichen Verurteilung nicht kommen können. Der einschlägige § 86a StGB kann nur auf Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen angewendet werden.

oder zur Information über die Ereignisse der Geschichte bzw. der Gegenwart vornimmt.

(3) Die Bestimmungen der Absätze 1 und 2 finden auf geltende offizielle Symbole von Staaten keine Anwendung.

⁹² UngVerfGE 14/2000 (V. 12.) IV. 3.

⁹³ „Zum wesentlichen Inhalt der [...] Tathandlungen nach § 269/B ungStGB [...] gehört die Identifikation mit den [...] eine ausschließliche Geltung durch Gewalt beanspruchenden nazistischen bzw. bolschewistischen Ideologien sowie die Absicht, diese zu propagieren [...] Durch diese Handlung bringt der Täter seine Absicht zum Ausdruck, das verbotene Symbol und die dazu geknüpfte Ideologie in einem so großen Kreis wie möglich zu verbreiten.“ (UngVerfGE 14/2000 (V. 12.) IV. 4.).

⁹⁴ EGMR, Urt. v. 8.7.2008 – 33629/06 (Vajnai v. Hungary).

⁹⁵ Vgl. Koltay, JeMa 2010, 79. Über die europäischen Aspekte dieser Straftat siehe Karsai, ZStW 119 (2007), 1037; Domahidi (Fn. 13), S. 410 ff.

⁸⁴ UngVerfGE 13/2000 (V. 12.).

⁸⁵ Vgl. Fn. 56.

⁸⁶ UngVerfGE 30/1992 (V. 26.).

⁸⁷ UngVerfGE 13/2000 (V. 12.).

⁸⁸ Diese Diskrepanz wird thematisiert bei *Bárándy/Berta*, *Rendészeti Szemle* 2/2010, 65; *Koltay*, *JeMa* 1/2010, 82; *Sólyom* (Fn. 9), S. 476 (der über einen fundamentalen Bruch zwischen den Symbolentscheidungen und der Grundlageentscheidung spricht); *Sajó* (Fn. 2), S. 497 u. 507; *Sajó* (Fn. 6), S. 172; *Hornýák* (Fn. 40), S. 108.

⁸⁹ UngVerfGE 12/1999 (V. 26.).

⁹⁰ UngVerfGE 12/1999 (V. 21.) III. 3.

⁹¹ § 269/B ungStGB

(1) Wer ein Symbol wie das Hakenkreuz, SS-Abzeichen, Pfeilkreuz, Hammer und Sichel, fünfzackiger roter Stern oder diese darstellende Abbildungen

a) verbreitet,

b) öffentlich verwendet,

c) öffentlich zur Schau stellt,

begeht, sofern keine schwerere Straftat realisiert wird, ein Vergehen und ist mit Geldstrafe zu bestrafen.

(2) Nicht bestraft werden darf wegen der in Abs. 1 festgelegten Handlung, wer diese zu populärwissenschaftlichen, Bildungs-, wissenschaftlichen bzw. künstlerischen Zwecken

Interessanterweise hatte das Oberste Gerichtshof noch vor der EGMR-Entscheidung einen Sachverhalt zu beurteilen, in dem alle tatbestandsrelevanten Symbole mit Anti-Propaganda-Absicht in einer Wahlversammlung verwendet wurden, was aber unter den Rechtfertigungsgrund (§ 269/B Abs. 2 UngStGB) nicht subsumiert werden konnte. Um eine Verurteilung vermeiden zu können, hat der Oberste Gerichtshof eine teleologische Reduktion des Tatbestandes vorgenommen und die Angeklagten freigesprochen.⁹⁶ Aufgrund der EGMR-Entscheidung kann diese Auslegung des OGH auch nachträglich als konventionskonform angesehen werden.

VI. Geht die Entwicklung verschiedener Maßstäbe weiter?

Abschließend soll noch eine aktuelle Entwicklung innerhalb der Strafgesetzgebung nicht unerwähnt bleiben. Ende Juni 2010 wurde eine StGB-Novelle⁹⁷ verabschiedet, die das öffentliche Leugnen von Verbrechen der nationalsozialistischen und kommunistischen Systeme entsprechend dem neuen § 269/C UngStGB unter Strafe stellt.⁹⁸ Das erste Strafverfahren wurde in kurzer Zeit nach dem In-Kraft-Treten dieses Tatbestandes gegen Béla Biszku eingeleitet, der als Innenminister die Retorsionen nach der Revolution im Jahre 1956 geleitet hatte. Biszku hatte in einer Fernsehsendung im August 2010 seine Meinung kundgegeben, dass die auf die „Gegenrevolution“ 1956 folgenden Retorsionen rechtmäßig gewesen seien. Die Staatsanwaltschaft untersucht nun, ob sich Biszku mit seiner Aussage wegen § 269/C UngStGB strafbar gemacht haben könnte.⁹⁹

Es bleibt abzuwarten, ob das ungarische Verfassungsgericht bei der zu erwartenden Überprüfung dieses Tatbestandes die Gelegenheit wahrnehmen wird, seine von großen Widersprüchen belastete Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit zu revidieren und auf eine neue kohärentere Grundlage zu stellen.

