

AUSGABE 5/2011

S. 285 - 452

6. Jahrgang

Inhalt

WISSENSCHAFT IM FOKUS

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Fünf Jahre ZIS

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 285

AUFSÄTZE

Strafrecht

Sexuelle Gewalt in bewaffneten Konflikten und Völkerstrafrecht

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 287

Umgang mit Amokdrohungen an Schulen

Von Prof. Dr. Britta Bannenberg, Gießen 300

Das Rechtsgut „Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte“

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig 318

Die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO bei Verteidigern im Zeugenstand?

Von Prof. Dr. Werner Beulke, Passau 324

Zur Auslegung der Falschbeurkundung i.S.d. §§ 271, 348 StGB

Von Prof. Dr. Dennis Bock, Jena 330

Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union

Von Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Bonn 336

Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen

Zu BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09
Von Prof. Dr. Dieter Dölling, Heidelberg 345

Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit

Von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen 349

„Mehr Sicherheit für Häuslebauer?“

Strafbarkeit nach § 203 StGB bei Abtretung notleidender Forderungen durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute?
Von Prof. Dr. Jörg Eisele, Konstanz 354

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

AUSGABE 5/2011

S. 285 - 452

6. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE (Forts.)

Strafrecht

- Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen**
Von Prof. Dr. Volker Erb, Mainz 368
- Einsatz von Körperscannern zur Terrorismusbekämpfung – im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention?**
Von Prof. Dr. Robert Esser, cand. iur. Karina Gruber, Passau 379
- Über die Straftat des versuchten erfolgsqualifizierten Delikts**
Von RiBayObLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel 386
- Die Beteiligung durch Unterlassen**
Von Prof. Dr. Volker Haas, Heidelberg 392
- Tatortbegründung gem. §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB durch Eintritt einer objektiven Strafbarkeitsbedingung?**
Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier 398
- Gleichheit und materielles Strafrecht**
Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin 402
- Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Presse-
mitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung
fotografischer Darstellungen von Personen**
Von Prof. Dr. Bernd Heinrich, Berlin 416
- Elterliche Züchtigung und Strafrecht**
Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel 431
- Die Fahrlässigkeit als Delikt Voraussetzung und das
Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)**
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 444

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

Fünf Jahre ZIS

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

Die Idee, das Medium Internet zu nutzen, um eine strafrechtswissenschaftliche Online-Zeitschrift zu veröffentlichen, stammt noch aus meiner Kieler Assistentenzeit. Nachdem das Projekt sich dort aus den unterschiedlichsten Gründen nicht realisieren ließ, konnte die Zeitschrift mit dem Beginn meiner Vertretungszeit in Augsburg nach monatelangen Vorbereitungen zum 15.1.2006 erstmals erscheinen.

Das Konzept war von Beginn an darauf angelegt, die Herausforderungen anzunehmen, die in einer durch die fortschreitende Globalisierung und zunehmende multimediale Vernetzung gekennzeichneten Welt auch und gerade an das Strafrecht herangetragen werden. Dabei sollte zwar insbesondere die „Europäisierung“ und „Internationalisierung“ des Strafrechts in den Blick genommen, die nationale Strafrechtsdogmatik aber keineswegs ausgeblendet werden. Im Gegenteil war beabsichtigt, auch der deutschen Strafrechtswissenschaft die Möglichkeit zu geben, die Vorteile des Internet zu nutzen und so auch der nationalen Strafrechtsdogmatik auf einfache Weise effektiv und weltweit (wieder) Gehör zu verschaffen.

Als modernes Medium stellt das Internet dabei eine Fülle von Möglichkeiten zur Verfügung, die das traditionelle Printmedium naturgemäß nicht bieten kann. So steht zunächst grundsätzlich für jeden Beitrag unbeschränkt Raum zur Verfügung, so dass es möglich wurde, auch längere wissenschaftliche Aufsätze zu publizieren, die andernfalls gar nicht oder nur als – kostspielige – Einzelveröffentlichung hätten erscheinen können. Damit war und ist bis heute das Hauptziel der ZIS beschrieben – wenn man so will, „gegen den Zeitgeist“ –, die Möglichkeit zu bieten, einen (neuen) wissenschaftlichen Gedanken auf größerem Raum in der erforderlichen Breite und Tiefe zu entwickeln.

Auch lange Wartezeiten bis zur Veröffentlichung entfallen. Es liegt in der Natur des Mediums Internet, dass die bei traditionellen Printmedien notwendigen Planungs- und Vorlaufzeiten entfallen. Dementsprechend aktuell können die Beiträge ins Netz eingestellt werden.

Auch wenn die für Internetpräsenz, Redaktions- und Herausgebertreffen, Übersetzungen u.ä. aufgewendeten Kosten und insbesondere der Arbeitseinsatz meiner (früheren und aktuellen) Lehrstuhlmitarbeiter für die Zeitschrift mittlerweile immense Ausmaße angenommen haben, sollte die Benutzung nicht nur der jeweils aktuellen Ausgabe, sondern darüber hinaus des gesamten Archivs, kostenlos sein. Das hatte seinen Grund nicht etwa in der auch vor gut fünf Jahren bereits verbreiteten Mentalität eines Großteils der Internetnutzer, dass das dort Angebotene – unabhängig von seiner Qualität – nichts kosten dürfe, sondern vielmehr in dem Wunsch, den Inhalt einer strafrechtswissenschaftlichen Zeitschrift jedem Interessierten unproblematisch und weltweit zugänglich zu machen. Dank einer großzügigen Unterstützung der DFG konnte an diesem Konzept bis heute festgehalten werden.

Dem Ziel der einfachen Benutzung verpflichtet ist auch die logische Navigation auf der Homepage. Der Benutzer kann bequem entweder die gesamte Ausgabe oder auch nur

einzelne Beiträge abrufen und bei Bedarf ausdrucken. Über die Ablage sämtlicher älteren Ausgaben im Online-Archiv und eine bequeme Suchfunktion wird der jederzeitige Zugriff auf alle jemals erschienenen Beiträge gewährleistet. Die pdf-Ausgabe ist lesefreundlich gestaltet, sie erlaubt eine seitengenaue Zitierung wie jedes traditionelle Printmedium auch (etwa: *Roxin*, ZIS 2009, 565). Links auf ins Netz eingestellte Beiträge, seien es z.B. Aufsätze in der ZIS¹ selbst oder etwa andernorts verfügbare Entscheidungen², erleichtern die Recherche.

Nachdem mit *Roland Hefendehl*, *Andreas Hoyer* und *Bernd Schünemann* prominente Mitherausgeber gefunden waren, konnte die Zeitschrift an den Start gehen. Die mit der Publikation der ersten Ausgabe naturgemäß verbundenen Befürchtungen bestätigten sich nicht. So wurde die neue Zeitschrift von Beginn an sehr freundlich aufgenommen, Berührungspunkte mit dem Medium Internet bestanden entweder schon nicht oder wurden schnell überwunden. Insbesondere die der Aktualität der jeweiligen Ausgabe geschuldete manchmal nicht zu vermeidende Kürze der Zeit für die Durchsicht und Korrektur der elektronischen Fahnen wurde und wird stets ohne Murren akzeptiert. Die größte Befürchtung, einmal ohne Beiträge dazustehen – Aufsätze „auf Vorrat“ einzuwerben verbietet sich naturgemäß, ist es seit jeher doch das Ziel gewesen, die von den Autoren eingereichten Beiträge nach Möglichkeit bereits in dem dem Veröffentlichungsangebot folgenden Monat zu publizieren –, wich bereits nach wenigen Ausgaben der Erleichterung, ja Begeisterung, als klar wurde, dass Aufsätze, Entscheidungsanmerkungen, Buchrezensionen u.a. schon nach kurzer Zeit sehr zahlreich eingingen. Das führte dazu, dass bereits im zweiten Jahr 14 statt der anvisierten zwölf Ausgaben erscheinen mussten. Mittlerweile wird im August pausiert und je nach Bedarf eine weitere Ausgabe in einem anderen Monat angeboten; auch das eine Möglichkeit, die nur das Medium Internet zulässt. Zu besonderen Anlässen wird eine Printausgabe hergestellt und gebunden, so etwa in dem Fall der *Jörg Tenckhoff* gewidmeten Festschrift, die als ZIS 3/2010 erschienen ist.³ Bereits zwei Jahre nach dem Start der ZIS konnte die erste Ausgabe der Schwesterzeitschrift ZJS⁴ erscheinen, die als juristische Ausbildungszeitschrift konzipiert ist, und dementsprechend sämtliche examensrelevanten Rechtsgebiete abdeckt. Während die ZIS monatlich mittler-

¹ *Roxin*, 2009, 565 finden Sie bspw. unter http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf.

² Vgl. etwa den Beschl. des BVerfG v. 7.3.2011 – 1 BvR – 388/05 unter <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/05/1-bvr-388-05.php> oder die Entscheidung des BGH v. 16.3.2011 – 5 StR 581/10 unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3d47c12c84433308642717fb327cf74&nr=55654&pos=0&anz=1>.

³ Zu finden unter:

http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2010_3_ger.pdf.

⁴ www.zjs-online.com.

weile nahezu 10.000 Abrufe verzeichnen kann, hat die ZIS – die zweimonatlich zum 1. eines jeden geraden Monats erscheint –, die Zahl von 30.000 Klicks pro Ausgabe schon seit einiger Zeit deutlich überschritten. Auch die Zahl der Abonnenten der – völlig unverbindlichen – jeweiligen Newsletter, mit denen das Erscheinen der aktuellen Ausgabe angezeigt wird, wächst noch immer täglich deutlich an.

Es mag ein Indiz für die freundliche Aufnahme der ZIS in Wissenschaft und Praxis sein, dass der Bitte, sich mit einem Beitrag an einer kleinen Jubiläumsausgabe zu beteiligen, eine beträchtliche Zahl von Kolleginnen und Kollegen gefolgt ist. Recht schnell zeichnete sich ab, dass schon aus logistischen und zeitlichen Gründen nicht wie ursprünglich geplant sämtliche Beiträge in einer Ausgabe unterzubringen waren. Die Schriftleitung hat sich daher entschieden, die Beiträge auf insgesamt drei Ausgaben – in den Monaten Mai, Juni und Juli – zu verteilen. Aus organisatorischen Gründen erscheinen die Beiträge nicht thematisch geordnet, sondern alphabetisch nach Autorennamen sortiert. Ich darf die Gelegenheit nutzen, mich auch auf diesem Wege bei allen Autoren dieser und der folgenden wie auch früherer Ausgaben für ihre Mitwirkung, Geduld und ihr Verständnis sowie – in manchen Fällen – auch die kurzfristige, überobligationsmäßige und unbürokratische Mithilfe bei Korrektur-, Zitier- und Stilfragen ganz herzlich zu bedanken und hoffe, dass die ZIS auch in Zukunft ein vom Wissenschaftler wie vom Praktiker als Leser und als Autor gern und häufig in Anspruch genommenes Medium bleibt. Ad multos annos!

Sexuelle Gewalt in bewaffneten Konflikten und Völkerstrafrecht

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen*

Dem Phänomen der sexuellen Gewalt im Krieg ist lange Zeit nur geringe Aufmerksamkeit geschenkt worden.¹ Die rasante Entwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts seit den Nürnberger Prozessen, verbunden mit der jüngsten Welle sexueller Gewalt vor allem im Osten der Demokratischen Republik Kongo, hat jedoch das Phänomen in das Zentrum internationaler Aufmerksamkeit gerückt.² In diesem kleinen Beitrag soll nach einer kurzen Vorbemerkung zum allgemeinen Verhältnis zwischen Sexualdelikten und Völkerstrafrecht (I.) die völkerstrafrechtliche Rechtslage geklärt werden (II.). Die Darstellung konzentriert sich auf explizite Strafbestimmungen, also Delikte, die ausdrücklich sexuelle Taten als solche erfassen (I. 1.). Allgemeine Tatbestände, die nur implizit sexuelle Gewalt kriminalisieren, werden ergänzend behandelt (II. 2.).³ Abschließend wird auf die jüngst diskutierte Möglichkeit von Schwerpunktermittlungen („thematic investigations“) eingegangen (III.).

I. Völkerstrafrecht, internationale Verbrechen und sexuelle Gewalt

Eine klassische implizite Pönalisierung sexueller Gewalt erfolgt durch die Erfassung von Sexualverbrechen als Straftaten gegen die Ehre oder Würde des Opfers. Tatsächlich sind in nationalen Rechtsordnungen Vergewaltigungen oder andere Formen sexueller Gewalt bis heute teilweise als Delikte gegen die Ehre ausgestaltet,⁴ wobei sich allerdings die Mo-

dernität durch die (speziellere) Erfassung als Delikte gegen die sexuelle Integrität oder Selbstbestimmung zunehmend Bahn bricht.⁵ Auch ältere Definitionen im humanitären Völkerrecht charakterisieren sexuelle Gewalt als einen Angriff auf die Ehre der Frau.⁶ In den zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) führenden Verhandlungen wurden anfänglich Sexualdelikte im bewaffneten Konflikte mit Verbrechen gegen die persönliche Ehre gleichgesetzt, erst im Dezember 1997 erkannte der zuständige Vorbereitungsausschuss („Preparatory Committee“) die eigenständige Kriminalisierung als Sexualverbrechen an.⁷ Heute wird sexuelle Gewalt explizit im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen bestraft (unten I. 1.). Im Übrigen werden Sexualdelikte implizit als Verbrechen gegen die persönliche Ehre, Folter, Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der Verfolgung erfasst (II. 2.). Einhergehend mit dieser materiellrechtlichen Expansion und Spezialisierung hat das zunehmende Problembewusstsein auch zu einer Diskussion über eine angemessenere und effizientere Strafverfolgung von Sexualstraftaten geführt. In diesem Zusammenhang wird insbesondere über die Notwendigkeit und Möglichkeit von „thematic investigations and prosecutions“, also schwerpunktmäßigen Ermittlungen, diskutiert (näher III.).⁸

Familie“ („Titulo X: De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia“) pönalisiert. Nach einem dort diskutierten Gesetzesentwurf soll Vergewaltigung fortan als Delikt gegen die sexuelle Freiheit bestraft werden, <http://www.presidencia.gub.uy/sci/noticias/2010/12/2010121301.htm> (zugegriffen am 30.3.2011).

⁵ Siehe Beispiele in Fn. 12.

⁶ Siehe z.B. Art. 27 des IV. Genfer Abkommens v. 12.8.1949 zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (BGBl. II 1954, S. 917; BGBl. II 1956, S. 1586): „Frauen sollen besonders vor jedem Angriff auf ihre Ehre und namentlich vor Vergewaltigung, Nötigung zur Prostitution und jeder unzüchtigen Handlung geschützt werden“. S. auch Art. 75 (2) (b) Erstes Zusatzprotokoll v. 8.6.1977 zu den Genfer Abkommen v. 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (BGBl. II 1990, S. 1550, BGBl. II 1990, S. 1637). Siehe außerdem *Boot/Hall*, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2008, Art. 7 Rn. 42, 48 mit Fn. 246; *Cottier*, in: Triffterer (a.a.O.), Art. 8 Rn. 202, 209. Zu weiteren einschlägigen völkerrechtlichen Regelungen *Askin*, in: Brown (Hrsg.), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011, S. 86.

⁷ Unter Bezugnahme auf Art. 75 (2) (b) Erstes Zusatzprotokoll v. 8.6.1977 zu den Genfer Abkommen v. 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, s. *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 203.

⁸ Die Thematik wurde etwa jüngst (7./8.3.2011) auf einer Konferenz in Kapstadt (Südafrika) unter dem Titel „Thematic Investigations and Prosecution of International Sex Crimes“ diskutiert; zusammenfassend *Bergsmo*, *International Sex Crimes as a Criminal Justice Theme*, Forum for International

* Ich danke meiner Mitarbeiterin und Doktorandin Ass. Sabine Klein für wichtige Unterstützung bei der Erarbeitung dieses Beitrages.

¹ So wurden Sexualdelikte als „,forgotten‘ crimes in international law“ bezeichnet (*Chinkin*, in: Cassese [Hrsg.], *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, S. 74 [S. 76]; s. auch *Askin*, in: *Askin/Koenig* [Hrsg.], *Women and international human rights law*, Bd. 1, 2001, S. 41 [S. 64]).

² Vgl. *Ambos*, FAZ v. 4.11.2010, S. 8.

³ Zur Unterscheidung zwischen expliziten und impliziten Strafnormen *Luping*, *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 17 (2009), 431; allg. zum Status sexueller Gewalt im Völkerrecht *Dyani*, *African Journal of International and Comparative Law* 15 (2007), 230 (234 ff.).

⁴ So wird im Indian Penal Code v. 6.10.1860 (abgedruckt in: *Kannabiran* [Hrsg.], *Halsbury’s Laws of India*. Band 5 (2). *Criminal Law-II*, 2006, S. 193) Vergewaltigung in Section 375, Chapter 12 als „offences against women“ erfasst. *Dube* (*Rape Laws in India*, 2008, S. 1) beschreibt Vergewaltigung im indischen Recht als „violence of the private person of the woman“ und begrüßt Entwicklungen in der indischen Rspr. seit 2003 als „the recognition of the rights of rape victims [which] have enabled women to secure their dignity and honor“ (*Dube* [a.a.O.], S. 135). Auch in Uruguay wird Vergewaltigung seit 1933 unverändert in Art. 272 des Código Penal unter der Überschrift „gute Sitten und Ordnung der

Entsprechend der kollektiv-individuellen Ausrichtung völkerrechtlicher Verbrechen⁹ schützen auch die völkerstrafrechtlichen Sexualdelikte einerseits die kollektiven Rechtsgüter des internationalen Friedens und der Sicherheit,¹⁰ andererseits und konkreter aber auch die physische/mentale Unversehrtheit,¹¹ die Ehre und die persönliche (sexuelle) Selbstbestimmung des Opfers.¹² Das geschützte Rechtsgut erweist sich gerade bei den Sexualdelikten häufig als einziges rationales Kriterium, um den genauen Anwendungsbereich einer Strafvorschrift zu bestimmen. Darauf wird bei der Diskussion der eigenständigen Sexualdelikte zurückzukommen sein.

Schließlich zeigt sich gerade bei der Bekämpfung von sexueller Gewalt in bewaffneten Konflikten die kulturelle Kon-

ditionalität strafrechtlicher Verbote.¹³ Da diese Konflikte in der Regel nicht in den hochentwickelten Industriegesellschaften des Westens stattfinden, sondern in den Entwicklungs- und Schwellenländern des Südens¹⁴ (insbesondere Schwarzafrikas¹⁵), wird das Völkerstrafrecht dort mit hierzulande weitgehend überwundenen Auffassungen konfrontiert, die Sexualdelikte als Angriffe auf die Ehre – und zwar nicht nur der weiblichen Opfer, sondern vor allem auch der männlichen Partner – verstehen.¹⁶ So wird die „Entmannung“ des männlichen Beschützers des weiblichen Vergewaltigungsopfers beklagt, weil jener nicht seiner Schutzfunktion ausreichend nachgekommen sei.¹⁷ Auch wird von Fällen berichtet, in denen die Männer ihre vergewaltigten Frauen verlassen ha-

Criminal and Humanitarian Law (FICHL) Policy Brief Series No. 4, 2011, abrufbar unter: <http://www.fichl.org/policy-brief-series/> (zugegriffen am 24.3.2011). Der entsprechende Konferenzband soll Ende dieses Jahres erscheinen (FICHL Publication Series, unter <http://www.fichl.org/publication-series/> abrufbar [zugegriffen am 30.3.2011]).

⁹ Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 3, § 7 Rn. 11.

¹⁰ Vgl. UN-Sicherheitsratsresolution 1820 v. 19.6.2008, para. 1; 1880, 30.9.2009, para. 1; 1960, 16.12.2010, para. 1, wo jeweils festgestellt wird: „sexual violence [...] may impede the restoration of international peace and security.“ Frühere Resolutionen nahmen Bezug auf sexuelle Gewalt in Konfliktsituationen, jedoch ohne eine Verbindung zu internationalem Frieden und Sicherheit herzustellen. So verurteilt Resolution 820 v. 17.4.1993, para. 6 „massive, organized and systematic [...] rape of women“ im Konflikt im ehem. Jugoslawien (siehe de Brouwer, Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence, The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR, 2005, S. 16, die betont, dass in dieser Resolution zum ersten Mal ausdrücklich Vergewaltigungen in einem Konflikt anerkannt wurden). S. auch Resolution 1325 v. 31.10.2000, in welcher Konfliktparteien aufgerufen wurden, die Rechte von Frauen zu schützen und ferner in diesem Zusammenhang die Parteien bewaffneter Konflikte, „[to] take measures to protect women and children from gender-based violence“ (paras. 10 f.).

¹¹ S. auch Schomburg/Peterson, American Journal of International Law 101 (2007), 121 (126).

¹² Beispielsweise sind im deutschen StGB Sexualstraftaten in Kapitel 13 als „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ pönalisiert (vgl. insoweit zur Rechtsgutsdiskussion Renzikowski, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, Vor §§ 174 ff. Rn. 2 ff.). In Großbritannien werden durch den „Sexual Offences Act 2003“ verschiedene Interessen geschützt und u.a. nicht einvernehmliche sexuelle Aktivitäten bestraft (Schutz der sexuellen Selbstbestimmung). Alle Sexualstraftaten zulasten Erwachsener setzen ein fehlendes Einverständnis voraus („does not consent to“); vgl. Sexual Offences Act 2003, Part 1: 1 Rape (1) (b), 2 Assault (1) (c), 3 Sexual Assault (1) (c), 4 Causing Sexual Activity without Consent (1) (c). S. auch Card/Gillespie/Hirst, Sexual Offences, 2008, para. 1.14.

¹³ Die Bedeutung kultureller Wertvorstellungen wird mehr und mehr auch in der deutschen strafrechtlichen Diskussion anerkannt, s. etwa Vogel, GA 2010, 1; Valerius, JA 2010, 481. Allgemein zu Menschenrechten in unterschiedlichen Kulturräumen: Di Fabio, in: Nooke/Lohman/Wahlers (Hrsg.), Menschenrechte in unterschiedlichen Kulturräumen, 2008, abrufbar unter <http://www.kas.de/wf/de/33.14437/> (zugegriffen am 30.3.2011), S. 63 ff. Siehe auch Fn. 3.

¹⁴ Für eine weltweite Studie sexueller Gewalt in Konflikten s. Francesch u.a., Alert!, Report on conflicts, human rights and peacebuilding, 2009, abrufbar unter <http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/alerta/alerta10i.pdf> (zugegriffen am 2.4.2011): „During 2009 sexual violence was used as a weapon of war in the majority of armed conflicts, especially in DR Congo, Somalia, Sri Lanka (east), Colombia, Myanmar, India (Jammu and Kashmir) and Iraq“ (S. 139). Zu sexueller Gewalt in Kolumbien s. Oxfam, Sexual Violence in Colombia, Instrument of War, Briefing Paper, September 2009, <http://www.oxfam.org/en/policy/sexual-violence-colombia> (zugegriffen am 1.4.2011); und Amnesty International, Colombia: „Scarred bodies, hidden crimes“: Sexual Violence against women in the armed conflict, AMR 23/040/2004, Oktober 2004, abrufbar unter <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR23/040/2004> (zugegriffen am 1.4.2011).

¹⁵ Relativierend hinsichtlich sexueller Gewalt insoweit Arieff, Sexual Violence in African Contexts (abrufbar unter <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R40956.pdf> [zugegriffen am 30.3.2011]), S. 3: „The issue of sexual violence in conflict is far from confined to Sub-Saharan Africa [...] and it has not been a salient feature of all African conflicts.“

¹⁶ Zur Entwicklung der Vergewaltigung vom Eigentums- und Ehrdelikt zulasten dritter Personen (des Eigentümers der Frau, Ehemannes und/oder deren Familienmitglieder) zum Delikt gegen die Ehre des weiblichen Opfers s. Dube (Fn. 4), S. 1 f., 11 ff., 161 ff.; ähnlich Hörnle, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/ Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, Vor §§ 174 ff. Rn. 1 sowie Müting, Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2010, S. 8 ff.

¹⁷ So die Stellungnahme eines Teilnehmers des internationalen Masterstudiengangs „Transcrim“ der University of Western Cape und der Humboldt Universität Berlin, in dem der Verf. am 9.3.2011 unterrichtet hat.

ben, nachdem sich diese den Tätern „freiwillig“ hingegeben haben, um ihre Männer zu retten.¹⁸ Das zugrunde liegende Verständnis von Geschlechtergleichstellung und -rechten beeinflusst die Bestrafung von sexueller Gewalt. Das Frauenbild in einer männerdominierten archaischen Gesellschaft führt zu der Vernachlässigung der eigentlichen Opfer sexueller Gewalt und zu deren sekundärer Viktimisierung.¹⁹

II. Völkerrechtliche Strafbarkeit sexueller Gewalt

1. Explizite Strafbestimmungen zu sexueller Gewalt

Das IStGH-Statut enthält erstmalig – anders als die Statuten der ad hoc-Tribunale²⁰ – ausdrückliche Strafbestimmungen für sexuelle Gewalt (Art. 7 Abs. 1 lit. g, Art. 8 Abs. 2 lit. b [xxii] und Art. 8 Abs. 2 lit. e [vi]).²¹ Dabei wird zwischen folgenden Taten unterschieden:

- Vergewaltigung
- Sexuelle Sklaverei
- Zwangsprostitution
- Erzwungene Schwangerschaft
- Zwangssterilisation
- anderen Formen sexueller Gewalt vergleichbarer Schwere

Diese Taten sind ungeachtet ihrer Charakterisierung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder als Kriegsverbrechen (im internationalen sowie nicht-internationalen Konflikt)²² identisch definiert. Das IStGH-Statut selbst definiert nur die erzwungene Schwangerschaft,²³ weitere Definitionen finden

sich aber in den als Auslegungshilfe dienenden Verbrechenselementen („Elements of Crimes“, Art 9 IStGH-Statut).²⁴ Darüber hinaus liefert mitunter die Rechtsprechung der ad hoc-Tribunale, insbesondere für das ehem. Jugoslawien (ICTY),²⁵ Ruanda (ICTR)²⁶ und Sierra Leone (SCSL),²⁷ wertvolle Hinweise zum Verständnis der Sexualdelikte.²⁸ Alle Arten dieser Delikte (erneut abgesehen von der erzwungenen Schwangerschaft²⁹) sind geschlechtsneutral, also auf männliche sowie weibliche Opfer anwendbar.³⁰

sammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen oder andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht zu begehen. [...]“.

²⁴ ICC Elements of Crimes, ICC-ASP/1/3 (part II-B), 9.9.2002 („IStGH-Verbrechenselemente“). Zur Bedeutung der Verbrechenselemente siehe etwa Koch, ZIS 2007, 150.

²⁵ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, siehe <http://www.icty.org/>.

²⁶ International Criminal Tribunal for Rwanda, siehe <http://www.ictcr.org/>.

²⁷ Special Court for Sierra Leone, siehe <http://www.sc-sl.org/>.

²⁸ S. ausführlich zur Berücksichtigung sexueller Gewalt in der Rspr. von ICTY, ICTR und SCSL das UN Department of Peacekeeping Operations, Review of the Sexual Violence Elements of the Judgments of the ICTY, ICTR and SCSL in the Light of Security Council Resolution 1820, 2010. Siehe ferner instruktiv zur ICTY-Praxis *Mischkowski u.a.*, The Trouble with Rape Trials, Views of Witnesses, Prosecutors and Judges on Prosecuting Sexualised Violence during the War in the former Yugoslavia, December 2009 (abrufbar: http://www.medicamondiale.org/fileadmin/content/07_Infothek/Gerechtigkeit/medica_mondiale_Zeuginnenstudie_englisch_december_2009.pdf [zugegriffen am 24.3.2011]), insb. S. 15 ff.: „[...] and that it does not happen to anyone anywhere in the world“. Für eine Analyse des Beitrages der ad hoc-Tribunale zum materiellen Strafrecht s. *Ayat*, International Criminal Law Review 10 (2010), 787 (807 ff.); *Askin* (Fn. 6), S. 94 ff.; *Gil Gil*, in: Ramírez Moncayo u.a. (Hrsg.), Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI., Bd. 3, Derecho penal, 2010, S. 11 (S. 17 ff. zum IStGH-Statut). Zu den verschiedenen Sexualdelikten des IStGH-Statuts mit Berücksichtigung der früheren Rechtslage und Rechtsprechung *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (447 ff. und 452 ff.).

²⁹ Art. 7 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut.

³⁰ Siehe auch Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut: „Im Sinne dieses Statuts bezieht sich der Ausdruck ‘Geschlecht‘ auf beide Geschlechter, das männliche und das weibliche, im gesellschaftlichen Zusammenhang. [...]“. Zur Geschlechtsneutralität auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 203 a.E. Dafür spricht die Tatsache, dass sich die sexuelle Gewalt in bewaffneten Konflikten nicht nur gegen Frauen, sondern auch gegen Kinder und Männer richtet, s. UN Department of Peacekeeping Operations (Fn. 26), para. 53. Zu den insoweit kontroversen Verhandlungen zum Rom-Statut *Chinkin* (Fn. 1), S. 77.

¹⁸ So ein Teilnehmer auf dem o.g. Seminar (Fn. 8).

¹⁹ Vgl. zu den Hintergründen sexueller Gewalt im afrikanischen Kontext z.B. *Arieff* (Fn. 15), S. ?; zur Frauenrolle und der Bedeutung sexueller Gewalt in der Demokratischen Republik Kongo *Omanyondo Ohambe u.a.*, Women’s Bodies as a Battleground, Sexual Violence Against Women and Girls During the War in the Democratic Republic in Congo (South Kivu 1996-2003), Report 2005 (auf http://www.international-alert.org/pdf/sexual_violence_congo_english.pdf [zugegriffen 30.3.2011]), S. 25 ff.

²⁰ Vgl. auch *Chinkin* (Fn. 1), S. 76 f.

²¹ Vgl. auch *Gabriel*, Eyes on the ICC 1 (2004), 43 (47: „landmark in codifying crimes of sexual and gender violence“); ähnlich *Zimmermann/Geiß*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, 2009, § 8 VStGB Rn. 139; *Chinkin* (Fn. 1), S. 77. Zu den Verhandlungen der „Gender-Thematik“ im Rahmen des IStGH-Statuts s. *Bedont/Hall-Martinez*, Brown Journal of World Affairs 1999, 65 (66 ff.).

²² Zum Gesamttaterfordernis, also dem Handeln im Zusammenhang mit dem kollektiven Begehungszusammenhang (z.B. bei Art. 7 IStGH-Statut dem „ausgedehnten oder systematische Angriff“) bei entsprechendem Bewusstsein, vgl. *Ambos* (Fn. 9), § 7 Rn. 11 f., 140, 173, 181, 182 ff., 192 f., 195, 235.

²³ Nach Art. 7 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut ist darunter zu verstehen „die rechtswidrige Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zu-

a) Vergewaltigung (rape)

Der Tatbestand der Vergewaltigung wird in den Verbrechenselementen wie folgt definiert:³¹

„1. The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.

2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.“

Die Tat verlangt also einen physischen Eingriff („invasion“) in irgendeinen Körperteil des – männlichen oder weiblichen³² – Opfers (Penetration) sowie Gewalt/Zwang.³³ Abs. 1 bezieht sich auf die (objektive) Handlung des Täters, Abs. 2 auf den entgegenstehenden Willen des Opfers. Dies lässt den Schluss zu, dass der Tatbestand die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung des Opfers schützt.³⁴ Erfasst ist jede Penetration, sei es im klassischen Sinne (als erzwungener Geschlechtsverkehr, also Penetration des männlichen Penis in die Vagina) oder anderweitig (Einführen des Geschlechtsorgans des Täters in andere Körperöffnungen, orale und anale Penetration oder Eindringen anderer Körperteile des Täters oder von Objekten in die Vagina oder den Anus).³⁵ Somit kann jede Penetration eine Vergewaltigung darstellen, wohingegen sexuelle Handlungen ohne Penetration nicht erfasst

³¹ IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24) für Art. 7 Abs. 1 lit. g-1, Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxii)-1, Art. 8 Abs. 2 lit. e (vi)-1. Zur Rspr. von ICTR u. ICTY s. *Schabas*, The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute, 2010, Art. 7, S. 171; *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (448 ff.); *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 839 ff.; *Schomburg/Peterson*, American Journal of International Law 101 (2007), 121 (132-138); *Ayat*, International Criminal Law Review 10 (2010), 787 (809 ff.).

³² Fn. 15 der IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 22): „The concept of ‚invasion‘ is intended to be broad enough to be gender-neutral.“ Zum teilweise anderen nationalen Recht *de Brouwer* (Fn. 10), S. 133.

³³ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 45.

³⁴ *Werle* (Fn. 31), Rn. 839, der eine Wandlung der Definition weg von der objektive Tathandlung hin zum entgegenstehenden Willen des Opfers ausmacht.

³⁵ Ähnlich *Zimmermann/Geiß* (Fn. 21), § 8 VStGB Rn. 142; mit einem wohl weiteren Definitionsverständnis *Werle* (Fn. 31), Rn. 838; *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 206. Krit. *de Brouwer* (Fn. 10), S. 132, die den Wortlaut der Verbrechenselemente für verwirrend hält und darauf hinweist, dass die Definition eine Penetration des Mundes des Opfers mit einem Gegenstand nicht zu erfassen scheint, wahrscheinlich aufgrund der insoweit fehlenden sexuellen Dimension der Handlung.

sind.³⁶ Die Definition der Verbrechenselemente wurde ursprünglich von der Rechtsprechung von ICTY und ICTR beeinflusst.³⁷ Diese ging jedoch auch teilweise darüber hinaus³⁸ und ist bei späteren Entscheidungen davon abgewichen.³⁹ Eine Entscheidung des IStGH steht noch aus.

Da es bei der Vergewaltigung um den Schutz der (sexuellen) Selbstbestimmung geht, schließt eine (echte) Zustimmung („genuine consent“)⁴⁰ grundsätzlich schon die Tatbestandsmäßigkeit aus. Nach der ganz herrschenden Ansicht in der Rechtsprechung soll dies bei Vergewaltigungen im Rahmen bewaffneter Konflikte aber nicht gelten, weil das dort herrschende Klima von Nötigung und Gewalt eine „echte“ Zustimmung a limine unmöglich mache.⁴¹ Das impliziert

³⁶ Ebenso *de Brouwer* (Fn. 10), S. 132.

³⁷ Vgl. *de Brouwer* (Fn. 10), S. 130, welche die Definition vor allem auf ICTY (Trial Chamber), Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Furundzija), para. 185 zurückführt, wo die objektiven Merkmale einer Vergewaltigung wie folgt definiert wurden:

„(i) the sexual penetration, however slight:
(a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
(b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
(ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.“

³⁸ Eine andere, weitere Definition wurde in ICTR (Trial Chamber I), Ur. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), paras 598, 688 verwendet (demzufolge ist Vergewaltigung eine „physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances who are coercive“). Sie scheint z.B. auch erzwungene Masturbation und sexuelle Verstümmelungen zu umfassen, vgl. *de Brouwer* (Fn. 10), S. 133. Spätere Entscheidungen nahmen teils noch auf diese Definition Bezug, z.B. ICTY (Trial Chamber), Ur. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (Prosecutor v. Kvočka u.a.), para. 175; bestätigt auch in ICTR (Trial Chamber III), Ur. v. 28.4.2005 – ICTR-95-1B-T (Prosecutor v. Muhimana), para. 551. Zur Entwicklung *de Brouwer* (Fn. 10), S. 105-129 (zu den Definitionen der ad hoc-Tribunale) und S. 131-137 (zur Definition der Verbrechenselemente). Zur einschlägigen Rspr. des ICTR s. auch *Askin*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 1007.

³⁹ Vgl. *de Brouwer* (Fn. 10), S. 130, 133.

⁴⁰ „Consent“ wird hier mit „Zustimmung“ übersetzt, da die hiezulande übliche Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung im Völkerstrafrecht nicht nachvollzogen wird. Nach wohl h.M. wirkt ein „consent“ tatbestandsausschließend, also wie ein Einverständnis nach deutschem Strafrecht.

⁴¹ In diesem Sinne ICTY (Appeals Chamber), Ur. v. 12.6.2001 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac u.a.), para. 130: „[...] crimes against humanity will be almost universally coercive. [...] true consent will not be possible“; ICTR (Trial Chamber III), Ur. v. 28.4.2005 – ICTR-95-1B-T (Prosecutor v. Muhimana), para. 546 („vitiating true consent“). Ähnlich *Schomburg/Peterson*, American Journal of International Law 101 (2007), 121 (138, 140): „make genuine consent

auch der oben zitierte Wortlaut von Abs. 2 der Verbrechenselemente, wenn dort von einem „coercive environment“ gesprochen wird.⁴² Die verantwortungsausschließende Zustimmung ist also keineswegs ein „überholtes Konzept“⁴³; vielmehr wird sie grundsätzlich auch im Völkerstrafrecht anerkannt, doch sprechen die nötigen Umstände eines bewaffneten Konflikts in der Regel für ihr (faktisches) Fehlen. So

by the victim impossible“); *Aranburu*, *Leiden Journal of International Law* 23 (2010), 609 (617: „unlikely to carry any weight in a context of mass coercion and violence.“); *Zimmermann/Geiß* (Fn. 21), § 8 VStGB Rn. 143, die argumentieren, dass im bewaffneten Konflikt und in der Gegenwart bewaffneter Einheiten gewöhnlich eine Zwangssituation vorliegen wird, die ein echtes Einverständnis ausschließt; zuletzt in diesem Sinne auch *Amnesty International*, *Rape and Sexual Violence. Human Rights Law and Standards in the International Criminal Court*, IOR 53/001/2011, March 2011 („Amnesty International Report Rape“), abrufbar unter <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO53/001/2011/en> (zugegriffen am 30.4.2011), S. 6., 16 ff. (zwischen verschiedenen Gewalt- und Zwangssituationen differenzierend), 29 f. Zum Ausschluss der Zustimmung bei Gewalt oder Drohung im internationalen Recht vgl. auch Art. 120 (t) (14) US Uniform Code of Military Justice (United States Code, Title 10, Subtitle A, Part II, Chapter 47): „The term ‚consent‘ means words or overt acts indicating a freely given agreement to the sexual conduct at issue by a competent person. [...] Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the accused’s use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. [...]“

⁴² Zu den Verhandlungen insoweit *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 207 (S. 440). Vgl. ferner Regel 70 der ICC Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/1/3 (Part. II-A), 9.9.2002 („IStGH-Prozess- und Beweisregeln“): „In cases of sexual violence, the Court shall be guided by and, where appropriate, apply the following principles:

- (a) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force, threat of force, coercion or taking advantage of a coercive environment undermined the victim’s ability to give voluntary and genuine consent;
- (b) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where the victim is incapable of giving genuine consent;
- (c) Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence;
- (d) Credibility, character or predisposition to sexual availability of a victim or witness cannot be inferred by reason of the sexual nature of the prior or subsequent conduct of a victim or witness.“

⁴³ So *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 45. Ähnlich *Luping*, *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 17 (2009), 431 (474), wenn sie den Vergewaltigungstatbestand überhaupt nicht von einer Zustimmung abhängig machen will, sondern deren Erwähnung nur deshalb für erforderlich hält, um damit Umstände zu verdeutlichen, in denen Opfer zur Abgabe einer Zustimmung nicht (mehr) fähig sind.

gesehen kann man also von einer Vermutung des Nichtvorliegens einer Zustimmung sprechen,⁴⁴ womit diese in eine „affirmative defence“ verwandelt wird, die von der Verteidigung vorgebracht werden muss und nur unter außergewöhnlichen Umständen zulässig ist.⁴⁵ Im Übrigen gilt eine Zustimmung im Völkerstrafrecht auch dann als unwirksam, wenn der Rechtsgutsträger nicht zustimmungsfähig ist⁴⁶ oder die Zustimmung durch Täuschung oder Irrtum erlangt wurde.⁴⁷

Was den erforderlichen Grad der eine Zustimmung ausschließenden Nötigung angeht, so hat IStGH-Vorverfahrenskammer III im Bemba-Verfahren ziemlich weitgehend festgehalten.⁴⁸

„With regard to the term ‚coercion‘, the Chamber notes that it does not require physical force. Rather, threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or military presence.“

Wenn eine Zustimmung aufgrund der nötigen Umstände ausscheidet, kann auch ein Irrtum über das tatsächliche Vorliegen einer Zustimmung („mistake of fact“)⁴⁹ nicht

⁴⁴ S. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.6.2001 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac u.a.), para. 131 („need to presume non-consent here“). S. auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 207 (Bezug nehmend auf die Kunarac-Berufungskammer und auf die Furundzija-Hauptverhandlungskammer) und Rn. 208 (bzgl. sexueller Sklaverei); *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 46 („concept of non-consent“); *Schomburg/Peterson*, *American Journal of International Law* 101 (2007), 121 (138).

⁴⁵ So auch ICTR (Appeal Chamber), Urt. v. 7.7.2006 – ICTR-2001-64-A (Prosecutor v. Gacumbitsi), paras 151-157; ähnlich *Schomburg/Peterson*, *American Journal of International Law* 101 (2007), 121 (139).

⁴⁶ IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24), siehe dort Fn. 16 zu Art. 7 Abs. 1 lit. g-1: „It is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity.“ Diese Fußnote findet auch Anwendung auf die entsprechenden Elemente von Art. 7 Abs. 1 lit. g-3, 5 und 6. S.a. dort die wortgleiche Fn. 51 bzgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxii)-1, (xxii)-3, (xxii)-5, (xxii)-6; und wortgleiche Fn. 63 bzgl. Art. 8 Abs. 2 lit. e (vi)-1, (vi)-3, (vi)-5, (vi)-6.

⁴⁷ Siehe zu Täuschung auch Fn. 20 der IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24): „It is understood that ‚genuine consent‘ does not include consent obtained through deception“.

⁴⁸ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), para. 162 (S. 57). Zu einer ähnlichen Auslegung s. ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 688.

⁴⁹ Ein bekanntes Beispiel ist der Fall des Boxers Mike Tyson, der im Jahre 1992 in Indianapolis dafür verurteilt wurde, die 18-jährige Desiree Washington vergewaltigt zu haben, obwohl er sich in seiner Verteidigung auf eine Zustimmung des Opfers berufen hatte (dazu *Cavallaro*, *Journal of Criminal*

glaubwürdig vorgebracht werden. Ein angeblicher Rechtsirrtum („mistake of law“) im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Zustimmung im bewaffneten Konflikt – krass: ein angebliches (Gewohnheits-)Recht auf sexuelle Übergriffe im bewaffneten Konflikt – wäre jedenfalls gemäß Art. 32 Abs. 2 IStGH-Statut unbeachtlich.⁵⁰

b) Sexuelle Sklaverei (*sexual slavery*)

Sexuelle Sklaverei ist eine besondere Form der Sklaverei i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut.⁵¹ Sie kann von einer oder auch mehreren Personen im Rahmen eines gemeinsamen kriminellen Zwecks („common criminal purpose“) begangen werden.⁵² Die Definition in den Verbrechenselementen lautet:⁵³

Law & Criminology 86 [1996], 815 [bezugnehmend auf Tyson 835 f. mit Fn. 90]). Der United States Uniform Code of Military Justice (United States Code, Title 10, Subtitle A, Part II, Chapter 47) enthält sogar eine ausdrückliche Vorschrift zum „mistake of fact as to consent“ (Art. 120 (t) (15): The term ‚mistake of fact as to consent‘ means the accused held, as a result of ignorance or mistake, an incorrect belief that the other person engaging in the sexual conduct consented. The ignorance or mistake must have existed in the mind of the accused and must have been reasonable under all the circumstances. To be reasonable the ignorance or mistake must have been based on information, or lack of it, which would indicate to a reasonable person that the other person consented. Additionally, the ignorance or mistake cannot be based on the negligent failure to discover the true facts. Negligence is the absence of due care. Due care is what a reasonably careful person would do under the same or similar circumstances. The accused’s state of intoxication, if any, at the time of the offense is not relevant to mistake of fact. A mistaken belief that the other person consented must be that which a reasonably careful, ordinary, prudent, sober adult would have had under the circumstances at the time of the offense.“

⁵⁰ Vorausgesetzt, dass eine mögliche Zustimmung nicht – im Sinne des deutschen Einverständnisses – den objektiven Tatbestand entfallen lassen, sondern als ein in sonstiger Weise die Verantwortlichkeit ausschließender Grund (genauer: rechtfertigender Grund i.S.d. Einwilligung) wirken würde. Zur komplizierten Irrtumsregelung des Art. 32 IStGH-Statut vgl. *Ambos* (Fn. 9), § 7 Rn. 97 ff.