Der unhaltbare Rechtszustand tritt am deutlichsten in einem vom ehemaligen ungarischen Landesbeauftragten für nationale und ethnische Minderheiten gebildeten Beispiel hervor: Infolge der Rechtsprechung des UngVerfG dürfe man in einem Anzug die Juden verunglimpfen oder sogar ins KZ-Lager schicken wollen, man dürfe aber diesen Meinungsäußerungen nicht zuhören, wenn man ein Hakenkreuz am T-Shirt trage.¹⁰⁰ Um dieses Beispiel noch weiter zu führen: Man darf die Juden oder andere Minderheiten ins KZ schicken

⁹⁶ BH 2009. 131. Die Entscheidung wird bestritten von *Hornyák*, *Bűnügyi Szemle* 2010, 21-23.

⁹⁷ Gesetz Nr. LVI v. 2010.

⁹⁸ § 269/C UngStGB: Wer die von den nationalsozialistischen bzw. kommunistischen Systemen begangenen Genozide oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit öffentlich leugnet, bezweifelt oder herunterspielt, begeht einen Verbrechen und ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

⁹⁹ Pressenachricht, Magyar Nemzet Online, 12.8.2010 unter <http://www.mno.hu/portal/730174?searchtext=Biszku> (zuletzt abgerufen am 29.8.2010).

¹⁰⁰ *Kaltenbach*, *Fundamentum* 2008, 33.

wollen und den Holocaust verherrlichen, leugnen darf man aber den Holocaust nicht. Dasselbe würde auch für die Verbrechen des kommunistischen Regimes gelten.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

1. Symptome

Die in dem Titel dieses Beitrages erwähnte, zu Widersprüchen führende Grundrechtsbeeinflussung des Strafrechts ist vom ungarischen Verfassungsgerichts ausgegangen und hat sich bei den beiden großen Tatbestandsgruppen (Beleidigung und Verleumdung bzw. Volksverhetzung sowie die Symboldelikte) auf zweierlei verschiedene Weise entfaltet.

Bei den Beleidigungsdelikten haben die vom UngVerfG festgesetzten verfassungskonformen Auslegungserfordernisse die Tatbestände durch das Einbeziehen von mehreren ungeschriebenen Tatmerkmalen überfordert, wobei diese Merkmale weder mit dem Wortlaut der Normen noch mit deren strafrechtsdogmatischen Hintergründen vereinbar sind. Verfassungsrechtlich betrachtet und allein dem Gesichtspunkt „Rechtssicherheit“ folgend, wäre diese Situation weniger bedenklich, wenn die Rechtsprechung der Tatgerichte den Leitsätzen des UngVerfG folgen würde. Die höchstrichterliche Rechtsprechung steht aber, wie zu sehen war, mit den Vorgaben des UngVerfG nicht im Einklang. Die Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts hat zur Störung des strafrechtsdogmatischen Systems und dadurch zu einer schwer vorhersehbaren Strafrechtsanwendung geführt.

Nicht nur, dass die Volksverhetzungsentscheidungen des UngVerfG schon in sich widersprüchlich und mit den Symbolentscheidungen nicht auf dieselbe verfassungsrechtliche Grundlage gestellt worden ist, hat die Gerichtspraxis die widersprüchlichen verfassungsgerichtlichen Intentionen überspitzt angewendet, was zur Nicht-Anwendbarkeit des Volksverhetzungstatbestandes geführt hat. Die Beeinflussung des Grundrechts „Meinungsfreiheit“ auf das Strafrecht war in diesem Fall – im Gegensatz zu den Beleidigungsdelikten – mehr als „erfolgreich“. Von einem „Erfolg“ kann man aber nur auf der Seite der Meinungsfreiheit sprechen, denn die heutige Rechtsprechung ist durch das Außer-Acht-Lassen der Dogmatik der Gefährdungsdelikte und der Erfolgsdelikte mit dem Strafgesetzbuch kaum zu vereinbaren.

2. Ursachen

Unter den Ursachen der Symptome fallen mindestens zwei unerwünschte Phänomene auf. Eines hat verfassungsrechtlichen Charakter: das ungarische Verfassungsgericht hat den Inhalt verfassungskonformer Auslegung trotz mangelnder Möglichkeiten einer Verfassungsbeschwerde, d.h. ohne institutionelle Garantie, festgelegt. Obwohl das Verfassungsgericht selbst feststellt, dass es keine Befugnisse hat, über die Rechtsprechung der Fachgerichte zu urteilen, will es trotzdem Einfluss auf die Gerichtspraxis ausüben. Ohne die passende Befugnis und das dazu gehörende Rechtsinstitut kann es aber seine Vorgaben nicht durchsetzen.

Die andere Ursache für die zu beobachtenden Systemwidrigkeiten liegt darin, dass das Verfassungsgericht in einigen Fällen die Strafrechtsdogmatik außer Acht lässt, was notwen-

digerweise zu Rechtsunsicherheit führt. So werden die Grenzen zwischen Erfolgs- und Gefährdungsdelikt verwischt oder bei einem vorsätzlichen Delikt werden Merkmale der Fahrlässigkeit hinein interpretiert. Die falsche inhaltliche Erfassung eines Tatbestandes (die Verwendung von Willkürherrschaftssymbolen wurde fälschlich als Absichtsdelikt ausgelegt) dürfte wohl zu der falschen Beurteilung seiner Verfassungsmäßigkeit geführt haben.

3. Gibt es Lösungen?

Da in absehbarer Zeit das Institut der Verfassungsbeschwerde nicht in das ungarische Rechtssystem eingeführt werden wird, hat das Verfassungsgericht auf die verfassungskonforme Auslegung zu verzichten.¹⁰¹ Die hier gezeigten Inkonsistenzen sprechen eindeutig dafür, dass eine nachträgliche Normenkontrolle zur Sicherung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung völlig ungeeignet ist.

Darüber hinaus hat das UngVerfG die Gelegenheit wahrzunehmen, seine bisherige Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit, zumindest bezüglich der Volksverhetzung und den Symboltatbeständen, zu revidieren und auf eine kohärente Grundlage zu stellen. Die zu erwartende Überprüfung des neuen „Leugnungstatbestandes“ könnte diese Möglichkeit bieten. In dieser zukünftigen Entscheidung sollte das Verfassungsgericht bei der Subsumtion und ferner hinsichtlich des Erfordernisses der Inhaltsneutralität klar Stellung nehmen. Ohne die Revidierung der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bleiben die Gerichtspraxis und vor allem die Strafgesetzgebung in einer Falle. Bezüglich der Sanktionierung der Hassrede gibt es keine Lösung, die sich als verfassungsgemäß bewähren könnte.

Hinsichtlich der Beleidigungsdelikte ist derzeit kein besonderer Anlass zur Überprüfung der Entscheidung aus dem Jahr 1994 zu sehen. Vielmehr könnte der Gesetzgeber die Aufgabe der Auflösung der Widersprüche auf sich nehmen, mag er auch keine unmittelbare Pflicht dazu haben. Das Verfassungsgericht hat wie gesehen vergebens versucht, die Tatgerichte zu beeinflussen. Die Modifikation des UngStGB ist deshalb erforderlich, weil die Rechtsprechung nach der Entscheidung des UngVerfGs aus dem Jahr 1994 nicht mehr vorhersehbar ist. Eine einheitlichere Rechtsprechung könnte dadurch gewonnen werden, wenn der Gesetzgeber die derzeit ungeschriebenen Tatmerkmale in das Gesetz einfügt. Sollte der Gesetzgeber zu der Überzeugung gelangen, dass die Straflosigkeit einer Formalbeleidigung gegenüber öffentlich tätigen Personen zu Recht nicht haltbar ist, könnte er auch eine Verfassungsänderung erwägen. Grundsätzlich ist zwar zu vermeiden, Verfassungsänderungen zur Lösung von konkreten Einzelproblemen vorzunehmen, der Schutz der an der Spitze des Grundrechtssystems stehenden Menschenwürde könnte jedoch eine Ausnahme darstellen.

¹⁰¹ Nach den Äußerungen des ehemaligen Ministerpräsidenten Boross, der zur Zeit den zur Vorbereitung einer neuen Verfassung befugten Ausschuss leitet, sollen die sonst breiten Kompetenzen des Verfassungsgerichts eher gekürzt werden (Pressebericht unter: http://www.hirado.hu/Hirek/2010/09/02/07/Boross_lemi_orzagos_erdek_egy_uj_alkotmany.aspx).

Als Strafrechtswissenschaftler sei noch ein Wunsch an das ungarische Verfassungsgericht gerichtet: Es möge in seinen zukünftigen Entscheidungen mehr Rücksicht auf strafrechtsdogmatische Strukturen und Zusammenhänge nehmen, um zu einer sachgerechten, verfassungsmäßigen und systemkohärenten Entscheidung zu gelangen.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Divergenzvorgaben gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG zur Frage der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus in sog. „Altfällen“

Die Sache wird dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt: Ist unter Berücksichtigung des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 in Fällen, in denen eine Sicherungsverwahrung für vor dem 31.1.1998 begangene Taten angeordnet wurde, § 67d Abs. 3 S. 1 StGB i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualstraftaten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998 (BGBl. I, 160) oder § 67d Abs. S. 1 StGB in der bis zum 31.1.1998 geltenden Fassung anzuwenden? (Amtlicher Leitsatz)¹

OLG Celle, Beschl. v. 3.8.2010 – 2 Ws 264/10 (LG Lüneburg); OLG Nürnberg, Beschl. v. 4.8.2010 – 1 Ws 404/10 (LG Regensburg); OLG Köln, Beschl. v. 12.8.2010 – 2 Ws 488/10 (LG Aachen); OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.8.2010 – 1 Ws 57/10 (im Anschluss an OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010 – 1 Ws 57/10)²

Anmerkung:

I. 1. Am 17.12.2009 hatte der EGMR mit Recht festgestellt, dass die rückwirkende Anwendung des § 67d Abs. 3 S. 1 StGB auf Fälle, in denen die Sicherungsverwahrung vor der im Jahr 1998 erfolgten Gesetzesänderung angeordnet wurde, gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit) und Art. 7 Abs. 1 EMRK (Rückwirkungsverbot) verstößt.³ Zuvor galt gemäß § 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. eine Höchstdauer der Unterbringung von zehn Jahren. Eine über diese Frist hinausgehende Vollstreckung der Sicherungsverwahrung ist in den sogenannten „Altfällen“ nur zulässig, wenn einer der Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 1 lit. a bis f EMRK eingreift. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK scheidet als Legitimationsgrundlage aus, weil zwischen der Verurteilung des Verwahrten durch das erkennende Gericht und der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus kein hinreichender Kausalzusammenhang besteht. Erst die bereits erwähnte Gesetzesänderung im Jahr 1998 ermöglicht die weitere Vollstreckung der Maßregel.⁴ Darüber hinaus kommt auch eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nicht in Betracht, da diese Bestimmung – wie sich aus einer Zusammenschau mit Art. 5 Abs. 3 EMRK ergibt – nicht auf Freiheits-

entziehung durch Sicherungsverwahrung abzielt, sondern vielmehr mit dem Untersuchungshaftgrund des § 112a StPO vergleichbar ist.⁵ Eine die Dauer von zehn Jahren überschreitende Unterbringung ließe sich letztlich nur nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK legitimieren. Dies setzt aber voraus, dass bei dem Betroffenen eine schwere seelische Störung vorliegt, was aber überwiegend nicht der Fall ist.⁶

2. Unabhängig davon ist in den sogenannten „Altfällen“ ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK gegeben. Insoweit hat der EGMR zutreffend festgestellt, dass es sich bei der deutschen Sicherungsverwahrung der Sache nach um eine Strafe handelt, weil sich die Vollzugswirklichkeit nicht wesentlich von derjenigen des Strafvollzuges unterscheidet.⁷ *Roxin* wirft deshalb mit Recht die Frage auf, warum der Gesetzgeber einen verbotenen rückwirkenden Strafeingriff durch die bloße Einordnung als Maßregel soll zulässig machen dürfen.⁸

II. Damit ergibt sich das Problem, inwieweit die Entscheidung des EGMR innerstaatliche Bindungswirkung entfaltet und Betroffene womöglich auf freien Fuß gesetzt werden müssen. Diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem im Jahr 2004 ergangenen „Görgülü“-Beschluss ausgeführt, dass deutsche Gerichte im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung nationalen Rechts verpflichtet sind, Entscheidungen der Straßburger Richter zu beachten.⁹ Unter den Oberlandesgerichten ist heftig umstritten, ob eine Berücksichtigung des EGMR-Urteils dadurch möglich ist, dass man Art. 7 Abs. 1 EMRK als eine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB ansieht.¹⁰ Auf den entsprechenden Streitstand soll hier nicht näher eingegangen werden, weil dies bereits vielfach an anderer Stelle erschöpfend geschehen ist.¹¹ Hingewiesen sei nur darauf, dass – wie häufig vorgebracht wird – weder die Gesetzeskraft des Urteils des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 2 BVerfGG), das die Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung der

¹ Exemplarisch wiedergegeben ist hier lediglich der amtliche Leitsatz des OLG Nürnberg. Gegenüber den Vorlagefragen der anderen Oberlandesgerichte bestehen nur Unterschiede im Wortlaut, nicht aber in der Sache.

² Die Entscheidungen sind unter <http://www.juris.de> im Volltext abrufbar. Der Beschluss des OLG Nürnberg ist zudem abgedruckt in *NStZ* 2010, 574.

³ Vgl. *EGMR EuGRZ* 2010, 25; zusammenfassender Überblick über die Entscheidung bei *Bachmann/Neubacher, BewHi* 2010, 344 (346 f.).

⁴ Vgl. *Laue, JR* 2010, 198 (203).

⁵ Näher hierzu *Kinzig, NStZ* 2010, 233 (236); *Bachmann/Goeck, NJ* 2010, 457 (458).

⁶ Vgl. *Pollähne, KJ* 2010, 255 (264).

⁷ Näher hierzu *EGMR EuGRZ* 2010, 25 (40), der u.a. darauf hinweist, dass beide Formen der Freiheitsentziehung in denselben Gebäuden vollzogen werden und es zudem für die Maßregel der Sicherungsverwahrung nur wenige Spezialvorschriften gibt.

⁸ Vgl. *Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl.* 2006, § 5 Rn. 56.

⁹ Vgl. *BVerfGE* 111, 307 (316 ff.).

¹⁰ Für eine Berücksichtigung des EGMR-Urteils über § 2 Abs. 6 StGB: *OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR* 2010, 321; *OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010 – 2 Ws 458/09*; *OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010 – 4 Ws 157/10*; *OLG Schleswig, Beschl. v. 15.7.2010 – 1 Ws 267 und 268/10*; dagegen: *OLG Celle NStZ-RR* 2010, 322; *OLG Koblenz RuP* 2010, 154; *OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010 – 2 Ws 431/10*; *OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 Ws 315/10*; *OLG Stuttgart RuP* 2010, 157.

¹¹ Vgl. etwa *Gaede, HRRS* 2010, 329; *Bachmann/Goeck, NJ* 2010, 457 (459 f.) m.w.N.