⁵¹ *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 208 (S. 442); *Schabas* (Fn. 31), Art. 7 S. 172; *Werle* (Fn. 31), Rn. 842; auch ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the Confirmation of the Charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga u.a.), para. 430; SCSL (Trial Chamber II), Urt. v. 20.7.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 706.

⁵² Siehe Fn. 17 der IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24): „Given the complex nature of this crime, it is recognized that its commission could involve more than one perpetrator as a part of a common criminal purpose.“

⁵³ IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24) zu Art. 7 Abs. 1 lit. g-2, Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxii)-2, Art. 8 Abs. 2 lit. e (vi)-2. *Dyani*, African Journal of International and Comparative Law

„1. The perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty.

2. The perpetrator caused such person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature.“

Zentrale Merkmale des Tatbestands sind im Lichte dieser Definition die Ausübung eines Eigentumsrechts („chattel slavery“) sowie – damit einhergehend – ein Autonomieverlust des Opfers.⁵⁴ Die Liste der in Abs. 1 der Definition aufgezählten Eigentumsrechte ist nicht abschließend.⁵⁵ Die Freiheitsberaubung kann von Zwangsarbeit oder anderen Umständen begleitet sein, die das Opfer auf einen „unterwürfigen Status“ („servile status“) reduzieren.⁵⁶ Der Autonomieverlust des Opfers wird bei sexueller Sklaverei durch sexuelle Handlungen (Abs. 2 der Definition), die nicht notwendigerweise Vergewaltigungen sein müssen, verschärft.⁵⁷ Wegen des Merkmals der Freiheitsentziehung stellt die sexuelle Sklaverei ein Dauerdelikt dar.⁵⁸

Formen sexueller Sklaverei können beispielsweise in dem Gefangenhalten von Frauen in „rape camps“, „comfort stations“ (wie sie bspw. von der japanischen Armee im zweiten Weltkrieg errichtet wurden) oder auch in Privathäusern⁶⁰

15 (2007), 230 (237 in dortiger Fn. 69) betont die Fortentwicklung dieser Definition gegenüber derjenigen aus dem allgemeinen Sklaverei-Abkommen von 1926 (60 U.N.S.T. 254); *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (477) sieht Parallelen zu der ergänzenden Konvention zur Abschaffung der Sklaverei von 1956 (Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices similar to Slavery, 7.9.1956, 266 U.N.T.S. 3).

⁵⁴ Siehe auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 208.

⁵⁵ SCSL (Trial Chamber II), Urt. v. 20.7.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 709.

⁵⁶ SCSL (Trial Chamber II), Urt. v. 20.7.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 709. Siehe auch Fn. 18 der IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24): „It is understood that such deprivation of liberty may, in some circumstances, include exacting forced labour or otherwise reducing a person to a servile status as defined in the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices similar to Slavery of 1956. It is also understood that the conduct described in this element includes trafficking in persons, in particular women and children.“

⁵⁷ *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (477).

⁵⁸ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 49.

⁵⁹ Dazu ICTY (Prosecutor), Anklage v. 26.6.1996 – IT-96-23-1 (Prosecutor v. Gagovic [Foca]), paras. 1.5, 4.8.

⁶⁰ Dazu ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 22.2.2001 – IT-96-23-T (Prosecutor v. Kunarac u.a.), para. 744. Da das ICTY-Statut keine spezielle Vorschrift für sexuelle Sklaverei enthält, beruht die Verurteilung auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form von Vergewaltigung und Sklaverei (Art. 5 lit. c und g ICTY-Statut).

zu sehen sein. Sexuelle Sklaverei kann auch Verhaltensweisen erfassen, bei denen Frauen wie Sachen behandelt werden und die (dadurch) das zwingende völkerrechtliche Verbot der Sklaverei verletzen.⁶¹ Insoweit sind insbesondere (temporäre) *Zwangsheiraten* diskutiert worden. Das Sierra Leone-Sondertribunal hat zunächst in erster Instanz solche Zwangsheiraten als sexuelle Sklaverei angesehen,⁶² die Berufungskammer hat sie jedoch als eigenständiges Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form von „other inhuman acts“ (Art. 2 lit. i SCSL-Statut) charakterisiert⁶³ und festgestellt:

„While forced marriage shares certain elements with sexual slavery such as non-consensual sex and deprivation of liberty, there are also distinguishing factors. First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the ‚husband‘ and ‚wife‘, which could lead to disciplinary consequences [sic!] for breach of this exclusive arrangement. These distinctions imply that forced marriage is not predominantly a sexual crime.“⁶⁴

Demgegenüber erfasst sexuelle Sklaverei nach Ansicht der IStGH-Vorverfahrenskammer I auch Situationen von Zwangsheirat, häuslicher Knechtschaft oder Formen von Zwangsarbeit, die mit sexuellen Aktivitäten, einschließlich Vergewaltigungen, einhergehen.⁶⁵

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite fordert das Sierra Leone-Tribunal, dass der Täter sich willentlich an den Handlungen der sexuellen Sklaverei beteiligen oder davon begründete Kenntnisse („reasonable knowledge“) haben müsse.⁶⁶

c) Zwangsprostitution (enforced prostitution)

Zwangsprostitution wird in den Verbrochenselementen wie folgt definiert:⁶⁷

„1. The perpetrator caused one or more persons to engage in one or more acts of a sexual nature by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person’s or persons’ incapacity to give genuine consent.

2. The perpetrator or another person obtained or expected to obtain pecuniary or other advantage in exchange for or in connection with the acts of a sexual nature.“

Abs. 1 definiert die Tathandlung recht weit, soll doch die durch die genannten Formen der Nötigung erzwungene Beteiligung einer oder mehrerer Personen an sexuellen Handlungen zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen. Nach dem zweiten Absatz ist auf eine Gewinnerwartung des Täters und nicht die Perspektive des Opfers abzustellen.⁶⁸ Ferner werden die sexuellen Handlungen nicht vom Opfer, wie es mitunter bei „nationaler“ Prostitution der Fall ist, sondern vom Täter initiiert.⁶⁹ Gegenüber der sexuellen Sklaverei stellt die Zwangsprostitution einen Auffangtatbestand dar, weil die für jene typischen Begleitumstände fehlen.⁷⁰ Auch der Zwangsprostitution wohnt jedoch ein Merkmal der Dauer inne, muss sich das Opfer doch für einen bestimmten Zeitraum in der Zwangssituation befunden haben; insoweit kann man von einem Dauerdelikt sprechen. Andererseits kann es sich um ein Erfolgsdelikt handeln, wenn nur eine sexuelle Tathandlung verwirklicht wird.⁷¹

d) Erzwungene Schwangerschaft (forced pregnancy)

Erzwungene Schwangerschaft ist das einzige ausdrücklich im IStGH-Statut definierte Sexualdelikt. Art. 7 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut bestimmt:

„Bedeutet ‚erzwungene Schwangerschaft‘ die rechtswidrige Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer

⁶¹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the Confirmation of the Charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga u.a.), para. 431.

⁶² SCSL (Trial Chamber II), Urt. v. 20.7.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 703-713.

⁶³ SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Brima u.a.), paras. 181-203 (195, 202); zust. *Jain*, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 1013 (1013, 1022: „long overdue“); *Doherty*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 327 (331 ff.).

⁶⁴ SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 195.

⁶⁵ ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the Confirmation of the Charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga u.a.), para. 431. S. auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 208.

⁶⁶ SCSL (Trial Chamber II), Urt. v. 20.7.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 708.

⁶⁷ IStGH-Verbrochenselemente (Fn. 24) zu Art. 7 (1) (g)-3, Art. 8 (2) (b) (xxii)-3, Art. 8 (2) (e) (vi)-3.

⁶⁸ Vgl. in diesem Sinne auch § 181a StGB. Zur Abgrenzung von erzwungener Schwangerschaft zu nationalen Straftatbeständen der Prostitution: *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 49 („The second non-contextual element makes clear that this crime is entirely different in nature from the ordinary crime of prostitution under national law, because it includes expectation by the perpetrator who coerced the victim to engage in one or more acts of a sexual nature, not an expectation of advantage by the person engaging in those acts“).

⁶⁹ Siehe zu der insoweit unzutreffenden Kritik *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 48; s. auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 209.

⁷⁰ *Bedont/Hall-Martinez*, Brown Journal of World Affairs 1999, 65 (73); siehe auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 203; *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 49.

⁷¹ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 50; *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 209.

Bevölkerung zu beeinflussen oder andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht zu begehen.“

Den Verbrechenselementen ist insoweit ergänzend Folgendes zu entnehmen:

„1. The perpetrator confined one or more women forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law.“⁷²

Das Delikt bestraft sowohl eine Zwangsbefruchtung (Schwangerschaft als Ergebnis einer Vergewaltigung oder einer illegalen medizinischen Behandlung) als auch eine erzwungene Mutterschaft (Zwang, eine Schwangerschaft auszutragen). Präzedenzfälle in der Rechtsprechung existieren nicht.⁷³ Die rechtswidrige Gefangenhaltung umfasst alle Formen von Freiheitsentzug in Widerspruch zum Völkerrecht.⁷⁴ Die Zwangsausübung („forcibly made pregnant“) muss nicht unbedingt in der Ausübung physischer Gewalt bestehen, vielmehr reicht jede Form von Zwang aus.⁷⁵ Die Schwängerung kann vor oder während der Gefangenhaltung erfolgen, da der Tatbestand insoweit keine zeitliche Festlegung trifft.⁷⁶

Der Täter muss – nach der deutschen Übersetzung – mit der „Absicht“ handeln, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen oder das Völkerrecht in anderer schwerwiegender Weise zu verletzen. Die darin liegende voluntative Auslegung, die auch in der internationalen Diskussion vorherrscht („specific“ oder „special“ intent),⁷⁷ ist nicht zwingend, denn der „intent“-Begriff ist ambivalent und kann auch in einem kognitiven Sinne verstanden werden.⁷⁸ Die „Spezialität“ des erforderlichen intent besteht jedenfalls in der darin zum Ausdruck kommenden Angriffsrichtung auf die ethnische Zusammensetzung der betroffenen Bevölkerung. „Speziell“ ist an der geforderten Absicht also, dass sie über den allgemeinen, auf die Schwängerung und Gefangenhaltung beschränkten Vorsatz insofern hinausgeht, als die Tathandlung auf eine Änderung der ethnischen Zusammensetzung der betroffenen Bevölkerung abzielen muss.⁷⁹ Die sonstigen in Bezug genommenen Völkerrechtsverletzungen

⁷² IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24) zu Art. 7 Abs. 1 lit. g-4, Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxii)-4, Art. 8 Abs. 2 lit. e (vi)-4.

⁷³ Zur Entwicklung der Vorschrift siehe *de Brouwer* (Fn. 10), S. 143 ff.; *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 210.

⁷⁴ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 para. 111.

⁷⁵ Vgl. *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 112, wonach die zwangsweise Schwängerung auch als Vergewaltigung oder „andere Form sexueller Gewalt vergleichbarer Schwere“ (Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut) strafbar sein kann.

⁷⁶ *Werle* (Fn. 31), Rn. 883.

⁷⁷ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 113 („specific intent“); *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 210 („special intent“).

⁷⁸ Siehe zuletzt *Ambos*, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 833 (842 f.).

⁷⁹ Zum kulturellen Kontext insoweit *Gabriel*, *Eyes on the ICC* 1 (2004), 43 (49): „the rapist is a person of different ethnicity and belongs to a culture, society, or religion in which the ethnicity of the father is considered to determine the ethnicity of the child“.

umfassen Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und erzwungenes Verschwindenlassen.⁸⁰

Wie Art. 7 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut in fine klarstellt, sollen innerstaatliche Schwangerschaftsregelungen von der Vorschrift nicht beeinflusst werden, insbesondere sollen Schwangerschaftsabbrüche nicht als Folge erzwungener Schwangerschaften ausgelegt und damit gerechtfertigt werden können.⁸¹

e) Zwangssterilisation (enforced sterilisation)

Zwangssterilisation wird in den Verbrechenselementen wie folgt definiert:

„1. The perpetrator deprived one or more persons of biological reproductive capacity.

2. The conduct was neither justified by the medical or hospital treatment of the person or persons concerned nor carried out with their genuine consent.“

Nach einer Fußnote in den Verbrechenselementen ist die o.g. „deprivation [...] not intended to include birth-control measures which have a non-permanent effect in practice“.⁸² Maßnahmen der Geburtenkontrolle ohne dauerhafte Wirkung sollen also von der Kriminalisierung ausgenommen werden. Dies ist nicht vollends überzeugend, weil die Tathandlung, wie in sie Abs. 1 definiert wird, nicht die dauerhafte Entziehung der Zeugungsfähigkeit ausschließt und diese zur Vernichtung einer Gruppe i.S.e. Genozids führen kann. Jedenfalls stellt sie, wenn auch nur mit vorübergehender Wirkung, einen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Selbstbestimmung dar.⁸³ Ein klassisches Beispiel für diese Tathandlung stellt die NS-Politik der Rassenhygiene und der medizinischen Experimente an Gefangenen dar.⁸⁴ Das Element des „Zwangs“ („enforced“) impliziert, dass eine (echte und aufgeklärte) Zustimmung („genuine consent“, siehe Abs. 2 der o.g. Definition) den Tatbestand ausschließt.⁸⁵

f) Andere Form sexueller Gewalt (other form of sexual violence)

Art. 7 Abs. 1 lit. g und Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxii) und lit. e (iv) IStGH-Statut stellen klar, dass die Liste der genannten Sexualdelikte nicht abschließend ist, indem sie „jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere“, „jede andere Form sexueller Gewalt, die ebenfalls eine schwere Verletzung der Genfer Abkommen darstellt“ oder einen „schweren Verstoß gegen den gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Abkommen“ pönalisieren. Dies ist im Sinne eines gemeinsamen Auffangtatbestands in den Verbrechenselementen für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen jeweils wortgleich wie folgt definiert:

⁸⁰ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 113.

⁸¹ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 51, 114; zur Sichtweise des Vatikan siehe *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 210.

⁸² Fn. 19 der IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24). Siehe auch *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 211.

⁸³ Siehe *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 52.

⁸⁴ *Werle* (Fn. 31), Rn. 847; *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 52.

⁸⁵ Vgl. *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 211.

„1. The perpetrator committed an act of a sexual nature against one or more persons or caused such person or persons to engage in an act of a sexual nature by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person's or persons' incapacity to give genuine consent.“

Wie häufig bei solchen Auffangtatbeständen stellt sich die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit. Eine solche kann nur durch eine restriktive Auslegung erreicht werden, die sich an den oben erläuterten spezifischen Tathandlungen orientieren muss. So muss die „andere Form sexueller Gewalt“ von „vergleichbarer Schwere“ zu den in Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut definierten Verhaltensformen und den schweren Verletzungen der Genfer Konventionen oder des gemeinsamen Art. 3 sein.⁸⁶ Dies ist ein objektiver Maßstab,⁸⁷ der eine Mindestschwere voraussetzt und damit weniger schwere Formen sexueller Gewalt – ungeachtet ihrer Subsumtion unter sonstige Tatbestände (unten 2.) – ausschließt.⁸⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob Handlungen, die noch nicht einmal einen physischen Kontakt voraussetzen (wie etwa die im Fall Akayesu⁸⁹ berichteten öffentlichen Leibesübungen in unbekleideter Form) als sexuelle Gewalt vergleichbarer Schwere gelten können;⁹⁰ eher können sie als „Beeinträchtigungen der persönlichen Würde“ (dazu 2. a) bestraft werden.

Nach der oben zitierten Definition der Verbrechenselemente kann die sexuelle Handlung direkt von dem Täter begangen oder das Opfer mit entsprechendem Zwang dazu veranlasst werden. Die Zwangsausübung kann dabei – ähnlich weit wie im Akayesu-Fall⁹¹ – in unterschiedlicher Form erfolgen, auch durch Ausnutzung entsprechender, Zwang vermittelnder Umstände oder Ausnutzung der mangelnden Zustimmungsfähigkeit des Opfers.

2. Implizite Bestrafung sexueller Gewalt

a) Beeinträchtigungen der persönlichen Würde und Folter

Vergewaltigungen werden von der Rechtsprechung als Folter und Verletzung der persönlichen Würde betrachtet. So stellte der ICTR im Verfahren gegen Akayesu fest:

„[...] Like torture, rape is used for such purposes as intimidation, degradation, humiliation, discrimination, punishment, control or destruction of a person. Like torture, rape is a violation of personal dignity, and rape in fact constitutes torture when it is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.“⁹²

Im gleichen Sinne äußerte die Kammer im Verfahren gegen Semanza:

„Noting, in particular the extreme level of fear occasioned by the circumstances surrounding the event and the nature of the rape of victim A, the Chamber finds that the perpetrator inflicted severe mental suffering sufficient to form the material element of torture [...].“⁹³

Laurent Semanza, bourgemestre der Gemeinde Bicumbi (östlich der Hauptstadt Kigali gelegen), wurde verurteilt, gemeinschaftlich mit anderen eine unbestimmte Zahl von Personen zur Vergewaltigung von Tutsi-Frauen aufgestachelt und an deren Folterung und Tötung selbst beteiligt gewesen zu sein.⁹⁴

Ähnliche Stellungnahmen finden sich in der Rechtsprechung des ICTY. So wurden etwa im Celebici-Verfahren Vergewaltigung und andere Formen sexueller Gewalt als möglicherweise Folter begründende Verhaltensweisen angesehen.⁹⁵ Die Verfahrenskammer im Fall Furundzija stellte fest, dass eine Vergewaltigung der Folter gleichkomme und eine Verletzung der Menschenwürde und der physischen Integrität des weiblichen Opfers implizieren könne.⁹⁶ Im Fall Foca wurden Vorkommnisse erzwungener Nacktheit u.a. als Würdeverletzungen qualifiziert.⁹⁷ Auch das Sierra Leone-Tribunal bestraft Sexualdelikte als Ehrdelikte.⁹⁸

Beim IStGH wurde die Beziehung zwischen Sexualverbrechen und diesen Tatbeständen bisher nur im Bemba-Verfahren genauer thematisiert. So bemerkte die Vorverfahrenskammer II in der Entscheidung zur Bestätigung der Anklage:

„that also in the context of outrages upon personal dignity the Prosecutor presented the same conduct, related mainly to acts of rape, under different legal characterisations, namely articles 8 (2) (c) (ii) and 8 (2) (e) (vi) of the Statute. In the

⁸⁶ Siehe IStGH-Verbrechenselemente (Fn. 24), jeweils Element 2 zu Art. 7 Abs. 1 lit. g, Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxii)-1 und lit. e (vi)-1.

⁸⁷ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 53 (a.E.).

⁸⁸ Instruktive Darstellung der Entstehungsgeschichte bei *Cottier* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 212; für eine restriktive Auslegung auch *Zimmermann*, in: Triffterer (Fn. 6), Art. 8 Rn. 316.

⁸⁹ ICTR (Trial Chamber I), Ur. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 688.

⁹⁰ Hierfür *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 53; dagegen offenbar *de Brouwer* (Fn. 10), S. 159 ff.

⁹¹ ICTR (Trial Chamber I), Ur. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 598; *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 53.

⁹² ICTR (Trial Chamber I), Ur. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), paras 597, 687; ähnlich ICTY (Trial Chamber), Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Furundzija), para. 595.

⁹³ ICTR (Trial Chamber III), Ur. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), para. 482.

⁹⁴ ICTR (Trial Chamber III), Ur. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), para. 586.

⁹⁵ ICTY (Trial Chamber), Ur. v. 16.11.1998 – IT-96-21 (Prosecutor v. Delalic u.a.), paras. 495-496. Zu den maßgeblichen Ergebnissen im Celebici-Fall: *Askin* (Fn. 6), S. 96 ff.

⁹⁶ ICTY (Trial Chamber), Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Furundzija), para. 595.

⁹⁷ ICTY (Trial Chamber), Ur. v. 22.2.2001 – IT-96-23-T (Prosecutor v. Kunarac et al.), paras 773-774.

⁹⁸ Siehe z.B. SCSL (Trial Chamber II), Ur. v. 20.7.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima u.a.), para. 705.

opinion of the Chamber, most of the facts presented by the Prosecutor at the Hearing reflect in essence the constitutive elements of force or coercion in the crime of rape, characterising this conduct, in the first place, as an act of rape. In the opinion of the Chamber, the essence of the violation of the law underlying these facts is fully encompassed in the count of rape.⁹⁹

Die Kammer kam daher zu dem Schluss, dass „in this particular case the count of outrage upon personal dignity is fully subsumed by the count of rape, which is the most appropriate legal characterisation of the conduct presented.“¹⁰⁰

Auch die Tatbestandsmerkmale der Folter seien in der Vergewaltigung enthalten.¹⁰¹

Im Ergebnis würden Folter (als Verbrechen gegen die Menschlichkeit) und Beeinträchtigungen der persönlichen Würde (als Kriegsverbrechen) von der Vergewaltigung (als Verbrechen gegen die Menschlichkeit) konsumiert („fully subsumed“),¹⁰² da sich die Vergewaltigung von der Folter nur durch ein zusätzliches Merkmal, nämlich die Penetration, unterscheidet,¹⁰³ und – im Hinblick auf die Würdebeeinträchtigungen – deren konstitutiven Merkmale von Gewalt oder Nötigung beinhalte.¹⁰⁴ Dies ist überzeugend,¹⁰⁵ allerdings erschließen sich die Erwägungen der Kammer nur vor dem Hintergrund einer Konkurrenzlehre, die für das Völkerstrafrecht noch systematisch zu entwickeln ist¹⁰⁶ und die Kehrseite der bei den ad hoc-Tribunalen weit verbreiteten angloamerikanischen Praxis der Kumulierung von Anklagepunkten („cumulative charging“) darstellt.¹⁰⁷ Auf jeden Fall muss die Anklagebehörde, selbst wenn in Fällen von Folter mit (zusätzlicher) Penetration der Tatbestand der Vergewaltigung das Tatgeschehen erschöpfend erfassen mag,¹⁰⁸ dann wegen

Folter anklagen, wenn das Merkmal der Penetration fehlt.¹⁰⁹ Ungeachtet der korrekten Anwendung der Konkurrenzregeln bestätigt diese Diskussion, dass der Tatbestand der Folter in dem der Vergewaltigung enthalten ist und diese tatsächlich häufig Folter darstellen kann.¹¹⁰

b) Genozid

Sexuelle Gewalt kann unter drei Tathandlungen des Genozid i.S.v. Art. 6 IStGH-Statut fallen.¹¹¹

- „b) Verursachung von schwerem körperlichem oder seelischem Schaden an Mitgliedern der Gruppe;
- c) vorsätzliche Auferlegung von Lebensbedingungen für die Gruppe, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen;
- d) Verhängung von Maßnahmen, die auf die Geburtenverhinderung innerhalb der Gruppe gerichtet sind [...].“

Schwerer körperlicher Schaden meint nicht-tödliche physische Gewalt, die zu Verstümmelungen und schweren – nicht notwendig unheilbaren¹¹² – Verletzungen der äußeren oder inneren Organe oder Sinne führt.¹¹³ Darunter kann auch sexuelle Gewalt, die schwere körperliche oder geistige Verletzungen verursacht, fallen.¹¹⁴ Das Verursachen schwerer geis-

Pierre Bemba Gombo), para. 204 („the most appropriate legal characterization“). Nach Amnesty International Report Rape (Fn. 41), S. 38 ff. ist auch in Fällen einer ‘penetration‘ stets eine zusätzliche Anklage wegen Folter erforderlich.

¹⁰⁹ Siehe in casu ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Art. 61 (7) (a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), paras. 206 ff.

¹¹⁰ Siehe auch *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 44 („criminal acts aimed at the physical and mental integrity of a person [...], more often than not, constitute torture.“); auch Art. 7 Rn. 55 mit Nachweisen zur Rspr.

¹¹¹ Eine solche Verbindung wurde nur vom ICTR hergestellt, vgl. u. Fn. 112, 113, 114, 118; eingehend zu dessen Rspr. *Ayat*, International Criminal Law Review 10 (2010), 787 (809 ff.). Ausführlich aus feministischer Sicht zur Beziehung zwischen sexueller Gewalt und Genozid *Engle*, American Journal of International Law 99 (2005), 792; s. auch *Schomburg/Peterson*, American Journal of International Law 101 (2007), 121 (128 f.); zur impliziten Bestrafung als Völkermord (insb. nach Art. 6 lit. b, lit. d IStGH-Statut) siehe auch *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, Rn. 813, 815 f.

¹¹² ICTR (Trial Chamber III), Urt. v. 17.6.2004 – ICTR-2001-64-T (Prosecutor v. Gacumbitsi), para. 291.

¹¹³ ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 12.3.2008 – ICTR-2001-66-I (Prosecutor v. Seromba), para. 46; *Werle* (Fn. 31), Rn. 687, mit zusätzlichen Nachweisen zur Rspr.; vgl. auch *Schomburg/Peterson*, American Journal of International Law 101 (2007), 121 (129).

¹¹⁴ Vgl. ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), paras. 706, 731, das zugleich das erste Urteil war, dass sexuelle Gewalt als Teil des Völkermordes in Ruanda anerkannt hat. Ähnlich ICTR (Trial

⁹⁹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Art. 61 (7) (a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), para. 310.

¹⁰⁰ Ebda., para. 312.

¹⁰¹ Ebda., para. 204 (Fn. weggelassen).

¹⁰² Ebda., para. 205, 312.

¹⁰³ Ebda., para. 204.

¹⁰⁴ Ebda., para. 310 („reflect in essence the constitutive elements of force or coercion“).

¹⁰⁵ A.A. die Anklagebehörde (allerdings ohne Begründung), vgl. ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Art. 61 (7) (a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), para. 16, 17 und ICC (Pre-Trial Chamber II), Public Redacted Version of the Amended Document containing the charges filed v. 30.3.2009 – ICC-01/05-01/08-395-Anx3 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Count 3 auf S. 35 (bzgl. Vergewaltigung und Folter).

¹⁰⁶ Vgl. für erste Ansätze *Hünerbein*, Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht: Schuldpruch und Strafe, 2005.

¹⁰⁷ Siehe *Ambos*, Leiden Journal of International Law 22 (2009), 715 (723) m.w.N.

¹⁰⁸ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Art. 61 (7) (a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-

tiger Schäden setzt keinen physischen Angriff oder irgendeine physische Auswirkung des geistigen Schadens voraus.¹¹⁵ Schädlichen psychischen Folgen der durch sexuelle Gewalt begangenen Verbrechen wird somit die gleiche Bedeutung wie physischen Folgen beigemessen.¹¹⁶ In einem ähnlichen Sinne kann ein schwerer geistiger Schaden als eine Art Verschlechterung der geistigen Fähigkeiten oder eine Schädigung des geistigen Zustands des Opfers verstanden werden.

Sexuelle Gewalt kann auch einer Auferlegung vernichtender Lebensbedingungen (Art. 6 lit. c IStGH-Statut) gleichkommen. Diese Tathandlung verbietet Maßnahmen, die zwar nicht unmittelbar töten, aber die schleichende Vernichtung der Mitglieder einer geschützten Gruppe bewirken (sog. „slow death measures“).¹¹⁷ So stellen etwa Massenvergewaltigungen zwar keine „Lebensbedingungen“ im eigentlichen Sinne dar, sie könnten sich aber bei einer systematischen und wiederholten Begehung, gegebenenfalls im Zusammenhang mit anderen Maßnahmen, auf diese Bedingungen auswirken.¹¹⁸

Auf Geburtenverhinderung gerichtet (Art. 6 lit. d IStGH-Statut) sind Maßnahmen,¹¹⁹ die sich gegen die biologische Existenz einer Gruppe richten. Sie können sowohl in physischer als auch psychischer (mentaler) Weise ausgeführt werden,¹²⁰ etwa durch Zwangssterilisationen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut,¹²¹ erzwungene Geburtenkontrolle, etc.¹²²

Chamber II), Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana), para. 108, wo im Zusammenhang zum Genozid festgestellt wird, dass „acts of sexual violence, rape, mutilations and interrogations combined with beatings, and/or threats of death, were bodily harm“; s. auch ICTR (Trial Chamber III), Urt. v. 17.6.2004 – ICTR-2001-64-T (Prosecutor v. Gacumbitsi), paras. 291-293; *Werle* (Fn. 31), Rn. 687 m.w.N.

¹¹⁵ *Werle* (Fn. 31), Rn. 688.

¹¹⁶ ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 731; *Werle* (Fn. 31), Rn. 688.

¹¹⁷ ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 505; *Werle* (Fn. 31), Rn. 690.

¹¹⁸ ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana), para. 116; *Werle* (Fn. 31), Rn. 690 und 692.

¹¹⁹ *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (455) sieht darin einen explizit auf sexuelle Gewalt bezogenen Straftatbestand.

¹²⁰ ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 508 („measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate.“).

¹²¹ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 52.

¹²² ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 507 („measures intended to prevent births within the group, should be construed as sexual mutilation, the practice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages.“).

Vergewaltigung kann dieser Tathandlung unterfallen, wenn dadurch z.B. bewirkt wird, dass das Opfer aufgrund des erlittenen Traumas von einer Fortpflanzung absieht.¹²³ Außerdem wurde die Tathandlung bei Massenvergewaltigungen als erfüllt angesehen, mit denen bezweckt wurde, die ethnische Zusammensetzung einer Gruppe zu ändern (z.B. in patriarchalen Gesellschaften, in denen Kinder als der ethnischen Gruppe des Vaters angehörig gelten).¹²⁴

c) Verbrechen gegen die Menschlichkeit der Verfolgung

Die Einordnung weit verbreiteter und systematischer Sexualdelikte als Verfolgung im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut würde erfordern, dass die Opfer aus einem der dort aufgezählten Gründe als eine „identifizierbare Gruppe“ verfolgt würden und diese Verfolgung „in Verbindung“ mit anderen in Art. 5-8 IStGH-Statut enthaltenen Taten durchgeführt würde. Ein Verfolgungsgrund ist relativ einfach nachweisbar, weil darunter alle „universell anerkannten“ Gründe, insbesondere solche des Geschlechts, fallen.¹²⁵ Schwieriger wird es in der Regel, sei es aus objektiver oder subjektiver Sicht,¹²⁶ nachweisbar sein, dass die häufig weiblichen Opfer von Sexualdelikten eine hinreichend „identifizierbare“ Gruppe darstellen, zumal das „Geschlechts“-Kriterium wohl weniger präzise ist als die anderen Gründe. Hinzu kommt, dass sich eine im Rahmen eines makro-kriminellen Gesamtgeschehens ereignende Verfolgung zumeist nicht „nur“ gegen die Opfer von Sexualdelikten richtet, sondern diese Sexualdelikte eher im Rahmen der Verfolgung einer anders identifizierbaren Gruppe zusammen mit anderen Verbrechen (z.B. Tötungen, Plünderungen, etc.) begangen werden.¹²⁷

¹²³ ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 508; s. auch *Werle* (Fn. 31), Rn. 694.

¹²⁴ ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 507; siehe auch *Werle* (Fn. 31), Rn. 694. Ähnlich zu einer systematischen Politik der „Zwangsbefruchtung“ („forced impregnation“) als Genozid durch systematische Vergewaltigung *Engle*, American Journal of International Law 99 (2005), 792.

¹²⁵ Vgl. *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 69 mit Hinweis auf die besondere Bedeutung von „gender grounds“ im IStGH-Statut (Art. 7 Abs. 3) und der Subsumtion unter die universell anerkannten Gründe. Ein derartiger Rückgriff erscheint allerdings im Hinblick darauf, dass Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut „gender“ ausdrücklich erfasst und dies gemäß Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut geschlechtsneutral zu verstehen ist, nicht notwendig.

¹²⁶ *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 60.

¹²⁷ So wurde ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit der Verfolgung von ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (Prosecutor v. Kvočka u.a.) angenommen, wobei die diskriminierte Gruppe die „Nicht-Serben“ darstellten (para. 196), die eben aus ethnischen Gründen verfolgt wurden (para. 195-197). Die „Verfolgungstaten“, begangen im Gefangenenlager „Omarska“, bestanden in Tötungen, Folterungen, Vergewaltigungen, Schlägen und anderen Formen physischer und mentaler Gewalt (para. 197). Im Ergeb-

III. Prozessuale Besonderheiten – thematische Schwerpunktermittlungen?

Einhergehend mit der zunehmenden öffentlichen Wahrnehmung von sexueller Gewalt in bewaffneten Konflikten wird auch zunehmend eine unzureichende Strafverfolgung beklagt.¹²⁸ Dies geschieht auch vor dem Hintergrund der bei der Verfolgung solcher Verbrechen auftretenden praktischen Schwierigkeiten (z.B. geringe Aussagebereitschaft der Opfer, Gefahr einer Re-Viktimisierung) und prozessualen Besonderheiten (z.B. erhöhte Anforderungen des Opferschutzes¹²⁹, erschwerte Beweisbarkeit von Sexualstraftaten¹³⁰). Deshalb wird seit einiger Zeit verstärkt über die Notwendigkeit und Möglichkeit von schwerpunktmäßigen Ermittlungen i.S.d. oben schon erwähnten „thematic investigations and prosecutions“ diskutiert.¹³¹ In der Sache geht es dabei um die vorrangige Ermittlung und Verfolgung von Sexualverbrechen bei entsprechender Konzentration der Ermittlungsressourcen auf diese Delikte.¹³² Problematisch an einem solchen Ansatz ist, dass die Ermittlungsbehörden großflächige makrokriminelle Geschehnisse zunächst in ihrer Gesamtheit betrachten und erst nach einer ersten Prüfung eventuell begangener Straftaten eine Schwerpunktsetzung vornehmen können. Zudem kann die vorrangige Behandlung bestimmter Taten bei nur gleich bleibenden (beschränkten) Ressourcen, eine gerade für den IStGH typische Situation, zu Lasten anderer, ebenfalls schwerer und wichtiger Delikte gehen. „Thematische Ermittlungen“ können deshalb nur im Sinne von Schwerpunktermittlungen ohne Ausschlusswirkung bezüglich anderer Straftaten verstanden werden, ähnlich wie sie sich in Form von Schwerpunktstaatsanwaltschaften für bestimmte Kriminalitätsbereiche (Betäubungsmittel-, Wirtschaftsstraftaten, etc.)

nis ähnlich wohl auch *Boot/Hall* (Fn. 6), Art. 7 Rn. 72 (die Vergewaltigung neben anderen Delikten erwähnend).

¹²⁸ Siehe z.B. *Lawson*, Southern Illinois University Law Journal 33 (2008/2009), 181 (204 ff.); *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (433, 435) m.w.N.

¹²⁹ Vgl. Art. 68 IStGH-Statut; dazu auch *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (483).

¹³⁰ Die direkten Zeugen sind oft nicht verfügbar oder nicht aussagebereit, sodass man, wenn überhaupt, nur auf Zeugen vom Hörensagen zurückgreifen kann. Eine Spurensicherung am Tatort oder eine Untersuchung der Tatopfer scheidet häufig an den politischen, sozialen und kulturellen Umständen. Zur schwierigen Zeugenlage s. auch *Franklin*, The Georgetown Journal of Gender and the Law 9 (2008), 181 (209 ff.).

¹³¹ Vgl. o. Fn. 8 und zugehörigen Text; näher dazu demnächst *Ambos* in dem oben (Fn. 8) erwähnten Konferenzband. Zur Bedeutung solcher Schwerpunktermittlungen am IStGH siehe *Sácouto/Cleary*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 337.

¹³² In diesem Sinne definiert von den Veranstaltern der o. Fn. 8 erwähnten Konferenz, vgl. <http://www.fichl.org/activities/thematic-investigation-and-prosecution-of-international-sex-crimes/> (zugegriffen am 24.3.2011).

in nationalen Strafjustizsystemen etabliert haben. Dabei muss es im Rahmen der internationalen Strafjustiz vor allem um die Professionalisierung und Spezialisierung der Ermittlungsbehörden gehen, etwa durch die Einrichtung spezialisierter Einheiten wie die bei der Anklagebehörde des IStGH angesiedelte „Gender and Children Unit“¹³³. Auf kriminalpolitischer Ebene kann durch die Schaffung von Beratungsgremien oder die Ernennung von „Politikberatern“¹³⁴ die strategische Schwerpunktsetzung der Verfolgungsbehörde deutlich gemacht werden. So verstandene thematische Ermittlungen können ein nützliches Mittel zur weiteren Schaffung von Problembewusstsein sein und zudem zur Bestätigung des strafrechtlichen Verbots sexueller Gewalt beitragen. Ferner können derartige Ermittlungen helfen, den makrokriminellen Gesamtzusammenhang der jeweiligen Verbrechen besser zu erfassen. In der Praxis des IStGH spielt die Verfolgung von Sexualstraftaten schon heute eine große Rolle,¹³⁵ im Bema-

¹³³ Vgl. *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (489).

¹³⁴ So hat IStGH-Chefankläger *Moreno Ocampo* am 28.11.2008 die U.S. amerikanische Rechtsprofessorin Prof. *Catharine A. MacKinnon* zur „Special Adviser on Gender Crimes“ ernannt, siehe ICC OTP Press Release v. 28.11.2008, ICC-OTP-20081126-PR377, abrufbar unter:

http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20%282008%29/icc%20prosecutor%20appoints%20prof_%20catharine%20a.%20mackinnon%20as%20special%20adviser%20on%20gender%20crimes (zugegriffen am 1.4.2011). Vgl. auch *Luping*, The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 17 (2009), 431 (494 ff.).

¹³⁵ Zu Anklagepunkten der *Vergewaltigung* s. ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the Confirmation of the Charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga u.a.), para. 442 ff.; ICC (Pre-Trial Chamber II), Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8.7.2005 as amended on 27.9.2005, Public redacted version – ICC-02/04-01/05-53 (Situation in Uganda), Count 2,3 (S. 12 f.); ICC (Pre-Trial Chamber II), Warrant of Arrest for Vincent Otti, Public redacted version v. 8.7.2005 – ICC-02/04-01/05-54 (Situation in Uganda), Count 3 (S. 13); ICC (Pre-Trial Chamber I), Warrant of Arrest for Ali Kushayb v. 27.4.2007 – ICC-02/05-01/07-3 (Situation in Darfur, Sudan), Counts 13, 14, 42, 43 (S. 8 f., 14 f.); ICC (Pre-Trial Chamber I), Warrant of Arrest for Ahmad Harun v. 27.4.2007 – ICC-02/05-01/07-2 (Situation in Darfur, Sudan), Count 13, 14, 42, 43 (S. 8 f., 13 f.); ICC (Pre-Trial Chamber I), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-1 (Situation in Darfur, Sudan), S. 6 („thousands of rapes“) and para. vii auf S. 8 (Anklagepunkt der Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit in mittelbarer Täterschaft); vgl. auch die Vorladungen an Verdächtige wegen der kenianischen „post election violence“, in denen diese u.a. der Vergewaltigung bezichtigt wurden (vgl. ICC Press Release, Pre-Trial Chamber II delivers six summonses to appear in the Situation in the Republic of Kenya, 9.3.2011, ICC-CPI-

Verfahren wurde sie zu einem Schwerpunkt des Verfahrens.¹³⁶

20110309-PR637, abrufbar unter: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pre_trial%20chamber%20ii%20delivers%20six%20summons%20to%20appear%20in%20the%20situation%20in%20the%20republic%20of%20kenya?lan=en-GB; zugegriffen am 24.3.2011). In ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the Confirmation of the Charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga u.a.), paras. 442 ff. wurden auch Anklagepunkte sexueller Sklaverei bestätigt; dazu auch ICC (Pre-Trial Chamber II), Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8.7.2005 as amended on 27.9.2005, Public redacted version – ICC-02/04-01/05-53 (Situation in Uganda), Count 1 (S. 12); ICC (Pre-Trial Chamber II), Warrant of Arrest for Vincent Otti, Public redacted version v. 8.7.2005 – ICC-02/04-01/05-54 (Situation in Uganda), Count 1 (S. 12). – Anklagepunkte der Verfolgung als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, welches u.a. durch sexuelle Gewalt begangen worden sein soll, sind in zwei Haftbefehlen enthalten (siehe ICC [Pre-Trial Chamber I], Warrant of Arrest for Ali Kushayb v. 27.4.2007 – ICC-02/05-01/07-3 [Situation in Darfur, Sudan], Count 10 [S. 8], Count 39 [S. 14]; ICC [Pre-Trial Chamber I], Warrant of Arrest for Ahmad Harun v. 27.4.2007 – ICC-02/05-01/07-2 [Situation in Darfur, Sudan], Count 10 [S. 8], Count 39 [S. 13]).

¹³⁶ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), vgl. o. Fn. 48, 99-104, 108, 109 und zugehöriger Text.

Umgang mit Amokdrohungen an Schulen*

Von Prof. Dr. Britta Bannenberg, Gießen

I. Einleitung

Unmittelbar nach Amoktaten insbesondere durch junge Täter gibt es in einigen Ländern – auch in Deutschland – Nachahmungseffekte, die sowohl ein weiteres Tötungsdelikt darstellen können, sehr viel häufiger jedoch in Ankündigungen einer derartigen Amoktat bestehen.¹ Angesichts der Folgen einer solchen Drohung oder diffusen Ankündigung, die in der Verbreitung von Angst und Schrecken liegen können, in Panikreaktionen von Kindern und Eltern, nicht zur Schule zu gehen, Verängstigungen und Verunsicherung von Lehrpersonal und Angestellten an Schulen, auch Evakuierungen von Schulen, Polizeieinsätzen, um eine großflächige Kontrolle des Schulgeländes durchzuführen und damit auch in Ressourcenfragen münden, ist eine Erforschung der Hintergründe und Ernsthaftigkeit derartiger Androhungen unerlässlich.

In einer im Jahr 2010 durchgeführten empirischen Studie wurden Drohungen mit einer Amoktat beschränkt auf Schulen untersucht.² Gegenstand der Untersuchung waren Strafverfahren mit dem Vorwurf einer Amokdrohung an hessischen Schulen im Zeitraum Januar bis Juli 2009. Beschuldigt waren ganz überwiegend Kinder, Jugendliche und Heranwachsende, Erwachsene nur sehr selten. Unklar ist, wie viele Erwachsene an Schulen oder an anderen Orten (etwa Behörden, Universitäten oder am Arbeitsplatz) mit einer Amoktat drohen und wie ernst diese Drohungen von potentiellen Anzeigerstatern und Polizei genommen werden. Es scheint aufgrund der Abläufe an Schulen eine besondere Sensibilität, vielleicht aber auch eine durch die Medien vermittelte selektive Sichtweise Betroffener zu bestehen, eine Amokdrohung an Schulen ernster zu nehmen als Drohungen von Erwachsenen.³ An Schulen ist aufgrund der bekannt gewordenen Tötungsdelikte und einer Vielzahl möglicher betroffener Personen (Schüler, Eltern, Lehrer, andere Personen) die Äußerung des Wortes „Amok“ sehr schnell ein Gerücht, das sich nicht mehr stoppen lässt. Es ist vielleicht auch eine gute Gelegenheit, einen missliebigen und verhaltensauffälligen Schüler von der Schule verweisen zu können. Das Dunkelfeld von Amokdrohungen ist unbekannt. Selektionseffekte sind jeden-

falls aus verschiedenen Gründen nicht auszuschließen und zeigen sich auch in dieser Studie.

II. Ziele der Studie

Die Ziele der Studie lagen in einer empirischen Auswertung von Amokdrohungen an hessischen Schulen in einem Zeitraum, der für Nachahmungen und Trittbrettfahrer interessant war (nach der Amoktat in Winnenden und Wendlingen am 11. März 2009). Von Interesse waren die Art der Drohung, Sozialdaten und Besonderheiten der Täter, Motive der Täter, Täter-Opfer-Beziehung, Gefährlichkeit der Täter, Anzeigerstattung sowie schulische, polizeiliche und justizielle Maßnahmen. Die Ergebnisse sollten neben grundsätzlichen Erkenntnissen über diese Art von Amokdrohungen Gefahrenprognosen und Ressourceneinschätzungen der beteiligten Institutionen ermöglichen. Von Interesse war auch, ob sich Gefährdungspotentiale bei den drohenden Tätern sowie Ansätze zu Intervention und Prävention abzeichneten.

III. Methode – Auswertung von Strafakten

Methodisch war eine Nachverfolgung der polizeilich registrierten Amokdrohungen in Hessen durch Auswertungen von Strafakten geplant. Bei der Polizei in Hessen wurden 228 Amokverdachtsmeldungen im Jahr 2009 registriert.⁴ Gegen die Erwartung enthielt die polizeiliche Meldedatei über Amokdrohungen jedoch keine Aktenzeichen der Staatsanwaltschaften. Allein die Auswertung von Strafakten ist aus kriminologischer Sicht sinnvoll, weil diese viele tat- und täterrelevante Informationen sowie rechtliche Erwägungen beinhalten und den Verfahrensabschluss vermerken. Letztlich musste bei allen hessischen Staatsanwaltschaften angefragt werden, ob im Jahr 2009 Strafverfahren wegen der Drohung mit einer Amoktat oder sonstigen Amokverdachtsfällen geführt worden waren (§ 126 StGB, aber auch andere Delikte, die mit einer solchen Amokdrohung in Verbindung stehen) und ob diese Akten für Forschungszwecke eingesehen werden durften. Später stellte sich heraus, dass zahlreiche weitere Verfahren existieren, aber nicht zur Verfügung gestellt worden waren.⁵ So kam es zur Mitteilung und Zusendung von 61 Strafakten aus dem Zeitraum Januar bis Juli 2009 und November/Dezember 2006. Darunter befanden sich keine UJ-Akten, also keine Akten, in denen ein Tatverdächtiger nicht hatte ermittelt werden können. Zwei Fälle betrafen Erwachsene. Darunter war ein Fall, in dem ein Erwachsener eine Amokdrohung gegenüber der Pflegeleitung eines Altersheimen, in dem seine Mutter untergebracht war, ausgestoßen hatte (aber nicht geplant hatte, diese Drohung in die Tat umzusetzen). Der andere Erwachsene drohte im Internet mit einem Schusswaffenüberfall auf ein Schulfest (und hatte

* Ich danke *Hamta Hedayati*, *Kristina Lehfeldt* und *Fredericke Leuschner* für Vorarbeiten und die Mitarbeit im Projekt.

¹ *Newman/Fox*, *American Behavioral Scientist* 52 (2009), 1286 (<http://abs.sagepub.com/cgi/content/abstract/52/9/1286>); *Robertz*, in: Hoffmann/Wondrak (Hrsg.), *Amok und zielgerichtete Gewalt an Schulen*, 2007, S. 71-85.

² Die Studie wurde vom Hessischen Kultusministerium und dem Verein Weisser Ring e.V. finanziell unterstützt. Ich danke dem Hessischen Ministerium des Innern und für Sport und dem Hessischen Ministerium der Justiz, für Integration und Europa für die erforderlichen Genehmigungen. Der Endbericht ist noch nicht veröffentlicht.

³ Auch *Sachs*, *Umgang mit Drohungen, Von Telefonterror bis Amoklauf*, 2009, S. 107, weist darauf hin, dass Drohungen am Arbeitsplatz selten wissenschaftlich untersucht oder auch nur öffentlich thematisiert werden.

⁴ In fast allen Bundesländern wurden nach Winnenden im Jahr 2009 jeweils zwischen 200 und 400 Drohungen mit einer Amoktat an Schulen registriert.

⁵ Eine zweite Welle von Erhebungen ist mit einer weiteren Studie geplant.

angeblich eine Scherzdrohung ausgestoßen). Alle anderen Fälle betrafen Kinder, Jugendliche und Heranwachsende, die Amokdrohungen im Zusammenhang mit einer Schule (der aktuell besuchten oder einer früher besuchten Schule) getätigt hatten. Eine Staatsanwaltschaft schickte vier Fälle aus dem Jahr 2006, die nach der Amoktat in Emsdetten am 20.11.2006 zu einer Amokdrohung geführt hatten. Diese Fälle wurden mit ausgewertet.

IV. Zum Hintergrund: Erkenntnisse über Amoktaten und Täter

Amoktaten, also Mehrfachtötungen, sind sehr seltene Ereignisse.⁶ Das Wort Amok ist eine falsche Bezeichnung für geplante, versuchte oder vollendete Mehrfachtötungen mit unklarem Motiv, hat sich aber im kollektiven Gedächtnis verankert. Jeder Schüler in Deutschland stellt sich heute unter „Amok“ ein Tötungsdelikt mit vielen potentiellen Opfern, begangen an seiner Schule, vor. Die Benennung einer Tat als „Amoktat“ legt eine unvorhersehbare und plötzlich eintretende Katastrophe unausgesprochen nahe. Dem ist aber in der Regel nicht so. In den meisten Fällen gibt es Anzeichen für eine problematische Persönlichkeitsentwicklung eines Jungen, die insbesondere den Eltern nicht verborgen bleibt. Es wird aber auch zu Recht davon ausgegangen, dass in den meisten Fällen die Absichten, eine derart schwere Gewalttat zu begehen und damit im negativen Sinn „berühmt“ zu werden, gegenüber Gleichaltrigen angedeutet wird. Ohne an dieser Stelle zu sehr auf die vollendeten Taten und die Besonderheiten der Täter eingehen zu wollen, soll kurz skizziert werden, welche Charakteristika insbesondere bei den in Deutschland verübten Taten, kennzeichnend waren.

Bei den jungen – fast ausschließlich männlichen – Tätern geht es um ein Zusammenspiel verschiedener Ursachen, bei dem sich als hervorstechende Besonderheit die Entwicklung einer narzisstisch gefärbten Persönlichkeitsstörung mit Selbst- und Fremdaggression herauskristallisiert. Genauere Erkenntnisse über die psychiatrische Diagnostik fehlen meistens. Die meisten Täter sind bei der Tat durch einen Suizid ums Leben gekommen, weshalb eine tatzeitnahe Begutachtung unterblieb. Im engeren Zusammenhang mit der sich anbahnenden Tat waren nur selten psychiatrische Einschätzungen vorhanden, etwa wenn der Täter selbst Hilfe gesucht hat oder eine zeitlang untergebracht war. Die späteren Amokläufer zeigten nicht die typische Anhäufung von Risikofaktoren, wie sie bei gewaltauffälligen, aggressiven Jungen vorhanden sind⁷, d.h. sie waren in der Schule und unter

Gleichaltrigen nicht mit Störungen des Sozialverhaltens, Gewalt oder Aggressionen auffällig. Sie galten vielmehr als still, scheu, ängstlich und zogen sich zurück. Soziale Kontakte fielen ihnen schwer. In der Schule bemerkten Lehrer diesen Rückzug selten, die Leistungsdefizite und „stillen“ Verhaltensauffälligkeiten wurden viele Jahre übersehen. In der Pubertät verstärkte sich dieser Rückzug. Sie entwickelten ein übermäßiges Interesse an Attentaten, Amokläufen und Massentötungen. Depressionen sowie Andeutungen über Suizid und/oder Amok wurden gegenüber Mitschülern und Geschwistern deutlich, auch die Eltern bemerkten, dass mit „dem Jungen etwas nicht stimmt“. Daneben fanden sich Äußerungen von überschießenden Rachebedürfnissen und Hass z.B. in Tagebüchern und Aufzeichnungen. Die ausgeprägte Affinität zu Waffen und militärischen Symbolen fiel deutlich auf und schlug sich teilweise auch im Kleidungsstil nieder. Die späteren Täter fühlten sich unverstanden, gedemütigt und gemobbt, was einer realistischen Betrachtung nicht standhielt. Man gewinnt eher den Eindruck, die Täter zogen sich selbst von anderen zurück, werteten diese ab, wiesen Kontaktangebote zurück, waren unfreundlich und unzugänglich und ohne jede Empathie für andere. Als verstärkende Risikofaktoren für die spätere Tatausführung zeigten sich gedankliche Einengungen auf Hass und Rache sowie die langfristige Planung der konkreten Tatausführung. Die Verfügbarkeit von Schusswaffen und intensive Befassung mit gewalthaltigen, regelmäßig erst ab 18 Jahren freigegebenen Filmen und Computerspielen sowie entsprechender Musik und Musikvideos als virtuelle Gewaltverstärker stellen Risikofaktoren dar. Die Ausstattung der Zimmer mit Postern, Vorlieben für militärische Symbole, Waffennachbildungen, Rächerfiguren und schwarze Symbolik zeigte die Dominanz von Hass und Gewalt in der Gedankenwelt der Täter deutlich an. Die Schule wurde zum Ort der Ablehnung und zum Symbol des Hasses; die Schulleistungen waren schwach, Äußerungen von Mitschülern und Lehrern wurden als extrem demütigend begriffen und mündeten in Hassphantasien.

Amokläufe sind selten. In Deutschland wird im Kontext junger Täter und Schulen statistisch etwa eine Tat pro Jahr begangen, seit der Tat in Winnenden (11. März 2009) vielleicht zwei. Angesichts von etwa 11.000 Suiziden und 100.000 Suizidversuchen im Jahr, über 4.000 Verkehrsunfällen mit tödlichem Ausgang und 706 gewaltsam getöteten Menschen (sowie 1983 Opfern, bei denen ein Tötungsdelikt versucht worden war)⁸ im Jahr 2009 muss man die Relevanz der Befassung mit Amoktaten begründen. Die Wirkungen, die von einem derartigen Tötungsdelikt ausgehen, haben Folgen, die über die Opferzahlen der einzelnen Tat deutlich hinausreichen.⁹ Neben der starken Verunsicherung, die ein Tötungsdelikt an einem sicher geglaubten Ort wie der Schule hervorruft, sind es die Nachahmungseffekte, die diese Taten so besonders machen. Täter kalkulieren nicht nur eine hohe

⁶ Vgl. zu empirischen Erkenntnissen über Amoktaten *Bannen-berg*, Amok, Ursachen erkennen – Warnsignale verstehen – Katastrophen verhindern, 2010; *Bannen-berg*, Nervenheilkunde 29 (2010), 423; *Bannen-berg*, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, S. 49 mit zahlreichen Nachweisen.

⁷ *Lösel/Runkel*, in: Schneider/Margraf (Hrsg.), Lehrbuch der Verhaltenstherapie, Bd. 3, Störungen im Kindes- und Jugendalter, 2009, S. 453; *Bannen-berg*, in: Landeskommision

Berlin gegen Gewalt (Hrsg.), Berliner Forum Gewaltprävention: Kinder- und Jugenddelinquenz, Nr. 36, 2009, S. 22.

⁸ Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 2009, 2010, S. 55.

⁹ Vgl. schon *Bannen-berg* (Fn. 6 – Amok), S. 25.

Opferzahl und planen die Art und Weise der Durchführung der Tat, sondern sie rechnen mit einem Medieneffekt, der sie „berühmt“ macht. Spätestens seit der weltweit bekannt gewordenen Tat an der Columbine High School am 20.4.1999 sind die Bilder einer Mehrfachtötung an einer Schule im Internet und durch andere Medien präsent und inspirieren wie andere Fälle bis heute Tatgeneigte.¹⁰ Jede neue Tat mit großem Medienecho führt wie in einem Teufelskreis wiederum zu Nachahmungseffekten.¹¹

V. Junge Täter/Tatort Schule

Mehrfachtötungen werden von Erwachsenen häufiger begangen als von jungen Tätern. Der Kontext ist meistens durch eine familiäre Konfliktlage oder Gewalt in einer Partnerschaft geprägt. Psychotische Erwachsene begehen Mehrfach-tötungen in der Öffentlichkeit, nicht selten aber auch in Psychiatrien oder Einrichtungen, in denen sie früher untergebracht waren und gegen die sie Groll hegen. Schulamoktaten sind eine spezielle Erscheinungsform und wurden noch in den 1990er Jahren für ein rein amerikanisches Phänomen gehalten.¹² Hier spielen verschiedene Aspekte eine Rolle: die Medienwahrnehmung und Aufmerksamkeit, die den Taten zuteil wird.¹³ Das Internet mit einer ständigen Verfügbarkeit „echter“ Bilder von begangenen Taten. Eine Vermischung mit Suizidabsichten der Schüler, die sich mit einer Mehrfach-tötung rächen wollen und inhärenten Nachahmungseffekten. Fiktive Gewaltmedien, ob Videospiele, Filme oder Bücher, in denen Elemente realer Taten Aufnahme gefunden haben. Modelllernen an den begangenen Taten, über die breit berichtet wurde.

VI. Problem Nachahmungseffekte und Trittbrettfahrer

Nachahmungseffekte sowohl durch Personen, die eine solche Drohung nicht ernsthaft umsetzen wollen („Trittbrettfahrer“) wie aber auch durch tatgeneigte Personen, denen die Medienberichterstattung den letzten Anstoß zur eigenen Tat gibt,

sind bereits aus der Suizidforschung bestens bekannt.¹⁴ Da eine geplante Mehrfach-tötung an Schulen regelmäßig von einer Suizidabsicht des Täters begleitet wird, ist dieses Nachahmungsphe-nomen auch für Amoktaten relevant. *Schmidtke* u.a. wiesen schon nach einer Auswertung von Medienberichten 2002 darauf hin, dass die Täter vor allem durch sensationelle Berichterstattung beeinflusst werden. Diese Berichterstattung „mag die gleiche Denkweise und gleiches Verhalten in Personen auslösen, die sich in einem ähnlichen Stimmungszustand befinden, bzw. auch schon länger über eine solche Tat nachgedacht haben“. ¹⁵ Die außergewöhnliche Berichterstattung wirkt wie ein Modell für psychisch labile Menschen mit Rachege-danken.¹⁶ Die Phantasie der Täter spielt eine Schlüsselrolle bei der Begehung dieser Taten.¹⁷ Nicht impulsive, sondern eher verdeckt aggressive Täter, die lange, teilweise Jahre, über Hass, Rache und Wut brüten und sich von begangenen Taten und intensiven Gewaltphantasien leiten lassen und eine hohe Waffenaffinität haben, sind typische Amoktäter. Sie sind deshalb an Attentaten, schweren Gewalttaten, Bombenanschlägen und vor allem an begangenen Amoktaten besonders interessiert und studieren die Gedanken, Gewaltphantasien und Rechtfertigungsmuster genauso wie die Details zur Tatplanung und Tatausführung. Hinzu kommt der Aspekt der negativen Berühmtheit. Analysen der Persönlichkeitsentwicklung von Amoktätern belegen einen Wunsch nach Beachtung der Tat in breiter Berichterstattung in den Medien. Bei diesen Personen werden die ohnehin vorhandenen Gewaltphantasien und vielleicht noch diffusen Tatplanungen getriggert.¹⁸ Bei Amoktaten muss davon ausgegangen werden, dass Tatplanungen länger andauern, die Nachahmung also eher den Zeitpunkt und die Details als den Entschluss überhaupt beeinflusst. Der Vorteil dieser langen Phase der Beschäftigung mit Gewalt und Rache besteht in der versteckten oder offenen Ankündigung der Tat, die eine Verhinderung ermöglichen kann.¹⁹

¹⁰ *Bannenberg* (Fn. 6 – Amok), S. 47 ff.; *Gaertner*, Ich bin voller Hass – und das liebe ich, Dokumentarischer Roman, 2009; *Newman/Fox/Harding/Mehta/Roth*, Rampage, The Social Roots of School Shootings, 2004; National Research Council and Institute of Medicine, *Moore/Petrie/Braga/McLaughlin* (Hrsg.), *Deadly Lessons, Understanding Lethal School Violence, Case Studies of School Violence Committee*, 2003.

¹¹ *Grossman* und *DeGaetano* führen Amoktaten an Schulen auf das Aufkommen und den Konsum von Videospiele und Ego-Shootern zurück, *Grossman/DeGaetano*, *Stop Teaching Our Kids to Kill*, 1999.

¹² Vgl. etwa *Eisenberg*, *Amok – Kinder der Kälte, Über die Wurzeln von Wut und Hass*, 2000, S. 16 ff.; *Hoffmann/Stefes-Enn*, *Jugendhilfe* 48 (2010), 120; *Robertz*, *School Shootings, Über die Relevanz der Phantasie für die Begehung von Mehrfach-tötungen durch Jugendliche*, 2004; *Sachs* (Fn. 3), S. 124.

¹³ Empfehlungen des Deutschen Presserates zur Berichterstattung über Amokläufe 2010.

¹⁴ *Bannenberg* (Fn. 6 – Amok), S. 137 ff. mit Hinweisen auf Medienempfehlungen bei Suizid, die bei Amok übertragbar erscheinen; *Schaller/Schmidtke*, in: *Röhrle/Caspar/Schlottke* (Hrsg.), *Lehrbuch der klinisch-psychologischen Diagnostik*, 2008, S. 495; *Schmidtke/Schaller/Müller/Lester/Stack*, in: *Wolfersdorf/Wedler* (Hrsg.), *Terroristen – Suizide und Amok*, 2002, S. 91; *Coleman*, *The Copycat Effect, How the media and popular culture trigger the mayhem in tomorrow's headlines*, 2004.

¹⁵ *Schmidtke/Schaller/Müller/Lester/Stack* (Fn. 14), S. 106.

¹⁶ Zur Identifikation aus theoretischer und analytischer Sicht befassen sich mit dem Phänomen umfassend *Böckler/Seeger*, *Schulamokläufer, Eine Analyse medialer Täter-Eigendarstellungen und deren Aneignung durch jugendliche Rezipienten*, 2010.

¹⁷ *Robertz/Wickenhäuser*, *Der Riss in der Tafel, Amoklauf und schwere Gewalt in der Schule*, 2007, S. 73 ff., 94 ff.

¹⁸ *Robertz/Wickenhäuser* (Fn. 17), S. 93 f.

¹⁹ *Heubrock/Hayer/Rusch/Scheithauer*, *Polizei & Wissenschaft* 6 (2005), 43; *Scheithauer*, *Berliner „Leaking“-Projekt* (noch keine Ergebnisse).

Neben den ernsthaft gefährlichen Personen, die sich durch die Medienberichterstattung über die Tat selbst anregen lassen, die Tat nun auch zu begehen, werden auch Trittbrettfahrer aktiv, also Personen, denen die Drohung reicht und die eine Tat nicht ausführen wollen. Insoweit liefert der Nachahmungseffekt „Anhaltspunkte dafür, dass die rasche und globalisierte Informationsverbreitung sensationeller, von jugendlichen Altersgenossen verübter Gewaltverbrechen durch Presse und Fernsehen gerade psychisch labile geltungssüchtige junge Täter zur Nachahmung anregen kann (Trittbrettfahrer), quasi nach dem Motto: „Wie komme ich selber ins Fernsehen?“.²⁰ Der Wunsch, im „Mittelpunkt der gesellschaftlichen Aufmerksamkeit“ zu stehen,²¹ kann einen Anreiz gerade für solche Trittbrettfahrer darstellen, die sich sonst im Leben eher übersehen, ohnmächtig und frustriert fühlen. Sie genießen die Aufmerksamkeit und zuweilen auch den Effekt, anderen Angst einzuflößen. An eine Strafbarkeit der Drohung nach § 126 StGB denken sie regelmäßig nicht. Auch anonyme Drohungen rufen für denjenigen, der „scherzhaft“ droht, eine stille Genugtuung über die verursachte Aufmerksamkeit hervor. Ohne dass die Umwelt ahnt, wer gedroht hat, kann der Anonymus in der Schule hektische Aktivitäten zur Aufklärung, eventuell sogar einen Polizeieinsatz und Aufrufe durch die Schulleitung, Zusammenkünfte in der Aula sowie Gerüchte über eine bevorstehende Tat genießen. Mit einer kleinen anonymen Drohung hat er einen Apparat wie die Schule in Aufruhr und Mitschüler, Lehrer und Eltern in Schrecken versetzt.

Genauere empirische Analysen dieser Drohungsfälle fehlen bislang. Die vorliegende Studie soll diese Lücke ansatzweise schließen.

VII. Bedrohungsmanagement an Schulen, insbesondere in Hessen

Die Taten in Erfurt (26.4.2002) und Emsdetten (20.11.2006) haben viele Kultusministerien veranlasst, Handreichungen für den Krisenfall an Schulen auszugeben. Diese behandeln Verhaltensanweisungen für den Notfall (Brand, Bombendrohungen, Geiselnahmen, schwere Gewalttaten, Suizid und Amoktaten), Krisenkommunikation und Nachsorge. Nicht in allen Bundesländern spielt bislang das Bedrohungsmanagement, also die Abklärung insbesondere von Amokdrohungen, eine Rolle. In der Praxis übernimmt die Polizei die Beurteilung der Relevanz von Drohungen.

In der 2007 an alle hessischen Schulen verteilten Handreichung „Handeln in Krisensituationen“ des Landes Hessen²² wird zutreffend in Übereinstimmung mit den amerikanischen Analysen der Safe School Initiative (Handbuch „Bedrohungsanalyse an Schulen“) ein Fragenkatalog empfohlen, um einen Verdachtsfall abzuklären. Die Kriterien beruhen wesentlich auf amerikanischen Empfehlungen aus dem Jahr

²⁰ *Freisleder*, Monatsschrift für Kinderheilkunde 158 (2010), 28 (33).

²¹ *Robertz/Wickenhäuser* (Fn. 17), S. 95 ff.

²² Hessisches Kultusministerium/Hessisches Ministerium des Innern und für Sport (Hrsg.), *Handeln in Krisensituationen, Ein Leitfaden für Schulen*, 2007, S. 29 f.

2002 und sind leicht modifiziert²³ empfehlenswert, wie sich auch in dieser Studie zeigte. Der Katalog kann helfen, in den meisten Fällen Inhalte eines Gesprächs mit dem Schüler, der Drohungen hinterlassen hat, zu strukturieren und die wichtigsten Punkte zu klären.²⁴ Das amerikanische Handbuch beruht auf vielfältigen Analysen aus den amerikanischen Fällen. Diese konnten zeigen, dass fast alle Taten im Vorfeld von einer diffusen Andeutung (keiner direkten Bedrohung der späteren Opfer) und Verhaltensänderung der Schüler, die später zum Täter wurden, begleitet waren. Die Hinweise sind auf Deutschland übertragbar. In dem Expertenbericht Amok der Landesregierung Baden-Württemberg wurden die Empfehlungen zur Abklärung einer Drohung im Jahr 2009 im Internet publiziert und sind damit für alle Bundesländer und jede Schule zugänglich.²⁵

Damit Schulen in der Lage sind, angesichts einer Vielzahl anderer Probleme die relativ selten auftretenden Drohungen besser einzuschätzen, wird für Hessen vorgeschlagen, schulische Krisenteams zu bilden, um eine Erstbewertung möglicher Gefährdungen vorzunehmen. Dies erfordert spezifische Fortbildungen, um notwendige Informationen zusammenzutragen, zu bewerten und letztlich zu entscheiden, ob die Polizei verständigt werden muss oder der Fall als ungefährlich und geklärt betrachtet werden kann. Ist eine Einschätzung nicht abschließend möglich, kann auf besonders geschulte

²³ Vgl. *Bannenber*g (Fn. 6 – Amok), S. 163 ff., 169 ff., sowie die ursprünglichen amerikanischen Empfehlungen von *Fein/Vossekui/Pollack/Borum/Modzeleski/Reddy*, in: United States Secret Service/United States Department of Education (Hrsg.), *Bedrohungsanalyse an Schulen, Ein Handbuch zum Management von Bedrohungssituationen sowie zur Schaffung eines sicheren Schulklimas*, 2002.

²⁴ Sehr instruktiv *Vossekui/Fein/Redd/Borum/Modzeleski*, Abschlussbericht und Ergebnisse der Initiative für Sicherheit an Schulen (Safe School Initiative), Auswirkungen auf die Prävention von Gewalttaten an Schulen in den USA, 2002; *Cornell*, in: Gerler (Hrsg.), *Handbook of School Violence*, 2004, S. 115 ff.; *Cornell*, *Guidelines for Responding to Student Threats of Violence*, abstract Persistently Safe Schools, The National Conference of the Hamilton Fish Institute on School and Community Violence, 2005, S. 15-27.

²⁵ Landesregierung Baden-Württemberg (Hrsg.), *Expertenkreis Amok, Konsequenzen aus dem Amoklauf in Winnenden und Wendlingen am 11. März 2009, Gemeinsam handeln, Risiken erkennen und minimieren, Prävention, Intervention, Rehabilitation, Medienberichte*, 2009 (Internetquelle: www.schule-bw.de/unterricht/paedagogik/gewaltpraevention/kbuero/amok/index.html). Der Expertenbericht enthält auch zahlreiche Empfehlungen zur Prävention. Die Finanzierung einer interdisziplinären Studie zur Untersuchung psychopathologischer und kriminologischer Merkmale von Personen, die mit einer Amoktat drohen, wurde von *Fegert* und *Bannenber*g in Folge von Winnenden bei dem Innenministerium Baden-Württemberg beantragt, aber abgelehnt; der Forschungsantrag ist dem Anhang des Expertenberichts zu entnehmen.

Schulpsychologen oder auch ein Team von Schulpsychologen (SKIT-Team) zurückgegriffen werden.

Es gibt bislang keine verlässlichen Informationen darüber, ob und wie viele Schulen ein solches schulisches Krisenteam gebildet haben und wenn ein solches existiert, ob die Abklärung von Drohungen mit einer Amoktat oder von bedrohlichem Verhalten von Schülern gelingt. Die Studie gibt erste Hinweise auf Umsetzung und auch Defizite im Umgang mit Drohungen.

VIII. Ergebnisse

Zunächst werden kurz die wesentlichen Daten, soweit sie den Akten entnommen werden konnten, beschrieben.²⁶ Der Schwerpunkt soll auf der kriminologischen Einteilung nach der Gefährlichkeit und Ernsthaftigkeit der Drohungen liegen. Die Konsequenzen können hier nur angerissen werden.²⁷

In insgesamt 58 Fällen mit 65 Tatverdächtigen wäre es in drei Fällen zu einem Tötungsdelikt gekommen, wenn die Polizei dieses nicht verhindert hätte.²⁸ Insgesamt zeigte sich deskriptiv folgendes:²⁹ Der Tatzeitpunkt der Drohungen erfasste in vier Fällen November und Dezember 2006 (nach der Tat in Emsdetten). 54 Fälle wurden für den Zeitraum vom 15.1.2009 bis zum 14.7.2009 als Strafanzeigen registriert. Im Jahr 2009 fanden 34 Fälle noch im Monat März statt, 16 Taten in den Monaten April bis Juli. Vor Winnenden wurden in 2009 vier Drohungen erfasst.

Erwartungsgemäß fanden sich im Monat nach der Tat in Winnenden am 11.3.2009 besonders viele Ankündigungen, während einen Monat später die Zahl der Ankündigungen absank. Es fanden aber auch Drohungen im Zeitraum vor der Tat in Winnenden statt, was nahelegt, dass Amokdrohungen grundsätzlich zu einem Problem an Schulen geworden sind und Nachahmungseffekte sich zumindest mit einer gehäuften Zahl von Drohungen auswirken. Sehr interessant war, dass die Drohungen in zwei der drei ernsthaften Fälle ebenfalls im Monat nach einer medienwirksam gewordenen Tat stattfanden (Dezember 2006 und März 2009 nach Winnenden). Der dritte als ernsthaft gefährlich einzustufende Drohungstäter drohte am 7.3., also vor der Tat in Winnenden (→ *Schaubild 1*, S. 317).

In fast allen Fällen wurde wegen des Verdachts der „Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten“, § 126 Nr. 2 StGB, ermittelt (konkret wegen Androhung eines Mordes [§ 211 StGB] oder Totschlags [§ 212 StGB]). In 48 Fällen (83 %) war dies ausschließlich der Fall, in den übrigen Fällen wurde (auch) wegen Bedrohung, § 241 StGB, selten wegen weiterer Delikte (Körperverletzung, versuchte Nötigung, Sachbeschädigung, Verstoß gegen das Waffengesetz und auch Brandstiftung) ermittelt. Die rechtlichen Einordnungen ergaben sich im Lauf der Ermittlungen und lagen

sodann sowohl den staatsanwaltschaftlichen Verfügungen wie auch den Urteilen zugrunde.

Bei allen Amokdrohungen war ein schulischer Kontext zu verzeichnen, der darauf beruhen konnte, dass die Drohung innerhalb der Schule erfolgte, die Drohung von einem (auch ehemaligen) Schüler der Schule ausging oder die involvierte Schule gezielt als möglicher Tatort genannt wurde. In den 58 Fällen erstattete in der Regel die Schulleitung Strafanzeige. Die Informationen über eine mögliche Amokdrohung war den Lehrer/-innen bzw. Schulleiter/-innen am häufigsten durch Schüler/-innen mitgeteilt worden, die den späteren Beschuldigten kannten. Die meisten Verdachtsmomente wurden den Schülern untereinander bekannt, sei es durch mündliche oder schriftliche Äußerungen oder durch Drohungen in Chats und im Internet. In acht Fällen wurde die Schulleitung von der Polizei über die Amokdrohung informiert. In diesen Fällen hatten sich Internetnutzer, Schüler, Eltern oder Lehrer direkt an die Polizei gewandt. In wenigen Fällen kontaktierten die Täter selbst mit unklaren Angaben die Polizei.

Typische Amokdrohungen als Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB) zeigten eine explizite Benennung oder einen direkten Bezug zum Thema Amok („Morgen gibt es hier einen Amoklauf“) oder enthielten Drohungen als Tötungsabsichten mit amokspezifischen Ähnlichkeiten („Erst erschieße ich X, dann Frau Y und dann mich selbst“) oder mittelbare Formen („Ich werde fortsetzen, was der Typ in Winnenden begonnen hat“). Bedrohungen (§ 241 StGB) wurden konkret gegen Personen gerichtet, z.B. direkt („Ich bring dich um“) oder indirekt („Das wirst Du noch bereuen, sieh dich vor“). Direkte Drohungen waren insgesamt häufiger. Bei beiden Tatbeständen kamen aber auch indirekte Drohungen vor.

Eine konkrete Tatzeit (meistens ein Datum, seltener eine Uhrzeit) wurde nur in einem Viertel der Fälle genannt. Beim Tatort war die Drohung meistens auf die Schule bezogen, darüber hinaus aber wenig konkret. Mittelbar war einigen Äußerungen zu entnehmen, dass die Klasse des Drohenden gemeint war, selten wurde eine konkrete Klasse genannt. Die Erwähnung einer oder mehrerer konkreter Personen fand sich schon häufiger (20n = 34,5 %). Entweder wurde ein bestimmter Mitschüler oder eine bestimmte Mitschülerin bzw. Lehrer oder Lehrerin persönlich bedroht (oder jeweils mehrere Personen) oder in Chats und Drohungen wurden „der Schulleiter“, „die Schulleiterin“ oder ein Name genannt. Man erkannte in allen diesen Fällen eine (gestörte) Beziehung und Konflikte zwischen dem Beschuldigten und der bedrohten Person. In etwa der Hälfte dieser Drohungen gegen konkrete Personen erfuhren diese davon mittelbar (etwa von Zeugenaussagen über eine Chat-Drohung). Die meisten Drohungen waren jedoch sehr vage (am häufigsten: die Schule) und enthielten keine tatspezifischen Details.

Bis auf ganz wenige Drohungen waren Schulen betroffen. In den meisten Fällen richtete sich die Drohung gegen dieselbe Schule, die der Beschuldigte selbst besuchte, teilweise wurde die Drohung generalisiert (gegen die bestimmte Schule „und andere“) oder gegen mehrere Schulen gerichtet. Seltener betraf die Drohung eine andere Schule als

²⁶ Alle Daten wurden anonymisiert. Auf eine genaue Angabe der Orte wurde ebenfalls verzichtet.

²⁷ In dem umfassenden Endbericht, der demnächst veröffentlicht wird, werden alle Fälle skizzenhaft dargestellt.

²⁸ Dazu unten, *Fallgruppe 5*.

²⁹ Zwei weitere Fälle mit Erwachsenen werden hier nicht näher dargestellt.

die vom Beschuldigten besuchte, es handelte sich dann regelmäßig um eine früher besuchte Schule. Das traf auch auf die vier Beschuldigten zu, die selbst keine Schule mehr besuchten. Sie drohten gegen ihre frühere Schule. Alle Schulformen³⁰ waren von Drohungen betroffen, allerdings mit einem deutlichen Schwerpunkt auf weiterführenden Schulen. Die Drohenden besuchten am häufigsten Gymnasien (14) und Gesamtschulen (14), gefolgt von Realschulen (13), seltener Berufsschulen (3), Haupt- und Realschulen (3), Förder- bzw. Sonderschulen (3), Hauptschulen (2), BVJ (1). Vier Personen besuchten keine Schule mehr. Gedroht wurde entsprechend am häufigsten gegen Gymnasien (17, davon in 13 Fällen gegen die eigene Schule), Gesamtschulen (15, davon in 13 Fällen gegen die eigene Schule) und Realschulen (14, davon in 12 Fällen gegen die eigene Schule), in jeweils vier Fällen gegen Förder- bzw. Sonderschulen sowie Haupt- und Realschulen, in drei Fällen gegen Berufsschulen, in zwei Fällen gegen Hauptschulen und in einem Fall gegen eine Grundschule.

Die Täter der Drohungen strebten also häufig einen höheren Bildungsabschluss an. Dies deckt sich mit Erkenntnissen über Amoktäter, für die dieses ebenfalls zutrifft, sagt aber noch nichts über die Ernsthaftigkeit der Drohungen aus. Die Haupt- und Förderschulen, die grundsätzlich ein höheres Gewaltproblem aufweisen, waren von Drohungen deutlich seltener betroffen.

Die Tatverdächtigen waren ganz überwiegend männlich. Unter den 65 Beschuldigten befanden sich lediglich vier Mädchen (6 %). Die Mädchen zeigten zudem Besonderheiten hinsichtlich der fehlenden Ernsthaftigkeit der Drohung und eines eher mittelbaren Vorgehens. So wurden die Drohungen hier nicht mit dem Zweck abgegeben, Angst und Schrecken vor einer eigenen Drohung zu verbreiten, sondern es wurden passive Formen gewählt: Ein 13-jähriges Mädchen erweckte den Eindruck, zwei Schüler hätten mit Amok im Internet mit einem Amoklauf gedroht (was nicht der Wahrheit entsprach). Ihr Motiv war, die Schule an einem Tag ausfallen zu lassen, an dem eine Arbeit geschrieben wurde. Eine 13-Jährige schrieb im Chat „Ich bin Ahmad Mache Amok“ und gab nach Identifizierung „Spaß“ an. Eine 13-Jährige geriet nach einer Amokdrohung an der Tafel zu Unrecht in Verdacht. Und eine 16-Jährige hatte gemeinsam mit zwei anderen Jungen fälschlicherweise angegeben, sie habe die Amokankündigung eines Unbekannten in einem Chat gelesen. Die Altersspanne lag zwischen 11 und 20 Jahren. Kindliches und jugendliches Alter war in den meisten Fällen ein Hinweis auf Verhalten aus Unreife und weniger Ausdruck einer gravierenden Gefährdung und Fehlentwicklung. Dies war weiter im Einzelfall zu differenzieren (→ *Schaubild 2*, S. 317).

16 Beschuldigte (24,6 %) waren als Kinder (unter 14 Jahre alt) schuldunfähig, § 19 StGB. Die Strafverfahren wurden gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Nach § 1 Abs. 2 JGG gilt als Jugendlicher, wer zur Tatzeit 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist. Die Gruppe der Jugendlichen war in dieser Ver-

teilung mit 40 Personen (61,5 %) am stärksten ausgeprägt. Die 14-jährigen Täter waren am häufigsten in der Verteilung vertreten (15n). Nach § 1 Abs. 2 JGG ist eine Person Heranwachsender, wenn sie volljährig, aber noch nicht 21 Jahre alt ist. Insgesamt waren dieser Gruppe neun Täter (13,9 %) zuzuordnen. Die vier Mädchen waren in drei Fällen 13 Jahre und in einem Fall 16 Jahre alt.

In 54 der 58 Fälle und damit ganz überwiegend handelten die Tatverdächtigen allein. In vier Fällen drohten zweimal zwei Tatverdächtige, einmal drei und einmal vier Tatverdächtige mit einer Amoktat.

Die meisten Tatverdächtigen besaßen die deutsche Staatsbürgerschaft (87,7 % oder 67,7 % ohne Migrationshintergrund). Acht Tatverdächtige waren nicht deutsch (12,3 %) und 13 (20 %) waren deutsch, besaßen aber einen Migrationshintergrund. Bisher sind in Deutschland unter den Amoktätern keine Migranten aufgefallen. Bei den drohenden Migranten fielen besonders impulsiv und aggressiv handelnde Jugendliche auf, von denen in der Regel keine Gefahr der Durchführung einer Amoktat ausgehen dürfte.

Etwas mehr als die Hälfte der Tatverdächtigen (31n = 51,7 %) wohnte (und drohte) in einer Kleinstadt/Gemeinde. 25 % (15n) der Täter lebten in einer Mittelstadt und 23,3 % der Taten (14n) ereigneten sich in einer hessischen Großstadt, die restlichen Angaben fehlten. Obwohl aus kriminalitätsgeographischer Perspektive die meisten Delikte aufgrund der Bevölkerungsdichte und der Pendler- und Touristenströme in Großstädten verübt werden³¹ (Stadt-Land-Gefälle),³² zeigte sich für die Verteilung der Amokdrohungen (wie für Amoktaten) ein gegensätzlicher Trend. Für die mittelstädtischen und kleinstädtischen Regionen in Hessen konnten deutlich mehr Fälle von Drohungen mit einem Amoklauf registriert werden.

Etwa die Hälfte der 65 Tatverdächtigen (33n) lebte im gemeinsamen Haushalt mit beiden leiblichen Eltern. An zweiter Stelle standen die alleinerziehenden Eltern mit 29 % (16n). Die anderen Verdächtigen lebten bei einem biologischen Elternteil mit Stiefvater/Stiefmutter oder in einer Pflegefamilie. Zwei Personen führten unabhängig von der Familie einen eigenen Haushalt. Unter den Tatverdächtigen waren lediglich sieben Einzelkinder (10,7 %). Die anderen hatten überwiegend ein oder zwei Geschwister. In den Haushalten lebten eine bis sieben Personen, im Durchschnitt 3,7 Personen. In nur 25 Fällen konnten Beruf und Einkommensverhältnisse der Eltern den Akten entnommen werden. In zwei Fällen waren beide Eltern erwerbslos und erhielten Arbeitslosentgelt II. In den übrigen 23 Fällen war mindestens ein

³⁰ Außer Grundschulen; in den weiteren Fällen aus 2009, die noch nicht detailliert ausgewertet wurden, fanden sich allerdings auch Drohungen gegen Grundschulen.

³¹ Bundeskriminalamt (Fn. 8), S. 47; Zahlen für ausgewählte Delikte auf der Kreisebene Hessen Bundeskriminalamt (Fn. 8), S. 245 f.; für Entwicklungen und regionale Verteilungen der Kriminalität in Hessen siehe Bundeskriminalamt (Fn. 8), S. 87 ff.

³² Zu regionalen Besonderheiten von Kriminalität *Bannenberg*, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper (Hrsg.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen*, Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 775 mit zahlreichen Nachweisen.

Elternteil berufstätig, so dass von einem geregelten Einkommen auszugehen war. In einigen Fällen gab es erhebliche Probleme unabhängig von der äußeren Familienstruktur. So lebten zwar einige Beschuldigte mit beiden Elternteilen zusammen und mindestens ein Elternteil war auch erwerbstätig, es bestand aber bereits Kontakt zum Jugendamt und es wurden Informationen über schwierige Versuche bekannt, Familienhilfe für die Kinder zu organisieren. Dies fand nicht immer die Zustimmung der Eltern oder wurde als unkooperative Zusammenarbeit beschrieben. In einigen Fällen offenbarten sich desolate hygienische Zustände. Manche schienen ihre Kinder und deren Schwierigkeiten gar nicht zu beachten, das Zimmer der Kinder war in chaotischem Zustand, sie reagierten auf die polizeilichen Ermittlungen passiv und nahezu unbeteiligt. Neben einer materiellen Verwahrlosung (Zimmer, auch ungepflegte Kleidung) war ein Gewährenlassen bis zum Desinteresse festzustellen. In anderen Familien zeigten sich Probleme durch aggressive und dominante Elternteile. Es fanden sich zum Teil ausgeprägte Nutzungen von nicht altersgerechten Medien, die von den Eltern (teilen) ohne Registrierung wurden. Somit konnte über die Akten nur ein erster Hinweis auf soziale und familiäre Lebensumstände gewonnen werden. In den meisten Fällen entstand nicht der Eindruck typischer „broken-home-Verhältnisse“, aber der einer emotionalen Kälte, von Bindungslosigkeit und Desinteresse gegenüber dem Sohn.

Eine Zentralregistereintragung nach dem Bundeszentralregistergesetz wurde in keinem Fall vermerkt, sechs Personen (9,2 %) wiesen einen Eintrag im Erziehungsregister auf. Gegen einen Beschuldigten waren drei Strafverfahren wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis, Brandstiftung und Sachbeschädigung eingetragen. In den anderen fünf Fällen lag jeweils ein Eintrag wegen Körperverletzung, Bedrohung, Ladendiebstahl oder versuchtem Diebstahl vor. Gegen weitere neun Beschuldigte (13,8 %) liefen polizeiliche Ermittlungen wegen Sachbeschädigungen, darunter Graffiti-Schmierereien, Körperverletzungen, Bedrohungen, Brandstiftungen, Nachstellungen u.a.; die Verfahren waren noch nicht abgeschlossen. Zusammenfassend war die große Mehrzahl der Tatverdächtigen (78,5 %) zuvor nicht polizeilich oder justiziell aufgefallen, dabei muss der hohe Anteil der Strafunmündigen beachtet werden.

In allen Fällen ermittelte die Polizei. In fast allen Fällen wurden Beschuldigtenvernehmungen durchgeführt. Zu diesem Zweck begaben sich die Polizeibeamten entweder in die Schule und sprachen bereits dort mit dem Verdächtigen oder sie suchten ihn zu Hause auf. In einigen Fällen konnte der Fall dadurch schon aufgeklärt werden. In anderen Fällen mit weiteren, teilweise umfangreichen Ermittlungsmaßnahmen, wurde der Beschuldigte aufgefordert, noch einmal zur Vernehmung (und teilweise auch zur erkennungsdienstlichen Behandlung) auf der Dienststelle zu erscheinen. In acht Fällen wurden Beschuldigte festgenommen, wobei dies in fünf Fällen eine vorläufige Festnahme (zweimal mit Fesselung) darstellte und in drei Fällen in einen Haftbefehl bzw. Unterbringungsbefehl überging. In fast allen Fällen wurden mehrere Zeugenvernehmungen und Durchsuchungen vorgenommen. In der Regel handelte es sich um Durchsuchungen des

Zimmers in der elterlichen Wohnung, selten der eigenen Wohnung, oder die Durchsuchung erfasste auch die elterlichen Räume, insbesondere wenn ein Computer von allen Familienmitgliedern benutzt oder Waffenbesitz des Vaters überprüft wurde. Bei den Durchsuchungen kam es in etwa der Hälfte der Fälle zu Sicherstellungen oder Beschlagnahmen. Sichergestellt und beschlagnahmt wurden in der Regel Waffen des Vaters (selten), Messer, Hieb Waffen, Waffenbestandteile von Schusswaffen, Soft-Air-Waffen und Waffentrappen, nicht altersgerechte Medien, Texte, selbst verfasste Schreiben, selten Bilder, Computer und Mobiltelefone zur Auswertung. Die Waffennachbildungen und Soft-Air-Waffen waren nicht in allen Fällen verbotene Gegenstände, durften zum Teil aber nicht von Personen unter 18 Jahren besessen werden. Die meisten Jungen verzichteten im Gerichtsverfahren auf diese Gegenstände.