Sicherungsverwahrung festgestellt hat,¹² noch der Wille des Gesetzgebers einer Berücksichtigung der Straßburger Entscheidung entgegenstehen.¹³ Hinsichtlich des erstgenannten Umstands folgt dies aus Art. 46 EMRK (Bindung der Mitgliedstaaten an die Rechtsprechung des EGMR), der stets leer liefe, sobald eine divergierende Auffassung des Bundesverfassungsgerichts vorliegt.¹⁴ Im Hinblick auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist festzustellen, dass dieser bei der Aufhebung der Höchstfrist der Unterbringung zwar durchaus auch die „Altfälle“ mit einbeziehen wollte. Unabhängig davon sind jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass er an dieser Absicht auch um den Preis bewusst konventionswidrigen Verhaltens durch Nichtbeachtung einer Entscheidung des EGMR festhalten wollte.¹⁵

III. Die vorgenannten Meinungsverschiedenheiten der Oberlandesgerichte führten dazu, dass der Gesetzgeber mit dem 4. Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24.7.2010 die Möglichkeit einer Divergenzvorlage geschaffen hat, um die Rechtsprechung zu vereinheitlichen. Gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG muss nun ein Oberlandesgericht, wenn es bei seiner Entscheidung über die Erledigung einer Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, in einem psychiatrischen Krankenhaus oder über die Zulässigkeit ihrer weiteren Vollstreckung von einer nach dem 1.1.2010 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des BGH abweichen will, die Sache letzterem vorlegen. Mit Celle, Nürnberg, Köln und Stuttgart, die ausnahmslos dem EGMR nicht folgen wollen, haben bereits kurz nach Inkrafttreten der GVG-Änderung am 30.7.2010 vier Oberlandesgerichte hiervon Gebrauch gemacht.

IV. 1. Schon zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Divergenzvorlagen zeichnete sich im Hinblick auf die mögliche Entscheidung des BGH eine erste Tendenz ab. So ist in diesem Zusammenhang zunächst ein Beschluss des 4. Strafsenates vom 12.5.2010 aufschlussreich, wonach die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB nur bei Taten in Betracht komme, die nach dem Inkrafttreten dieser Regelung am 29.7.2004 begangen wurden.¹⁶ Art. 7 Abs. 1 EMRK sei eine andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB und führe angesichts der Tatsache, dass der EGMR die Sicherungsverwahrung als Strafe einordne dazu, dass § 66b Abs. 3 StGB auf „Altfälle“ nicht angewendet werden könne und Betroffene aus der Maßregel entlassen werden müssten.

2. Für die Konstellation des § 66b Abs. 1 S. 2 StGB hatte der 5. Strafsenat zwar am 21.7.2010 entschieden, dass eine

nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Fälle vor der Einfügung dieser Vorschrift am 18.4.2007 durchaus in Betracht komme, weil § 2 Abs. 6 StGB eine methodisch vertretbare Berücksichtigung des EGMR-Urteils nicht erlaube.¹⁷ Allerdings sei in allen Fällen des § 66b StGB eine Ermessensentscheidung zu treffen, in deren Rahmen die Regelungen der EMRK in ihrer Auslegung durch die Straßburger Richter einbezogen werden müssten. Dies bedeute, dass eine Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 S. 2 StGB allenfalls bei hochgefährlichen Verurteilten denkbar sei.¹⁸

3. Vor dem geschilderten Hintergrund ist es nicht überraschend, dass der 5. Strafsenat des BGH mit Beschluss vom 9.11.2010¹⁹ inzwischen eine Divergenzentscheidung dahingehend getroffen hat, dass den Rechten der betroffenen Gefangenen unter dem Aspekt der konventionsfreundlichen Gesetzesauslegung grundsätzlich der Vorrang zukommt.²⁰ Allerdings hat sich der entscheidende Senat nach dem Muster seiner Entscheidung vom Juli 2010 ein „Hintertürchen“ für die Fälle offen gehalten, in denen die Entlassung eines hochgefährlichen Gefangenen im Raum steht. Hier müssten dessen Rechte hinter das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit zurücktreten.²¹

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann und stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln

¹² Vgl. BVerfGE 109, 133.

¹³ So etwa OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 Ws 315/10; OLG Celle NStZ-RR 2010, 322.

¹⁴ Vgl. Bachmann/Goeck, NJ 2010, 457 (460). Deswegen wird vorgeschlagen § 31 Abs. 2 BVerfGG dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass dieser stets dann nicht gilt, wenn eine Entscheidung des EGMR gegeben ist, vgl. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 46 Rn. 20.

¹⁵ Vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2010, 321.

¹⁶ Vgl. BGH NStZ 2010, 567 (568).

¹⁷ Vgl. BGH NStZ 2010, 565 (565).

¹⁸ Vgl. BGH NStZ 2010, 565 (567).

¹⁹ Abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

²⁰ Näher hierzu Bachmann/Goeck, NJ 2011 (im Erscheinen).

²¹ Abzuwarten bleibt freilich noch das Ergebnis des Anfragesverfahrens nach § 132 GVG, das der 5. Strafsenat eingeleitet hat, weil er in dem erwähnten Beschluss des 4. Strafsenates vom 12.5.2010 eine abweichende Entscheidung sieht. Dies verdient in der Tat Zustimmung, weil die Frage des Rückwirkungsverbotens im Rahmen des § 66b Abs. 3 StGB nicht anders beantwortet werden kann als bei § 67d Abs. 3 S. 1 StGB (vgl. Bachmann/Goeck, NJ 2011 [im Erscheinen]).