Eine Auswertung von Speichermedien und Computern erfolgte nach Drohungen in Foren und Chats sowie insbesondere in den Fällen, in denen der Verdacht vorlag, der Beschuldigte hätte eine sogenannte „Todesliste“ erstellt. Ein solcher Verdacht lag in sieben (10,7 %) Fällen vor, konnte aber nicht immer bestätigt werden.

In der Regel gab es Gespräche zwischen Polizei und Schule. Die Polizei informierte in vielen Fällen das Jugendamt, wobei sich dieses nicht nur auf einen möglichen erzieherischen Bedarf bei dem Kind/Jugendlichen bezog, sondern zum Teil auf die vorgefundenen Verwahrlosungserscheinungen in den Wohnungen. Diese Informationen dienten dem Schutz der Kinder und Jugendlichen. Die Ausländerbehörden wurden informiert. In einigen Fällen kam es zur Einweisung in die Kinder- und Jugendpsychiatrie gemäß HFEG. Zum Teil waren aber auch bereits psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlungen vorhanden, die umgekehrt von der Polizei in den Akten vermerkt wurden und bei den anschließenden Gerichtsverfahren von Relevanz waren. Andere, seltene Entscheidungen und Maßnahmen der Polizei betrafen etwa Beschlüsse zur Feststellung der Telefon- und Internetverbindungsdaten (§ 100g StPO), Nachfragen bei der Waffenbehörde, Durchsuchungen in der Schule. Es konnte nicht ausreichend beurteilt werden, wie die Polizei schulische Maßnahmen durchführte. In einigen wenigen Fällen war ausdrücklich erwähnt, dass Beamte in Zivil in die Schulen gingen, um Ermittlungen ohne größeres Aufsehen führen zu können oder um verdeckt etwa Kontrollen bei einem Schulfest vornehmen zu können. In anderen Fällen war von einem „großen Programm“ mit Schulräumung und SEK-Bereitschaft die Rede, auch wurden in wenigen Fällen die Jugendlichen zu Hause mit Beamten in Schutzausrüstung und Maschinenpistolen abgeholt. Diese umfangreichen Polizeieinsätze waren seltener und fanden vor allem in der direkten Folge nach Winnenden im März 2009 statt. Informationen darüber waren in besonderen Berichten enthalten. Für alle Verfahren kann das Vorgehen nicht näher beschrieben werden. Auch die Kosten des Polizeieinsatzes und deren Geltendmachung waren in keinem Fall in den Strafakten vermerkt, lediglich in drei Fällen wurde pauschal die Prüfung möglicher Ansprüche erwähnt.

Bezogen auf die 65 Tatverdächtigen wurden die 58 Fälle wie folgt justiziell erledigt:

Eine Einstellung des Strafverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO erfolgte in insgesamt 28 Fällen (43 %), darunter waren über die Hälfte der Einstellungen nach § 19 StGB (16n = 24,6 % aller Verfahren). Die anderen 12 Verfahren (18,5 %) wurden eingestellt, weil der Tatnachweis nicht zu führen war (es konnte keine Drohung erkannt werden, es fehlte der Vorsatz, die Drohung war zu unbestimmt).

In 15 Fällen (23 %) erhob die Staatsanwaltschaft keine Anklage, sondern stellte das Verfahren nach § 45 JGG ein (Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen), darunter in einem Fall nach § 45 Abs.1 JGG (geringe Schuld), in zwölf Fällen nach einer Ermahnung, im Hinblick auf erzieherische Maßnahmen von Eltern oder Schule oder dreimal nach zusätzlichen Ableistungen von 20, 25 oder 30 Stunden gemeinnütziger Arbeit.

In 22 Fällen erhob die Staatsanwaltschaft Anklage (33,8 %). Von diesen Fällen wurden 6n (9,2 %) in der Hauptverhandlung nach §§ 45, 47 JGG eingestellt. Zweimal wurde dabei eine richterliche Ermahnung als ausreichend betrachtet, in drei Fällen kam zur Ermahnung die Auflage hinzu, gemeinnützige Arbeit zu leisten (25 und zweimal 30 Stunden), in einem Fall wurde neben der Ermahnung erheblicher Erziehungsbedarf gesehen und der Jugendliche erhielt die Weisungen, sich einer sechsmonatigen Betreuungsweisung zu unterziehen, eine mindestens sechsmonatige ambulante Psychotherapie in Anspruch zu nehmen und sich um einen Ausbildungsplatz zu bemühen (diese Weisungen wurden erfüllt).

In den verbleibenden 16 Fällen wurde ein Urteil verhängt (25,6 %). Neben zwei Freisprüchen kam es vor allem zu normverdeutlichenden Urteilen (in der Regel Verwarnung und Arbeitsauflagen). Seltener wurden die Erziehungsdefizite und Entwicklungsprobleme adressiert. In einem Fall kam es zur Verhängung einer Jugendstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt wurde und in einem weiteren Fall zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB.

Schaubild 3: Verurteilungen nach Amokdrohungen (§ 126 StGB)

Freispruch
Freispruch
Verwarnung
Verwarnung und 30 Stunden gemeinnützige Arbeit als Weisung
Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, § 63 StGB
30 Stunden gemeinnützige Arbeit als Weisung
Verwarnung und 60 Stunden gemeinnützige Arbeit als Auflage, sechsmonatige Psychotherapie
Verwarnung und 30 Stunden gemeinnützige Arbeit als Weisung
Verwarnung und 20 Stunden gemeinnützige Arbeit als Weisung
Verwarnung und 4 Tage Kurzarrest

Verwarnung und 30 Stunden gemeinnützige Arbeit als Auflage und Kostentragung
20 Stunden gemeinnützige Arbeit als Auflage
Jugendstrafe von acht Monaten zur Bewährung, zwei Jahre Bewährungshelfer, drei Monate betreutes Wohnen
Eine Woche Jugendarrest
Vier Monate Anti-Aggressivitäts-Training
120 € Geldauflage an gemeinnützige Einrichtung

Aus Platzgründen soll hier auf die Darstellung der pädagogischen Maßnahmen innerhalb der Schule, der Familie oder einem sonstigen Lebensbereich des Jugendlichen verzichtet werden. Auffällig war aber, dass 15 Personen bereits vor der Tat Kontakte zu Psychologen und/oder Kinder- und Jugendpsychiatern hatten, nach der Drohung 15 Personen, wobei für nur insgesamt 3 Personen beides zutraf, also hatten 27 Personen (41,5 % aller Tatverdächtigen) behandlungsbedürftige psychische Probleme, was eine enorme Zahl darstellt. Der schulpsychologische Dienst wurde in 18 Fällen eingeschaltet und war davon mindestens in zwei Fällen auch vor der Drohung mit dem Schüler befasst gewesen. Für diese Fälle gab es keine Informationen darüber, welche Erkenntnisse die Schulpsychologen über die Störungsbilder, Verhaltensauffälligkeiten oder Probleme der Schüler gewinnen konnten und wie die Gespräche verliefen. Es gab keine Informationen, ob zumindest Interventionsmaßnahmen vorgeschlagen oder an die Schulen zurück gemeldet wurden. Über einen möglichen Austausch der Erkenntnisse und Maßnahmen zwischen Therapeuten und Schulpsychologen gab es ebenfalls keine Informationen. Unabhängig von der Drohung waren zehn Jungen (15,4 %) bereits zuvor in psychologischer bzw. psychotherapeutischer Behandlung, wobei in drei Fällen unter anderem die Diagnose ADS/ADHS genannt wurde, ansonsten Probleme mit Mobbing in der Schule, mit Trennung der Eltern, Tod von Geschwistern, aggressiven Verhaltensauffälligkeiten, Essstörungen. Bei vier Personen (6,1 %) wurden nach der Drohung (auch als Weisung im Strafverfahren) psychotherapeutische Behandlungen begonnen oder weitergeführt. Weitere fünf Jungen (7,7 %) waren bereits unabhängig von der Drohung in kinder- und jugendpsychiatrischer Behandlung, nach der Drohung kam es bei elf Personen (17 %) zur kurz- oder längerfristigen Unterbringung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie. Darunter waren Notfalleinweisungen nach HFEG für wenige Wochen, Unterbringungen zur Diagnose mit oder ohne direkten Bezug zum Strafverfahren für einige Wochen, Unterbringung wegen Gefährlichkeit und Begutachtung für einige Monate wie auch eine dauerhafte Unterbringung nach § 63 StGB als strafrechtliche Sanktion. Bis auf die ernsthaften Drohungsfälle, in denen entweder umfangreiche psychiatrische Ausführungen oder eine kurze Stellungnahme in der Hauptverhandlung auch in den Strafakten enthalten waren, können die psychiatrischen Diagnosen nicht näher bestimmt werden.

Eine nicht unerhebliche Zahl der Schüler hatte auch bereits einen oder mehrere Schulwechsel hinter sich. In Folge der Drohung und Strafanzeige wurden sieben Schüler (16,6 % der 42 Fälle, in denen es überhaupt Informationen

über schulische Maßnahmen gab) der Schule verwiesen, in weiteren sieben Fällen wurde ein zeitlich begrenzter Schulverweis (zwischen zwei Tagen und vier Wochen) ausgesprochen. In vier Fällen wurde ein Schulverweis angedroht und von Bedingungen abhängig gemacht (Diagnostik in der Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychotherapie, Erfüllung sozialer Maßnahmen). Ein Schüler wechselte freiwillig die Schule. Mindestens weitere sechs Schüler verließen die Schule ohne Verweis aufgrund einer psychiatrischen Unterbringung im Zusammenhang mit dem Strafverfahren oder der Drohung. Ein Schüler wurde in eine Parallelklasse versetzt. In elf Fällen gab es eine Klassenkonferenz mit zahlreichen pädagogischen Maßnahmen, die eine Integration des Schülers zum Ziel hatten. Hier fanden in Form eines „Runden Tisches“ Gespräche auch mit Polizeibeamten, Vertretern der Jugendhilfe, Schulpsychologen und Schulsozialarbeitern statt und man vereinbarte mit dem betroffenen Schüler (selten auch den Erziehungsberechtigten) neben Gesprächen Lernverträge, die Ableistung von Sozialstunden, Zusammenarbeit mit Schulsozialarbeitern, Teamseminare, den Besuch von Kursen wie Anti-Aggressivitäts-Training, soziales Training u.a. Nur in seltenen Fällen wurden bewusst keine Maßnahmen ergriffen, weil sich die Drohung als unbedeutend herausstellte.

Für eine gewisse Zahl von Schülern war den Akten zu entnehmen, dass sie zwar die Schule formal besuchten, aber durch ständiges Schwänzen teilweise bereits seit Monaten faktisch unbeschult waren. Hier fehlten meistens nähere Angaben, die Schulleiter gaben auf Befragen durch die Polizei an, es handele sich um einen schwierigen, verhaltensauffälligen oder psychisch auffälligen Schüler.

Sehr problematisch waren in wenigen Fällen die Konsequenzen des massiven, und damit nicht zu übersehenden, Polizeieinsatzes und auch Maßnahmen der Schulleitung wie eine Information der gesamten Schüler- und Lehrerschaft über Gerüchte über einen möglicherweise bevorstehenden Amoklauf. Hier war zu unterscheiden. In einzelnen Fällen hatten Gerüchte unter den Schülern für unaufhaltsame Unruhe unter Schülern und Eltern gesorgt. Eltern riefen besorgt in der Schule an, am fraglichen Tag kam nur ein Teil der Schüler in die Schule. In anderen Fällen führte eine Durchsage der Schulleitung eine derartige Unruhe herbei; hier war problematisch, dass nur ein Gerücht und keine „Entwarnung“ oder Falschmeldung bekannt gegeben wurde. Es war im Anschluss notwendig, die gesamte Schüler- und Lehrerschaft zu informieren, um eine fehlende Gefahr sicher vermelden zu können. Auch Presseinformationen (die selten eine Rolle spielten) waren problematisch. Es war unklar, durch wen die Presse informiert worden war. In diesen Fällen musste die Schulleitung natürlich reagieren. In einigen Fällen waren aber auch die polizeilichen Maßnahmen in Form eines sichtbaren uniformierten Einsatzes an der Schule mit Räumungen der Grund für eine erhebliche tagelange Unruhe an der Schule. Positiv wirkten knappe Schreiben der Schulleitung an Lehrer und Eltern, in denen Sachinformationen über einen Amokverdacht mit der Einschaltung der Polizei und der fehlenden Gefahr bekannt gegeben wurden.

IX. Gruppenbildung der Fälle aus kriminologischer Sicht – Ernsthaftigkeit der Drohung

Aus kriminologischer Sicht soll der Versuch unternommen werden, die Fälle zu bewerten und in Kategorien einzuordnen. Die wichtigste Frage bei einer Amokdrohung ist diejenige nach der Gefahr der Umsetzung in eine Tat. Wann wird eine mündliche oder schriftliche Drohung mit hoher Wahrscheinlichkeit in die Tat umgesetzt? Welche Kriterien entscheiden über die Gefahr einer Umsetzung, die fehlende Gefahr oder wann ist die Gefährlichkeit nicht einschätzbar? Bei der Analyse der Fälle wurde eine Kategorisierung mit sechs Fallgruppen vorgenommen.

Fallgruppe 1: Keine Gefahr einer Amoktat. Die Äußerung stellte sich als falsch verstandener „Scherz“ oder „Spaß“, als unüberlegte Äußerung oder Äußerung aus Wut und Verärgerung dar. Die Tat hat klar einen typischen Kontext kindlich unüberlegten oder jugendtypisch unreifen oder gar dummen Verhaltens. Es besteht keine Gefahr eines Tötungsdelikts, es gibt keinerlei Tatplanungen, die Äußerung erfolgte spontan.

Dieser Fallgruppe war die Mehrheit der Drohungen zuzuordnen. 29 der 65 Tatverdächtigen konnten in dieser Fallgruppe gezählt werden, darunter waren vier Jungen, die Tendenzen zu weiterem Problemverhalten aufwiesen (allerdings nicht als mögliche Gefahr einer Umsetzung der Drohung).

Kindliches Verhalten stellt sich als überschäumende Phantasie, Spiel mit Worten, Freude daran, anderen Angst einzujagen und Mitschüler zu verunsichern, dar. Bei Jugendlichen werden die Äußerungen aus Angeberei, um sich wichtig zu machen, in Wortspielen in Chats, gegenseitigem Hochschaukeln im Dialog mit Mädchen oder in Frotzeleien und Streitereien unter Jugendlichen, teilweise auch provoziert von den Mitschülern, getätigt. Manchmal spielte auch das Motiv, die Schule möge an einem bestimmten Tag ausfallen, eine Rolle. Bei den kindlich erscheinenden Drohenden spielte die Thematisierung einer begangenen Amoktat wie in Winnenden in Schule und Medien eine große Rolle. Es schien, als werde die Phantasie dieser kindlichen und unreifen Jugendlichen daraufhin angeregt und sie drohten, ohne tiefer darüber nachzudenken.

Die meisten dieser Drohungen werden von Lehrern und auch Polizeibeamten sehr schnell als harmlose Drohungen in dem Sinne identifiziert, als keine Gefahr einer Umsetzung angenommen wird. Trotzdem führten die Nähe etwa zur Amoktat in Winnenden, die Ungehörigkeit und Respektlosigkeit des drohenden Schülers, der polizeiliche Einsatz und aufwändige Befragungen an den Schulen häufig dazu, dem Schüler die Konsequenzen seiner Drohung mit einer Strafanzeige und polizeilichen Ermittlungen vor Augen führen zu wollen.

Die wenigen Mädchen, denen eine Drohung zuzuschreiben war, fallen alle in diese Kategorie. Die meisten Drohungen dieser Fallgruppe ereigneten sich im Monat nach der Tat in Winnenden, bis auf eine alle weiteren von April bis Juli 2009. Das spricht dafür, dass die meisten Drohungen, die einer Amoktat zeitnah folgen, unernst sind. Die Drohungen der 25 Jungen waren in mindestens neun Fällen einem kindli-

chen Typus zuzuordnen. Entsprechend waren die Drohungen unüberlegte Äußerungen aus falsch verstandenem „Spaß“ oder Wut über die Mitschüler, denen unüberlegt eine überschießende Drohung folgte. Bei den meisten anderen Drohungen handelten Jugendliche ebenfalls unüberlegt aus jugendtypischer Unüberlegtheit, Wichtigtuerei und spontaner Wut. Viele Drohungen erfolgten in Chats, einige schriftlich ohne nähere Konkretisierung (Schmiererei an der Tür, verlorener Zettel mit Amokdrohung, SMS, Eintrag in ein Kondolenzbuch), manche auch mündlich vor den Mitschülern. Wenige Fälle waren auch provoziert: Entweder wurde ein Jugendlicher so lange von Gleichaltrigen geärgert und provoziert, bis er auch mit Amok drohte oder Mädchen steuerten die Kommunikation in die Richtung des Amokthemas, die Dialoge wurden immer wilder und schließlich wurde wegen einer „Amokdrohung“ Anzeige erstattet. Allen Fällen ist gemeinsam, dass neben der deutlichen oder unklaren Äußerung über Amok sonstige Risikofaktoren fehlen. Die Situation ließ sich schnell klären und ergab rasch das Bild einer typisch kindlich/jugendlich unüberlegten Äußerung.

Die betroffenen Kinder und Jugendlichen zeigten sich überwiegend schockiert, betroffen und einsichtig nach Aufdeckung und Reaktionen auf ihre Drohung, insbesondere bei polizeilichen Ermittlungen.

Fallgruppe 2: Keine Gefahr einer Amoktat. Die Drohung geht von einem impulsiven und aggressiven Jungen aus, der bereits aggressiv verhaltensauffällig war und in der Schule mit diesem Verhalten bereits Probleme verursacht hat. Keine Gefahr einer Umsetzung der Drohung in eine Amoktat.

In die Fallgruppe 2 fallen elf Tatverdächtige. Drei waren nicht nur aggressiv und impulsiv, sondern zeigten weitere Verhaltensauffälligkeiten und Probleme in der Entwicklung (allerdings nicht als mögliche Gefahr einer Umsetzung der Drohung, sondern eher als andere problematische Persönlichkeitsentwicklung).

Die drohenden Jungen dieser Fallgruppe waren häufig uneinsichtig und bereits mit Schlägereien, Respektlosigkeiten und störendem Verhalten im Unterricht bekannt. Interessanterweise fanden sich hier gehäuft Drohungen von Migranten gegenüber weiblichen Lehrkräften. Lehrer/-innen schätzten die Drohungen und wüsten Beschimpfungen häufig ganz richtig ein: Sie hatten keine Angst, der Jugendliche werde die Drohung in die Tat umsetzen, sondern sie wollten einen Denkkettel erteilen, einen Schlusstrich ziehen und dem Jugendlichen die Konsequenzen für sein dauerhaft respektloses Verhalten vor Augen führen. Somit wurde die Polizei eingeschaltet. Auch die Polizei konnte die Drohung rasch als impulsive Tat eines aggressiven Jungen identifizieren und fand in dieser Gruppe vorherige polizeiliche oder strafrechtliche Auffälligkeiten.

Es handelte sich um ein breites Altersspektrum (11-20 Jahre, alle männlich). Von elf hatten sieben einen Migrationshintergrund. Die Drohungen wurden ganz überwiegend mündlich, aggressiv und direkt gegenüber den Lehrer/-innen in der Klasse gerufen. Zum Beispiel stand einer in der Klasse auf und rief: „Wenn Sie mich hier sitzen lassen, passiert so

was wie gestern!“ (ein Tag nach Winnenden); im Unterricht drohte ein 16-Jähriger offen aggressiv: „Sie werden sehen, was passiert, ich knall Sie ab!“. Derselbe Jugendliche drohte vor Mitschülern, seine Lehrerin sei „dran“, wenn er sie treffe. Ein 19-Jähriger rief gegenüber der Lehrerin in der Klasse: „Es gibt bald mal an dieser Schule ein Massaker [...]“, ein anderer schrie mehrfach in die Klasse: „Ich hab ´ne Waffe zu Hause, ich knall hier einfach alle ab!“ Auch das Wort „Amok“ fiel in der Regel bei den Drohungen oder es war von „töten“ und klarer Bezugnahme auf die Amoktat in Winnenden die Rede. Alle Drohenden waren auch sonst aggressiv verhaltensauffällig und waren mehrfach mit diesem unangemessenen Verhalten auch in der Schule aufgefallen.

Der Umgang mit dauerhaft aggressiv auffälligen Schülern stellt ein großes Problem dar, häufig werden die dissozialen und impulsiven Verhaltensweisen von den Eltern nicht unterbunden oder durch ebenfalls aggressives oder dominantes Verhalten des Vaters verstärkt. In den Migrantenfamilien entstand auch der Eindruck, man nehme den Sohn gegenüber Kritik in Schutz, die negativen Verhaltensweisen wurden heruntergespielt. In extremen Fällen zeigt sich auch das große Problem der wirkungsvollen Intervention trotz großer Bemühungen von allen Seiten. Eine Amokgefahr geht von aggressiv impulsiven Tätern nicht aus. Es besteht aber die Gefahr einer dauerhaften Verfestigung gewalttätiger Verhaltensmuster, wenn es nicht gelingt, Grenzen zu setzen und prosoziale Verhaltensmuster einzüben.

Fallgruppe 3: Amokdrohung als „Hilferuf“. Die Drohung geht von einem verhaltensauffälligen und/oder psychisch auffälligen Jungen aus, der zahlreiche Probleme im gesamten sozialen Umfeld (Umgang mit Gleichaltrigen, in der Entwicklung und überwiegend auch im familiären Umfeld sowie in der Schule) aufweist. Die Amokdrohung wird ausgestoßen, um Aufmerksamkeit für gravierende Entwicklungsprobleme zu wecken. Keine Gefahr der Umsetzung einer Drohung in eine Amoktat.

Dieser Fallgruppe waren zehn Verdächtige zuzuordnen. Abgedeckt wurde die gesamte Altersspanne der Jugend (13-18 Jahre, alle männlich). Von zehn waren sieben deutsch ohne Migrationshintergrund. Alle waren massiv verhaltensauffällig und hatten eine Menge Probleme. Die Drohungen fanden ganz überwiegend mittelbar und in Chats statt. Es war eher ein ungerichtetes Fallenlassen von Bemerkungen über Amok festzustellen als direkte Drohungen oder Ankündigungen. Bei den meisten gab es psychische Auffälligkeiten, die psychologische Behandlung oder psychiatrische Diagnostik erforderte, zum Teil waren psychotherapeutische Bemühungen und Aufenthalte in der Kinder- und Jugendpsychiatrie auch schon vor der Drohung vorhanden. Eine psychiatrische Einordnung der Probleme war aufgrund fehlender Informationen nicht möglich. Die Jugendlichen erschienen uneinsichtig und wirkten sonderbar in ihrem Sozialverhalten. Über die familiären Verhältnisse waren viele Probleme bekannt. In der Schule waren Verhaltensauffälligkeiten und Leistungsschwierigkeiten bekannt, nur in drei Fällen gab es umfassendere Bemü-

hungen zur Integration des schwierigen Schülers. In den übrigen Fällen bestand der Eindruck der Hilflosigkeit.

Diese schwierigen, verhaltensauffälligen Schüler planteten keine Umsetzung einer Amoktat, hatten aber in allen sozialen Bezügen Probleme. Die Amokdrohungen und das sonstige Verhalten wiesen auf Beschäftigungen mit destruktiven Inhalten hin, es bestand der Eindruck eines Außenseiters, mit dem die meisten Menschen in seinem sozialen Umfeld nichts zu tun haben möchten.

Die Schule allein ist mit der Problemlösung in diesen Fällen überfordert und die psychischen Auffälligkeiten des Schülers bedürfen früher und intensiver professioneller Intervention und Unterstützung. Hilfreich wäre möglicherweise ein besserer Austausch zwischen Familie, Schule und Jugendhilfe. Die Familien sind jedoch häufig Teil des Problems und wirken nicht unterstützend. Ohne Rückkopplung mit behandelnden Psychologen und Psychiatern über Störungsbild und geeignete Interventions- und Präventionsmaßnahmen scheint aber eine Integration dieser Jungen sehr schwierig.

Fallgruppe 4: Schwer einschätzbar; Amokgefahr kann nicht abschließend beurteilt werden. Verhaltensauffällige und/oder psychisch auffällige Schüler mit sonderbarem Verhalten und erheblichen Entwicklungsproblemen, Problemen mit Mitschülern, vornehmlich auch mit Mädchen und Frauen und meistens auch mit dem familiären Umfeld. Teilweise wurde Stalkingverhalten festgestellt. Eine Amokgefahr für die Zukunft war nicht auszuschließen, eine Prognose konnte nicht gestellt werden. Häufig fehlten hier weitere Informationen bei problematischer Persönlichkeitsentwicklung.

Dieser Fallgruppe wurden elf Personen zugeordnet. Die männlichen Personen waren überwiegend Deutsche ohne Migrationshintergrund. Das Altersspektrum reichte von zwölf bis 20 Jahren. Alle wiesen erhebliche Probleme und Verhaltensauffälligkeiten in allen Sozialbereichen auf. Acht der elf waren in psychologischer/psychiatrischer Behandlung (gewesen), d.h. psychische Probleme waren schon vor der Drohung vielfach vorhanden. Über die Art des Störungsbildes und die Beziehung zu Therapeuten gab es nahezu keine Informationen, außer der Tatsache, dass es sich nicht um forensische Psychiatrie handelte. Wenige dieser Behandlungen beruhten auf einer Unterbringungsentscheidung im Zusammenhang mit Aggressionsdelikten oder Drohungen. Die meisten erfolgten wegen der psychischen Probleme, die Selbst- oder Fremdgefährdung verursachten oder wegen massiver Entwicklungsstörungen. In keinem Fall gab es eine Einbindung in stützende Strukturen. Die Eltern waren schwer einschätzbar, es herrschte häufig der Eindruck des Gewährlassens und fehlender Bindung zu den Kindern. Bei den meisten gab es exzessiven Medienkonsum, der auch in Sprache und Äußerungen in der Schule nicht verborgen blieb.

Die Art der Drohungen war verdeckt und mittelbar und es gab häufige befremdliche und schwer einschätzbare Äußerungen über Amok und Gewaltphantasien. Diese erfolgten auch meistens über einen längeren Zeitraum, waren aber nur einzelnen Personen bekannt. Zum Beispiel wurde neben

diversen Chat-Äußerungen über Amokläufe zu einem Mitschüler gesagt: „Du bist der Dritte auf meiner Liste“. Derselbe Schüler hatte bereits Monate zuvor in einem Französisch-Aufsatz geschrieben: „Der Tag, an dem ich Amok laufe“. Ein 20-Jähriger hatte zwei Jahre vor der Drohung ein Schulverbot bekommen, weil er mit einer Waffe Schüler bedroht hatte. Er sagte in einer Diskussion mit anderen Schülern über Winnenden, es werde Zeit, an der X-Schule mal aufzuräumen, damit die dort einen klaren Kopf bekämen. Die Bezugnahme auf Amok war indirekt. Bei den meisten waren diese wie auch andere verstörende Äußerungen über Töten, Gewalt, Hass und Rache über einen längeren Zeitraum bekannt, konnten aber nicht eingeschätzt werden. Das Verhalten wurde von Gleichaltrigen wie von Lehrern als sonderbar beurteilt.

In zwei Fällen gab es umfassende Bemühungen der Schule zur Integration (Runder Tisch, zahlreiche unterstützende Maßnahmen), es war aber sehr schwierig und problematisch, den Jugendlichen zu erreichen. In den anderen Fällen herrschte der Eindruck der Hilflosigkeit und auch mehrere Schulwechsel mit fehlenden Informationen über die konkreten Schwierigkeiten erschwerten den Umgang mit dem Schüler.

Die Probleme dieser verhaltensauffälligen und psychisch auffälligen Schüler können allein von der Schule nicht gelöst werden. Zudem war eine Einschätzung der Gefährlichkeit über die polizeilichen Maßnahmen nur insoweit möglich, als eine akute Tatplanung mit der Möglichkeit der zeitnahen Umsetzung ausgeschlossen werden konnte. Die Gedanken der Drohenden drehten sich aber sehr um destruktive Handlungen einschließlich Amok. Ihr Verhalten war über einen längeren Zeitraum nicht einschätzbar und es blieb ein deutliches Unbehagen. Von außen betrachtet fehlten hier Informationen, um eine Gefährdung in Zukunft ausschließen zu können. Die Risikoanzeichen für Amok, Suizid und andere fremd aggressive Handlungen waren hoch.

Hilfreich könnte eine bessere Vernetzung in diesen Fällen mit dem Ziel der Integration sein. Schulen haben einen wichtigen Informationsvorsprung in diesen Fällen, weil sie die Probleme des Jugendlichen erkennen und teilweise auch pädagogische Maßnahmen ergreifen. Die Entwicklungsprobleme sind aber derart ausgeprägt, dass nur im Zusammenwirken mit Familie, Jugendhilfe, Schulpsychologen, Therapeuten und Kinder- und Jugendpsychiatrie eine Lösung möglich erscheint. Wie auch in der Fallgruppe 3 wird über die Familien wenig bekannt oder das Erziehungsverhalten scheint passiv und negativ verstärkend.

Fallgruppe 5: Gefährlich. Amoktat wäre höchstwahrscheinlich ohne Intervention ausgeübt worden.

In drei Fällen konnte von einer hohen Gefahr der Umsetzung der Drohungen in eine Tat ausgegangen werden. Interessanterweise waren die Fälle unterschiedlich in der Art der Drohung, den Entwicklungen und in der Persönlichkeit der Täter.³³

³³ Im Endbericht werden diese Fälle detailliert beschrieben.

Die Risikofaktoren in Persönlichkeitsentwicklung und Lebenssituation waren bei allen ausgeprägt. Bei allen kam es zu mehreren Schulwechselln und psychiatrischen/psychotherapeutischen Behandlungen vor der aktuellen Drohung. Die Ankündigung der Taten erfolgte auf unterschiedliche Weise, aber mehrfach und teilweise drastisch. Alle haben auch mündliche Drohungen ausgestoßen. In den polizeilichen Vernehmungen wurden die Absichten nur anfangs bestritten.

In zwei Fällen wurden zwar keine Schusswaffen vorgefunden (ein Täter hätte Zugriff auf die Schusswaffen des Vaters gehabt), aber ein Arsenal von Stichwaffen, selbst präparierten und veränderten Hieb- und Stichwaffen. Diese Waffen wurden zum Teil auch verborgen gehalten. Die Vorbereitung einer Bombenexplosion war durch eine Vielzahl geeigneter Materialien, die in einer Wohnung gefunden wurden, die der Jugendliche zunächst nicht als seinen Wohnsitz angegeben hatte, deponiert. Somit war allein durch die Menge gehorteter Waffen wie auch die Art und Weise der Veränderungen von Waffen ein deutlicher Unterschied zu anderen Fällen vorhanden, in denen ebenfalls Messer und Soft-Air-Waffen gefunden wurden.

Kurze Skizzen dieser drei Fälle:

Fall 1: Ein 16-Jähriger (A) (männlich, deutsch) der neunten Klasse hatte am 19.12.2006 zu einem Mitschüler mehrfach detailliert gesagt, er werde am 22.12. einen Amoklauf in der Schule durchführen. Er wollte bewaffnet kommen und in seiner Klasse Schüler und Lehrer töten. Zwei Freunde würden draußen bewaffnet warten, um auf die Flüchtenden zu schießen. Es gab eine Anregung und Verstärkung derartiger Gedanken durch den Amoklauf in Emsdetten (20.11.2006), aber auch frühere Bemerkungen über Amok und das Töten bestimmter Lehrerinnen bzw. von Schülern und Lehrern allgemein, die der Mitschüler damals nicht ernst genommen hatte. Die Ankündigungen am 19.12.2006 beunruhigten ihn jedoch und er erzählte seiner Mutter davon, die die Schulleiterin am frühen Abend unterrichtete. Diese informierte sofort die Polizei. Es wurde ein Ermittlungsverfahren wegen Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten, § 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB eingeleitet. Mitschüler konnten zahlreiche beunruhigende Einzelheiten berichten: A hatte Messer mit in die Schule gebracht und gedroht, besaß Bilder, auf denen er mit Schusswaffen posierte, verbreitete sich ständig mündlich und schriftlich über Gewalt, Schießen, Töten und machte ausländerfeindliche Bemerkungen. Er verehere Hitler. Auf einer Skizze der Klasse hatte er seinen Tötungsplan ausgeführt. Bei der Wohnungsdurchsuchung fiel das durch Gewaltthemen dominierte Zimmer auf. In großer Unordnung fanden sich zahlreiche Stichwaffen, Schusswaffen-nachbildungen, hasserfüllte Schriften, nicht altersgerechte Filme und Computerspiele sowie Poster von Marilyn Manson, Rammstein u.ä. auf (die Poster spiegeln die Beschäftigung mit der Amoktat von Columbine am 20.4.1999 und den Musikvorlieben der damaligen Täter wider). Die zahlreichen Schusswaffen des Vaters wurden wegen Verstoßes gegen Aufbewahrungsvorschriften beschlagnahmt. Die Ermittlungen erbrachten erhebliche familiäre Probleme mit einer gescheiterten Familienhilfe, Schulwechselln und Selbstverlet-

zungen. In der Vernehmung gab der Täter später Details zu, blieb teilweise aber ambivalent. Ein rasch einberufener Runder Tisch an der Schule brachte weitere Risikomerkmale ans Licht: A galt als „absoluter Einzelgänger“ mit menschenverachtenden Äußerungen, der ständig schwarze Kleidung mit satanistischen Symbolen trug und häufig vom Töten sprach. Sein Hauptschulabschluss war gefährdet. Man besprach, dem Schüler die Möglichkeit des Schulabschlusses erhalten zu wollen, wenn er sich zuvor einer stationären psychiatrischen Diagnostik unterziehe. Damit war A zunächst nicht einverstanden, er spielte alles herunter und war gegenüber der Jugendgerichtshilfe nicht kooperativ. Zwei Monate später wurde Anklage erhoben. Einen weiteren Monat später konnte die Verteidigung des 16-Jährigen mitteilen, er habe sich nun doch freiwillig in die stationäre Abteilung der Kinder- und Jugendpsychiatrie begeben. Hier entwickelte sich nun eine positive Wendung. Nachdem er zunächst sechs Wochen auf der Station verbracht hatte, wechselte er in die Klinikschule und zur teilstationären Unterbringung mit umfassender Therapie. Dabei wurde das Ziel verfolgt, den Tagesablauf fest zu strukturieren, den Schulabschluss zu ermöglichen und eine Wiedereingliederung in die Familie zu erreichen. Dies war auch mit dem Runden Tisch der bisherigen Schule besprochen worden. In der Hauptverhandlung im Juli war der 16-Jährige geständig und einsichtig. Die Amoktaten in Erfurt und Emsdetten hätten ihn damals beschäftigt. Er habe im Mittelpunkt stehen wollen, er hätte es auch genossen, mit dem Thema ernst genommen zu werden. „Erst hinterher dachte ich über die Folgen nach“, sagte er. Er schilderte die Zeit in der Psychiatrie positiv: Alle seien freundlich gewesen, man habe mit ihm ernsthaft gesprochen, sich für ihn interessiert. Er sei jetzt in der Tagesklinik und habe den Schulabschluss, wolle dann ein Praktikum und eine Ausbildung machen. Er verletze sich nicht mehr, zu der Mutter bestehe heute ein ganz gutes Verhältnis. Nach Aussage der Psychiater wurde bei A ADHS festgestellt, diverse Persönlichkeitsstörungen konnten ausgeschlossen werden. Durch die Hyperaktivität komme es zu Störungen des Sozialverhaltens, da er zuerst handele und dann nachdenke. Er bekomme auch Medikamente. Das Sozialverhalten habe sich verbessert und irgendwelche Drohungen seien nicht mehr geäußert worden. Die Psychiater gingen von fehlender Gefahr der Durchführung einer Tat aus. Das Verfahren gegen A wurde unter Weisungen nach §§ 45, 47 JGG eingestellt. Er musste sich sechs Monate einer Betreuungsweisung stellen sowie sechs Monate die ambulante Therapie in der Tagesklinik weiterbesuchen und sich bei der Agentur für Arbeit melden und um einen Ausbildungsplatz bemühen. Die Weisungen wurden erfüllt.

Einschätzung: Nach zum Zeitpunkt der Drohung erheblichem Risikopotential konnte die Gefährlichkeit aufgrund vernetzter Reaktionen (repressiv und pädagogisch) positiv beeinflusst werden.

Fall 2: Ein 18-Jähriger (B) hat in der Nacht von Freitag auf Samstag selbst den Notruf betätigt und anonym für Montag eine Bombenexplosion in einem Gymnasium angekündigt, bei der zwei Lehrer getötet werden würden. Der Anruf kam von einer öffentlichen Telefonzelle. Es gelang dem Polizei-

beamten, den Anrufer in ein Gespräch zu verwickeln. Die Identität konnte dabei nicht geklärt werden. Es gab Unstimmigkeiten über die betroffene Schule. Die Ermittlungen führten relativ schnell zu einem 18-jährigen „Problemschüler“ eines Gymnasiums, der in seiner Wohnung festgenommen werden konnte. Zu diesem Zeitpunkt bestritt er die Drohung. Am Körper trug B mehrere selbst gefertigte Stichwaffen. In der Wohnung konnten diverse Chemikalien und Schwarzpulver festgestellt werden. Ein Haftbefehl sollte beantragt werden. Der Beschuldigte wurde aber zunächst in die Psychiatrie eingewiesen. An der Schule wurden Maßnahmen zum Schutz getroffen und mit der Unterbringung des 18-Jährigen eingestellt. Die Gefährdung wurde von der Polizei als ernsthaft eingeschätzt. Für die Schule wurden Einlasskontrollen und Durchsuchung vereinbart. Am Wochenende wurde die Schule bereits mit Sprengstoffhunden durchsucht und am Montag war ein großes Polizeiaufgebot an der Schule und kontrollierte die Taschen der Schüler. Somit blieb die Bombendrohung nicht unbemerkt. Auch in der Presse wurde breit berichtet.

In der Zeugenvernehmung des Schulleiters gab dieser an, B sei ein sehr auffälliger Schüler, der von sich und seinen angeblichen Qualitäten und seiner Leistungsfähigkeit überzeugt sei, jedoch wiederholt gegen Regeln verstoße. Er besuche den Unterricht nur unregelmäßig. Er zeige gute Leistungen, habe aber mit den Fehlzeiten keine guten Aussichten, die gymnasiale Oberstufe zu bewältigen. Im Januar war ihm dieses in Anwesenheit seines Betreuers vom Jugendamt mitgeteilt worden. Er habe seinen Wunsch, das Abitur zu erreichen, betont und etwa einen Monat regelmäßig am Unterricht teilgenommen. Dann habe es wieder Fehlzeiten gegeben.

Das umfangreiche psychiatrische Gutachten und das Urteil gaben Aufschluss über seine Persönlichkeitsentwicklung und sein Störungsbild. B stammt aus einer Familie mit fünf Kindern, die Mutter war Hausfrau, der Vater Ingenieur. In der Familie gab es Streit und gegen B auch körperliche Gewalt, was vom Vater eingeräumt wurde. Es kam zu einer fast 20-monatigen Betreuung der Familie durch eine Familienberatung und eine zeitweise Unterbringung des B in einem Jugendheim, jedoch blieb das Verhältnis zwischen B und den Eltern gespannt, er lehnte insbesondere die Mutter stark ab. Diese wurde beschrieben als ehemalige Leistungssportlerin, die hohe Ansprüche an ihre Kinder stellte und mit einem strengen Regelwerk, auch übergriffig, versucht habe, die Kinder zu erziehen. Bei B wurde vom Jugendamt mehrfach die stationäre Heimunterbringung angeboten. B und sein jüngerer Bruder waren einige Male selbst beim Jugendamt und baten um Unterbringung, da sie ansonsten ihrer verhassten Mutter etwas antäten. Die schulische Entwicklung des B war bereits seit der Grundschule problematisch. Er war verhaltensauffällig und in seiner Konzentration gestört. In der fünften Klasse besuchte er ein Gymnasium, das er wegen seines Verhaltens nach einem Jahr verlassen musste. Zwei weitere Schulen durchlief er mit denselben Problemen, um dann auf eine Schule in den USA zu wechseln. Er war dort in einer Familie untergebracht. Er wurde aus den USA ausgewiesen, weil er im Besitz von Marihuana und Waffen war. Nach der Rückkehr kam es zu einem ersten Aufenthalt in der Kinder- und Jugendpsychiatrie; er hatte seine Mutter töten

und dann von der Brücke springen wollen. Zur Familie wollte er danach nicht zurück und lebte abwechselnd bei Verwandten und in Jugendeinrichtungen, wo es ständig zu Regelverstößen und Abgängigkeiten kam, die schließlich in der Drohung und Unterbringung mündeten.

Nach einer Woche Aufenthalt in der Psychiatrie aufgrund richterlichen Beschlusses nach § 10 HFEG kam er mit Unterbringungsbeschluss nach § 126a StPO in die Forensische Psychiatrie. Wegen Problemen mit den anderen Patienten wurde er zwischenzeitlich in eine hoch gesicherte Außenstelle verlegt. Die Unterbringung dauerte über vier Monate. Danach wurde der Unterbringungsbeschluss in einen Haftbefehl umgewandelt und er befand sich bis zur Hauptverhandlung in Untersuchungshaft in der JVA.

Interessant war, dass er die Zeit in der gesicherten Station als positive Erfahrung beschrieb: Er habe endlich keine Ablenkung von außen mehr und eine klare Struktur, könne sich auf den Tagesablauf genau verlassen.

Im Ergebnis wurde im psychiatrischen Gutachten eine Beeinträchtigung oder gar Aufhebung der Schuldfähigkeit gemäß §§ 20, 21 StGB verneint. Bei A liege eine Störung des Sozialverhaltens vor. Diese Störung zeige sich seit der Kindheit und führe zu schweren Anpassungsproblemen. Er könne sich nicht an soziale Strukturen anpassen, was sich in den zahlreichen Schulverweisen und Schwierigkeiten in den Jugendeinrichtungen zeige. Er sehe sich als Opfer von Ungerechtigkeiten, erkenne eigene Anteile im Verhalten nicht, entwickle so Wut und schließlich Rachephantasien. Er habe einen Mangel an Empathie. Drohungen wurden auch früher schon gezeigt. Er wolle andere Menschen provozieren und einschüchtern. Die Lehrer sehe er als Feinde, die seine Bemühungen nicht erkennen wollten. Er zeichne sich zudem immer wieder durch Lügen und Manipulation seiner Umwelt aus. Das Störungsbild lasse mehrere Diagnosen zu: Er habe eine Störung des Sozialverhaltens (ICD-10 F 91.8, DSM-IV 312.8), die sich in einem sich wiederholenden und durchgängigen Verhaltensmuster zeige, Rechte anderer und altersentsprechende Normen und Regeln zu verletzen. Gezeigt wurde aggressives und nicht aggressives Verhalten, darunter Drohungen, Tiere quälen, Gewaltphantasien, Körperverletzungen, Brandstiftungen, Sachbeschädigungen, Diebstähle, aber auch Weglaufen von zu Hause über Nacht, permanentes Schulschwänzen. Die immer wieder erzählten Lügengeschichten dienten dem Zweck der Selbsterhöhung und Grandiosität, auch im Sinne der Manipulation, er freute sich daran, dass Leute ihm seine Lügen glaubten. Mehrfach machte er sich über Autoritäten lustig und wertete Behinderte und Schwächere massiv ab. Zur Problemerkennung eigener Anteile sei er nicht fähig, alle Probleme würden externalisiert. Die so festzustellende dissoziale/antisoziale Persönlichkeitsstruktur sei auch stark narzisstisch akzentuiert. Trotz des noch jugendlichen Alters, das die sichere Feststellung einer Persönlichkeitsstörung erschwere, sei bereits eine überdauernde Verfestigung dieser Verhaltensmuster festzustellen. Daneben wurde ein multipler Substanzmissbrauch (ICD-10: F 19.1; F 10.1, F 12.1) mit Alkohol und Cannabis diagnostiziert. Die Tat war nicht impulsiv, sondern geplant und kontrolliert. Auch die Tatplanung des Bombenbaus zeigte eine

längere, intensive Beschäftigung mit der Umsetzung. Somit musste von voll erhalten gebliebener Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden. Daraus folgte die Annahme voller Schuldfähigkeit. Die Persönlichkeitsentwicklung wurde als problematisch und negativ prognostiziert. Von einem hohen Risiko zukünftiger wesensähnlicher Taten sei auszugehen. Aufgrund der narzisstisch-dissozialen Persönlichkeit sei an schwerere Gewaltdelikte, auch einer Umsetzung der Bombendrohung in Zukunft zu denken. Trotz negativer Prognose kam eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB wegen voll erhaltener Schuldfähigkeit nicht in Betracht. Zur Beeinflussung der negativen Prognose empfahlen die Gutachter eine strukturierte therapeutische und pädagogische vollstationäre Maßnahme in einer mit jugendlichen Straftätern erfahrenen Einrichtung.

B wurde wegen Störung des öffentlichen Friedens, §§ 126 Abs. 1 Nr. 2, 105 JGG verurteilt. Als Heranwachsender wurde er nach Jugendstrafrecht verurteilt, weil er wegen seiner Unreife zur Zeit der Tat einem Jugendlichen gleichzustellen war. Das Urteil lautete auf acht Monate Jugendstrafe, ausgesetzt zur Bewährung, mit der Anordnung einer Betreuungsweisung für drei Monate in einer Wohngruppe zu wohnen (betreut durch eine Vertreterin des Jugendamtes). Die insgesamt fast fünf Monate dauernde Unterbringung und Untersuchungshaft war berücksichtigt worden. Ein Bewährungshelfer wurde für zwei Jahre zugewiesen.

Einschätzung: Problem. Über den Verlauf der Bewährungszeit ist nichts bekannt. Unklar ist, ob die kurze Bewährungsaufgabe einen strukturierten Tagesablauf beeinflussen konnte. Das erhebliche Risikopotential, das auch detailliert im umfassenden psychiatrischen Gutachten dargestellt wurde, sollte durch tiefgreifende Ersatzerziehung mit strukturiertem Tagesablauf beeinflusst werden. Eine solche Maßnahme gab es nicht. Bei künftigen Krisen kann die Gefahr einer Gewalttat nicht ausgeschlossen werden.

Fall 3: Ein 15-Jähriger (C) war zunächst wegen zwei Brandstiftungen aufgefallen. In diesem Zusammenhang kam es bereits zu polizeilichen Ermittlungen. Erst zwei Monate später wurden massive Amok- und Todesdrohungen an der Schule bekannt. Diese Ermittlungen brachten das Ausmaß der Drohungen und die sich zuspitzende Bedrohung erst nach und nach ans Licht. Spät stellte sich eine Schizophrenie des 15-Jährigen mit erheblichen Gewalt- und Wahngedanken sowie konkreten Tatplanungen heraus. Er wollte seine schwangere Mutter töten und danach in der Schule eine Amoktat ausführen. Die bereitgelegten Tatwerkzeuge (Maske, Beil, zwei große Messer) wurden erst bei einer zweiten Durchsicherung gefunden. Die Tat, insbesondere die Tötung der Mutter, spielte in der Phantasie des Jungen bereits in monatelang wiedergegebenen Liedtexten („Muttermord“) eine Rolle. Ein Abschiedsbrief belegte ebenfalls die bevorstehende Gefahr. Interessant war, dass in beiden Schulen Lehrer und einzelne Schüler von dem bedrohlichen Verhalten des Jungen schon seit langem beunruhigt waren. Ein Mädchen, das dem 15-Jährigen für eine Brandstiftung ein falsches Alibi gegeben hatte, sagte erst nach wiederholten polizeilichen Vernehmungen die Wahrheit. Das galt auch für die

Schule: Mit Bekanntwerden polizeilicher Ermittlungen vertrauten sich auf einmal zahlreiche Schüler/-innen den Lehrer/-innen an und berichteten besorgniserregende Vorkommnisse. Je mehr Informationen mit den andauernden Ermittlungen zusammen getragen wurden, umso mehr verdichtete sich das Ausmaß der Drohungen und Verhaltensauffälligkeiten. Erst als die Mutter die ihr selbst drohende Gefahr registrierte, änderte sich ihr eher passives Verhalten und sie war nun zu Auskünften wie auch zur Unterbringung des Sohnes bereit (wobei es in diesem Stadium auf ihre Einwilligung nicht mehr ankam). Es stellte sich heraus, dass C schon seit Jahren an einer Schizophrenie erkrankt und auf Medikamente dringend angewiesen war. Er hatte diese selbsttätig abgesetzt und war nicht mehr in der Klinik erschienen. Die Mutter unterstützte ihn bei diesem Fehlverhalten. Der 15-Jährige wurde zunächst einstweilig in die Kinder- und Jugendpsychiatrie eingewiesen und im Sicherungsverfahren (§§ 413 ff. StPO) bei Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB dauerhaft in dem psychiatrischen Maßregelvollzug (§ 63 StGB, § 7 JGG) untergebracht. Die Staatsanwaltschaft ging aufgrund der Sachverständigengutachten von Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB aus. Der forensische Psychiater hatte ausgeführt, C habe bei der Brandstiftung seine starke Störung des Sozialverhaltens mit einem ausgeprägten Mangel an Empathiefähigkeit gezeigt und sei in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt gewesen. Die Psychose habe zu einer wahnhaften Verkennung der Realität geführt, wonach sich Mitschüler und Lehrer gegen C verschworen hätten. Wäre er nicht festgenommen worden, hätte C die Amoktat, die sich schon in der Vorbereitungsphase befand, genauso begangen wie den Mord an einer Joggerin, wenn er dabei keine Entdeckung hätte fürchten müssen. Prognostisch sah der Gutachter eine erhebliche Gefahr schwerer Gewalttaten durch C, wenn es nicht gelinge, die Psychose sicher zu behandeln und Empathiefähigkeit zu entwickeln. Eine Rückführung in die Familie wurde ausgeschlossen.

Einschätzung: Die Unterbringung in dem psychiatrischen Maßregelvollzug ist hier eine richtige und angemessene Maßnahme, um das Gefährdungspotential kontrollieren zu können.

Fallgruppe 6: Sonstiges: Keine Amokdrohung. Gerüchte und Falschbeschuldigen führten zu einem Amokverdacht.

Dieser Fallgruppe wurde eine Person zugeordnet, bei der Gerüchte entstanden und Falschbeschuldigungen gegen den Betroffenen erhoben wurden.

X. Schlussfolgerungen - Umgang mit Amokdrohungen an Schulen

Die Kriterienkataloge wie die Handreichung „Handeln in Krisensituationen“ des Landes Hessen sind nützlich,³⁴ Probleme gibt es aber an verschiedenen Stellen. Unklar ist, welchen Lehrer/-innen und Schulleiter/-innen die Handreichung mit Kriterien zur Abklärung einer Drohung inhaltlich bekannt ist. Es entstand der Eindruck, in Schulen werde diese Hand-

³⁴ Siehe Fn. 22, 23.

reichung vor allem als Leitfaden für den „Ernstfall“, also für Amoktaten, Ausbruch von Feuer und anderem wahrgenommen. Unklar war auch, ob hessische Schulen Krisenteams gebildet hatten und ob diese Mitglieder besonders geschult waren. Schulen riefen teilweise rasch die Polizei, ohne eine eigene Einschätzung der Drohung vorzunehmen. Nur selten konnte beurteilt werden, ob Schulen die besonders mit Bedrohungssituationen geschulten Schulpsychologen kontaktierten, ob diese Maßnahmen ergriffen und den Schüler in alternativen Verhaltensweisen beeinflussen konnten oder ob sie weiteren professionellen Hilfebedarf sahen. Es dürfte klar sein, dass eine definitive Beurteilung der Gefährlichkeit nach Art einer Checkliste niemals möglich sein wird. Man kann keinen Kriterienkatalog erstellen, bei dessen Anwendung am Ende sicher vorausgesagt werden kann, ob eine Tat begangen wird oder nicht. Es bedarf immer einer prognostischen Einzelfallentscheidung, die möglichst viele Kriterien einbeziehen sollte und naturgemäß mit einer gewissen Unsicherheit behaftet ist. Die Fälle zeigen aber, dass eine Einschätzung in den meisten Fällen möglich ist.

Die Analyse der Fälle mit Amokdrohungen an hessischen Schulen zeigte höchst unterschiedliche Fallgestaltungen und Gefahren. Fälle der *Fallgruppen 1* und *2* enthalten Drohungen von ungefährlichen kindlichen und jugendlichen Trittbrettfahrern, die sich wichtigmachen wollen oder unbedachte Äußerungen machen. Ihre Phantasie wird durch die mediale Darstellung einer Amoktat und/oder die Thematisierung im Unterricht besonders angeregt. In diesen Fällen kann für die Zukunft mehr Gelassenheit empfohlen werden. Lehrer und Polizei erkennen rasch die fehlende Gefahr und können deshalb künftig mit einem geringeren Ressourceneinsatz reagieren. Die Polizei zu rufen und zuweilen noch die Schule evakuieren zu lassen, ist in diesen Fällen schlichtweg unangemessen und unnötig. Eine Verdeutlichung des Unrechts sollte pädagogisch erfolgen. Hier besteht im Grunde ein typisches Erziehungsproblem, um aggressivem und unflätigem Verhalten entgegen zu wirken. Den drohenden Schülern muss verdeutlicht werden, dass derartige Drohungen nicht akzeptabel sind, genauso wenig wie Fäkalsprache und Beleidigungen. Die Eltern müssten ihre Erziehungsaufgaben in diesen Fällen besser wahrnehmen und ebenfalls auf sozial verträgliches Verhalten und angemessene Kommunikation dringen. In Fällen der *Fallgruppe 1* dürfte dieses noch am besten gelingen, weil sonstige Problementwicklungen in der Regel nicht vorhanden sind. Bei den Jungen der *Fallgruppe 2* ist dies schon schwieriger, weil sie bereits mit aggressivem und impulsivem Verhalten auffällig waren. Hier geht es also um eine umfassendere Normverdeutlichung und Gewaltprävention, die ebenfalls am besten gelingt, wenn Eltern, Schule und andere Einrichtungen „an einem Strang ziehen“ und Normverletzungen nicht einfach hinnehmen. Normverdeutlichung, Ächtung von Gewalt in jeder Form, Einüben konstruktiven und sozial positiven Verhaltens, Einsatz von Streitschlichtung und Täter-Opfer-Ausgleich sowie Unterbinden von Mobbing/Bullying unter den Schülern durch aufmerksame Erwachsene ist hier notwendig. Dauerhafte Strategien in der Schule wie etwa der Einsatz des Olweus-Programmes, eines

wirksamen gewaltpräventiven Programmes gegen Bullying an der Schule, versprechen hier Erfolg.³⁵

Jungen in den *Fallgruppen 3, 4* und *5* stellen größere Herausforderungen. Diese sind verhaltensauffällig und/oder psychisch auffällig, eher verdeckt aggressiv, schwer einschätzbar und man kann sie schwer erreichen. Die Amokdrohungen erfolgen vor dem Hintergrund dieser erheblichen Verhaltensauffälligkeiten und psychischen Probleme. Lehrern fallen diese Schüler schon vor der Drohung als problematisch auf. Sie werden nicht gemocht, sind tendenziell Einzelgänger, oft sonderbar in ihrem Verhalten und haben Probleme mit den Leistungsanforderungen, der Schule allgemein und mit Gleichaltrigen. Im Hintergrund sind fast immer auch familiäre Probleme vorhanden, nicht so sehr in der Ausprägung von desolaten und dissozialen Familien (broken-home-Situationen), sondern in fehlender positiver Bindung an die Eltern oder Erziehungsberechtigten. Die Eltern lassen die Kinder gewähren, emotional verwaarlosten und kümmern sich nicht um sie. Häufig ist ein extremer Medienkonsum nicht altersgerechter Gewaltmedien festzustellen, dem die Eltern nichts entgegensetzen. Zuweilen finden sich Mobbingopfer. Gleichaltrige verstärken die Probleme durch provokantes und gemeines Verhalten. Amokdrohungen durch diesen Personenkreis müssen besonders sorgfältig abgeklärt werden, insbesondere in der *Fallgruppe 4* findet die Polizei regelmäßig beunruhigende Indizien, eine Gefährdungseinschätzung ist nicht immer abschließend möglich. In der Regel werden durch Waffenkontrollen und Hausdurchsuchungen Gefahren durch die Möglichkeit einer nahen Ausführung ausgeschlossen, weil Schusswaffen und andere Waffen nicht zur Verfügung stehen. Die hohe Waffenaffinität wird deutlich. Wenn kein Zugang zu Schusswaffen besteht, wird auf andere Möglichkeiten (Hieb- und Stichwaffen, Bombenherstellung) zurückgegriffen. Eltern haben hier eine hohe Verantwortung, ihnen entgeht aber meistens das Gefährdungspotential, das sich zusammenbraut und sie decken ihren Sohn nach außen, haben aber keine tiefe emotionale Bindung. Man gewinnt den Eindruck, diese Jugendlichen werden mit ihren Problemen alleingelassen. Fatal ist das Ableugnen von Vorwürfen bei einer Amokdrohung, wenn sich Gefahrenzeichen häufen und das Zimmer des Jugendlichen ein dominantes Interesse an Gewalt, Waffen und Horror widerspiegelt. Hier fühlen sich Elternteile teilweise persönlich angegriffen und reagieren mit einem kritiklosen In-Schutz-Nehmen des Kindes. Geschieht eine Tat, trifft die Katastrophe auch die Familie des Täters in allen sozialen Beziehungen. Eltern sollten sich für ihre Kinder interessieren, deren Interesse an Gewalt, Videospielen, Horrorfilmen, Waffen hinterfragen und kontrollieren und auf keinen Fall einen Zugang zu Waffen ermögli-

³⁵ Olweus, in: Holtappels/Heitmeyer/Melzer/Tillmann (Hrsg.), *Forschung über Gewalt an Schulen, Erscheinungsformen und Ursachen, Konzepte und Prävention*, 4. Aufl. 2006, S. 281; Bannenber (Fn. 6 – Amok), S. 181 mit Nachweisen; Bannenber/Rössner, *Erfolgreich gegen Gewalt in Kindergärten und Schulen*, 2006 mit praktischen Empfehlungen zur Umsetzung durch Grüner, in: Bannenber/Rössner (a.a.O.), S. 81.

chen.³⁶ Erfolgt keine längere Intervention durch Unterbringung in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendpsychiatrie, muss sich die Schule der Verantwortung der Integration dieser Kinder und Jugendlichen nach der Drohung stellen. Die Amokdrohungen durch diese verhaltensauffälligen Jugendlichen wirken wie Hilferufe. Grundsätzlich müsste eine Intervention darauf abzielen, diese Jugendlichen in den Schulalltag zu integrieren, Perspektiven und Anerkennung zu vermitteln und in einer auf Vertrauen setzenden Umgebung soziale Fähigkeiten dieser Jungen zu schulen. Dies wird vielfach nur mit Netzwerken gelingen, in denen außer Lehrern andere Personen spezifische Hilfestellungen leisten. Neben der Kinder- und Jugendhilfe und ambulanten therapeutischen Angeboten wäre im Bereich der Schule auch an gezielte Förderung durch unterstützende Mitschüler zu denken (z.B. Buddy-Systeme u.a.). Es fiel die hohe Zahl drohender Schüler mit Behandlungen in Kinder- und Jugendpsychiatrie und bei niedergelassenen Therapeuten auf. Hilfreich wäre eine gegenseitige Information (abgesehen von den intimeren und möglicherweise dem Datenschutz unterliegenden Informationen) über Strategien der Intervention. Hier wurde den Schulen in der Regel nichts Näheres über die Störungsbilder des Kindes oder Jugendlichen bekannt. Man wird überlegen müssen, wie eine besser abgestimmte Reaktion und Förderung der auffälligen Schüler möglich ist.

Über Hessen hinaus wäre es empfehlenswert, sich über Strategien des Bedrohungsmanagements Gedanken zu machen. Schon aus Ressourcengründen ist es nicht möglich, bei jeder Amokäußerung eines unreifen Jugendlichen an Schulen die Polizei einzuschalten. In der Schule werden aber die meisten Drohungen und bedrohliches Verhalten ebenso bekannt wie auch Verhaltensprobleme von Schülern.

XI. Konsequenzen

1. Informationen über den Umgang mit Drohungen und Gewalt in Referendarausbildung und Lehrerfortbildung

Die Informationen sollen Hilflosigkeit und Verdrängen der Gewalt- und Drohungsprobleme verhindern und ein Bewusstsein dafür schaffen, dass Lehrer eine wichtige Rolle in der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen spielen. Frühe und gezielte Präventions- und Entwicklungsmaßnahmen in der Schule versprechen Erfolg und verhelfen Kindern zu Leistungserfolgen und sozialem Lernen. Bei gravierenden Problemen sollten frühzeitig weitere professionelle Kräfte, und wenn möglich, die Eltern, eingebunden werden. Bei Drohungen, deren Ernsthaftigkeit vom Lehrer nicht aus der Situation heraus eingeschätzt werden kann, sollte das Krisenteam informiert werden. Auf den Aufbau eines guten Schulklimas mit einem Vertrauensverhältnis zu den Schülern sollte hingewirkt werden.

Grundsatzinformationen über wirksame Gewaltprävention wie etwa zum Olweus-Programm sollten Bestandteil von

Lehrerausbildung und -fortbildung sein. Neben gezielter Abwendung von Bullying und Normverletzungen wird als Effekt ein gutes Schulklima erreicht.

2. Bildung von Krisenteams an Schulen

Gezielte und tiefere Fortbildung mit Falllösungen durch ein Lehrerteam. Idealerweise stellen die Krisenteams ein Bindeglied zwischen Lehrern und einem Netzwerk mit professionellen Kräften sowie den zuständigen Schulpsycholog/-innen dar. Ein Krisenteam kann die vereinzelt aufgefallenen Hinweise bündeln und bewerten. Die Polizei sollte nur bei akuter Gefahr oder bei nicht aufklärbarem, bedrohlichem Verhalten eingeschaltet werden.

3. Schulpsychologischer Dienst

Schulpsycholog/-innen könnten – je nach der Regelung im jeweiligen Bundesland – im Umgang mit Drohungen und Verhaltensauffälligkeiten am besten geschult sein und Rückmeldungen in die Krisenteams und Schulen geben. Sie würden damit eine wichtige Rolle im Bedrohungsmanagement spielen.

4. Aufbau von Netzwerken in den Schulen

Gewaltprobleme, Verhaltensauffälligkeiten und Suizidabsichten erfordern ebenso wie Maßnahmen von drohenden, aber schwer einschätzbaren Schülern Integrationsmaßnahmen, die Sicherheit vermitteln und die Persönlichkeitsentwicklung des Schülers positiv beeinflussen. In den problematischen Fällen sind Schulen allein damit überfordert. Ein Netzwerk, in dem die Schule informell mit Eltern, Vertretern des schulpsychologischen Dienstes, Präventions- und Jugendbeamten der Polizei, Vertretern der Jugendhilfe und Therapeuten zusammen arbeitet, verspricht Erfolg.

5. Mitschüler

Mitschüler nehmen Äußerungen und Verhaltensauffälligkeiten sensibel wahr. Ihre Wahrnehmungen sind sehr relevant für die Abklärung einer Gefahr. Nur in Einzelfällen spielen die Anzeigen der Mitschüler eine negative Rolle, weil sie ihrem Mitschüler bewusst schaden wollten oder ihn zur Amokdrohung geradezu provoziert hatten. In einem guten Schulklima können Schüler Lehrern vertraulich ihre Wahrnehmungen mitteilen. Im Vordergrund sollten Bemühungen um soziale Unterstützung von Schülern mit Problemen stehen. Eine Konzentration nur auf die Mitteilung von Amokdrohungen ist zu vermeiden. Eine Einbindung von Schülern in unterstützende Maßnahmen wäre sinnvoll.

6. Eltern

Eltern können viel tun, um destruktive Entwicklungen ihrer Kinder zu verhindern. Vielfach verdrängen sie die Probleme oder können die Gefahren nicht sehen, weil sie keine tiefe Bindung zu ihrem Kind haben. Soziale Präventionsmaßnahmen sind für Eltern möglich, weil sie Schwierigkeiten früh feststellen.³⁷

³⁶ Dazu auch umfassend *Langman*, Amok im Kopf, Warum Schüler töten, 2009, S. 283 ff. (Kap. 8: Wie man Schulmasaker verhindern kann); *Bannenberg* (Fn. 6 – Amok), S. 74-80, 175 ff.

³⁷ Sowie schon oben unter X.

7. Polizei

Die Polizei hat spätestens seit der Tat in Winnenden eine erhebliche Aufklärungslast mit Amokdrohungen an Schulen. Sie ist die entscheidende Institution für die Gefahrenabklärung. Mit den Vernehmungen und Durchsuchungen kann orientiert an den bisherigen Risikokriterien rasch und erfolgreich eine Gefahrenabklärung erfolgen. Man sollte aber überlegen, angesichts der Ressourcenfrage in erkennbar unernten Drohungsfällen das Aufklärungsverhalten nach Notwendigkeit anzupassen. Insbesondere anonyme Kritzeleien wie Amokankündigungen an der Tafel sind wenig ernst zu nehmen. Die problematischen Täter mit Umsetzungsabsichten drohen mehrfach verdeckt und über einen längeren Zeitraum und fallen eher durch ihr sonderbares Verhalten als durch offene Drohungen auf.

8. Justiz

Die Justiz spielt eine wichtige Rolle bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen und der Aburteilung der ernsthaft Drohenden. Für die Aufklärung ist die Durchsuchung von Zimmern und Computern wesentlich, wobei § 126 StGB die gefährlichen Täter nicht immer erfasst, weil eher diffus bedrohliches Verhalten gezeigt wird, nicht unbedingt die Androhung im Sinne des § 126 StGB. Auch die Bewältigung der Drohungen, die nicht in eine Umsetzung münden sollten, dient der Normverdeutlichung und erscheint angemessen. Für die Personen der *Fallgruppen 3* und *4* könnte möglicherweise ein umfassenderer Einsatz von längerfristig wirkenden geeigneten Weisungen hilfreich sein.

9. Frühprävention

Bevor es zu Drohungen und bedrohlichem Verhalten kommt, fallen die Schüler anders als aggressiv impulsive Schüler mit sozialem Rückzug und sozialen Ängsten, Kontaktschwierigkeiten und Konzentrationsstörungen auf. Dadurch kommt es bereits früh zu Leistungsproblemen in der Schule. Unabhängig von Drohungen wäre zu überlegen, den stillen Schülern mit ihren spezifischen Problemen mehr Aufmerksamkeit zu widmen, um eine positive Persönlichkeitsentwicklung zu fördern und destruktive Entwicklungen zu vermeiden. Hierzu existieren bereits Empfehlungen.³⁸

10. Forschungsbedarf

Es besteht weiterer Forschungsbedarf, der nicht nur die Datenbasis verbessern, sondern auch wirksame Interventionsmöglichkeiten bei drohenden Schülern mit Verhaltens- und psychischen Auffälligkeiten untersuchen soll.

³⁸ Z.B. *Lauth/Schlottke*, Training mit aufmerksamkeitsgestörten Kindern, 6. Aufl. 2009; *Petermann/Petermann*, Training mit sozial unsicheren Kindern, 2006.

Schaubild 1: Monat Amokdrohung 2009

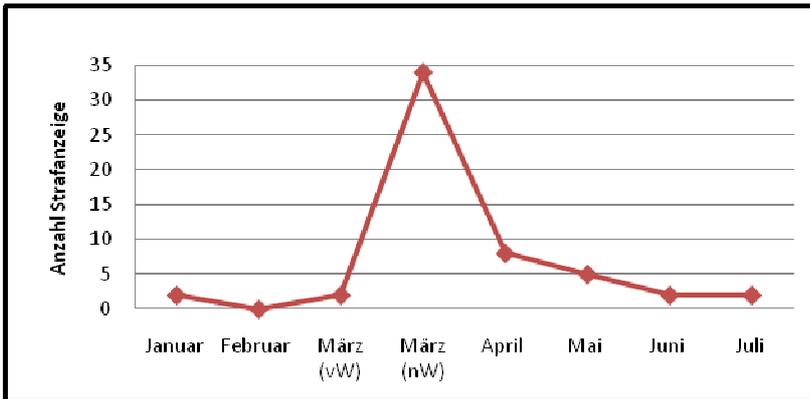
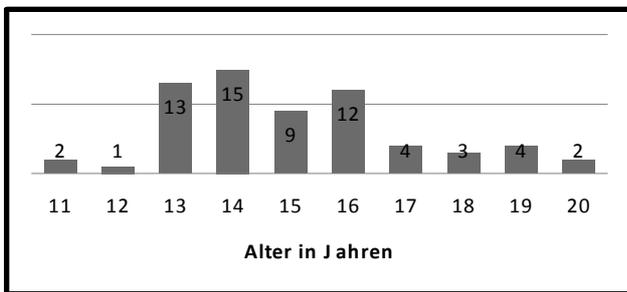


Schaubild 2: Altersverteilung Amokdrohung



Das Rechtsgut „Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte“

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

I. Einführung

Vertrauen spielt für die Wirtschaft und die Funktionsfähigkeit der Märkte zweifellos eine große Rolle. So wurde während der Finanzkrise allenthalben beklagt, dass es zu einem Vertrauensverlust gekommen sei. Langfristige Lieferbeziehungen, Einlagen bei der Bank oder Kredite sind ohne Vertrauen fast nicht denkbar, weil diese Geschäfte in der Regel zwischen Akteuren abgeschlossen werden, die sich nicht persönlich kennen. Ein Verlust des allgemeinen Vertrauens kann dazu führen, dass sich Anleger vom Kapitalmarkt zurückziehen, Kredite gekündigt werden und Verbraucher weniger konsumieren.¹ Vertrauen ist damit eine kulturelle Ressource, welche die Handlungsmöglichkeiten der Akteure erhöht² und damit zum Sozialkapital der Gesellschaft gehört.³

Angesichts dieser offenkundigen Bedeutung des Vertrauens für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft oder doch einzelner Märkte ist es nur wenig erstaunlich, dass es nicht nur als schützenswerte Ressource gilt, sondern bisweilen sogar als Rechtsgut strafrechtlicher Tatbestände angesehen wird. So soll z.B. nach h.M.⁴ der Kapitalanlagebetrug gem. § 264a StGB das Vertrauen der Allgemeinheit in den Kapitalmarkt und dessen Funktionsfähigkeit schützen. Auch der Kreditbetrug nach § 265b StGB soll nicht nur die Institution der Kreditwirtschaft oder das Kollektivinteresse an der Funktionsfähigkeit des Kreditmarktes, sondern auch das Vertrauen in die Redlichkeit der Kreditantragsteller, das für den gesamten Kreditmarkt von wesentlicher Bedeutung sei, schützen.⁵ Ähnliches wird auch für andere Tatbestände außerhalb des StGB vertreten. Rechtsgut des § 331 HGB soll z.B. das Vertrauen auf die Richtigkeit und die Vollständigkeit der Vermögensaufstellungen⁶ sein. Die Marktmanipulation nach § 20a i.V.m. § 38 Abs. 2 WpHG soll das Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung schützen.⁷

Auf den ersten Blick überzeugt es, angesichts der offenkundigen Bedeutung des Vertrauens für ein modernes Wirtschaftsleben dieses Phänomen in den Rang eines Rechtsguts zu erheben, weil die genannten Delikte die gleiche Tathandlung aufweisen: Sie verlangen eine Täuschung des Täters.

¹ Sell, in: Blümle/Goldschmidt/Klump/Schauenberg/v. Senger (Hrsg.), Perspektiven einer kulturellen Ökonomik, 2004, S. 399 (S. 405).

² Geramanis, Vertrauen, Die Entdeckung einer sozialen Ressource, 2002, S. 7 ff.; Morrison/Firmstone, International Journal of Advertising 19 (2000), 599 (602).

³ Coleman, Grundlagen der Sozialtheorie, Bd. 1, Handlungen und Handlungssysteme, Studienausgabe, 1995, S. 394.

⁴ Botke, wistra 1991, 1 (8); Cerny, MDR 1987, 271 (272); Ranft, JuS 1986, 445 (447); Tiedemann, JuS 1989, 689 (691).

⁵ Kritisch Hefendehl, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 119 (S. 123).

⁶ BGH wistra 1996, 348; Schüppen, Systematik und Auslegung des Bilanzstrafrechts, 1993, S. 115.

⁷ Schröder, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, X. 2. Rn. 5.

Täuschungen führen aber wohl in der Regel zu einem Vertrauensverlust – zumindest gegenüber den konkreten Erklärenden.

Hier zeigen sich aber auch schon die ersten Schwächen der Konzeption, das Vertrauen als geschütztes Rechtsgut anzusehen. Offenkundig meint die Strafrechtswissenschaft nämlich nicht ein interpersonelles Vertrauen in den konkreten Akteur, sondern ein wie auch immer geartetes kollektives Vertrauen z.B. in die Kreditnehmer als solche oder – sogar noch abstrakter – ein Systemvertrauen in die Funktionsfähigkeit des Marktes.

Es erscheint geradezu selbstverständlich, dass ein solches Vertrauen existiert. Gegenseitiges Vertrauen wird im ungestörten Wirtschaftsverkehr sogar als der Normalfall gesehen, das erst schwindet, wenn es zu Megaverstößen gekommen ist.⁸

Um als Rechtsgut anerkannt zu werden, reicht es aber nicht, auf die Bedeutung und die offensichtliche Existenz des Vertrauens hinzuweisen, sondern es müsste darüber hinaus möglich sein, diesem Phänomen klare Konturen zu verleihen, weil das Strafrecht nur etwas schützen kann, was zumindest theoretisch zu beschreiben ist. Nur wenn es gelingt, den sillernden Begriff des Vertrauens näher zu umreißen, können darüber hinaus die Fragen beantwortet werden, in welchem Verhältnis das Vertrauen zum Recht steht und ob Tatbestände des Strafrechts es wirklich schützen können bzw. ob eine Verletzung oder zumindest Gefährdung durch den Täter überhaupt möglich ist.

Eine Definition erweist sich aber als erstaunlich schwierig.

II. Interpersonales und Systemvertrauen

Um sich dem Phänomen des Vertrauens zu nähern, ist es erforderlich, klar zwischen dem Ziel und der Quelle des Vertrauens zu unterscheiden. Ziel des Vertrauens können zum einen konkrete Personen und zum anderen Institutionen oder Systeme sein. Das Vertrauen in eine konkrete Person ist ersichtlich nicht gemeint, wenn die Strafrechtswissenschaft von Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Marktes spricht. Vordergründig ist hier also nur ein Systemvertrauen von Interesse. Es muss aber schon bezweifelt werden, ob eine Grenzziehung zwischen interpersonalem und Systemvertrauen überhaupt möglich ist. Märkte bestehen nicht unabhängig von dem Handeln der Menschen. Deshalb muss ein Vertrauen, das in die Funktionsfähigkeit eines Marktes vergeben wird, sich notwendigerweise auch auf ein für diesen Markt Handelnden beziehen.⁹ Glaubt der Anleger z.B. den Angaben eines Börsenanalysten, eben weil er Börsenanalyst ist, ver-

⁸ Held/Kubon-Gilke/Sturn, in: Held/Kubon-Gilke/Sturn (Hrsg.), Normative und institutionelle Grundfragen in der Ökonomik, Jahrbuch 4. Reputation und Vertrauen, 2005, S. 7.

⁹ Ausführlich dazu Giddens, Konsequenzen der Moderne, 7. Aufl. 1996, S. 33 ff.

traut der Anleger nicht der Funktionsfähigkeit des Börsenmarktes an sich, sondern eher der Person des Börsenanalysten, weil er Börsenanalyst und damit Teil des Systems ist. Im Ergebnis handelt es sich damit immer noch um interpersonelles Vertrauen, das sich aber auf die Funktion, die der Handelnde in dem konkreten Markt einnimmt, bezieht. Das Vertrauen bezieht sich deshalb nicht auf eine ihm bekannte Person, sondern auf einen Akteur, der Stellvertreter einer bestimmten Funktion innerhalb des Systems ist. Es ist deshalb unerheblich, ob Börsenanalyst A oder Börsenanalyst B handelt, weil er als Vertrauensnehmer in seiner Rolle gilt.

Schon diese erste Annäherung zeigt, dass keineswegs ausgemacht ist, ob in der strafrechtlichen Diskussion tatsächlich nur das Systemvertrauen oder auch institutionell-basiertes interpersonales Vertrauen gemeint ist. Letzteres darf also für die Beantwortung der Frage, ob Vertrauen ein taugliches Rechtsgut des Strafrechts sein kann, nicht vorschnell ausgeblendet werden.

III. Interpersonelles Vertrauen

Vertrauen ist ein Phänomen, das in erster Linie mit Emotionen gleich gesetzt wird. Das zeigt sich schon an der Formulierung, dass Vertrauen „geschenkt“ wird. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die detailliertesten Versuche, Vertrauen zu erforschen, von Psychologen stammen. Diese Untersuchungen beziehen sich aber in erster Linie auf zwischenmenschliche Vertrauensbeziehungen, die durch persönliche Kontakte entstehen. Für unsere Fragestellung erweisen sie sich deshalb als nur wenig hilfreich.¹⁰

1. Soziologische Perspektive

Nicht unbeachtet bleiben dürfen aber die theoretischen Überlegungen des Soziologen *Niklas Luhmann*¹¹, dessen Dissertationsschrift bisweilen sogar als die vielleicht einzig feste Bezugsgröße in der Vertrauensforschung bezeichnet wird.¹² *Luhmann* nähert sich dem Vertrauen aus systemtheoretischer Perspektive. In der Systemtheorie wird die Welt in kleine Welten geteilt, die allgemeingültigen Strukturen unterliegen. Ziel dieser Systembildung ist es, Komplexität zu reduzieren, weil in einem bestimmten System immer nur eine begrenzte Anzahl von Ereignissen möglich ist. Ein System schließt damit manche möglichen Ereignisse aus, weil sie in ihm nicht denkbar sind.¹³

Reduktion der Komplexität ist für *Luhmann* eine der wichtigsten Aufgaben der Soziologie und auch das Vertrauen

dient in seiner Theorie diesem Ziel. In einer Welt, in der nicht alle Informationen verfügbar sind und sich das Verhalten der Umwelt nicht sicher prognostizieren lässt, muss sich das Individuum unter Unsicherheit für eine Handlung entscheiden. Eine völlig rationale Handlung ist so gar nicht möglich. In dieser Situation steht es dem Akteur aber frei, sich über das Fehlen der Informationen hinwegzusetzen und sich für die Vergabe von Vertrauen zu entscheiden, um handlungsfähig zu bleiben. Vertrauen wird so als Kalkül konstruiert, das es ermöglicht, in einer Welt, in der Informationen nicht uneingeschränkt zur Verfügung stehen, Handlungsmöglichkeiten zu erweitern.

In dem System Kreditwirtschaft kann der Kreditgeber z.B. nur unvollkommen prüfen, ob die vorgelegten Unterlagen der Wahrheit entsprechen und der Kreditnehmer plant, die Darlehenssumme zurückzuzahlen. Er kann sich aber dafür entscheiden, den Kredit dennoch zu gewähren, weil er den Erklärungen des Kreditnehmers vertraut. Vertrauen reduziert so die denkbare Komplexität des Systems Kreditmarkt und macht die in diesem System Agierenden handlungsfähiger.

2. Ökonomische Definition des Begriffs Vertrauen

Auch in der Ökonomie ist das Vertrauen inzwischen Gegenstand vielzähliger Untersuchungen. Das gilt in erster Linie für die Betriebswirtschaftslehre, in der Vertrauen als ein Mittel gesehen wird, um Kunden zu gewinnen und zu behalten. Aber auch die Volkswirtschaftslehre beschäftigt sich seit einigen Jahren mit der Funktion des Vertrauens und seine Auswirkungen auf den Markt. Sie baut dabei auf den Überlegungen der Sozialtheorie auf.¹⁴

Ausgangspunkt der ökonomischen Theoriebildung ist die Modellwelt der Neoklassik.¹⁵ In den neoklassischen Modellwelten ist jeder Akteur vollständig über Ereignisse in der Welt, aber auch innere Absichten seines Vertragspartners informiert und handelt rational nach diesen Informationen. Vertrauen kann in einer solchen Modellwelt keinen Platz finden, weil ein vollständig Informierter weder getäuscht werden noch vertrauen kann.¹⁶ Vertrauen setzt denkbare Unsicherheit voraus, so dass ein Akteur, der über alle Informationen verfügt, nicht einmal die Gelegenheit hat, zu vertrauen.

Die Annahme der vollständigen Konkurrenz wurde von der sog. Neuen Institutionenökonomie aufgegeben.¹⁷ Dieser neuere Zweig der Ökonomie geht davon aus, dass aufgrund der immer vorhandenen Unsicherheit die Gefahr des Opportunismus besteht und beschreibt die Rolle von Institutionen zur Bekämpfung der Unsicherheit und des Opportunismus. Ein Mittel, die Unsicherheit zu überwinden, ist das Vertrauen. Indem der Einzelne vertraut, verzichtet er bewusst freiwillig auf Informationen, weil er davon ausgeht, dass sich

¹⁰ Zu den Definitionen in der Psychologie ausführlich *Beckemper*, Ökonomische Auslegung der Täuschungsdelikte des Wirtschaftsstrafrechts (erscheint demnächst).

¹¹ *Luhmann*, Vertrauen, ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl. 2000.

¹² *Nuissl*, Dimensionen des Vertrauens, 2000, S. 5.

¹³ Beispiel von *Knee/Nassehi*, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 4. Aufl. 2000, S. 41: Im System Zahnarztbesuch ist nur eine bestimmte Anzahl von Ereignissen denkbar. Ausgeschlossen ist dagegen z.B. die Möglichkeit, dass der Zahnarzt dem Patienten ein Drei-Gänge-Menü serviert.

¹⁴ *Eberl*, Vertrauen und Management, 2003, S. 76.

¹⁵ *North*, Journal of Economic Literature 1978, 963 (974).

¹⁶ *Ripperger*, Ökonomie des Vertrauens, 1998, S. 21.

¹⁷ *North*, Quarterly Review of Economics and Business 31 (1991), 3; grundlegend dazu *Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990.

sein Geschäftspartner kooperativ verhält.¹⁸ Damit ist die Vergabe von Vertrauen auch ein ressourcenschonendes Mittel, auf dem Markt zu agieren. Der Vertrauende verzichtet nämlich darauf, weitere Informationen zu beschaffen und spart somit Informationskosten ein.¹⁹

Wie die Soziologie geht die Ökonomie damit davon aus, dass Vertrauen eine Kalkül-Entscheidung ist, welche die Komplexität der Welt reduziert, indem es dem nicht vollständig Informierten Handlungsmöglichkeiten eröffnet und ihm die kostenintensive Suche nach weiteren Informationen erspart.

3. Verhältnis des interpersonellen Vertrauens zum Recht

Dieser nur kursorische Überblick über die Untersuchungen aus der Soziologie und Ökonomie zeigt auf, welche Funktion das Vertrauen in den einzelnen Märkten hat. Es soll eine Entscheidung unter Risiko ermöglichen und erweitert damit die Möglichkeiten auf Märkten, in denen die Akteure sich nicht kennen, Geschäfte miteinander abzuschließen. Ein so modelliertes Vertrauen ist schon auf den ersten Blick schutzwürdig, weil es die Funktionsfähigkeit der Märkte verbessert und zudem Ressourcen spart.

Nicht geklärt ist aber damit, ob kalkulatorisches Vertrauen mögliches Rechtsgut der Tatbestände des Strafrechts sein kann.

Eine bislang von der Strafrechtswissenschaft nicht gestellte Frage ist die nach dem Verhältnis von Recht und Vertrauen. Das Strafrecht kann das Vertrauen nur schützen, wenn dieses unabhängig von den Sanktionsnormen überhaupt besteht. Ist das Recht – und sind damit auch die Tatbestände des Strafrechts – dagegen ein Mittel, das Vertrauen zu ersetzen oder basiert das Vertrauen auf dem Recht, ist es nicht möglich, das Phänomen Vertrauen zum Rechtsgut zu erklären.

Z.T. wird behauptet, das Verhältnis von Recht und Vertrauen sei gar nicht zu klären.²⁰ Es handele sich gleichermaßen um Institutionen, welche die Komplexität reduzieren, aber es könne nicht festgestellt werden, welchen gegenseitigen Einflüssen sie unterlägen.²¹ Einzelne Transaktionen würden deshalb zum einen auf Vertrauen, zum anderen auf der rechtlichen Grundlage vorgenommen und es sei weder eine Substitution des einen noch des anderen möglich. Obwohl zuzugeben ist, dass es ein schwieriges Unterfangen ist, das Verhältnis von Recht und Vertrauen sicher zu bestimmen, ist es aber durchaus möglich.

Vordergründig überzeugend ist die Ansicht, dass das Vertrauen auf dem Recht basiere.²² Recht baut danach Vertrauen auf. Dass es überhaupt zu der Gewährung von Darlehen kommt, liegt dieser Auffassung nach also daran, dass der Kreditgeber rechtliche Instrumentarien zu Verfügung hat, den Rückzahlungsanspruch durchzusetzen. Für das Strafrecht bedeutet dies, dass auf den Märkten vertraut wird, weil Täuschungen verboten sind und sanktioniert werden.

Diese Sicht liegt wohl auch vielen Gesetzesbegründungen zugrunde, wenn neue Regelungen damit begründet werden, dass es notwendig sei, das Vertrauen in einen bestimmten Wirtschaftszweig zu erhöhen bzw. zu stärken. Auch die Bürgschaften des Bundes in der Finanzkrise sind allenthalben mit der Notwendigkeit des Vertrauensaufbaus begründet worden.

Missachtet wird dabei aber, dass es gerade nicht um den Aufbau von Vertrauen geht, sondern um den Ersatz desselbigen. Recht fordert Geschäftspartner nicht dazu auf, sich zu vertrauen, sondern zu kooperieren. Das tun sie, weil es das Recht gibt und sie tun es sogar dann, wenn sie sich eventuell misstrauen. Das Recht und auch die strafrechtlichen Tatbestände machen ein Vertrauen also obsolet. Da eine Täuschung sanktioniert ist und so stillschweigend die Annahme zugrunde gelegt werden kann, dass es nicht zu einem solchen Verhalten kommt, muss sich der Akteur nicht dafür entscheiden, seinem Transaktionspartner Vertrauen entgegen zu bringen, sondern kann sich auf das Recht verlassen.

Damit hat das Recht scheinbar die Funktion, das Vertrauen zu ersetzen. Auch dies wird in der Literatur bisweilen vertreten. Das Vertrauen in eine konkrete Person werde durch das Vertrauen in die Effektivität des Rechts und spezieller des Strafrechts ersetzt.²³ Als Rechtsgut der Täuschungsdelikte entfielen das Vertrauen aber damit. Die Straftatbestände dienen dieser Ansicht nach nicht dazu, das Vertrauen zu schützen, sondern sie machen es schlicht überflüssig. Damit wäre die Stärkung des interpersonellen, kalkulatorischen Vertrauens nicht mehr notwendig, weil die Akteure sich nicht mehr gegenseitig vertrauen, sondern in die Effektivität des Rechts und der Strafverfolgung vertrauen. Vertraut wird deshalb nicht in die Funktionsfähigkeit des Marktes, sondern in das Strafrecht selbst. Ein solches Vertrauen kann aber schwerlich Rechtsgut einzelner Tatbestände sein, sondern gilt für das Strafrecht allgemein.