Buchrezension

Gerda Löhr, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der australischen Rechtsentwicklung, Duncker & Humblot, Berlin 2008, 512 S., € 94,-

In ihrer Arbeit, die im Wintersemester 2007/2008 in Heidelberg als Dissertation angenommen wurde, behandelt *Löhr* in geradezu enzyklopädisch anmutender Art und Weise die Frage der Erforderlichkeit einer strafrechtlichen Antwort auf das Phänomen des sog. „Stalking“.

Bereits zu Beginn der Lektüre merkt der Leser, dass das am 30.11.2006 verabschiedete 40. Strafrechtsänderungsgesetz, mit dem ein neuer § 238 in das StGB eingefügt wurde, der *Autorin* „schwer im Magen“ liegt. Denn wie sie bereits zu Beginn der Arbeit richtigerweise feststellt, liegt es in der Natur des Stalking, sich in einer Grauzone „zwischen Kriminalität und Konformität“ (S. 25) zu bewegen. Folgerichtig mahnt *Löhr* bereits zu Beginn an, in der Debatte die Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafrechts nicht aus den Augen zu verlieren.

Ausgehend von der Überlegung, dass vor der Bundesrepublik bereits etliche andere Staaten den Versuch unternommen haben, dem Stalking strafrechtlich zu begegnen, hält es *Löhr* für geboten, die von diesen Ländern geschaffenen Tatbestände genau unter die Lupe zu nehmen. Ein breiter rechtsvergleichender Teil (S. 143-291) bildet dementsprechend eines der Herzstücke ihrer Arbeit.

I. Vorangestellt ist aber eine „Genese des Untersuchungsgegenstandes“ (S. 28-142), die den Versuch unternimmt, das Phänomen des Stalking in all seinen Facetten zu erfassen. *Löhr* zeichnet zunächst nach, wie das Thema in den Neunzigern schrittweise in das öffentliche Bewusstsein vorgedrungen ist, und leitet sodann zum Problem einer adäquaten Definition über. Dies ist schwierig, denn wie die *Autorin* zu Recht hervorhebt, stellt bereits der Begriff des Stalking ein „soziales Konstrukt“ dar, welches ein „Konglomerat aus Verhalten und Motivationen“ (S. 45) beschreibt. *Löhr* stellt sodann verschiedene Definitionsansätze dar, wobei sie auf die Umgangssprache, den verhaltenswissenschaftlichen und den juristischen Gebrauch rekurriert, und setzt das Stalking sodann in einen Kontext zu ähnlichen Verhaltensweisen, wie denen des „Mobbing“ und der „häuslichen Gewalt“. Schon hier zeigt sich, dass die *Autorin* stets bemüht gewesen ist, möglichst viele Aspekte des Themas zu beleuchten. Von dieser Sorgfalt profitieren insbesondere die sich anschließenden kriminologischen Betrachtungen: Minutiös und unter Verwendung des vorhandenen Datenmaterials zeichnet sie hierbei zunächst nach, welche Verhaltensweisen in Fällen des Stalking typischerweise zu beobachten sind, und beschreibt umfassend die verschiedenen Kontexte, wobei sie vom sog. „Cyberstalking“ bis zum Stalking von Amtsträgern (Behördenstalking) keine denkbare Konstellation unerwähnt lässt. Sodann widmet sie sich den Tätern und arbeitet unter Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse die verschiedenen soziodemographischen und psychiatrischen Charakte-

ristika heraus. Für den Praktiker sind vor allem die forensischen Studien interessant, auf die *Löhr* insoweit Bezug nimmt (insb. S. 99 f.). Schenkt man diesen Glauben, so sind zwar die meisten Stalker in irgendeiner Form psychisch auffällig, im strafrechtlichen Sinne schuldunfähig ist aber gleichwohl nur ein kleiner Teil der Täter.

Von den Tätern leitet sie sodann zu den Opfern über, wobei ein besonderes Augenmerk den Auswirkungen des Stalking gilt (S. 122-127). Den Abschluss dieses Teils der Arbeit bildet ein Blick auf die Prävalenz des Stalking, wobei *Löhr* einzelne Statistiken aus den USA, Australien, dem Vereinigten Königreich und der Bundesrepublik kurz darstellt und erläutert.

II. Es folgt der rechtsvergleichende Teil. Neben den einzelnen australischen Bundesstaaten geht die *Verf.* hierbei auch ausführlich auf die Vereinigten Staaten von Amerika, Japan und verschiedene europäische Länder ein. Dem Leser wird hierdurch eindrucksvoll vermittelt, dass Gesetzgeber weltweit – einzelne Ausnahmen wie Japan bestätigen insoweit die Regel – dazu übergegangen sind, die Strafbarkeitschwellen niedrig anzusetzen. Exakt umschriebene Tatbestandsmerkmale und strenge subjektive Anforderungen treten hierbei gegenüber dem politischen Interesse eines möglichst umfassenden Opferschutzes in den Hintergrund. Die Risiken einer solchen Entwicklung liegen auf der Hand, denn eine tatbestandliche Unbestimmtheit erweist sich als erster „Schritt zu einer immer uferloser werdenden Kriminalisierung von Verhalten im Grenzbereich zwischen Belästigung und alltäglichem, sozialadäquaten Verhalten (S. 213)“. Es drohe eine Zweckentfremdung, indem Stalking-Tatbestände verstärkt auch bei Nachbarschaftsstreitigkeiten und in Bagatelldfällen eingesetzt würden.