¹⁸ Beck, Vertrauen als Determinante des Customer Lifetime Value, Versuch einer Operationalisierung, 2001, S. 13; Eberl, in: Kahle (Hrsg.), Organisatorische Veränderung und Corporate Governance, 2002, S. 195 (S. 196); Hubschmid, Vertrauen“ im komplexen organisationalen Arrangement – der Fall Expo, 2002, S. 308.

¹⁹ Altmann, Wirtschaftsprüfung und Internet, Der Wirtschaftsprüfer als Vertrauensintermediär in der Internet-Ökonomie, 2002, S. 112; Bosshardt, Homo confidens, 2001, S. 196; Nuissl (Fn. 12), S. 2.

²⁰ Möller, Ökonomische Analyse von Vertrauen in umweltorientierten Innovationskooperationen, 2004, S. 14.

²¹ Möller (Fn. 20), S. 14.

²² Stiglitz, Die Schatten der Globalisierung, 2002, S. 191; Zak/Knack, The Economic Journal 111 (2001), 295 (316); Welter, in: Maier (Hrsg.), Vertrauen und Marktwirtschaft, Die Bedeutung von Vertrauen beim Aufbau marktwirtschaftlicher Strukturen in Osteuropa, 2004, S. 7 (S. 8).

²³ Nipperdey, TUM-Mitteilungen 2005, 20 (21); Nuissl (Fn. 12) S. 28.

Die h.M. in der Ökonomie²⁴ und auch *Luhmann*²⁵ sehen das Vertrauen dagegen als Komplementär zum Recht. Vertrauen ist danach immer nur dann notwendig, wenn es keine rechtlichen Möglichkeiten gibt, die gegenseitigen Ansprüche durchzusetzen oder keine Sanktionsnormen existieren, die opportunistisches Verhalten verbieten. Vertrauen sei nicht notwendig, wenn das Verhalten, auf dessen Ausbleiben der Vertrauensgeber vertraue, verboten sei. Wer das Recht auf seiner Seite habe, müsse nicht vertrauen. Bedarf an Vertrauen bestände nur, wenn das Recht lückenhaft sei und gerade keine Sanktionsmechanismen enthalte, die eine Durchsetzung gegenseitiger Ansprüche ermögliche. In einer Welt, in der das Recht alles regeln könnte, ist Vertrauen danach überflüssig.

Diese Sicht wird im Übrigen auch von Teilen der Rechtswissenschaft geteilt. Die Rechtsordnung erübrige Vertrauen; es werde ersetzt durch Sanktion.²⁶

Diese Sicht überzeugt. Der Kreditgeber, der ein Darlehen gewährt, weil er davon ausgeht, dass er aufgrund des Verbots nicht getäuscht wird und überdies rechtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung seines Rückzahlungsanspruches hat, braucht kein Vertrauen in den Kreditnehmer. Vertrauen wird bei bestehenden Sanktionsnormen allenfalls in deren Durchsetzung vergeben. Ein Vertrauen gegenüber dem Geschäftspartner wird aber durch das Recht gerade überflüssig.

Damit kann aber das Vertrauen nicht Schutzgut der Straftatbestände sein. Wenn das Recht als Komplementär zum interpersonellen Vertrauen dient, hat Vertrauen nur dort überhaupt noch seinen Anwendungsbereich, wo das Recht Lücken enthält und gerade keine Sanktionsnormen existieren. Ein Schutz des Vertrauens durch bestehende Normen ist deshalb schon gar nicht denkbar.

Das kalkulatorische interpersonelle Vertrauen, das eingesetzt wird, um Unsicherheiten zu überwinden und damit Handlungsspielräume zu erweitern, ist folglich kein taugliches Schutzgut des Strafrechts. Interpersonelles Vertrauen und Recht stehen nebeneinander und haben unterschiedliche Anwendungsbereiche. Nur wenn das Recht Raum für Vertrauen lässt, kann es und muss es überhaupt entstehen.

IV. Systemvertrauen

Damit ist aber noch nicht abschließend geklärt, ob es daneben ein Systemvertrauen gibt, das sich nicht auf Personen, sondern Institutionen oder die Funktionsfähigkeit eines Systems bezieht.

1. Beschreibung des Systemvertrauens

Das von *Luhmann* so genannte Systemvertrauen ist deutlich schwerer zu modellieren als das interpersonelle Vertrauen. Weitgehende Einigkeit herrscht nur darüber, dass es dieses Phänomen geben muss.²⁷ Ein Leben ohne ein Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Systeme wäre gar nicht erst möglich. Insbesondere die Teilnahme am Wirtschaftssystem erfordert neben dem Vertrauen in einzelne Personen auch ein Vertrauen in die Systeme selbst.²⁸ So lässt sich nach *Luhmann* z.B. die allgemeine Akzeptanz des Geldes nur erklären, weil wir in das System vertrauen auch wenn wir wissen, dass der Wert des Geldes überzogen ist.²⁹ Wir vertrauen hierbei reflexiv, d.h. wir vertrauen, weil andere auch vertrauen und sich alle dieses Vertrauens bewusst sind.³⁰

Nach *Luhmann* ist das Systemvertrauen der Normalfall, es wird also nicht bewusst vergeben, sondern als das übliche Verhalten erlernt.³¹ Es entsteht auch, ohne dass der Vertrauensgeber die Alternative des Misstrauens reflektiert. Systemvertrauen ist eine jeder Entscheidung zugrunde liegende Annahme, dass alles funktionieren werde, weil es immer funktioniert hat. Deshalb wird das Systemvertrauen auch anders als das kalkulatorische Vertrauen durch sich selbst bestätigende Erfahrungen aufgebaut und verstärkt, oftmals ohne dass sich der Vertrauensgeber dessen bewusst ist.

Neben *Luhmann* haben vor allem die Soziologen *Zucker* und *Giddens* Systemvertrauen bzw. das institutionalisierte Vertrauen in ihren Untersuchungen beschrieben. Im Einzelnen unterscheiden sich die dabei gefundenen Ergebnisse. Während sich bei *Luhmann* das Systemvertrauen auf die Zusammenhänge im System bezieht, verschwimmen bei *Giddens* die Grenzen zwischen personenbezogenem und Institutionsvertrauen, weil der einzelne Mensch als Vertrauensproduzent agiert, indem er in dem System – oder in unserem Zusammenhang Markt – agiert.³² Auch bei *Zucker* lassen sich Systemvertrauen und interpersonelles Vertrauen nur

²⁴ *Aulinger*, in: *Beschorner/Pfriem* (Hrsg.), *Evolutorische Ökonomik und Theorie der Unternehmung*, 2000, S. 123 (S. 136); *Engel*, *Vertrauen – ein Versuch*, 1999, S. 48; *Fehr/Gächter/Kirchsteiger*, *Econometrica* 65 (1997), 833; *Sell/Wiens*, *Vertrauen: Substitut oder Komplement zu formellen Institutionen?*, 2005, S. 23.

²⁵ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 5. Aufl. 2010, S. 132.

²⁶ *Darmstaedter*, *SJZ* 1948, 430 (434).

²⁷ Vgl. z.B. aus der Psychologie *Kramer*, *Annual Review of Psychology* 50 (1999), 569, der von category-based und rule-based trust spricht. Weiter aus der Ökonomie *Schweer*, *Erwägen-Wissen-Ethik* 14 (2003), 323 (systemisches Vertrauen) und *Sztompka*, *Trust, Distrust and the Paradox of Democracy*, 1997, S. 9 (Vertrauenskultur).

²⁸ *Morrison/Firmstone*, *International Journal of Advertising* 19 (2000), 599 (602); *Nuissl* (Fn. 12), S. 1; *Schrader*, *Vertrauen, Sozialkapital, Kapitalismus. Überlegungen zur Pfadabhängigkeit des Wirtschaftshandelns in Osteuropa*, 2001, S. 13.

²⁹ *Luhmann* (Fn. 11), S. 90.

³⁰ *Luhmann* (Fn. 11), S. 92; *ders.*, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 4. Aufl. 1991, S. 90; *Morrison/Firmstone*, *International Journal of Advertising* 19 (2000), 599 (602).

³¹ *Luhmann* (Fn. 11), S. 91; übernommen von *Beckert*, *Die sozialen Grundlagen wirtschaftlicher Effizienz*, 1997, S. 375 Fn. 270; *Morrison/Firmstone*, *International Journal of Advertising* 19 (2000), 599 (602); *Nuissl* (Fn. 12), S. 1; *Shapiro*, *American Journal of Sociology* 93 (1987), 623 (629).

³² *Giddens* (Fn. 9), S. 33 ff.

schwer voneinander abgrenzen, weil das Vertrauen zwar einer Person geschenkt wird, dieses Vertrauen aber auf einer Institution beruht.³³ Das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit etwa des Kapitalanlagemarktes wäre deshalb nach *Luhmann* ein Vertrauen in den Markt als solchen, während die abweichenden Konzeptionen Vertrauen in die für das System handelnden Personen modellieren, weil sie für eine Institution – etwa die BAFin oder die Börse – tätig werden.

Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass das Systemvertrauen – anders als das interpersonelle Vertrauen – keine Kosten-Nutzen-Rechnung verlangt. Der Vertrauensgeber vertraut deshalb Institutionen oder Systemen nicht, um seine Handlungsoptionen zu erweitern und dafür eine Unsicherheit in Kauf zu nehmen, sondern er vertraut „blind“. Das Systemvertrauen wird deshalb als eine Emotion modelliert, die mehr oder weniger unbewusst vorhanden ist.³⁴ Nachgedacht wird über diese Art des Vertrauens erst, wenn es zu einem – vermeintlichen – Vertrauensverlust gekommen ist. Dies haben die Finanzkrise und der in ihrer Folge oftmals beklagte Vertrauensschwund eindrucksvoll bewiesen.

Systemvertrauen ist deshalb eher ein diffuses Gefühl, dass in einem System bestimmte Ergebnisse hervorgebracht werden, weil ein geordnetes Verfahren vorherrscht, das auch in der Vergangenheit funktioniert hat.

2. Verhältnis des Systemvertrauens zum Recht

Die Soziologie kennt also durchaus ein Vertrauen, das sich auf ganze Systeme bezieht. Dieses könnte also das von der Strafrechtswissenschaft als Rechtsgut propagierte Vertrauen sein.

Wieder stellt sich allerdings die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Vertrauen.

Dieses ist völlig ungeklärt. Es lässt sich schon nicht sicher sagen, ob das Recht die Entstehung dieses Vertrauens herbeiführt oder andersherum Ziel des Vertrauens ist. Regeln führen zu der Erwartung, dass sich andere daran halten, deshalb kann das Recht als die Quelle des Vertrauens gelten.³⁵ Andererseits kann das Vertrauen aber auch dem Recht selbst geschenkt werden; damit wäre das Systemvertrauen das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Regeln und Sanktionsnormen.

Hier zeichnet sich ein unlösbarer Zirkelschluss ab.³⁶ Wenn das Recht – also auch die strafrechtlichen Tatbestände – das Vertrauen erst bedingt, kann dieses schwerlich gleichzeitig Rechtsgut sein. Aber dieses Ergebnis gilt auch für die gegenteilige Annahme, nämlich dass das Recht Ziel des Vertrauens ist. Wird in die strafrechtlichen Regeln vertraut, können diese nicht gleichzeitig das Vertrauen schützen, weil diese so als entpersonalisierte Vertrauensnehmer fungieren.

³³ Zucker, *Research in organizational behaviour* 8 (1986), 53.

³⁴ Pennington/Wilcox/Grover, *Journal of Management Information Systems* 20 (2003), 197 (201); Schweer/Thies, *Vertrauen als Organisationsprinzip*, 2003, S. 154.

³⁵ Kramer, *Annual Review of Psychology* 50 (1999), 569 (579).

³⁶ Als „Ei-Hennen-Problem“ bezeichnet von Aulinger (Fn. 24), S. 123 (S. 124, 127).

Unabhängig davon, wie das Verhältnis von Sanktionsnormen und Systemvertrauen ausgestaltet ist, scheidet Systemvertrauen als Rechtsgut strafrechtlicher Normen deshalb schon aus, weil Systemvertrauen niemals ohne das Recht existieren kann, sondern sich vielmehr auf die eine oder die andere Weise bedingt. Wenn das Recht aber das Vertrauen herstellt oder selbst Ziel des Vertrauens ist, kann es dieses nicht gleichzeitig schützen.

3. Möglichkeit der Verletzung des Systemvertrauens durch den Einzelnen?

Es gibt aber ein weiteres Argument dafür, dass auch das Systemvertrauen nicht Rechtsgut strafrechtlicher Tatbestände ist. Es ist dem Einzelnen nämlich unmöglich, das Vertrauen in das System zu verletzen oder auch nur zu gefährden.

Die Rechtsgutsverletzung ist für ein am Rechtsgüterschutz orientiertes Strafrecht der eindeutigste Unrechtserfolg. Zwingende Voraussetzung ist sie aber nicht, weil ein strafbarer Angriff gegen die geschützten Rechtsgüter auch bereits im Vorfeld einer Verletzung in Betracht kommt. So pönalisieren Gefährdungsdelikte die Verhaltensweisen, die nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung eines Rechtsguts führen, sondern eine Gefahr begründen, die zu einer Verletzung führen kann, aber nicht notwendigerweise muss.³⁷

Diese Gefahr ist aber auch die Minimalvoraussetzung: Die verbotene Handlung muss das geschützte Rechtsgut zumindest verletzen können. Das ist der gewichtigste Einwand gegen die Annahme, im Vertrauen in die Funktionsfähigkeit einzelner Märkte ein Rechtsgut sehen zu können.

Da das Systemvertrauen nicht bewusst vergeben wird, ist es sehr viel weniger anfällig als das persönliche Vertrauen.³⁸ Während das bewusst vergabene Vertrauen zerbricht, wenn die Erwartungen enttäuscht werden, wird ein möglicher Vertrauensbruch beim Systemvertrauen gar nicht erst reflektiert. Es ist deshalb sehr viel stabiler als persönliches Vertrauen und wird nur im Ausnahmefall in Frage gestellt, weil das Systemvertrauen als der Normalfall erlebt wird.

Es ist allerdings nicht unerschütterlich. Auch das Vertrauen in Systeme kann schwinden. In erster Linie führt ein Verstoß gegen die Regeln des Systems aber nicht zu einer Erschütterung des Vertrauens in das System, sondern das Fehlverhalten wird einer einzelnen Person zugeschrieben.³⁹ Das Systemvertrauen bleibt also auch dann bestehen, wenn Regelverstöße beobachtet werden. Zwar mag der einzelne Akteur die Erkenntnis gewinnen, dass auch in dem System bzw. dem Markt, in dem er sich bewegt, Fehlverhalten vorkommt. Das wird aber nicht dem System zugeschrieben, sondern dem Einzelnen.

Es gibt nur eine Möglichkeit, das Systemvertrauen als solches zu gefährden, nämlich indem nicht einzelne Akteure ein regelwidriges Verhalten an den Tag legen, sondern das

³⁷ Geppert, *Jura* 1989, 417 (418); Lüderssen, *StV* 1997, 318 (319 f.).

³⁸ Möller (Fn. 20), S. 15.

³⁹ Krystek, in: Krystek/Zur (Hrsg.), *Internationalisierung, Eine Herausforderung an die Unternehmensführung*, 1997, S. 543 (S. 547).

System als solches versagt. Das ist nur der Fall, wenn Sanktionen fehlen.

Das Fehlverhalten einer Person führt nämlich nicht zu dem Verlust des Vertrauens, das der Institution entgegen gebracht wird, sondern es entstehen allenfalls Zweifel, ob die internen Kontrollsysteme der Institution ausreichend sind. Das führt keineswegs zum Abbau des Vertrauens in ein System, sondern kann es im Gegenteil sogar stärken. Es ist nämlich gerade Kennzeichen eines funktionierenden Systems, dem Vertrauen entgegen gebracht wird, dass die Kontrollmechanismen kritisch hinterfragt werden.⁴⁰ Das kann sogar institutionalisiert sein, etwa in Form von Wissenschaftskritik. Misstrauen in die Sanktionsmechanismen führt folglich gerade zur Steigerung des Vertrauens in die Funktionsfähigkeit von Systemen. Letztlich gründet sich dieses Vertrauen auch auf dem Bewusstsein, dass Kontrolle ausgeübt wird und gegebenenfalls das System selbst Sanktionsmechanismen bereithält.

Das bedeutet aber auch, dass nicht das Fehlverhalten Einzelner das Vertrauen schwächt, sondern die Hinnahme oder stillschweigende Billigung von Regelverstößen.⁴¹ Jeder öffentlich bekannt werdende Fall von Fehlverhalten und seine institutionelle Sanktionierung werden deshalb als eine Stärkung der Funktionsfähigkeit des Systems wahrgenommen. Es ist nicht das Fehlverhalten Einzelner, das negative Auswirkungen auf das Systemvertrauen hat, sondern eine fehlende Sanktionierung.⁴²

Damit erschüttert nicht der Einzelne, der z.B. bei der Beantragung eines Unternehmenskredits unrichtige Angaben macht, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Systems, sondern eine untätige Strafverfolgung. Der einzelne Täter hingegen stärkt es sogar, wenn auf den Verstoß eine Sanktionierung erfolgt, weil die Teilnehmer des Marktes ihr Systemvertrauen in die Funktionsfähigkeit der Regeln bestätigt sehen, wenn ein Regelverstoß nicht hingenommen wird.

Das bedeutet in der Konsequenz, dass auch das Systemvertrauen nicht Rechtsgut strafrechtlicher Tatbestände sein kann. Voraussetzung dafür wäre, dass der Einzelne dieses, wenn auch nicht verletzen, so doch gefährden kann. Da dies nicht möglich ist, sondern eine Gefährdung allenfalls von den Strafverfolgungsbehörden selbst ausgehen kann, weil sie die Regeln des Marktes nicht durchsetzen, scheidet auch das Systemvertrauen in die Funktionsfähigkeit des Marktes als Rechtsgut im Strafrecht aus.

V. Fazit

Das Vertrauen ist ein schillerndes Phänomen, dem sich kaum klare Konturen verleihen lassen. Eine Annäherung ist nur möglich, wenn zwischen interpersonellem Vertrauen und Systemvertrauen unterschieden wird. Das interpersonelle Vertrauen, das fernab von nicht greifbaren Emotionen model-

liert wird, ist ein kalkulatorisches Vertrauen, das auf einer Kosten-Nutzen-Analyse beruht. Es steht aber neben dem Recht und hat überhaupt nur einen Raum, wenn das Recht lückenhaft ist. Die Strafrechtler, die das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit einzelner Märkte zum Rechtsgut erheben, haben aber insofern Recht, als es daneben ein Vertrauen in Systeme gibt, das auch von anderen Wissenschaften anerkannt ist. Als Rechtsgut kann es dennoch nicht anerkannt werden, weil es dem Täter nicht möglich ist, dieses Vertrauen durch seinen Normverstoß zu erschüttern.

Systemvertrauen und dessen Erhalt kann deshalb Motiv für den Gesetzgeber sein, Regeln zu erlassen und ist Begründung für das Erfordernis einer funktionierenden Sanktionierung. Als eigenständiges Rechtsgut kann es dagegen nicht erhalten.

⁴⁰ Lepsius, in: Hradil (Hrsg.), *Differenz und Integration, Die Zukunft moderner Gesellschaften*, Verhandlungen des 28. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Dresden 1996, 1997, S. 283 (S. 289).

⁴¹ Lepsius (Fn. 40), S. 283 (S. 289).

⁴² Lepsius (Fn. 40), S. 283 (S. 289).

Die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO bei Verteidigern im Zeugenstand?*

Von Prof. Dr. Werner Beulke, Passau

I. Problemstellung

Wenn ein Verteidiger unmittelbar von seinem Mandanten die wichtigsten, für die Verteidigung relevanten Tatsachen mitgeteilt bekommt und er sich zusätzlich die für die Führung bestimmter Beweise nützlichen Gegenstände aushändigen bzw. zeigen lässt, hat der Mandant großen Einfluss auf die Verteidigungsstrategie und deren Erfolg: Er kann den Verteidiger vollumfänglich informieren oder ihm Informationen vorenthalten. Daneben sammelt der Verteidiger aber auch häufig selbst Informationen, deren Inhalt und Zusammensetzung der Mandant nicht unmittelbar beeinflussen kann: Er macht sich Gesprächsnotizen, Aufzeichnungen über Beobachtungen, sammelt eigenständig Beweismaterial und skizziert mögliche Verteidigungsstrategien. Gerade diese selbst angefertigten Unterlagen der Verteidigung können für die Strafverfolgungsbehörden von großem Interesse sein, insbesondere dann, wenn sich der Verteidiger – aus welchen Gründen auch immer – entschließt, diese im Strafverfahren nicht zu verwenden.

Solange das Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers besteht, können ihn die Strafverfolgungsorgane auch nicht zwingen, derartige Informationen preiszugeben. Hat jedoch der Mandant seinen Verteidiger von der Schweigepflicht entbunden, lebt nach dem Wortlaut des Gesetzes die Aussagepflicht des Verteidigers in vollem Umfang wieder auf.¹ Eine solche Entbindung ist durchaus nicht praxisfremd. Sie kann zum Beispiel auf Drängen der Staatsanwaltschaft erfolgen, dem der Beschuldigte nachgibt, weil er sich dadurch im laufenden oder in einem anderen Verfahren Vorteile verspricht. Nach Abgabe der Entbindungserklärung durch den Mandanten stellt sich nun die Frage, ob sich die Zeugnispflicht des Strafverteidigers auch auf die von ihm selbst erhobenen und zusammengetragenen Informationen, seine Notizen und Verteidigungsentwürfe bezieht. Muss der Verteidiger nach dem Wiederaufleben der Aussagepflicht auch über diese Informationen Auskunft geben und ggf. Unterlagen vorlegen oder aushändigen, obgleich seinerseits vielfach ein eigenes Geheimhaltungsinteresse besteht? Oder verbleibt ihm aufgrund seiner Rechtsstellung ein rudimentäres Schweigerecht?² Ein solches könnte sich aus einer teleologischen

Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO auf der Grundlage des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ergeben. Zwar haben die Vorschriften der Strafprozessordnung „keine unmittelbar berufsregelnde Tendenz“; mittelbare Beeinträchtigungen sind jedoch durchaus möglich.³

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat im Jahr 2004 im Rahmen einer Denkschrift zur Reform des Ermittlungsverfahrens hierzu folgende These aufgestellt:

„Die Zeugnispflicht des Verteidigers erstreckt sich im Falle der Entbindung von der Schweigepflicht nur auf diejenigen Umstände, die ihm von seinem Mandanten mit dessen Wissen und Wollen anvertraut worden sind, eine Offenbarung eigener Überlegungen und Recherchen des Verteidigers liegt in seiner eigenen Verantwortung (Präzisierung von § 53 Abs. 2 S. 1 StPO). Entsprechend besteht auch nur in diesem Umfang eine Beschlagnahmefugung nach § 97 StPO.“⁴

Besteht ein solches eigenes Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers wirklich? Und wenn ja, ist es vielleicht sogar noch umfassender, als vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer propagiert?

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Strafverteidigung und eigenständige Verteidigerrechte

Aus Art. 12 Abs. 1 GG, der das Recht auf freie Berufsausübung gewährleistet, lassen sich diverse Rechte des Strafverteidigers ableiten, beispielsweise das Recht auf Verschwiegenheit und das Recht, unabhängig und weisungsfrei zu agieren, das auch das Recht zu einer Verteidigung ohne Einmischung des Staates beinhaltet (Grundsatz der „freien Advokatur“).⁵

Neben Art. 12 Abs. 1 GG sind freilich noch andere grundgesetzliche Vorschriften für die Stellung des Verteidigers und dessen Rechte maßgeblich. Sie orientieren sich teilweise an den Rechten des Beschuldigten im Strafverfahren, insbesondere an der Tatsache, dass dieser als Subjekt, nicht als Objekt des Verfahrens anzusehen ist.⁶ Die Subjektsqualität des Beschuldigten ergibt sich wiederum aus der Zusammenschau diverser Normen des Grundgesetzes: Aus dem Grundrecht auf Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, aus der

* Für die wertvolle Mithilfe bei der Erstellung dieses Beitrags bedanke ich mich herzlich bei Frau Dr. Sibylle von Coelln sowie Herrn Dr. Tobias Witzigmann.

¹ Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 152a; Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 53 Rn. 51.

² Schäfer, in: Ebert/Rieß/Roxin/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 77 (S. 88): „[...] stellt sich die Frage, ob [...] es einen Kern von Verteidigungstätigkeit geben kann oder muß, für den dem Verteidiger unabhängig von einer Entbindung von der Schweigepflicht ein Schweigerecht verbleibt.“ Krit. insofern BGH StV 2008, 284 m. Anm. Beulke/Ruhmanns-

eder; BGH StV 2010, 287; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 53 Rn. 45.

³ Krause, in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 349 (S. 357).

⁴ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Reform der Verteidigung im Ermittlungsverfahren – Thesen mit Begründung, Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Bd. 13, 2004, S. 75, These 43.

⁵ BVerfGE 15, 226 (234).

⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden die Ausführungen bei Matt, in: Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 851 (S. 861 f.).

allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, von dem sich auch das Recht auf ein faires Verfahren ableitet, aus dem Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 GG, aus der Tatsache, dass die Todesstrafe in Deutschland abgeschafft wurde, Art. 102 GG, aus den Verfahrensgrundrechten des Art. 103 GG sowie aus den eng gefassten verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung, Art. 104 GG. Die Vorschriften verfolgen u.a. alle den Zweck, den Menschen in den Mittelpunkt des Strafverfahrens zu rücken und ihn zum Beteiligten des Prozesses werden zu lassen. Sie sollen verhindern, dass der Täter das gleichsam versachlichte und rechtlose Objekt in einem Strafverfahren wird.⁷

Die Subjektsqualität des Beschuldigten kann jedoch in der Praxis nur gewahrt werden, wenn ihm zugebilligt wird, sich und seine Rechte vor Gericht von einer rechtlich gebildeten Person verteidigen zu lassen („Chancen- und Waffengleichheit“).⁸ Insofern decken sich viele Rechte von Verteidiger und Beschuldigtem bzw. leiten sich einige Rechte des Verteidigers aus den Rechten des Beschuldigten ab. So geht die einfachgesetzlich an vielen Stellen normierte, auch verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit des Verteidigers neben Art. 12 Abs. 1 GG beispielsweise auch auf den Grundsatz des fairen Verfahrens zurück, der sich wiederum aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ableiten lässt.

Einfachgesetzlich stehen dem Verteidiger im Strafverfahren viele Rechte zu, die nicht lediglich akzessorisch zu denen seines Mandanten sind.⁹ Die Strafprozessordnung gewährt ihm zahlreiche eigenständige Verfahrensrechte: Dem Verteidiger steht das Recht auf Akteneinsicht zu (§ 147 StPO), das grundsätzliche Recht zur ungestörten mündlichen wie schriftlichen Kommunikation mit seinem Mandanten (§ 148 Abs. 1 StPO, zu den Ausnahmen siehe §§ 148 Abs. 2, 148a StPO), ein Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen (§ 168c Abs. 1, 2, 4, 5 StPO) und bei der Einnahme eines richterlichen Augenscheins (§ 168d Abs. 1 StPO) im Vorverfahren, ein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung – verbunden mit einem eigenen Hinweis- und Fragerecht (vgl. nur §§ 239 Abs. 1, 240 Abs. 2 StPO), ein eigenständiges Beweisantragsrecht (arg. e §§ 244 Abs. 3, 4, 5, 245 StPO) sowie das Recht zur Äußerung im Rahmen der Schlussvorträge (arg. e § 258 Abs. 3 StPO).

Der Verteidiger ist hinsichtlich der meisten Verteidigungshandlungen auch nicht vom Willen seines Mandanten abhängig.¹⁰ Ausnahmen von dieser Regel bilden beispielsweise die Einlegung von Rechtsmitteln, § 297 StPO, oder die Zurücknahme eingelegerter Rechtsmittel, § 302 Abs. 2 StPO,

die nicht gegen den Willen des Mandanten erfolgen dürfen. Auch Absprachen über den weiteren Fortgang oder das Ergebnis des Verfahrens sind nur mit Zustimmung des Beschuldigten möglich, vgl. § 257c Abs. 3 S. 3 StPO. Alle Maßnahmen, zu denen der Verteidiger greift, müssen im wohlverstandenen Interesse des Mandanten stehen und sind mit diesem abzusprechen. Eine Entmündigung des Mandanten darf es nicht geben; vielmehr muss der Verteidiger immer wieder um dessen Vertrauen ringen.¹¹ Dennoch können sich im Extremfall unüberwindbare Differenzen zwischen Beschuldigtem und Beistand ergeben. Prallen die Auffassungen beider ausnahmsweise unversöhnlich aufeinander, erscheint es in der Regel geboten, dass der Verteidiger das Mandat niederlegt. Wenn auch dieser Ausweg verschlossen ist – was aus verschiedenen Gründen der Fall sein kann und in der Praxis vor allem im Bereich der Pflichtverteidigung vorkommt – weist nach ganz herrschender, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht der Grundsatz der Unabhängigkeit des Strafverteidigers vom Mandanten den Weg aus dem Dilemma: Ist der Verteidiger der festen Überzeugung, eine Abweichung vom Willen des Mandanten sei zwingend notwendig, um größeres Übel von Letzterem abzuwenden, darf er ausnahmsweise gegen dessen Willen agieren, so zum Beispiel, wenn der Beschuldigte überhaupt nicht verteidigt werden möchte bzw. seinem (Pflicht-)Verteidiger keinerlei Vertrauen entgegenbringt.¹² Auch dann darf der Verteidiger also von all seinen Befugnissen umfassend Gebrauch machen: Es ist ihm beispielsweise gestattet, eigenmächtig (weitere) Informationen zu dem Sachverhalt zu ermitteln, auf den sich der Vorwurf gegen den Mandanten gründet, und selbst Beweismaterial zu sammeln.¹³ Darf der Mandant diese Kompetenzen seines Verteidigers nachträglich (zumindest teilweise) desavouieren, indem er ihn – in der Hoffnung auf die Erlangung anderweitiger Vorteile im weiteren Verlauf des Verfahrens – von der Schweigepflicht entbindet mit der Folge, dass der Verteidiger daraufhin den Strafverfolgungsorganen alle Informationen preisgeben muss – gegebenenfalls selbst dann, wenn er erkennt, dass mit einer Offenbarung die Gefahr schwerster, vom Beschuldigten im Rahmen seiner Überlegungen nicht angemessen berücksichtigter Nachteile verbunden ist?

⁷ St. Rspr., s. nur BVerfGE 34, 293 (302 f.); 57, 250 (274 f.); 63, 332 (337); 64, 135 (145).

⁸ *Beulke* (Fn. 1), Rn. 147 f.; *Matt* (Fn. 6), S. 851 (S. 861).

⁹ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 4), S. 75, These 43, Begründung: Diese sind auch unabhängig von der Zustimmung des Mandanten und stehen nicht zu dessen Disposition. Vgl. auch *Beulke* (Fn. 1), Rn. 156 ff.

¹⁰ Vgl. *Beulke* (Fn. 1), Rn. 152; *Beulke*, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1980, S. 106 ff.

¹¹ *Salditt*, in: Symposium für Egon Müller, Mandant und Verteidiger, 2000, S. 25 (S. 28); *Schäfer* (Fn. 2), S. 77 (S. 89) m.w.N.

¹² *Beulke* (Fn. 10), S. 106 ff.; *Dahs*, *Handbuch des Strafverteidigers*, 7. Aufl. 2005, Rn. 31; *Pfordte/Degenhard*, *Der Anwalt im Strafrecht*, 2005, § 1 Rn. 2; a.A. *Wolf*, *Das System des Rechts der Strafverteidigung*, 2000, S. 154 ff.; gegen ihn: *Beulke*, *StV* 2007, 261.

¹³ Zur Zulässigkeit dieser Maßnahmen vgl. nur BGHSt 46, 1 (4). Einzelheiten bei *Beulke/Ruhmannseder*, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2. Aufl. 2010, Rn. 84 ff.; *Bockemühl*, in: *Bockemühl* (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Strafrecht*, 2. Aufl. 2002, Teil B Kap. 1 Rn. 80 ff.

Auf den ersten Blick lässt der Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO wenig Raum für Interpretationen:¹⁴

„Die in Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 bis 3b Genannten dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.“

Nach der klaren Formulierung lebt die umfassende Pflicht des jeweiligen Berufsgeheimnisträgers zur Aussage und Mitwirkung im Strafverfahren wieder auf, sofern eine wirksame Entbindungserklärung vorliegt.¹⁵ Ausnahmen hiervon sind nicht explizit normiert.

Andererseits kann jedoch gerade in Fällen, in denen der Gesetzgeber an einer Stelle im Gesetz möglicherweise erforderliche Regelungen übersehen hat, eine teleologische, also am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung geboten sein. Bei Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um die gegenüber § 53 Abs. 2 S. 1 StPO höherrangige Norm, die im Übrigen erst sehr viel später in Kraft getreten ist.¹⁶ In einem solchen Fall sind für die Auslegung die Regeln „lex superior derogat legi inferiori“ und „lex posterior derogat legi priori“ gleichberechtigt nebeneinander anwendbar.¹⁷ Sie ermöglichen eine Auslegung der einfachrechtlichen Vorschrift im Lichte des höherrangigen und später entstandenen Art. 12 Abs. 1 GG, bei der das höherrangige spätere Gesetz dem niedrigeren früheren Gesetz inhaltlich vorgeht. Diese Auslegungsregeln dürfen nicht contra legem, also nicht gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes angewandt werden. Lassen sich das höherrangige spätere Gesetz und der Wortlaut der auszulegenden Vorschrift nicht in Einklang bringen, ist letztere unter gewissen Voraussetzungen vom Bundesverfassungsgericht zu verwerfen, Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG.¹⁸ Der Wortlaut des § 53

Abs. 2 S. 1 StPO verbietet freilich nicht a priori eine teleologische Reduktion im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁹

Allerdings macht die Formulierung des § 53 Abs. 2 S. 2 StPO stutzig. Hier heißt es:

„Die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung der in Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 Genannten [scil.: in erster Linie Journalisten] über den Inhalt selbst erarbeiteter Materialien und den Gegenstand entsprechender Wahrnehmungen entfällt, wenn die Aussage zur Aufklärung eines Verbrechens beitragen soll oder wenn Gegenstand der Untersuchung [...] ist und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Der Zeuge kann jedoch auch in diesen Fällen die Aussage verweigern, soweit sie zur Offenbarung der Person des Verfassers oder Einsenders von Beiträgen und Unterlagen oder des sonstigen Informanten oder der ihm im Hinblick auf seine Tätigkeit nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 gemachten Mitteilungen oder deren Inhalts führen würde.“

Die inhaltliche Trennung hinsichtlich der Informationen und Informationsquellen, bezüglich derer das Zeugnisverweigerungsrecht bestehen bleibt, und derjenigen, bezüglich derer die Aussagepflicht wieder auflebt, fällt bei dieser Vorschrift deutlich ins Auge. Der Gesetzgeber hat also die Möglichkeit, die Aussagepflicht nicht vollständig wiederaufleben zu lassen, durchaus gesehen. Die einzelnen Bereiche werden schon beim Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten in § 53 Abs. 1 S. 2, Abs. 1 Nr. 5 StPO detailliert getrennt aufgezählt, so dass die erneute Trennung bei § 53 Abs. 2 S. 2 StPO nur konsequent erscheint.

Eine gewisse inhaltliche Differenzierung findet sich allerdings auch für die Verteidiger in § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Diese Vorschrift lautet nämlich:

„Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt [...] Verteidiger des Beschuldigten über das, was ihnen in dieser Eigenschaft *anvertraut worden* oder *bekanntgeworden* ist.“²⁰

Unter „bekanntgeworden“ ließen sich unschwer all diejenigen Erkenntnisse subsumieren, die der Verteidiger durch eigene Beobachtungen, eigene Recherchen, Befragungen oder Beweiserhebungen, also ggf. auch ohne Wissen und Einverständnis des Mandanten gewonnen hat. § 53 Abs. 2 S. 1 StPO, der u.a. für Verteidiger gilt, trennt diese Informationen bzw. Informationsquellen indes nicht mehr – also gerade anders als § 53 Abs. 2 S. 2 StPO für die Berufsgruppe der Journalisten. Da der Gesetzgeber hinsichtlich des Wiederauflebens der Aussagepflicht so deutlich zwischen einzelnen zeugnisverweigerungsberechtigten Gruppen differenziert

¹⁴ *Senge* (Fn. 1), § 53 Rn. 45: Angesichts des Wortlauts von § 53 Abs. 2 StPO erscheine eine teleologische Reduktion in Anlehnung an BGHZ 109, 260 „bedenklich“.

¹⁵ Im Ergebnis ebenso: *Ignor/Bertheau*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2006, Bd. 2, § 53 Rn. 82; *Meyer-Göfner* (Fn. 2), § 53 Rn. 45; *Neubeck*, in: Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 59. Lfg., Stand: November 2010, § 53 Rn. 36.

¹⁶ *Matt* (Fn. 6), S. 851 (S. 855 f.): „Weder die verfassungsrechtliche Dimension der Berufsausübungsfreiheit eines Rechtsanwalts aus Art. 12 GG noch die verfassungsrechtliche Absicherung der Strafverteidigung [...], aber auch nicht die rechtsstaatlichen Garantien eines fairen Verfahrens [...] waren Bestandteil der gesetzgeberischen Überlegungen im Jahr 1878 bei Entstehen der Norm, wie sich zwingend aus der historischen Chronologie ergibt.“ Das Grundgesetz trat erst am 23.5.1949 in Kraft.

¹⁷ *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 33. Lfg., Stand: April 2010, § 80 Rn. 71.

¹⁸ Die Voraussetzungen für eine Verwerfung vorkonstitutioneller Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht hier aufzuführen, sprengte den Rahmen dieses Beitrags. Vgl. daher zu dieser Thematik *Ulsamer* (Fn. 17), § 80 Rn. 103 m.w.N.

¹⁹ *Matt* (Fn. 6), S. 851 (S. 856). Auf S. 868 formuliert er sogar weitergehend: „[...] es ist davon auszugehen, dass der (historische) Gesetzgeber die betroffenen Vorschriften anders formuliert hätte, wäre er sich der Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit [...] der Strafverteidiger und für das verfassungsrechtlich verbürgte Institut der (Wahl-)Verteidigung als wesentlichen Bestandteil eines rechtsstaatlichen, fairen Strafverfahrens bewusst gewesen.“

²⁰ *Hervorhebung* nur hier.

hat, erscheint hier zumindest auf den ersten Blick kein Raum für eine teleologische Reduktion. Der Gesetzgeber hat – so lässt sich argumentieren – nichts übersehen, sondern sich vielmehr bewusst für ein vollständiges Wiederaufleben der Aussagepflicht von Verteidigern entschieden.

Die klare Differenzierung kann als Indiz dafür verstanden werden, dass der Gesetzgeber einigen Berufsgruppen mehr, den anderen weniger Schutz zukommen lassen wollte. Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber, der die Strafprozessordnung seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits mehrfach geändert hat, hätte hinreichend Gelegenheiten gehabt, § 53 Abs. 2 S. 1 StPO zu ändern. Aus der Tatsache, dass er dies nicht getan hat, könnte man schließen, dass der Gesetzgeber den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, für den ein deutlich weiterer Spielraum besteht als für Eingriffe in die Berufswahlfreiheit,²¹ angesichts der Vorteile für die Wahrheitsermittlung im Strafprozess für verhältnismäßig hält.

Dafür könnte auch sprechen, dass der Schutzzumfang bei § 53 StPO schon *de lege lata* sehr hoch ist. Zum einen ist anerkannt, dass der Berechtigte den Zeugen nicht nach dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ vollumfänglich von der Schweigepflicht entbinden muss. Vielmehr kann er die Aussagepflicht des Zeugen auch nur partiell, beschränkt auf bestimmte Tatsachenkomplexe, aufleben lassen.²² Im Übrigen kann die Entbindungserklärung jederzeit in entsprechender Anwendung des § 52 Abs. 3 S. 2 StPO widerrufen werden.²³

Im Übrigen ist zu beachten, dass eigene Überlegungen, Schlüsse des Verteidigers sowie Verteidigungsstrategien letztlich vom Wortlaut der Norm ohnehin nicht erfasst sind. All dies ist – anders als beispielsweise eigene Rechercheergebnisse – dem Verteidiger nämlich weder „anvertraut worden“ noch „bekannt geworden“, sondern vielmehr das Ergebnis eigenständigen Nachdenkens und juristischer Arbeit. Soweit diese Überlegungen schriftlich festgehalten wurden, sind sie zwar dem Urkundsbeweis zugänglich und auch der Zeuge kann über die Inhalte der Schriftstücke befragt werden. Handelt es sich jedoch um gedankliche Schlüsse, Überlegungen oder Strategien, ist zu bezweifeln, dass sie dem Zeugenbeweis überhaupt zugänglich sind, weil sie nicht auf Wahrnehmungen des Verteidigers, sondern auf dessen eigenständiger Geistesleistung beruhen. Die Frage nach der teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO stellt sich in Bezug auf diese Arbeiten des Verteidigers folglich gar nicht.

Andererseits gibt es durchaus auch gewichtige und aus meiner Sicht letztlich sogar ausschlaggebende Argumente, die für ein eigenständiges Schweigerecht des Verteidigers sprechen. Bislang fehlen im Bereich des Strafrechts oberge-

richtliche Urteile zu diesem Problem; der BGH musste sich – soweit ersichtlich – in strafprozessualer Hinsicht noch nicht zu der Thematik äußern. Allerdings existiert ein Urteil des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,²⁴ in dem zunächst grundsätzlich anerkannt wird, dass der Mandant über die Tatsache bzw. den Umfang der anwaltlichen Verschwiegenheit entscheiden dürfe. Eine Entbindung von der Schweigepflicht ließe folglich gem. § 385 Abs. 2 ZPO die Aussagepflicht des Rechtsanwalts wieder aufleben. Jenseits des Verschwiegenheitsanspruchs und der Entbindungsbefugnis des Mandanten existiere aber ein durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistetetes eigenständiges Geheimhaltungsinteresse des Rechtsanwalts – auch gegenüber dem eigenen Mandanten. In dem zu entscheidenden Verfahren hatte der Insolvenzverwalter einer insolventen Aktiengesellschaft unter Berufung auf §§ 675 Abs. 1, 667 BGB i.V.m. § 50 BRAO auf Herausgabe der Akten des früheren Rechtsberaters (gleichzeitig Anwalt und Notar) des Unternehmens geklagt. Der Bundesgerichtshof bestätigte grundsätzlich den Herausgabeanspruch des Auftraggebers hinsichtlich allem, was der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags erhalten und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt habe. Dies gelte freilich nicht unbegrenzt, vielmehr müsse differenziert werden:

„Eine Ausnahme gilt insoweit allerdings für solche Unterlagen, die nicht lediglich über das Tun im Rahmen der Vertragserfüllung Aufschluss geben, sondern persönliche Eindrücke, die der Anwalt in den betreffenden Gesprächen gewonnen hat, wiedergeben. Aufzeichnungen des Anwalts über derartige persönliche Eindrücke sind oft nützlich; sie sind im Zweifel jedoch nicht für die Einsicht durch den Mandanten bestimmt und eine solche wäre dem Anwalt auch nicht zumutbar. [...] Darüber hinaus wird dem Anwalt bei der Ausführung des Mandats ein gewisser Freiraum zuzuerkennen sein, vertrauliche ‚Hintergrundinformationen‘ zu sammeln, die er auch und gerade im wohl verstandenen Interesse seines Mandanten sowie im Interesse der Rechtspflege diesem gegenüber verschweigen darf. Aufzeichnungen über derartige Vorgänge unterliegen gleichfalls nicht der Herausgabepflicht.“²⁵

Bemerkenswert ist dieses Urteil bereits insofern, als der BGH das begrenzte selbständige Recht des Rechtsanwalts unmittelbar aus der Verfassung ableitet.²⁶ Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer zieht hieraus eine durchaus überzeugende Konsequenz:

„Was im zivilrechtlichen Bereich gilt, wo Grundrechte nur mittelbar als objektive Wertordnung zwischen den Parteien Wirkung entfalten, muss erst recht im Bereich des öffentlich-rechtlichen Strafverfahrens gelten, wo Abwehrrechte gegenüber staatlichen Zugriffen zu beurteilen sind.“²⁷

Einer solchen Übertragbarkeit des Urteils auf den Strafprozess stehen auch die Systematik und der Wortlaut der

²¹ BVerfGE 15, 226 (234), wo es zu den Voraussetzungen eines gerechtfertigten Eingriffes in die Berufsausübungsfreiheit weiter heißt: „[...] der Eingriff muß in einem vernünftigen Verhältnis zu dem gegebenen Anlaß und dem mit ihm verfolgten Zweck stehen, er darf nicht ‚übermäßig belasten‘ [...]“

²² Ignor/Bertheau (Fn. 15), § 53 Rn. 82.

²³ Ignor/Bertheau (Fn. 15), § 53 Rn. 83; OLG Hamm GA 1969, 220.

²⁴ BGHZ 109, 260.

²⁵ BGHZ 109, 260 (265).

²⁶ BGHZ 109, 260 (269).

²⁷ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 4), S. 75 These 43, Begründung. Ebenso Schäfer (Fn. 2), S. 77 (S. 89 f.).

§§ 385 Abs. 2, 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO sowie des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 StPO nicht entgegen. Beide differenzieren je nach Zeugnisverweigerungsberechtigten zwischen einem vollständigen Aufleben der Aussagepflicht und einer nur teilweise erzwingbaren Aussage. Der Bundesgerichtshof geht offenbar davon aus, dass die nach der Formulierung des § 385 Abs. 2 ZPO umfassend wieder auflebende Aussageverpflichtung einer teleologischen Reduktion nicht entgegensteht. Dann muss dies freilich ebenso für den systematisch ähnlich aufgebauten § 53 Abs. 2 S. 1 StPO gelten.

Legt man das Urteil des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen auch dem strafrechtlichen Verfahren als Maßstab zugrunde, gelangt man folglich im Hinblick auf bestimmte Kerninformationen zu einem eigenständigen Schweigerecht des Verteidigers, das nicht zur Disposition des Mandanten steht.²⁸ Einer solchen teleologischen Auslegung des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO kann auch nicht das bisherige Untätigbleiben des Gesetzgebers entgegengehalten werden, da dieser noch nicht deutlich gemacht hat, dass er den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Verteidigers, der mit der Regelung verbunden ist, als verhältnismäßig ansieht, sodass sein Schweigen auch darauf beruhen kann, dass er das Problem bislang schlicht übersehen oder dessen Lösung auf später vertagt hat. Vor allem Letzteres erscheint angesichts zahlreicher, ähnlich gelagerter Fälle keineswegs unwahrscheinlich.

Um die Bejahung eines (eingeschränkten) eigenständigen Schweigerechts des Verteidigers schlüssig begründen zu können, muss in erster Linie auf dessen Berufsausübungsfreiheit verwiesen werden. Daraus resultierende Sonderrechte wurden inzwischen von der Rechtsprechung in unterschiedlichsten Zusammenhängen anerkannt.²⁹ Beispielhaft erwähnt sei an dieser Stelle lediglich die enge Auslegung von Straftatbeständen, deren Verwirklichung einem Verteidiger im Rahmen seiner Berufsausübung vorgeworfen werden kann, wie etwa Geldwäsche, § 261 StGB, Aussagedelikte, §§ 153 ff. StGB, oder Urkundendelikte, §§ 267 ff. StGB.³⁰

Durch eine restriktive Interpretation dieser Tatbestände – etwa in Form der Anerkennung erhöhter Anforderungen an die Unterstellung bzw. den Nachweis des voluntativen Vorsatzelements – wird der Stellenwert der Berufsausübungsfreiheit im bzw. für das Strafverfahren betont. Der Verteidiger müsse mit größtmöglicher Freiheit agieren können. Zutreffend überträgt insbesondere *Matt* die aus dieser Recht-

sprechung folgende Stärkung der Berufsausübungsfreiheit des Verteidigers auf die Auslegung des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO. Gewährte man dem Verteidiger kein eigenständiges, seine Berufsgeheimnisse wahrendes Zeugnisverweigerungsrecht, wäre die „für ein rechtsstaatliches, faires Strafverfahren erforderliche, unabhängige Beistandsleistung des (Wahl-)Verteidigers für seinen Mandanten nicht gewährleistet [...]“.³¹ Wenn der Strafverteidiger eigene Recherchen ohne Einverständnis und sogar gegen den Willen des Mandanten durchführen darf, ist dies Teil seiner beruflichen Freiheiten. Wenn nun aber der Mandant ohne Einwirkungsmöglichkeiten des Verteidigers über die Preisgabe der Ermittlungsergebnisse des Verteidigers entscheiden dürfte, liefe diese Befugnis des Verteidigers jedenfalls partiell ins Leere.

Meines Erachtens trifft diese Argumentation den Kern des Problems. Ein unabhängiger Verteidiger muss auch unabhängig vom Mandantenwillen über die nachträgliche Preisgabe der eigenständig gewonnenen Informationen entscheiden dürfen. Leider tendiert die Rechtsprechung immer wieder dazu, die Besonderheiten des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant sowie die hervorgehobene und vom Mandantenwillen unabhängige Stellung des Strafverteidigers zu gering zu achten. Strafprozessuale Vorschriften sind im Lichte der Grundrechte zu interpretieren. Daher sollten im Interesse der gerechten und fairen Wahrheitsfindung Freiräume des Strafverteidigers akzeptiert werden, auch wenn sich eine derartige Lösung bei erster Lektüre der einschlägigen, strafprozessualen Vorschriften nicht unmittelbar aufdrängt. Die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen gegen Strafverteidiger sollte ebenso begrenzt werden³² wie die von gegen den Willen des Verteidigers durchgeführten Recherchen der Strafverfolgungsorgane zu Interna der Verteidigungssphäre.³³ Konsequenterweise ist dann auch – ganz im Sinne der oben erwähnten These des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer zur Reform des Ermittlungsverfahrens – ein eigenständiges Schweigerecht des Strafverteidigers zumindest insoweit zu befürworten, als es um die Resultate eigener, unabhängiger Ermittlungen geht.

Für diskussionswürdig erachte ich sogar ein noch weitergehendes, generelles eigenes Schweigerecht des Strafverteidigers im Hinblick auf alle bei Ausübung seiner Tätigkeit erlangten Informationen. Dafür spricht vor allem, dass eine präzise Trennung zwischen Ergebnissen eigener Recherchen (mit dauerhaftem Geheimnisschutz) und sonstigen Informationen (mit Offenbarungspflicht nach wirksamer Entbindungserklärung durch den Mandanten) kaum möglich erscheint. Spricht angesichts dessen nicht Vieles dafür, für eine „große Lösung“ im Sinne eines generellen, eigenständigen Zeugnisverweigerungsrechts des Strafverteidigers einzutreten?

²⁸ Zu diesem Schluss gelangt auch *Matt* (Fn. 6), S. 851 (S. 859). Noch weitergehend offenbar *Petry*, Beweisverbote im Strafprozeß, 1971, S. 185, der eine Aussagepflicht des Verteidigers nur annehmen möchte, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls dies als zweckmäßig erscheinen lassen.

²⁹ Vgl. dazu erneut *Matt* (Fn. 6), S. 851 (S. 863 ff.), der in den Fn. 65 bis 70 auf diverse Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen in der amtlichen Sammlung, vor allem aber auf BVerfGE 110, 226 (268 ff.) hinweist.

³⁰ Umfassend dazu *Beulke/Ruhmannseder* (Fn. 13), Rn. 170 ff. (zur Geldwäsche), Rn. 252 ff. (zu den Aussagedelikten) und Rn. 277 ff. (zu den Urkundendelikten); vgl. auch *Beulke* (Fn. 1), Rn. 176a (zur Geldwäsche).

³¹ *Matt* (Fn. 6), S. 851, 866.

³² Vgl. dazu *Beulke/Ruhmannseder* (Fn. 13), Rn. 469 ff.; *dies.*, StV 2011, 180 u. 252.

³³ *Beulke*, in: Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 3; *Bosbach*, Ungeschriebene strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte im Bereich der Rechtsberatung, 2008, S. 115 ff., 195 ff., 251 f.

Dass die Gewährung eines derartigen umfassenden Schweigerechts keineswegs undenkbar erscheint, zeigt ein Blick ins benachbarte Ausland: Im österreichischen Strafprozessrecht ist anerkannt, dass das Verteidigern im Rahmen des § 157 Abs. 1 Nr. 2 öStPO eingeräumte Zeugnisverweigerungsrecht nicht allein deswegen entfällt, weil eine entsprechende Entbindungserklärung des Berechtigten vorliegt. Vielmehr handelt es sich um ein selbständiges, höchstpersönliches Verteidigerrecht, auf das dieser auch bei Vorliegen einer entsprechenden Entbindungserklärung nicht ohne Weiteres verzichten muss. Liegt eine Entbindungserklärung vor, hat der Verteidiger vielmehr im Rahmen einer „berufsadäquaten Abwägung“ zu entscheiden, ob er aussagt oder nicht.³⁴ Wäre das nicht auch ein Modell für Deutschland? Meines Erachtens befinden wir uns in diesem Bereich erst am Anfang einer dringend zu führenden Debatte. Wer sich mit dem Recht der Strafverteidigung beschäftigt, braucht also nicht zu befürchten, dass der Diskussionsstoff ausgeht. Es bleibt spannend.

³⁴ *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung, Kurzkomentar, 10. Aufl. 2008, § 157 Rn. 18; vgl. auch *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 245.

Zur Auslegung der Falschbeurkundung i.S.d. §§ 271, 348 StGB

Von Prof. Dr. Dennis Bock, Jena

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, wann eine Falschbeurkundung i.S.d. §§ 271, 348 StGB angenommen werden kann. Ausgehend vom extensiven Wortlaut der Normen wird der fast einhellig vertretenen Restriktion auf den Grund gegangen, dass nur Urkunden erfasst sein sollen, die (und soweit sie) den bezeugten Inhalt für und gegen jedermann beweisen und damit erhöhte Beweiskraft genießen. Der Verf. gelangt zu dem Ergebnis, dass für eine derartig einschränkende Auslegung keine Notwendigkeit besteht, so dass der Anwendungsbereich der §§ 271, 348 StGB deutlich größer als bisher angenommen sein kann. Jedenfalls versteht sich die teleologische Restriktion keineswegs (mehr) von selbst.

I. Einführung in die Problematik

Gem. § 348 Abs. 1 StGB macht sich ein Amtsträger wegen Falschbeurkundung im Amt strafbar, der bei der zuständigkeitsgemäßen Aufnahme öffentlicher Urkunden rechtlich erhebliche Tatsachen falsch beurkundet. § 271 StGB erfasst die mittelbare Falschbeurkundung, früher sog. intellektuelle Urkundenfälschung,¹ wonach sich strafbar macht, wer bewirkt, dass Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden als abgegeben oder geschehen falsch beurkundet werden. § 348 StGB gewährt dem Rechtsverkehr Schutz gegenüber dem seiner Wahrheitspflicht nicht genügenden Amtsträger.² § 271 StGB hingegen schützt das Interesse an unmanipulierten Grundlagen für öffentliche Beurkundungen.³ Der Amtsträger soll sich auf mitgeteilte Tatsachen verlassen können. Ähnlich ist die Situation bei den Aussagedelikten, die ebenfalls das Interesse an unmanipulierter Entscheidungsgrundlage schützen.⁴ § 271 StGB ist ein gesetzlich besonders geregelter Fall der mittelbaren Täterschaft, welcher notwendig ist, da die für § 348 StGB erforderliche Amtsträgereigenschaft nicht über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zugerechnet werden kann.⁵ Freilich lässt sich auch sagen, dass § 271 StGB die Wahrhaftigkeit der Angaben der am Beurkundungsvorgang beteiligten Bürger zur strafbe-

wehrten Pflicht erhoben hat,⁶ deren eigenständige Verletzung die Norm pönalisiert. Eine inhaltliche Bestimmung der Wahrheitspflicht findet sich hierbei nicht, so dass es sich um einen Blanketttatbestand handelt.⁷

Die Reichweite des Schutzes ist, obwohl die Norm zu den Vorschriften zählt, die schon im Reichsstrafgesetzbuch enthalten waren, nach wie vor in vielerlei Hinsicht unklar. Was ist eine öffentliche Urkunde? Und ferner: Welche Beurkundungen hierin unterfallen den §§ 271, 348 StGB? Die Problematik verdeutlicht folgendes

Beispiel: Eine organisierte Bande entwendet hochwertige Fahrzeuge in den Niederlanden. Um diese in Skandinavien zu verkaufen, werden sog. Doubletten hergestellt, die Fahrzeuge also zunächst mit falschen Fahrgestellnummern und gefälschten niederländischen Fahrzeugpapieren versehen. Dann werden sie nach Deutschland gebracht, wo eine (zumindest nicht zu widerlegend) gutgläubige Person⁸ mit einem Bandenmitglied einen Kaufvertrag für das jeweilige Fahrzeug fingiert (der gutgläubige besitzt das Fahrzeug nicht, soll es nie bekommen und erhält nur eine Aufwandsentschädigung für seine Hilfe). Mit diesem fingierten Kaufvertrag und den (was er nicht weiß) gefälschten niederländischen Papieren geht der Gutgläubige zur deutschen Zulassungsstelle und lässt das Fahrzeug für ein paar Tage auf sich zu. Dadurch erhalten die Täter echte deutsche Papiere (Zulassungsbescheinigung Teil I und II). Nach dieser „Legalisierung“ der Papiere werden die Fahrzeuge dann in Skandinavien verkauft.

Stellt die Zulassung in Deutschland eine mittelbare Falschbeurkundung dar? Welche Beurkundungen der Zulassungsbescheinigungen werden durch §§ 271, 348 StGB geschützt? Welche Rolle spielt das gelebte Vertrauen der Bevölkerung in diese amtlichen Dokumente, welches auch zivilrechtlich im Rahmen des § 932 Abs. 2 BGB berücksichtigt wird?

II. Urkunde

Ausgangspunkt ist der Begriff der Urkunde. Dieser wird nach allgemeiner Meinung in den §§ 271, 348 StGB so verstanden wie auch in 267 StGB:⁹ Jede dauerhaft verkörperte, wenig-

¹ Vgl. nur v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 3. Aufl. 1873, § 271 S. 688.

² Vgl. Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 271 Rn. 3 und § 348 Rn. 1.

³ Freund (Fn. 2), § 271 Rn. 5.

⁴ Freund (Fn. 2), § 271 Rn. 6; Müller-Tuckfeld, StV 1997, 353.

⁵ Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 271 Rn. 1; Koch, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 271 Rn. 3.

⁶ BGHSt 42, 131 (133); Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 271 Rn. 3.

⁷ Wittig, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 271 Rn. 1; Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 4, 5.

⁸ Der Dritte könnte insofern gutgläubig gewesen sein, obwohl er wusste, dass der Kaufvertrag fingiert war: Er könnte gedacht haben, dass es nicht um gestohlene Fahrzeuge ging, sondern nur darum, dem Dänen dabei zu helfen, die dänische Luxussteuer für KfZ zu hinterziehen.

⁹ Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 45. Lfg., Stand: Juli 1998, § 271

tens für die Beteiligten verständliche, menschliche Gedankenerklärung (sog. Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (sog. Beweisfunktion) und ihren Aussteller erkennen lässt (sog. Garantiefunktion).¹⁰ Die in den §§ 271, 348 StGB auch genannten Bücher und Register sind bloße Unterfälle.¹¹

III. Öffentlich

1. Allgemeines

a) Anders als in § 267 StGB muss die Urkunde in den §§ 271, 348 StGB gerade eine öffentliche sein. Seit dem Inkrafttreten der ZPO wird die Legaldefinition der öffentlichen Urkunde in § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO als auch für das Strafrecht maßgebend angesehen.¹² Dies entspricht auch dem historischen Willen des Gesetzgebers, der (auch wenn die ZPO bei Beratung des Strafgesetzbuchs noch nicht galt), eine zivilprozessuale Akzessorietät im Blick hatte.¹³ Dies hat, im Gegensatz zu denkbaren eigenständigen strafrechtlichen Betrachtungen den Vorteil der Rechtssicherheit durch Gewährleistung einer Einheit der Rechtsordnung.

b) Erforderlich ist hiernach zunächst, dass eine öffentliche Behörde bzw. eine mit öffentlichem Glauben versehene Person handelt. Nur dann liegt eine Ausstattung von Rechten wegen mit besonderer Glaubwürdigkeit vor.¹⁴

Behörde¹⁵ ist hierbei nicht i.S.d. § 1 Abs. 4 VwVfG zu verstehen, sondern gemeint ist jedes Organ der Staatsgewalt, das dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder der von ihm geförderten Zwecke tätig zu sein.¹⁶ Gem. § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB kommen auch Gerichte in Betracht.

Mit öffentlichem Glauben versehene Personen sind solche, denen für ein sachlich und örtlich begrenztes Gebiet rechtlich die Befugnis verliehen ist, Erklärungen oder Tatsachen in voller Beweiskraft zu bezeugen.¹⁷

c) Der Beurkundende muss gem. § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO ferner innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse bzw. des zugewiesenen Geschäftsbereichs handeln. Erst dann wird die besondere öffentlich-rechtliche Glaubwürdigkeit in Anspruch

genommen.¹⁸ Gemeint ist die gesetzlich geregelte sachliche und örtliche Zuständigkeit.¹⁹

d) Drittens ist die vorgeschriebene Form einzuhalten. Hierunter fallen die zwingenden Vorschriften, die das jeweilige Schriftstück betreffen,²⁰ z.B. in der StPO, der ZPO und im BeurkG. Die Einhaltung der wesentlichen Vorschriften ist aber ausreichend.²¹

e) Für die Legaldefinition der öffentlichen Urkunde sind ausweislich des Wortlauts des § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO die §§ 415 Abs. 1 Hs. 2, 417, 418 Abs. 1, Abs. 3 ZPO ohne Relevanz. Deren Berücksichtigung ist vielmehr eine Frage spezifisch strafrechtlicher Auslegung der §§ 271, 348 StGB.

IV. Spezifisch strafrechtliche teleologische Reduktion der öffentlichen Urkunde?

1. Erhöhte Beweiskraft der Urkunde?

Soweit ersichtlich ohne Ausnahme wird nicht jede öffentliche Urkunde i.S.d. § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO auch zu den öffentlichen Urkunden nach §§ 271, 348 StGB gerechnet. Vielmehr wird einschränkend eine sog. erhöhte Beweiswirkung vorausgesetzt: Die Urkunde müsse Beweis für und gegen jedermann²² erbringen – wobei allerdings verschiedene, aber synonym gebrauchte Formulierungen existieren.²³

Woher aber kommt dieses Erfordernis? Ist es zutreffend begründet? Welchen Inhalt hat es genau?

Soweit es nach all den Jahren ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung überhaupt noch begründet wird, geschieht dies mit einer teleologischen Argumentation: Der Strafrechtsschutz soll nur soweit reichen, wie das Rechtsgut der §§ 271, 348 StGB tangiert ist.²⁴ In der Tat: Während in § 267 StGB die Echtheit der Urkunde geschützt ist, sind Rechtsgüter der §§ 271, 348 StGB demgegenüber die inhaltliche Richtigkeit, Wahrheit und damit Verlässlichkeit und das diesbezügliche Vertrauen des Rechtsverkehrs.²⁵ Der Gesetz-

Rn. 8; ausf. Winter, Die grundlegenden Probleme der Falschbeurkundungstatbestände, 2004, S. 14 ff.

¹⁰ Statt aller BGHSt 3, 82 (84 f.); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 267 Rn. 2.

¹¹ Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 8; Wittig (Fn. 7), § 271 Rn. 6; Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 1.

¹² BGHSt 19, 19 (21); BGH NStZ 1986, 550; Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 9; Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 71 Rn. 4.

¹³ Vgl. Winter (Fn. 9), S. 11 ff.

¹⁴ Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 9.

¹⁵ Ausf. Winter (Fn. 9), S. 17 ff.

¹⁶ Schreiber, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, § 415 Rn. 14; vgl. auch Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 10.

¹⁷ Vgl. Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 12 f.; Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 11.

¹⁸ Vgl. Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 9.

¹⁹ Z.B. BGHSt 12, 85 (86); BGHSt 37, 209; Fischer (Fn. 10), § 271 Rn. 14 und § 348 Rn. 6, 6a; Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 14 ff.; a.A. (nur sachliche Zuständigkeit): Schreiber (Fn. 16), § 415 Rn. 14; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 271 Rn. 2; ausf. Winter (Fn. 9), S. 22 ff.

²⁰ Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 20, 21; Schreiber (Fn. 16), § 415 Rn. 21.

²¹ Z.B. RGSt 24, 281 (283).

²² S. nur RGSt 59, 13 (19); BGHSt 6, 380 (381); BGHSt 22, 201 (203); BGHSt 47, 39 (41); Wittig (Fn. 7), § 271 Rn. 14; Fischer (Fn. 10), § 271 Rn. 5; Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 22 ff.; Müller-Tuckfeld, StV 1997, 353.

²³ Übersicht bei Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 30; krit. („wenig aussagekräftig“) Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 7 ff. und § 348 Rn. 2.

²⁴ Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826 (827); Winter (Fn. 9), S. 4 f.

²⁵ RGSt 32, 386 (387); Fischer (Fn. 10), § 271 Rn. 2; Wittig (Fn. 7), § 271 Rn. 2 und § 348 Rn. 1, 2; Mankowski/Tar-

geber hat sich nun 1871 entschieden, den Wahrheitsschutz nur bzgl. öffentlicher Urkunden zu normieren. Bei Privaturkunden ist die schriftliche Lüge straflos; die verschiedenen Urkundenarten werden insofern unterschiedlich behandelt.²⁶ Dieser gesteigerte Schutz öffentlicher Urkunden bedarf (jedenfalls rechtspolitisch) einer überzeugenderen Begründung. Diese wird in Rechtsprechung und Lehre in der besonderen Richtigkeitsgewähr gesehen, die nur unter bestimmten Umständen und in bestimmtem Umfang vorliegen soll, und zwar eben in den Fällen der sog. erhöhten Beweiskraft. Erst diese besondere Richtigkeitsgewähr sichere die Entscheidungsgrundlagen des Amtsträgers ab.²⁷ Schon der Wille des historischen Gesetzgebers deutet hierauf hin; in den Motiven heißt es, die „Verschiedenheit wird durch den Charakter, insbesondere die volle Beweiskraft der öffentlichen Urkunde und die ihr dadurch verliehene höhere Bedeutung für den allgemeinen Verkehr gerechtfertigt.“²⁸

Allerdings: In den Motiven heißt es „insbesondere“, was bedeutet, dass es darüber hinaus gehende Schutzinteressen geben kann. Ohnehin darf die Fortentwicklung der Verhältnisse seit 1870 nicht unbeachtet bleiben. Heutzutage dürfte ein großes Vertrauen in den nunmehr demokratischen Rechtsstaat herrschen, so dass eine größere Schutzwürdigkeit der Bevölkerung gegenüber jedweden öffentlichen Urkunden i.S.d. § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO anzunehmen sein dürfte.

Vor der Reform der Urkundsdelikte war der Begriff der öffentlichen Urkunde auch in § 267 StGB a.F. enthalten.²⁹ Erst danach fiel das Abgrenzungsbedürfnis der beiden Begriffe der öffentlichen Urkunde in den verschiedenen Regelungen weg.³⁰ Die zum früheren und nur im Kontext der §§ 267ff. StGB a.F. zu verstehenden § 271 StGB entwickelte restriktive Rechtsprechung und Lehre wurde allerdings ohne erkennbare Reflexion unverändert fortgeführt. Die Berufung auf Rechtsprechung und Literatur zur alten Rechtslage ist freilich problematisch geworden, wobei sich in der Rechtsprechung die Suche nach Argumenten statt bloßen Verweisen ohnehin schwierig gestaltet. Ohne Konsequenzen aus der Gesetzesänderung von 1943 zu ziehen werden die §§ 271, 348 StGB (nach wie vor einhellig) nur noch stilschweigend und ohne Anhaltspunkt im StGB einengend ausgelegt.

Das selten ausdrücklich begründete³¹ einengende Erfordernis der erhöhten Beweiskraft mag historisch bedingt sein, die hinter der Einschränkung stehende Teleologie ist aber zweifelhaft. Aus der Legaldefinition in § 415 Abs. 1

Hs. 1 ZPO ist sie ohnehin nicht abzuleiten: Das Merkmal „mit öffentlichem Glauben versehen“ begrenzt nur den ausstellungsberechtigten Personenkreis.³² Auch die verschiedenen Formeln zur Umschreibung der erhöhten Beweiskraft stehen ihrerseits jeweils in der Kritik.³³

Richtigerweise ist es durchaus möglich, den Wahrheitsschutz allein der öffentlichen Urkunden in §§ 271, 348 StGB (und damit die Ungleichbehandlung im Vergleich zu Privaturkunden) verfassungsrechtlich und rechtspolitisch zu legitimieren, ohne eine teleologische Reduktion in Anspruch nehmen zu müssen. Eine faktisch erhöhte Beweiskraft im Rechtsverkehr hat nämlich jedwede hoheitliche Urkunde. Die Teilnehmer vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben in allen öffentlichen Urkunden i.S.d. § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO.

Hiergegen lässt sich nicht durchschlagend einwenden, dass derartiges Vertrauen nicht rechtlich schutzwürdig ist, weil doch die §§ 415 ff. ZPO nur unter besonderen Voraussetzungen öffentliche anders als private Urkunden behandeln, also gerade kein prozessual berechtigtes Vertrauen vorliege. Ungeachtet der Frage, ob dies eine evtl. unzulässig starke viktimologische Einengung (§ 254 BGB e contrario) ist, bleiben ja sehr wohl die ein rechtlich begründetes Vertrauen konstituierenden Voraussetzungen des § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO. Bürger, die in diesem Umfang der hoheitlichen, öffentlich-rechtlichen Autorität vertrauen verdienen strafrechtlichen Schutz. Die Glaubwürdigkeit einer Urkunde insgesamt bemisst sich nach der Glaubwürdigkeit des Ausstellers. Damit lässt sich der Wahrheitsschutz der §§ 271, 348 StGB extensiver legitimieren als allgemein angenommen, nämlich dadurch, dass eine dazu ermächtigte, mit öffentlichem Glauben versehene Person oder Behörde die Beurkundung vorgenommen hat: Dieser Aussteller repräsentiert die Autorität des Staates, eben diese Autorität bewirkt das besondere Vertrauen der Allgemeinheit in den Wahrheitsgehalt der Urkunde.³⁴ Der Staat nimmt aufgrund des Amtsträgereinsatzes eine den gesamten Zuständigkeitsbereich umfassende Autorität bzgl. aller beurkundeten Tatsachen in Anspruch; die rechtstreuen Adressaten haben im Rechtsverkehr eine Vermutung inhaltlicher Prüfung und damit Richtigkeit verinnerlicht.³⁵ Diese Erwägung kann entgegen der allgemeinen Meinung die Ungleichbehandlung von privaten und öffentlichen Urkunden auch allein legitimieren, ohne dass es eines Rückgriffs auf eine besondere Art und Reichweite von Beurkun-

owski, JuS 1992, 826 (827); Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 300; ausf. Winter (Fn. 9), S. 5 ff.

²⁶ Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826 (827); Müller-Tuckfeld, StV 1997, 353; Freund (Fn. 25), Rn. 300; Winter (Fn. 9), S. 8.

²⁷ So Freund (Fn. 2), § 271 Rn. 6; vgl. auch Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 2.

²⁸ Wiedergegeben bei Schwarze (Fn. 1), Vor § 267 S. 674.

²⁹ Hierzu vgl. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 1904, S. 210 ff.

³⁰ Vgl. Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 23, 24; Winter (Fn. 9), S. 11.

³¹ Vgl. aber Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826 (827).

³² Meyer, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 426; Hartleb, Die Reichweite des Wahrheitsschutzes in § 348 StGB, 1983, S. 100; vgl. auch Puppe (Fn. 6), § 348 Rn. 2.

³³ S. v.a. Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 7 ff., krit. gegenüber der Formel der h.M. von der „Beweiskraft für und gegen jedermann“ auch Freund (Fn. 25), Rn. 306 („durchaus entbehrlich – ja nachgerade irreführend“); Otto (Fn. 12), § 71 Rn. 4.

³⁴ S. insoweit auch Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826 (827); Gigerl, Die öffentliche Urkunde im Strafrecht 1981, S. 96; Ridder, Mittelbare Falschbeurkundung, 1970, S. 42 f.; Hartleb (Fn. 32), S. 79.

³⁵ Vgl. insoweit auch Winter (Fn. 9), S. 9.

dungen bedarf. Die Urkundenmerkmale i.S.d. § 267 StGB und die Voraussetzungen des § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO (insbesondere durch das Erfordernis der Zuständigkeit) schränken den Anwendungsbereich der §§ 271, 348 StGB hinreichend ein.

Jede weniger restriktive Auslegung schließt natürlich auch Strafbarkeitslücken; zu deren Behebung ist der Gesetzgeber berufen, nicht der Jurist – der Gesetzgeber der §§ 271, 348 StGB hat allerdings gerade keine Einschränkungen normiert.

Es soll nicht leichtfertig einer Extension der Strafbarkeit das Wort geredet werden, der Steuerungsanspruch des Strafgesetzgebers übersteigt allzu leicht das Realistische. Freilich ist kein soziales Interesse ersichtlich, Falschbeurkundungen durch Amtsträger unmittelbar oder mittelbar straffrei zu stellen. Was für ein abzuwägendes Interesse besteht an Amtsträgern, die inhaltlich falsche Urkunden herstellen? Was spricht gegen eine Ausweitung der Wahrheitspflichten von Bürgern, die gegenüber Amtsträgern rechtserhebliche Angaben machen?

Schließlich kommt den Urkundensdelikten vor allem auch die Funktion zu, im Vorfeld Vermögensschutz zu betreiben: Eine Falschbeurkundung ist selten Selbstzweck, sondern es werden fast immer weitergehende Zwecke, oft wirtschaftlicher Art, verfolgt³⁶ – bis hin zu Begehungsweisen im Rahmen der Organisierten Kriminalität (z.B. Autoschieber, Menschenhändler, Schleuser). Insofern stellen die Urkundensdelikte sicher eine starke Vorverlagerung gegenüber der Strafbarkeit der weiteren Zweckbestimmung dar,³⁷ was sich durch eine extensivere Interpretation verschärft. Falsche öffentliche Urkunden sind aber auch – gerade wegen ihrer sehr weitreichenden faktischen vertrauensschaffenden Wirkung – sehr gefährliche Gegenstände.³⁸ Überschneidungen mit anderen Delikten können befriedigend auf Konkurrenzenebene gelöst werden.

Wenn es auf die sog. erhöhte Beweiswirkung nicht mehr ankäme, entfielen die Rechtsunsicherheiten, die bei der Bestimmung eben dieser Beweiswirkung existieren. Es ist nämlich im Einzelnen strittig, woraus sich die erhöhte Beweiswirkung ergeben kann, insbesondere inwiefern sich diese aus dem Gesetz ausdrücklich selbst ergeben muss. Nach h.M. ist auch eine mittelbare Gewinnung durch Auslegung möglich,³⁹ die Rechtsprechung schwankt.⁴⁰ Hierin manifestiert sich das allgemeine Problem der Verweisung einer Strafnorm auf außerstrafrechtliche Normen⁴¹ bis hin zur Frage der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG.⁴² Zwar geht es nur um die Reichweite einer den Wortlaut einschränkenden Rechtsfi-

gur.⁴³ Eine Restriktion, die rechtsunsicher ist, ist allerdings ähnlich gefährlich wie eine unklare Extension, da die Vorhersehbarkeit des strafbaren Bereichs ebenfalls leidet. Dies muss, wenn es schon nicht zur verfassungsrechtlichen Beanstandung führt, jedenfalls aber den kriminalpolitischen Wert der teleologischen Reduktion mindern. Da eine allgemeine inhaltliche Begriffsbestimmung des öffentlichen Glaubens nirgends im Gesetz getroffen und wohl auch nicht denkbar ist,⁴⁴ bleibt es solange bei vagen Begriffen wie die Wahrheitspflichten herausgearbeitet sind.⁴⁵ Hier gibt es eine nicht zu überschauende 140-jährige Kasuistik,⁴⁶ deren Handhabbarkeit durch laufende Änderung von in Bezug genommenen Normen weiter leidet. Naturgemäß lässt die Rechtsprechung hierbei im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit auch die Stringenz vermissen,⁴⁷ was die Schwierigkeiten der Rechtspraxis wiederum erhöht.

2. Begrenzung der Reichweite der Beweiskraft

Weitere Sprengkraft entfaltet die ganz herrschende Meinung, wenn sie – nachdem man eine Urkunde als öffentliche qualifiziert hat – eine weitere Beschränkung annimmt: Der Tatbestand der §§ 271, 348 StGB verenge sich nicht nur auf bestimmte Urkunden, sondern auch dann, wenn grundsätzlich eine öffentliche Urkunde vorliegt, sollen nicht alle Angaben in dieser Urkunde von den §§ 271, 348 StGB erfasst sein.⁴⁸ Die sog. erhöhte Beweiskraft könne, müsse sich aber nicht auf alle in ihr enthaltenen Angaben erstrecken.⁴⁹ Hieraus folgt nun das Problem, dass man wiederum Kriterien entwickeln muss, welche der teils zahlreichen Angaben in der jeweiligen öffentlichen Urkunde von der erhöhten Beweiswirkung erfasst sein sollen. Geschaffen werden weitere Auslegungsprobleme, deren Zahl sich nach den Fachgesetzen und den jeweiligen Urkundenangaben richtet, also ins Unermessliche geht. Nur ein Beispiel: Ist das Geburtsdatum in einem Führerschein Teil der Beweiswirkung für und gegen jedermann?⁵⁰ Die entsprechenden Fachgesetze geben nur selten expressis verbis Auskunft, z.B. §§ 891, 2365, 2366 BGB, § 274 StPO, §§ 60, 66 PStG. Im Übrigen wird es erforderlich, diejenigen gesetzlichen Bestimmungen heranzuziehen, welche die Durchführung des Beurkundungsverfahrens normieren und für den Zweck der jeweiligen Urkunde bestimmend

⁴³ Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 37.

⁴⁴ Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 8.

⁴⁵ Vgl. Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 9 und § 348 Rn. 3, 4; Hoyer (Fn. 9), § 271 Rn. 15 f.

⁴⁶ Vgl. nur Koch (Fn. 5), § 271 Rn. 5, 6; Fischer (Fn. 10), § 271 Rn. 6; Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 51-67; Lackner/Kühl (Fn. 19), § 271 Rn. 2; Freund (Fn. 25), Rn. 308 ff.; Otto (Fn. 12), § 71 Rn. 6.

⁴⁷ Winter (Fn. 9), S. 2, 4.

⁴⁸ Hierzu ausführlich Winter (Fn. 9), S. 52 ff.

⁴⁹ Vgl. nur RGSt 10, 243 (244); BGHSt 6, 380; BGHSt 22, 203; Fischer (Fn. 10), § 271 Rn. 9; vgl. auch Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826 (829 f.).

⁵⁰ So BGHSt 34, 299 (301); a.A. Ranft, JR 1988, 383; Freund (Fn. 2), § 348 Rn. 18.

³⁶ Winter (Fn. 9), S. 7; Schmid, ZStR 1978, 274 (275); Freund (Fn. 25), Rn. 7.

³⁷ Winter (Fn. 9), S. 7; Freund (Fn. 25), Rn. 8.

³⁸ Vgl. auch § 127 Abs. 1 Nr. 2 OWiG.

³⁹ BGHSt 22, 201 (203); Fischer (Fn. 10), § 271 Rn. 5.

⁴⁰ Vgl. Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 32 ff.

⁴¹ Vgl. Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826.

⁴² Puppe, JZ 1991, 610; Puppe (Fn. 6), § 271 Rn. 10 und § 348 Rn. 4.

sind.⁵¹ Insbesondere ist problematisch, inwieweit eine Verkehrsauffassung heranzuziehen (und wie diese zu bestimmen) ist: Verkehrsauffassungen sind schwer belegbar und ggf. von rechtlich unberechtigten Erwägungen und Auffassungen der Allgemeinheit beeinflusst.⁵² Die Rechtsprechung betont bei alledem einen strengen Maßstab,⁵³ was dann solange unergiebig bleibt, wie unklar ist, wonach sich die Strenge richten soll.

Zutreffend hat dies bereits *Binding* kritisiert, der die Gesamtfunktion der Urkunde betont und jede unwahre Beurkundung in einer öffentlichen Urkunde als erfasst ansieht.⁵⁴ Die Urkunde sei insofern unteilbares Ganzes.⁵⁵ In der Tat enthält der Wortlaut wiederum keine Beschränkung. Auch bringt der Rechtsverkehr unabhängig von der erhöhten Beweiskraft der konkreten Angabe sämtlichen Beurkundungen in der Urkunde Vertrauen entgegen, da es sich ja um ein „amtliches Zeugnis“⁵⁶ handelt. Die oben schon verteidigte, auch rechtlich begründete Schutzwürdigkeit ist hier erst recht gegeben. *Binding* verweist auch auf die ansonsten entstehende Irrtumsproblematik, wenn dem Täter die Kenntnis der erhöhten Beweiswirkung der jeweiligen Tatsache nicht nachgewiesen werden kann.⁵⁷

Wiederum entsteht auf Grundlage der ganz h.M.⁵⁸ eine unübersichtliche Kasuistik,⁵⁹ die nicht immer widerspruchsfrei⁶⁰ ist – oder in den Worten *Bindings* wird die h.M. zu einer „Quelle heikler Streitfragen“ und führt zu „völliger Impraktikabilität“.⁶¹ Bei Verzicht auf die Teilung der Angaben einer öffentlichen Urkunden in solche, die von §§ 271, 348 StGB umfasst werden, und solche, die nicht darunter fallen, wird Rechtssicherheit und -klarheit gewonnen.⁶²

3. Außenwirkung?

Ebenfalls zum allgemein angenommenen Stand der Auslegung zählt es, dass öffentliche Urkunden i.S.d. §§ 271, 348 StGB abzugrenzen sind zu sog. schlicht amtlichen Urkunden, die lediglich zur Prüfung, Ordnung oder Erleichterung des inneren Dienstes bestimmt sind.⁶³ Zu diesen soll z.B. auch

⁵¹ Vgl. nur RGSt 26, 347; BGHSt 22, 201 (203).

⁵² *Winter* (Fn. 9), S. 55.

⁵³ BGHSt 22, 201 (203).

⁵⁴ *Binding* (Fn. 29), S. 284; hierzu auch *Winter* (Fn. 9), S. 55 f.

⁵⁵ *Binding* (Fn. 29), S. 284.

⁵⁶ Vgl. *Binding* (Fn. 29), S. 284.

⁵⁷ *Binding* (Fn. 29), S. 285.

⁵⁸ Vgl. auch den Ansatz von *Freund* (Fn. 25), Rn. 306; *Freund* (Fn. 2), § 271 Rn. 12, 15 und § 348 Rn. 9, 14; vgl. auch *Otto* (Fn. 12), § 71 Rn. 4: Angabe muss Funktion besonderer Richtigkeitsbestätigung haben.

⁵⁹ Vgl. nur *Wittig* (Fn. 7), § 271 Rn. 20; *Koch* (Fn. 5), § 271 Rn. 10; *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 271 Rn. 3.

⁶⁰ *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 271 Rn. 3; *Winter* (Fn. 9), S. 4.

⁶¹ *Binding* (Fn. 29), S. 284.

⁶² Insoweit auch *Winter* (Fn. 9), S. 57.

⁶³ Vgl. RGSt 52, 268 (269); BGHSt 7, 94 (96); *Mankowski/Tarnowski*, JuS 1992, 826 (827 f.); *Koch* (Fn. 5), § 271 Rn. 4;

das Protokoll nach § 274 StPO zählen.⁶⁴ Ist einem Richter, der vorsätzlich falsche Angaben im Protokoll macht, also strafrechtlich nicht beizukommen?

Richtigerweise dürfte es auch insofern ausreichen, den Begriff der öffentlichen Urkunde in §§ 271, 348 StGB dadurch zu begrenzen, dass man erstens eine Urkunde braucht (insbesondere einschließlich der Beweisfunktion), die zweitens eine öffentliche i.S.d. § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO sein muss. Abgesehen davon, dass wieder vage ist, wie Urkunden mit Außenwirkung von solchen ohne abzugrenzen sind,⁶⁵ so dass wieder eine unsystematische Kasuistik entsteht (zuma die Anzahl der Empfänger ohnehin irrelevant sein soll für die Annahme einer Außenwirkung⁶⁶): Wenn eine sog. schlicht amtliche Urkunde nach außen gelangt, dann wird ihr im Rechtsverkehr aufgrund der hoheitlichen Autoritätswirkung mindestens das gleiche schutzwürdige Vertrauen entgegen gebracht wie einer solchen Urkunde, die als solche mit Außenwirkung geplant war. Bisweilen mag gerade einem als intern, geheim gedachten Material besonders geglaubt werden. Eine hinreichende Eingrenzung erfolgt durch das Merkmal „zum Beweis im Rechtsverkehr“, das Bestandteil der allgemeinen Urkundsdefinition ist.

4. Ausländische Urkunden?

Diese Erwägungen gelten auch für ausländische Urkunden, die die h.M. von den §§ 271, 348 StGB zu Recht dann erfasst ansieht, wenn deutsche Rechtsgüter beeinträchtigt werden.⁶⁷ Die wortlautgetreu extensive Auslegung zeitigt hier noch den Vorteil, dass eine komplizierte Fremdrechtsanwendung zur Ermittlung von Existenz und Umfang einer erhöhten Beweiswirkung entbehrlich wird (sofern man dies nicht ohnehin allein nach Maßgabe der deutschen Rechtsgutsbetroffenheit feststellen will).

V. Erheblichkeit für Rechte oder Rechtsverhältnisse

§ 271 StGB setzt voraus, dass die beurkundeten Tatsachen für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind; § 348 StGB bezieht sich – inhaltlich identisch – auf rechtlich erhebliche Tatsachen. In dieser Voraussetzung wird man freilich kein limitierendes Potential erblicken können, welches über den Urkundenbegriff und § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO hinausgeht.

VI. Als abgegeben oder beurkundet gespeichert

Denkbar ist es aber, die Restriktion der erhöhten Beweiswirkung daran anzuknüpfen, dass nur dann eine Beurkundung i.S.d. §§ 271, 348 StGB vorliegt, wenn eine erhöhte Beweis-

Zieschang (Fn. 5), § 271 Rn. 24 ff.; *Puppe* (Fn. 6), § 271 Rn. 7 und § 348 Rn. 16, 17; ausf. *Winter* (Fn. 9), S. 38 ff.

⁶⁴ OLG Hamm NJW 1977, 592 (594).

⁶⁵ Ausf. *Winter* (Fn. 9), S. 42 ff.

⁶⁶ Vgl. *Winter* (Fn. 9), S. 40 f.

⁶⁷ Vgl. RGSt 68, 300 (302); OLG Düsseldorf NStZ 1983, 221; *Fischer* (Fn. 10), § 271 Rn. 4; a.A. z.B. *Wittig* (Fn. 7), § 271 Rn. 21; *Wiedenbrüg*, NJW 1973, 301 (303).

wirkung vorliegt.⁶⁸ Der Wortlaut gibt aber auch an dieser Stelle nichts für eine Verankerung einer derartigen teleologischen Reduktion (bzw. der Reichweiteproblematik) her; inhaltlich ist sie aus den genannten Erwägungen nicht geboten.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Für eine öffentliche Urkunde i.S.d. §§ 271, 348 StGB ist es entgegen allgemein vertretener Auffassung bereits ausreichend, wenn erstens eine Urkunde i.S.d. § 267 StGB vorliegt, zweitens die Voraussetzungen des § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO vorliegen. Es ist keine erhöhte Beweiswirkung irgendeiner Angabe erforderlich, um eine öffentliche Urkunde anzunehmen. Erst recht nicht sind Angaben dann von §§ 271, 348 StGB ausgenommen, wenn keine konkrete erhöhte Beweiswirkung bzgl. gerade dieser Tatsache gegeben ist.