III. Nach diesen „Vorarbeiten“ wendet sich die *Autorin* der rechtlichen Situation in Deutschland und dem Nachstellungstatbestand des § 238 StGB n.F. zu. Schon bei der Herausarbeitung des geschützten Rechtsgutes weist *Löhr* auf einen wichtigen Umstand hin: Der Gesetzgeber sei – wie unter anderem der Wortlaut der Norm zeige – vom Schutzgut der „Lebensgestaltung“ ausgegangen und habe den strafrechtlichen Schutz hierdurch dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz angenähert. Im Ergebnis habe der Gesetzgeber hierdurch mit dem Grundsatz gebrochen, dass die freie Lebensgestaltung im deutschen Strafrecht traditionell nur „punktuell und fragmentarisch“ geschützt sei.

Die *Verf.* setzt sich sodann mit den einzelnen Tatbestandsalternativen auseinander. Insbesondere die in § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltene Pönalisierung des Aufsuchens der räumlichen Nähe des Opfers und das nach § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB unter Strafe gestellte Stalking durch den Einsatz von Telekommunikationsmitteln seien sehr weit formuliert und würden der Praxis viele Auslegungsfragen eröffnen. Gerade in Randbereichen des Stalking, in denen beispielsweise ein „verliebter Täter das Opfer kaum merklich aus der Ferne“ bewundere, schaffe es der Tatbestand nicht, der Praxis eine verlässliche Richtschnur an die Hand zu geben, die eine saubere Abgrenzung zwischen hinzunehmender Belästigung einerseits und strafbarer Stalking-Handlung andererseits erlaubt.

Überzeugend sind die von *Löhr* angestellten Überlegungen zur Öffnungsklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Die *Autorin* gelangt hier zu der Schlussfolgerung, dass die Norm gegen das verfassungsrechtlich garantierte Bestimmtheitsgebot verstoße (S. 317-327). Zwar enthielten auch andere Straftatbestände wie beispielsweise §§ 315, 315b StGB tatbestandliche Öffnungsklauseln. Im Gegensatz zu diesen Normen fehle es bei § 238 StGB aber an hinreichenden Kriterien, um den Anwendungsbereich der Öffnungsklausel zu begrenzen. Den in § 238 Abs. 1 Nrn. 1-4 StGB umschriebenen Verhaltensweisen könne mithin ein *tertium comparationis* nicht entnommen werden, auch sei das in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB enthaltene Tatbestandsmerkmal der „Handlung“ selbst zu allgemein, um den Anwendungsbereich der Öffnungsklausel in irgendeiner Form einzuschränken. Aufgrund der Mannigfaltigkeit der potentiellen Stalking-Aktivitäten sei es zudem auch nicht möglich, die Grenzen der Strafbarkeit unter Verweis auf einen gesicherten Kanon gesellschaftlicher Wertvorstellungen zu konkretisieren. *Löhr* schließt hier mit der – m.E. – überzeugenden Feststellung, dass der Normadressat durch eine bloße Lektüre des Tatbestandes nicht in die Lage versetzt werde, den strafwürdigen Unrechtskern in ausreichender Eindeutigkeit zu erkennen.

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der „Beharrlichkeit“ weist *Löhr* unter anderem auf das folgende gewichtige Problem hin: Das Merkmal weise – so die *Autorin* – neben einer objektiven Komponente auch einen subjektiven Teil auf, da es die Intention des Täters verlange, sein Verhalten auch in Zukunft fortzusetzen. In der Konsequenz bedeute dies, dass die Begründung der Strafbarkeit nicht allein von objektiven Merkmalen, sondern auch von einer bestimmten inneren Haltung abhängig gemacht werde. Ob dies mit dem rechtsstaatlichen Prinzip eines Tatstrafrechts zu vereinbaren sei, sei zweifelhaft. Ungeachtet der Untiefen, die das „rechtswissenschaftliche Minenfeld“ der Gesinnungsmerkmale und überschießenden Innentendenzen bereithält, äußert *Löhr* hier sicherlich einen gut vertretbaren Gedanken.

Obwohl der deutsche Gesetzgeber sich im Gegensatz zu zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen dafür entschieden habe, den Tatbestand nicht als Eignungs-, sondern als Erfolgsdelikt auszugestalten, hegt die *Verf.* zudem Zweifel daran, ob der Begriff der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung tatsächlich geeignet ist, um eine missbräuchliche oder ungleiche Anwendung des Tatbestandes in der Praxis auszuschließen. Denn – so die *Autorin* – die Feststellung des Taterfolges sei in großem Maße einzelfallabhängig.

Den Abschluss dieses Teils der Arbeit bildet ein Blick auf die den Stalking-Tatbestand flankierenden strafprozessualen Regelungen. Als gesetzgeberische Augenwischerei, die den Opfern einen verbesserten Schutz lediglich vorspiegeln, kritisiert die *Autorin* hierbei die sog. Deeskalationshaft. Zwar bestehe nach § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO nunmehr ein Haftgrund, wenn der dringende Tatverdacht einer qualifizierten Nachstellungsstraftat nach § 238 Abs. 2, 3 StGB vorliege, dieser sei aber letztlich zum Zwecke der Deeskalation ungeeignet, denn eine Eskalation, wie sie in § 238 Abs. 2, 3 StGB

beschrieben werde, stelle erst das Endprodukt einer langen Eskalationsspirale dar.

IV. Im letzten Teil der Arbeit (S. 372-458) erörtert *Löhr* schließlich die Frage der Strafwürdigkeit des Stalking. Nahtlos setzt sie hierbei ihre kritische Stoßrichtung fort. Soweit einschlägige Verhaltensweisen die Voraussetzungen anderer Straftatbestände erfüllt hätten – insbesondere also in den Fällen schweren Stalkings –, sei eine strafrechtliche Ahndung des Stalking auch bereits vor der Einführung des Nachstellungstatbestandes möglich gewesen. Ob die Einführung des Nachstellungstatbestandes in Fällen von leichtem Stalking tatsächlich zu einem höheren Schutzniveau führe, müsse – sofern man die einzelnen Tatbestandsmerkmale ernst nehme – kritisch gesehen werden. Schon dies lasse Zweifel an der Notwendigkeit der Norm aufkommen. Sodann gelangt *Löhr* nach intensiver Diskussion des Für und Wider zu der Einschätzung, dass mit dem Instrumentarium des Gewaltschutzgesetzes eine ernstzunehmende Alternative bereits vorhanden sei. Letztlich fällt ihr Urteil hart aus: Es müsse „konstatiert werden, dass sich die Verabschiedung des Nachstellungstatbestandes primär als ein Akt symbolischer Gesetzgebung“ (S. 444) darstelle.

Die *Autorin* schließt ihre Arbeit mit einem kurzen Blick auf alternative Ansätze zur Verbesserung des Opferschutzes: Zunächst sei es bedenkenswert, dem Anwendungsbereich des Gewaltschutzgesetzes weitere, dem Stalking typische Verhaltensweisen hinzuzufügen. Ferner könne die Schlüsselrolle, die der Polizei zukomme, weiter gestärkt werden; als wirkungsvolles Mittel habe sich beispielsweise die „Gefährderansprache“ durch Polizeibeamte erwiesen.

V. Das Fazit könnte kaum wohlwollender ausfallen: *Löhr* hat eine hervorragend recherchierte Arbeit vorgelegt. Sie hat unterschiedlichste Facetten ihres Themas aufgenommen und diese durchgehend sorgfältig und überzeugend untersucht. Es bleibt zu hoffen, dass *Löhrs* Stimme in der Rechtspolitik Gehör finden wird.

Aufgrund des Plädoyers der *Autorin* für das Gewaltschutzgesetz und den zivilrechtlichen Schutz möchte der *Rezensent* gleichwohl die Gelegenheit nutzen und einige Beobachtungen aus der zivilrichterlichen Praxis kundtun:

In Gewaltschutzverfahren werden einstweilige Verfügungen oftmals ohne mündliche Verhandlung im Beschlusswege erlassen. In Anbetracht der wichtigen Erkenntnis, dass sich gerade die sog. Gefährderansprachen als vergleichsweise erfolgversprechendes Mittel erwiesen haben, ist diese Praxis zumindest fragwürdig. Eine Änderung ist hier gleichwohl nicht in Sicht, denn die ZPO überlässt es allein dem erkennenden Richter, ob er einen Verhandlungstermin anberaumt (vgl. § 922 Abs. 1 ZPO). Eine normative Schnittstelle, die sicherstellt, dass der kriminologische Forschungsstand den Zivilprozess erreicht, ist damit nicht vorhanden.

Zudem gilt im Zivilprozess der Beibringungsgrundsatz. Trotz des Bestehens richterlicher Hinweispflichten (§ 139 ZPO) ist der Zivilprozess damit häufig ein für die Parteien rutschiges Pflaster, welches ein hohes Maß an Eigenverantwortung erfordert. Dem juristischen Laien dürfte diese liberale Stoßrichtung des Zivilprozessrechts oftmals fremd und auch nicht unmittelbar einsichtig sein. Bezüglich der Feinheit

ten des einstweiligen Rechtsschutzes gilt dies sogar noch in verstärktem Maße. Selbst manchem Juristen dürfte beispielsweise nicht geläufig sein, dass Beweismittel im Verfügungsverfahren präsent sein müssen und gegebenenfalls eine selbständige Gestellung durch die Parteien erforderlich ist.

Die Praxis zeigt mithin, dass der Beibringungsgrundsatz in Gewaltschutzverfahren, die im Übrigen häufig ohne Beteiligung von Rechtsanwälten stattfinden, immer wieder zu Problemen führt. Kommt es in der Folge zu Beweislastentscheidungen – auch dieses Risiko ist im Zivilprozess angelegt –, so bleibt nicht selten ein fader Beigeschmack zurück.

Nach alledem wird man fragen können, ob für ein höheres Schutzniveau nicht ein Verfahren erforderlich ist, in dem das Prinzip der Amtsaufklärung gilt. Als Alternative zu Zivil- und Strafrecht bliebe dann nur ein Ausbau des polizeirechtlichen Instrumentariums. Auf *Löhrs* Einschätzung dieser Frage darf man gespannt sein.

RiLG Dr. Thorsten Gerd, Detmold