Große Bereiche vager Kriterien und unüberschaubarer Kasuistik werden – was einen Gewinn für die Rechtssicherheit darstellt – entbehrlich. Der Schutz der inhaltlichen Richtigkeit (nur) der öffentlichen Urkunden legitimiert sich bereits dadurch, dass amtlichen Urkunden per se Vertrauen hinsichtlich der Wahrhaftigkeit der enthaltenen Angaben entgegengebracht wird.

Die Erwägungen *Bindings* bzgl. „amtlichen Zeugnissen“ gelten umfangreicher als von ihm selbst vertreten: Wenn es nicht auf die erhöhte Beweiswirkung hinsichtlich der konkreten einzelnen Angabe ankommt, rückt allein der amtliche Eindruck der Urkunde an sich in den Fokus. Dann aber reicht es für eine kriminalpolitisch sinnvolle Begrenzung der §§ 271, 348 StGB aus, wenn § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO den Bereich schutzwürdigen Vertrauens festlegt.

Es ist kein Grund ersichtlich, die Schutzwürdigkeit der Bevölkerung, die in amtliche Urkunden einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verwaltung umfängliches Vertrauen setzt, abzulehnen und so Strafbarkeitslücken im Vorfeld des Individualgüterschutzes zu erzeugen, denen kein nennenswerter Gewinn an sozial nützlicher Freiheit gegenübersteht.

Der vom Gesetzgeber festgelegte weite Wortlaut bedarf jenseits der Legaldefinition in § 415 Abs. 1 Hs. 1 ZPO keiner Einschränkung. Die Falschbeurkundung als solche setzt ein hinreichend rechtlich missbilligtes Risiko, da falsche öffentliche Urkunden ein großes Gefährdungspotential für Folgeschädigungen aufweisen.

Möchte man berücksichtigen, dass lediglich falsche Angaben jenseits einer besonderen erhöhten Beweiswirkung gemacht wurden, kann dies auf Ebene der Strafzumessung oder im Strafprozess (z.B. §§ 153, 153a StPO) geschehen. Freilich perpetuiert man dann das immer noch ungelöste Problem, Begriff und Reichweite der erhöhten Beweiswirkung festzulegen.

Jedenfalls de lege ferenda mag der Gesetzgeber – ggf. auch im Rahmen einer Verringerung Organisierter Kriminalität – eine weite Tatbestandsfassung klarstellen. Auch bei genereller Skepsis gegenüber jeder Ausweitung der Kriminalisierung ist kein Interesse ersichtlich, welches es durch die

Straffreiheit großer Teile der unmittelbaren oder mittelbaren Falschbeurkundungen zu fördern gilt.

Für die Lösung des *Beispielsfalls* bedeutet dies, dass die Zulassung in Deutschland eine mittelbare Falschbeurkundung darstellt. Die Zulassungsbescheinigungen sind nämlich nach hier vertretener Auffassung in allen amtlichen Beurkundungen geschützt.

⁶⁸ Vgl. BGHSt 22, 201 (203); *Zieschang* (Fn. 5), § 271 Rn. 22, 38.

Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union

Von Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Bonn

I. Problemaufriss

In einer globalisierten Welt beschränken sich strafrechtlich relevante Sachverhalte mit grenzüberschreitenden Bezügen längst nicht mehr auf den Bereich der organisierten Kriminalität, sondern sind angesichts der zunehmenden Mobilität der Gesellschaft¹ und der wachsenden Bedeutung des Internet² zu einem verbreiteten Phänomen geworden. Der einzelne Bürger wird auf diese Weise mit dem Strafrecht mehrerer Staaten konfrontiert, wonach dasselbe Verhalten unter Umständen aufgrund unterschiedlicher kriminalpolitischer Wertungen zum Teil als strafbar, zum Teil als straflos angesehen wird und sieht sich unter Umständen der Gefahr ausgesetzt, in mehreren Staaten zugleich strafrechtlich verfolgt zu werden. In der Europäischen Union als einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 ff., 82 ff. AEUV) ist dieser Rechtszustand besonders prekär, zumal mit den neuen Instrumenten der strafrechtlichen Zusammenarbeit – namentlich dem Europäischen Haftbefehl,³ den Erleichterungen der kleinen Rechtshilfe (z.B. Vernehmung per Videovernehmung oder Telefonkonferenz, Art. 10, 11 EU-RhÜbk, und gemeinsame Ermittlungsgruppen, Art. 13 EU-RhÜbk)⁴ sowie spezifischen Instrumenten zur Sicherstellung, Beschlagnahme und Herausgabe von Beweismitteln⁵ – die extraterritoriale Durchführung von Strafverfolgungsmaßnahmen erheblich erleichtert und damit zugleich die Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Ausübung der nationalen Straf Gewalt beträchtlich erweitert

¹ Siehe z.B. KG NStZ 2000, 533 („Hitlergruß“ deutscher Fans in polnischem Fußballstadion, das im deutschen Fernsehen zeitnah übertragen wurde); BGH, Urt. v. 17.3.2009 – 3 StR 18/09 (sexueller Missbrauch von Kindern durch einen deutschen Staatsangehörigen in Kambodscha).

² BGHSt 46, 212 (Fall Töben).

³ Siehe den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2002 Nr. L 190 v. 17.7.2002, S. 1 ff.; siehe insoweit zur Umsetzung in Deutschland §§ 80 ff. IRG.

⁴ Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EU 2000 Nr. C 197 v. 11.7.2000, S. 3 ff.

⁵ Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. EU Nr. L 196 v. 1.11.2003, S. 45 ff.; zur Umsetzung im deutschen Rechtshilferecht siehe §§ 94, 97 IRG. Der Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. EU 2008 Nr. L 350 v. 29.12.2008, S. 72, ist am 19.1.2009 in Kraft getreten, aber noch nicht umgesetzt worden.

wurden.⁶ Zugleich bietet die Union als Rechts- und Wertegemeinschaft (vgl. Art. 2, 6 EUV) aber auch einen rechtlichen Rahmen für eine wechselseitige Beschränkung der nationalen Straf Gewalt auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens in die Effektivität, aber auch und vor allem in die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege in den anderen Mitgliedstaaten.

II. Defizite der bisherigen Regelungen

Nun sind die Probleme im Zusammenhang mit (positiven) Jurisdiktionskonflikten nicht neu. Lösungen werden auf der Ebene der Europäischen Union jedoch in erster Linie auf der Ebene des Strafverfahrensrechts gesucht, d.h. Jurisdiktionskonflikte werden als „Zuständigkeitsproblem“ behandelt. Dies gilt zuvörderst für die transnationale Geltung des Prinzips „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ, Art. 50 Grundrechte-Charta), wonach eine rechtskräftige Aburteilung in einem Mitgliedstaat die Verfolgung derselben Tat in einem anderen Mitgliedstaat ausschließt.⁷ Der Jurisdiktionskonflikt wird auf diese Weise (ausschließlich) nach dem Prioritätsprinzip gelöst. Wird in mehreren Mitgliedstaaten wegen derselben Tat ein Strafverfahren geführt, liegt aber noch keine verfahrensabschließende Entscheidung vor, so sind die Mitgliedstaaten nach dem Rahmenbeschluss zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten im Strafverfahren⁸ gehalten, die Durchführung paralleler Verfahren durch eine einvernehmliche Lösung zu vermeiden (Art. 10, 11 des Rahmenbeschlusses). Diesem Konsultationsprozess geht erforderlichenfalls ein Informationsaustausch zwischen den für das jeweilige Verfahren zuständigen Justizbehörden voraus (Art. 5 ff. des Rahmenbeschlusses). Materielle Kriterien, nach denen das Einvernehmen über den Gerichtsstand erzielt werden soll, enthält der Rahmenbeschluss nicht.⁹ Demgegenüber sehen

⁶ Zu Phänomen und Gefahren dieser Entterritorialisierung von Straf Gewalt auch *F. Meyer*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 87 (S. 93 ff.).

⁷ S. dazu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, S. 465 ff. § 13 Rn. 21 ff.; *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, 2005, S. 64 ff., 169 ff.; *Mansdörfer*, Das Prinzip ne bis in idem in Europa, 2004, S. 142 ff.; *Specht*, Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem, 1999, S. 119 ff.; *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421; *Stein*, Zum europäischen ne bis in idem nach Art. 54 SDÜ, 2004, passim.

⁸ Rahmenbeschluss 2009/948/JI v. 30.11.2009, ABl. EU 2009 Nr. L 328 v. 15.12.2009, S. 42.

⁹ Nach Art. 11 des Rahmenbeschlusses „prüfen [die zuständigen Behörden] die gesamte Sach- und Rechtslage des Falles sowie alle Faktoren, die sie als sachdienlich betrachten.“; kritisch insoweit *Hecker*, ZIS 2011, 60 (62).

die in der Wissenschaft¹⁰, Justizpraxis¹¹ und in einzelnen Rechtsakten¹² entwickelten Ansätze zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten Kriterien für die Auswahl der „besten“ Strafgewalt (d.h. des für die Durchführung des Strafverfahrens zuständigen Staates) vor, die insoweit an die „klassischen“ Gesichtspunkte (Tatort, Staatsangehörigkeit des Täter bzw. Opfers) anknüpfen und diese um prozessuale Aspekte (Verfügbarkeit von Beweismitteln) erweitern. Letztlich gehen aber auch diese Modelle davon aus, dass über die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte zunächst konkurrierende Strafgewalten begründet werden, d.h. das materielle Strafrecht mehrerer Mitgliedstaaten auf die Tat anwendbar ist. Zum Teil wird dies sogar vom sekundären Unionsrecht gefordert, um durch Kombination der herkömmlichen Anknüpfungspunkte sicherzustellen, dass die Tat jedenfalls in einem Mitgliedstaat bestraft werden kann.¹³ Bildlich gesprochen liegt dieser Erwägung der Gedanke zu Grunde, zur Verfolgung des Täters ein möglichst lückenloses „Netz“ konkurrierender Strafansprüche zu knüpfen.¹⁴ An dem Netzgedanken wurde jedoch mit Recht kritisiert, dass er einseitig auf das öffentliche Strafverfolgungsinteresse ausgerichtet ist.¹⁵ Dies

¹⁰ *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NSZ 2002, 624; *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, 2003, passim; *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2001, S. 98 ff.; *Schünemann*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für eine europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 5 ff.; *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Iuris portans dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, 1997, passim.

¹¹ S. die Entscheidungsleitlinien von Eurojust, Anhang IV des Jahresberichts 2004, S. 92 ff.

¹² Art. 9 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung v. 13.6.2002 (ABl. EU 2002 Nr. L 164 v. 22.6.2002, S. 3); s. auch das Grünbuch der Kommission über Jurisdiktionskonflikte und die Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem“ KOM (2005) 696 endg. – Annex SEC (2005) 1767, S. 38 ff.

¹³ *Wasmeier*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 31 EUV Rn. 48; s. etwa Art. 9 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (ABl. EU 2008 Nr. L 328 vom 6.12.2008, S. 55).

¹⁴ Dieser Netz-Aspekt charakterisiert allerdings nicht das gesamte Spektrum potenzieller Jurisdiktionskonflikte. Außerhalb supranationaler oder internationaler Vorgaben stößt man auf ein eher zufälliges Nebeneinander von nationalen Strafansprüchen, das gerade das Resultat nicht abgestimmter, oft unreflektierter Geltungserstreckung durch das jeweilige nationale Strafanwendungsrecht ist.

¹⁵ Vgl. zur Kritik an dem „Netzgedanken“ bei *Lagodny* (Fn. 10), S. 101 ff.; *Vogel*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter*

zeigt sich besonders deutlich in der dem Netzgedanken innewohnenden Verdrängung von Rechtsordnungen, die das betreffende Verhalten nicht mit Strafe bedrohen, durch solche, die einen entsprechenden Strafanspruch begründen (und durchsetzen).

Die Begründung konkurrierender Strafansprüche bereitet aber nicht nur den Boden für zusätzliche Jurisdiktionskonflikte, sondern verstellt zugleich den Blick auf das Lösungspotential, das in der wechselseitigen Beschränkung nationaler Strafgewalten steckt: Soweit durch eine Reduzierung der zulässigen Anknüpfungspunkte die Entstehung konkurrierender Strafansprüche verhindert wird, können Jurisdiktionskonflikte von vornherein vermieden werden. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Konflikt nationaler Strafgewalten bereits im Vorfeld eines Strafverfahrens verhindert werden kann, indem die Strafgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten durch eine Harmonisierung des Strafanwendungsrechts begrenzt wird.¹⁶

III. Die bestehenden Grenzen nationaler Strafgewalt

Bei dem Unterfangen, der nationalen Strafgewalt Grenzen zu setzen und auf diese Weise bereits die Entstehung von Jurisdiktionskonflikten zu verhindern, ist der Blick auf die bestehenden Grenzen hilfreich, denn ihnen lassen sich möglicherweise Ansätze für weitergehende Beschränkungen der nationalen Strafgewalt entnehmen. Der Begriff „Strafgewalt“ wird dabei im Sinne materiell-rechtlicher Regelungsgewalt („jurisdiction to prescribe“) verstanden, d.h. es geht um die Bestimmungen, welche die Voraussetzungen und Grenzen für die Anwendbarkeit der einzelnen Straftatbestände des nationalen Rechts festlegen (Strafanwendungsrecht).¹⁷ Indem der Staat ein bestimmtes Verhalten mit Strafe bedroht, nimmt er zwar zugleich auch die Kompetenz in Anspruch, derartige Taten durch seine Gerichte verfolgen zu lassen, d.h. aus der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts folgt zugleich eine Zuständigkeit der deutschen Strafgerichte für die Verfolgung der entsprechenden Taten. Materielle und prozessuale Aspekte lassen sich jedoch voneinander absichten, soweit die deutsche Justiz keine originäre, sondern abgeleitete Strafgewalt ausübt, indem sie die Tat im Interesse eines anderen Staates auf der Grundlage der am Tatort geltenden Strafnorm verfolgt (sog. stellvertretende Strafrechtspflege, § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).¹⁸ Wegen ihrer ausschließlich prozessualen Funktion (Begründung der deutschen Strafgerichtsbarkeit) sollen diese Regelungen jedoch im Folgenden außer Betracht bleiben. Der Erstreckung originärer materieller Strafgewalt

(Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 877 (S. 891 ff.); *Rüter*, *ZStW* 105 (1993), 30 (45 f.).

¹⁶ Einen solchen Schritt haben bereits *Eser/Burchard*, in: *Derra* (Hrsg.), *Freiheit, Sicherheit und Recht*, *Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 499 (S. 521 f.) gefordert, um zu einem echten Verbot der „Doppel-Verfolgbarkeit“ zu gelangen.

¹⁷ S. dazu näher *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 3 Rn. 12 m.w.N.

¹⁸ S. dazu *Böse* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 9 f. m.w.N.

auf fremdes Hoheitsgebiet, die von *Binding* noch als legitime Ausübung der Kompetenz-Kompetenz des souveränen Staates angesehen wurde,¹⁹ setzen heute indessen das Völkerrecht (1.), das Verfassungsrecht (2.) und das Europarecht (3.) Grenzen.

1. Völkerrecht

Die Ausübung extraterritorialer Strafgewalt wurde ausgehend von der „Lotus-Entscheidung“ des Ständigen Internationalen Gerichtshofes²⁰ aus dem Jahr 1927 zunächst der Grenze des völkerrechtlichen Interventionsverbots unterworfen. In jüngerer Zeit wird nicht mehr die Begrenzung der staatlichen Strafgewalt, sondern ihre Ausdehnung auf das Hoheitsgebiet anderer Staaten als begründungsbedürftig angesehen, indem diese davon abhängig gemacht wird, dass sich ein anerkannter völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt („genuine link“) findet.²¹ Allgemein gesichert ist der völkerrechtliche Entwicklungsstand aber (noch) nicht, zumal die anerkannten Anknüpfungspunkte in Wechselwirkung mit dem Interventionsverbot stehen.²² Es muss weiterhin als offen gelten, ob eine Geltungserstreckung stets einer spezifischen völkerrechtlichen Rechtfertigung bedarf bzw. ob Fälle eines non-liquet auch bei der Ausübung extraterritorialer Strafgewalt völkerrechtlich denkbar sind.²³ Aufgrund der Vielzahl der möglichen legitimen Anknüpfungspunkte (u.a. Territorialitätsprinzip, aktives und passives Personalitätsprinzip, Schutzprinzip) werden völkerrechtlich ohnehin nur extreme Auswüchse einer Inanspruchnahme extraterritorialer Strafgewalt unterbunden. Die konkurrierende Ausübung von Strafgewalten durch mehrere Staaten lässt das völkerrechtliche Interventionsverbot indessen weitgehend unberührt, auch wenn in jüngerer Zeit kritische Stimmen an der Begründung der Strafgewalt über das Weltrechtsprinzip (vgl. § 6 Nrn. 2-7 StGB und § 1 VStGB)²⁴ und die Anknüpfung an die Auswir-

kungen der Tat im Inland (Ort des Erfolgseintritts, vgl. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB) bei der Tatbegehung über das Internet²⁵ zunehmen. In der Erstreckung des innerstaatlichen Strafrechts auf Auslandstaaten zeigt sich vielmehr das konzentrierte Bestreben der Staaten, aus den einzelstaatlichen Strafgewalten ein möglichst lückenloses „Netz“ zu knüpfen, um eine gerechte Bestrafung des Täters sicherzustellen.²⁶ Das Völkerrecht scheint diese Entwicklung wegen der Weite der zulässigen Anknüpfungspunkte einerseits und der Möglichkeit der Staaten, auf den Schutz des Interventionsverbots zu verzichten, andererseits eher zu begünstigen denn aufzuhalten.

2. Verfassungsrecht

Während die Ausdehnung der nationalen Strafgewalt über das eigene Staatsgebiet hinaus unter völkerrechtlichen Aspekten (Verletzung der Souveränität eines fremden Staates) eingehend diskutiert wird, finden sich in jüngerer Zeit nur wenige Beiträge, welche die nicht weniger bedeutsame Frage behandeln, wie die Ausübung extraterritorialer Strafgewalt gegenüber dem „Täter“ nach nationalem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann.²⁷ Doch auch Entscheidungen über die extraterritoriale Erstreckung materieller Strafgewalt unterliegen den verfassungsrechtlichen Bindungen des Grundgesetzes. Der parlamentarische Gesetzgeber darf den völkerrechtlichen Rahmen, innerhalb dessen er sich gem. Art. 25 GG zu halten hat, nicht nach Belieben ausschöpfen. Zunächst verlangt das Rechtsstaatsprinzip, dass die Straferstreckung einen rationalen und verfassungsmäßigen Zweck verfolgt.²⁸ Zwar schließt das Grundgesetz keinen der bekannten Strafzwecke per se aus,²⁹ so dass letztlich die Anführung eines zulässigen Zwecks hinreicht.³⁰ Doch erscheint vor allem die Plausibilität der präventiven Theorien bei extraterritorialen Sachverhalten durchaus zweifelhaft.³¹ Zudem fehlt es

¹⁹ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1991 (Neudruck der Ausgabe v. 1885), S. 374: „Den Umfang seiner Strafrechte bestimmt jeder souveräne Staat souverän. Unter keinen Umständen wird die Existenz seines Strafanspruchs bedingt durch die Zustimmung eines fremden Souveräns, falls der sich berechtigende Staat nicht aus freien Stücken diese Bedingung aufstellt.“

²⁰ PCIJ Ser. A No. 9 = StIGHE 5, 71.

²¹ S. dazu *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 17 ff.; *Werle/Jeßberger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 3 Rn. 216 ff., jeweils m.w.N.

²² Vgl. das Sondervotum der Richterin *van den Wyngaert* im „Haftbefehlsfall“ (IGH EuGRZ 2003, 580 [582]).

²³ S. insoweit *Böse* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 13; vgl. zum völkerrechtlichen non liquet: IGH EuGRZ 1997, 235 (240 Rn. 94 ff.) – „Atomwaffengutachten“.

²⁴ Eingehend *Gärditz*, Weltrechtspflege, eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt, 2006, S. 119 ff.; s. auch das gemeinsame Sondervotum der Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* im „Haftbefehlsfall“ (IGH

EuGRZ 2003, 574 [575]); s. dazu *Kreß*, ZStW 114 (2002), 818.

²⁵ S. insbesondere die Kritik an BGHSt 46, 212 (zu § 130 StGB): *Lagodny*, JZ 2001, 1198 (1200); *Weigend*, in: Hohloch (Hrsg.), Recht und Internet, 2001, S. 85 (S. 89); s. auch *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650 (669 f.).

²⁶ Siehe oben Fn. 15.

²⁷ S. insoweit *Gärditz* (Fn. 24), S. 316 ff.; s. auch *Pawlik*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Fn. 15), S. 357.

²⁸ *Gärditz* (Fn. 24), S. 316 f.; *Brugger*, AöR 119 (1994), 1 (2 f.); *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 5, 49.

²⁹ BVerfGE 45, 187 (253).

³⁰ *Appel*, Verfassung und Strafe, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 76.

³¹ Vor allem der normgeltungsorientierte Gedanke der positiven Generalprävention erscheint eine Erstreckung der Strafgewalt als Basis einer späteren Bestrafung vielfach nicht rechtfertigen zu können, da eine im Ausland begangene Tat das Vertrauen in die Normgeltung in sehr viel geringerem Maße zu erschüttern vermag. Beruht die Erstreckung auf einer internationalen Verpflichtung, kann der verfolgte überstaatliche Strafzweck mit dem herkömmlichen Strafzwecken in Konflikt geraten und nationales Strafrecht statt zur Norm-

regelmäßig an einer bewussten Zwecksetzung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, dem die Auswahl überantwortet ist. Gerade bei Jurisdiktionsregeln innerhalb von multilateralen Vereinbarungen wird über die Erstreckung aus rein verfolgungsfunktionalen Erwägungen entschieden (s.o. II. zum Netzgedanken), ohne eine Rückbindung an die anerkannten Strafzwecke zu suchen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich darüber hinaus die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (Art. 103 Abs. 2 GG).³² Der teleologische Kern des Art. 103 Abs. 2 GG erfasst auch die Frage der extraterritorialen Geltungserstreckung materiellen Strafrechts. Die bloße gesetzliche Inkraftsetzung von Strafnormen mit Wirkung für das Ausland genügt diesem Verfassungsgrundsatz nicht.³³ Damit die strafbewehrten deutschen Normen für den Handelnden eine hinreichende materielle Orientierungsfunktion bieten können, müssen sie diesen auch in der konkreten Situation im Ausland erreichen.³⁴ Umso problematischer erscheint vor diesem Hintergrund auch die nachträgliche Aktivierung des Normgeltungszusammenhangs über das rein formell-rechtliche Merkmal der Staatsangehörigkeit für Neubürger nach der sog. Neubürger-Klausel (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB).³⁵

Ferner erfüllt Art. 103 Abs. 2 GG eine objektiv-rechtsstaatliche Funktion, die in der Herstellung einer Verknüpfung von Strafe mit einer bereits konstituierten Ordnung liegt.³⁶ Die strafbewehrten Normen müssen am Tatort auch wirklich gelten, also materiell spürbar sein. Andernfalls würde man den Verstoß gegen eine Fiktion bestrafen. So mangelt es bei Geltungskonflikten mit der territorialen Normordnung regelmäßig an der (extraterritorialen) Durchsetzbarkeit der eigenen Normen gegen die herrschende Ordnung am Tatort.³⁷

stabilisierung zur grenzüberschreitenden Normetablierung instrumentalisieren, s. *Pawlik* (Fn. 27), S. 382 ff.

³² *Gärditz* (Fn. 24), S. 350 ff.

³³ Vgl. *Gärditz* (Fn. 24), S. 371.

³⁴ Art. 103 Abs. 2 GG schützt als spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gerade das Vertrauen in die Verlässlichkeit der inländischen Rechtsordnung, BVerfGE 113, 273 (308); s. auch *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 688: Der Täter werde „in einem Akt der Überrumpelung [...] mit völlig fremdem Recht konfrontiert“.

³⁵ Die Anwendung deutschen Strafrechts auf einen Täter, der erst nach Begehung der Tat die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, lässt sich nur als Unterfall der stellvertretenden Strafrechtspflege rechtfertigen, d.h. die Verhängung der Strafe wird primär auf das ausländische Strafrecht des Tatortstaates gestützt und das deutsche Strafrecht stellt – wie im Rechtshilferecht – lediglich ein begrenzendes Korrektiv dar, s. dazu näher *Böse* (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 46, § 7 Rn. 12 m.w.N.

³⁶ *Gärditz* (Fn. 24), S. 374.

³⁷ „Es fehlt am Substrat sozialer Maßgeblichkeit“ am Tatort zur Tatzeit, *Gärditz* (Fn. 24), S. 376; nicht gefordert ist damit aber eine beiderseitige Strafbarkeit, *Germann*, SchwZStrR 69 (1954), 237 (239 f.).

In der Diskussion über den Europäischen Haftbefehl wurden diese Fragen in Bezug auf die Auslieferung aufgegriffen: So wurde unter anderem kritisiert, dass sich die Strafbarkeit der Tat bei einem Verzicht auf eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit (s. § 81 Nr. 4 IRG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 RbEuHb) im Ergebnis nach dem Recht des Mitgliedstaates mit dem strengsten (bzw. territorial expansivsten) Strafrecht bestimmt (Prinzip der maximalen Punitivität) und der Verfolgte überdies wegen einer Tat ausgeliefert und bestraft werden könne, die nach deutschem Recht nicht strafbar ist bzw. wäre (vgl. § 3 Abs. 1 IRG und § 81 Nr. 4 IRG) und deren Strafbarkeit nach ausländischem Recht für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Kritik zum Teil gefolgt, indem es eine Auslieferung deutscher Staatsangehöriger wegen einer Inlandstat wegen Verstoßes gegen das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber aufgefordert hat, von dem entsprechenden Vorbehalt (vgl. zum Territorialitätsprinzip Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb) Gebrauch zu machen.³⁹ Die Konsequenzen der Entscheidung weisen jedoch wegen des Zusammenhangs der Begründung mit Art. 103 Abs. 2 GG und ihrer Anlehnung an das Territorialitätsprinzip über das Auslieferungsrecht hinaus. Bereits im Vorfeld der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war vorgeschlagen worden, den Geltungsbereich des nationalen Strafrechts auf Inlandstaaten zu beschränken und auf diese Weise zu verhindern, dass sich die im konkreten Fall „punitivste“ Strafrechtsordnung durchsetzt.⁴⁰ Anders herum gewendet soll ein deutscher Staatsbürger bei Inlandstaaten verfassungsrechtlich auf den Vorrang der Wertungen der deutschen Rechtsordnung vertrauen dürfen und bei Inlandssachverhalten nicht eine oft nicht vorhersehbare bzw. normativ spürbare Erstreckung fremder Strafgewalt fürchten müssen.

Schließlich zeigt auch der Schuldgrundsatz der Geltungserstreckung des materiellen Strafrechts auf Auslandstaaten Grenzen auf.⁴¹ Handelt der Täter im Spannungsfeld konfligierender Normen und Geltungsansprüche aus mehreren Rechtsordnungen, so kann es regelmäßig zu einer Erosion der individuellen Vorwerfbarkeit kommen, die letztlich dazu führen kann, dass gegenüber dem Täter ein Schuldvorwurf nicht erhoben werden kann. Die Straflosigkeit des Täters kann sich insbesondere aus der Anwendung der Irrtumsregeln (§§ 16, 17 StGB) ergeben.⁴²

³⁸ S. insbesondere *Schünemann*, ZRP 2003, 185 (188 f.); *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376 (385, 397 und passim).

³⁹ BVerfGE 113, 273 (301 ff. zu Art. 16 Abs. 2 GG); s. auch (zu Art. 103 Abs. 2 GG), BVerfGE 113, 273 (308 f.).

⁴⁰ *Deiters*, ZRP 2003, 359 (361); s. auch *Buruma*, ZStW 116 (2004), 424 (429 f.), der insoweit „radikale Toleranz“ gegenüber dem Tatortstaat einfordert; s. ferner allgemein für eine Kompetenzrestriktion: *Vogel* (Fn. 15), S. 877 (S. 893); s. ferner zuletzt *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (14).

⁴¹ *Schroeder*, NJW 1969, 81 (84); *Staubach*, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964, S. 143 ff. m.w.N.

⁴² S. zum Verbotsirrtum (§ 17 StGB): BGHSt 44, 52 (60); *Schmitz*, Das aktive Personalitätsprinzip im deutschen Straf-

3. Europarecht

Ansätze zu einer Beschränkung der nationalen Strafgewalt ergeben sich in Bezug auf das materielle Strafrecht zunehmend auch aus europäischem Recht. Vor allem aus den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Art. 34, 45, 49, 56, 63 AEUV) und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) ergeben sich Grenzen nicht nur für die staatliche Kriminalisierungsbefugnis als solche, sondern auch für die extraterritoriale Erstreckung eigener Strafgewalt.

Dass der Vorrang des Unionsrechts die Anwendung nationalen Strafrechts ausschließt, soweit dieses gegen Unionsrecht verstößt,⁴³ ist als Grundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (freier Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital) fest etabliert. Diese Diskussion bezieht sich zwar in erster Linie auf den jeweiligen Verbotstatbestand, erstreckt sich aber auch auf die Frage, ob und inwieweit dieser überhaupt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Anwendung findet. Die Erstreckung der Strafgewalt auf Auslandstaten kann sich insbesondere dann als unverhältnismäßige Beschränkung einer Grundfreiheit erweisen, wenn das jeweilige Rechtsgut bereits durch das Strafrecht des Tatortstaates angemessen geschützt wird bzw. das in Rede stehende Verhalten wegen abweichender Wertungen im Einklang mit der Grundfreiheit erlaubt ist.⁴⁴ Ist das strafbewehrte Verhalten im Tatortstaat gestattet und von Grundfreiheiten gedeckt, wird die nationale Verhaltensnorm dort neutralisiert. Wollte man gleichwohl zu einer Beschränkung aus Gründen des Allgemeinwohls gelangen, bedürfte es einer differenzierten mehrstufigen Begründung, die sich erstens zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Beschränkung und zweitens zur Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Geltungserstreckung der allgemeinwohlgetragenen strafbewehrten Ausnahme auf Auslandssachverhalte verhalten muss.

In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage diskutiert, ob etwa das in der e-commerce-Richtlinie⁴⁵ enthaltene Herkunftslandprinzip, das sich aus den Grundfreiheiten ent-

wickelt hat,⁴⁶ auch für das Strafrecht der Mitgliedstaaten Geltung beansprucht.⁴⁷ Dies hätte den Vorrang derjenigen Normordnung zur Konsequenz, aus der die betreffende Ware oder Dienstleistung stammt. Ein solcher Vorrang sperrte zum einen die extraterritoriale Erstreckung fremdstaatlicher Normen in den Bereich des Herkunftslands, führte zum anderen aber auch auf dem Territorium fremder Staaten dazu, dass (straf-)rechtliche Bewertungen, die von derjenigen des Herkunftslands abweichen, nicht zulässig wären.

Den Ursprüngen dieser Entwicklung folgend, beziehen sich diese Ansätze jedoch in erster Linie auf das Wirtschafts-(straf-)recht.⁴⁸ Mit der Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) wurde jedoch der Ausgangspunkt für eine Entwicklung des Herkunftslandprinzips geschaffen, die sich von dem Prozess der wirtschaftlichen Liberalisierung emanzipiert.⁴⁹ So hat der Europäische Gerichtshof in mehreren Entscheidungen zur grenzüberschreitenden Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ) darauf hingewiesen, dass die Gefahr der Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat den Einzelnen davon abhalten könnte, von seinem Recht auf Freizügigkeit in der Europäischen Union Gebrauch zu machen.⁵⁰ Mit gleicher Begründung hat der EuGH kürzlich auch – außerhalb des Strafrechts – in dem Verbot, einen bestimmten Familiennamen zu führen, eine Verletzung des Freizügigkeitsrechts gesehen, weil die Verpflichtung, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt, einen anderen Namen als den zu führen, der bereits im Geburts- und Wohnsitzmitgliedstaat erteilt und eingetragen wurde, die Ausübung des Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, unzulässig beschränkt.⁵¹

⁴⁶ Kingreen, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 705 (S. 713); s. insoweit EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837.

⁴⁷ Das strafrechtliche Schrifttum steht einer Übertragung dieses Prinzips auf das Strafrecht überwiegend ablehnend gegenüber, s. Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 20; Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (715); Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 5 Rn. 53; s. auch Altenhain, in: Zieschang/Hilgen-dorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa (2003), S. 107; Kudlich, HRRS 2004, 278; s. dagegen Böse (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 39.

⁴⁸ Vgl. – pars pro toto – zur grenzüberschreitenden Werbung: Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 282 ff.

⁴⁹ Kadelbach, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 46), S. 611 (S. 625 f.: von ökonomischen Freiheiten unabhängige Bewegungsfreiheit).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – verb. Rs. C-385/01 und C-187/01 (Gözütok und Brügge), Rn. 38 ff. = Slg. 2003, I-1345; EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – Rs. C-436/04 (van Esbroeck), Rn. 35 = Slg. 2006, I-2333; EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – Rs. C-288/05 (Kretzinger), Rn. 33 = Slg. 2007, I-6441.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (Grunkin und Paul), Rn. 29, 31 = NJW 2009, 135.

recht, 2002, S. 316; Schroeder, NJW 1969, 81 (84). Eine Anwendung des § 16 StGB ist hingegen nach h.M. ausgeschlossen, da die Anwendbarkeit des deutschen Strafrecht als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen wird, s. dagegen Böse, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 61.

⁴³ Grundlegend EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. 8/74 (Dassonville) = Slg. 1974, 837; s. dazu eingehend Hecker (Fn. 7), § 9 Rn. 10 ff.; Jens, Der nationale Strafrechtsanwender unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 2006, S. 42 ff.; Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 478 ff.

⁴⁴ S. etwa zum Ausschluss der Strafbarkeit eines deutschen Arztes, der in den Niederlanden eine nach dort geltendem Recht zulässige Abtreibung bei einer deutschen Schwangeren vornimmt (vgl. § 5 Nr. 9 StGB i.V.m. § 218 StGB): Hecker (Fn. 7), § 9 Rn. 42 ff.

⁴⁵ Richtlinie 2000/31/EG v. 8.6.2000 (ABl. EU 2000 Nr. L 178 v. 7.7.2000, S. 1 (Art. 3 Abs. 2)).

Dieser Ansatz, der die Regelung eines Sachverhalts im Interesse der Freizügigkeit anknüpfend an materielle Sachnähe oder zeitliche Priorität als einem bestimmten Territorium zugehörig einstuft, lässt sein Potential auch für das Strafrecht aufscheinen. Mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags erhält er zusätzliche Schubkraft. Unabhängig vom Herkunftslandprinzip und seiner traditionellen Binnenmarktverankerung schafft der Lissabonner Vertrag bei grenzüberschreitenden oder supranational dimensionierten Sachverhalten (vgl. Art. 82 Abs. 1 S. 1 AEUV i.V.m. Art. 82 Abs. 2, 83 AEUV) einen neuen materiellen Fixpunkt für die Ausübung mitgliedstaatlicher Strafgewalt: den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Art. 3 Abs. 2 EUV n.F., Art. 67 Abs. 1 AEUV. Obgleich das Raum-Konzept ursprünglich wohl nicht mehr darstellte als eine inhaltsleere Verlegenheitsformel, deren Aufgabe primär darin bestand, im Amsterdamer Vertrag ein terminologisches Dach für die unterschiedlichsten Formen und Funktionen der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in der dritten Säule zu bilden,⁵² rückt der Unionsbürger mit dem Lissabonner Vertrag normativ in den Mittelpunkt des Raums. Die Gestaltung der einzelnen Politikbereiche im „Raum“ ist auf die Herstellung und Absicherung voller Personenfreizügigkeit auszurichten (Art. 3 Abs. 2 EUV).⁵³ Dass nach Art. 67 Abs. 3 AEUV durch die Angleichung des Strafrechts ein „hohes Maß an Sicherheit“ zu gewährleisten ist, darf daher nicht einseitig als primärrechtlicher Auftrag zur Ausweitung des sicherheitslastigen Netz-Gedankens verstanden werden, sondern Freiheit, Sicherheit und Recht sind miteinander verschränkt und nach Maßgabe der Determinanten in Art. 3 Abs. 2 EUV n.F. und Art. 67 AEUV in Ausgleich zu bringen.⁵⁴ Über das Freizügigkeitsrecht fließen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch allgemeine freiheitsrechtliche und rechtsstaatliche Grenzen aus der GRC, beispielsweise der transnationale ne bis in idem-Grundsatz des Art. 50 GRC oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Strafe in Art. 49 GRC, als weitere unionsrechtliche Maßstäbe ein.⁵⁵ In der strafrechtlichen Zusammenarbeit kann es deshalb nicht allein um die Kompensation der Sicherheits- und Kriminalitätsrisiken gehen, die sich mit der Abschaffung der Binnengrenzen einstellen. Unabhängig von diesen neuen Entwicklungen unterliegt das nationale Strafanwendungsrecht jedenfalls den insoweit geltenden Mindestanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 7 EMRK). In diesem Zusammenhang könnte auch die auf nationaler Ebene geäußerte Kritik an einer überzogenen

Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt aufgegriffen werden (s. oben 2.).

IV. Revision des geltenden Strafanwendungsrechts

Die Erstreckung originärer Strafgewalt des Staates unterliegt damit weit strengeren, vor allem materiellen Grenzen, als es das Völkerrecht oder die Vorschriften des Strafanwendungsrechts mit ihrem scheinbar prozessualen Fokus erahnen lassen. Sie drängen zu einer Rückführung der nationalen Strafgewalt auf das materiell begründbare und nicht das funktional gewünschte Maß. Dieses Bedürfnis wird umso deutlicher, wenn man sich die Begründungsschwächen der Prinzipien zur Legitimation extraterritorialer Strafgewalt vor Augen führt.

1. Ausübung extraterritorialer Strafgewalt

Die Revision der Gründe für extraterritoriale Strafgewalt beschränkt sich auf die Prinzipien zur Erstreckung originärer Strafgewalt. Sie lässt die stellvertretende Strafrechtspflege oder Weltrechtspflege, die der Verwirklichung fremder Strafgewalt respektive eines universalen Strafanspruchs dienen, unberührt.

a) Passives Personalitätsprinzip

Das passive Personalitätsprinzip ist schon völkerrechtlich schwach legitimiert.⁵⁶ Unter den anerkannten Prinzipien präsentiert es den schwächsten genuine link und wird daher auch in vielen Staaten nicht als Grundlage für extraterritoriale Strafgewalt herangezogen.⁵⁷ Noch schwerer wiegen allerdings die verfassungsrechtlichen Fragen, die der Grundsatz aufwirft.

So bereitet der Schuldgrundsatz Probleme, da hier allein die Identität des Opfers die Geltung deutschen Rechts in einem fremden Herrschaftsbereich auslöst. Für die potentiellen Täter ist dieses auslösende Moment regelmäßig nicht erkennbar, so dass ein Strafanspruch entgegen der insofern fehlenden individuellen Vorwerfbarkeit der Handelnden begründet würde.⁵⁸ Da der Normgeltungszusammenhang allein über die Staatsangehörigkeit des Opfers hergestellt wird, muss auch die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG in Zweifel gezogen werden, da weder die objektive materielle Spürbarkeit einer staatlichen Normordnung noch ihre subjektive Orientierungsfunktion in einem fremden Staat allein durch die physische Präsenz eines (verletzbaren) Staatsangehörigen auf dessen Gebiet begründet wird. Die Gefahr kollidierender Wertungen ist hier groß. Aus diesem Grund muss auch das Vorliegen eines zulässigen Strafzwecks hinterfragt werden. Der Nachweis, dass die Verletzung eines Deutschen durch eine andere Person im Ausland die Geltung deutscher

⁵² Monar, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 46), S. 749 (S. 755 ff.).

⁵³ Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009, S. 38.

⁵⁴ Möstl, EuR 2009 Beiheft 3, 33 (39); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (13).

⁵⁵ Müller-Graff, EuR 2009 Beiheft 1, 105 (125 f.); Möstl, EuR 2009 Beiheft 3, 33 (36); Mitsilegas (Fn. 53), S. 38; s. zu der Begrenzung des Anwendungsbereichs der Grundrechte-Charta (Art. 51) und der gegenläufigen Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH: Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 51 Rn. 29 ff.

⁵⁶ Ambos (Fn. 47), § 3 Rn. 72 f. m.w.N.

⁵⁷ S. den rechtsvergleichenden Überblick bei Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994, S. 198 ff.

⁵⁸ Ambos (Fn. 47), § 3 Rn. 72; Germann, SchwZStrR 69 (1954), 237 (243 f.); Oehler (Fn. 34), Rn. 305, 311 f.

Verhaltensnormen erschüttert, weil das Opfer einen deutschen Pass besitzt, dürfte sich kaum führen lassen.⁵⁹

Die Anwendung des passiven Personalitätsprinzips könnte schließlich gegen das Diskriminierungsverbot des EU-Rechts in Verbindung mit der Ausübung von Grundfreiheiten verstoßen. Der EuGH hat in der Rechtsache Cowan, der die Rechtmäßigkeit der Diskriminierung von Ausländern bei der Entschädigung von Körperverletzungsdelikten zum Gegenstand hatte, im Zusammenhang mit der (passiven) Dienstleistungsfreiheit entschieden, dass es eine zwingende Folge der europarechtlich gewährten Freizügigkeit ist, dass Leib und Leben eines Unionsbürgers, der sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, in gleicher Weise geschützt werden, wie dies für Inländer und Personen, die in dem Mitgliedstaat wohnhaft sind, vorgesehen ist.

Überträgt man diesen Gedanken auf die Begründung von extraterritorialer Strafgewalt über das passive Personalitätsprinzip, so trüge ein effektiver Schutz gegen Diskriminierung von Ausländern in inländischen Verfahren sicherlich dazu bei, die gefühlte Notwendigkeit eines Rückgriffs auf diesen Grundsatz zu mildern. Im Übrigen erscheint die Misstrauensbasis des Prinzips, nämlich dass ausländische Staaten Taten gegen deutsche Staatsbürger nicht hinreichend ahnden, jedenfalls zwischen den Mitgliedstaaten der EU in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch nicht mehr zeitgemäß.⁶⁰

b) Aktives Personalitätsprinzip

Auch das aktive Personalitätsprinzip hat im Laufe seiner Entwicklung an Überzeugungskraft eingebüßt. Während es im germanischen Recht bis zum mittelalterlichen Personenverbandsstaat noch als selbstverständliche Folge der Zugehörigkeit zu der jeweiligen Gemeinschaft angesehen werden konnte, wurde es mit der Entwicklung territorialer Herrschaftsgewalt und unter dem Eindruck der französischen Revolution zunehmend durch das Territorialitätsprinzip verdrängt.⁶¹ Eine allgemeine, gegenüber dem Heimatstaat bestehende Gehorsamspflicht, dessen Strafgesetze auch im Ausland zu beachten, erscheint damit als obrigkeitsstaatlichem Denken verhafteter Anachronismus.⁶² So lässt sich nicht mehr ohne Weiteres behaupten, dass die Verletzung in

⁵⁹ Pawlik (Fn. 27), S. 366 f.

⁶⁰ Andererseits könnte man darüber nachdenken, ob der Freizügigkeitsgrundsatz gepaart mit dem Diskriminierungsverbot nicht eine Erweiterung des passiven Personalitätsprinzips trägt, um im Inland wohnhafte Unionsbürger vor einer Schlechterstellung beim externen Schutz durch die deutsche Strafgewalt gegenüber deutschen Staatsbürgern zu schützen. Ein Bedürfnis hierfür lässt sich aber allenfalls bei Taten außerhalb der EU feststellen, wenn der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, ihn nicht hinreichend zu schützen vermag; diesen Grundgedanken enthält auch Art. 23 AEUV.

⁶¹ S. zur historischen Entwicklung Oehler (Fn. 34), Rn. 48 ff., 62 ff., 106 ff.

⁶² Ambos (Fn. 21), Vor §§ 3-9 Rn. 36 f.; Oehler (Fn. 34), Rn. 139; Werle/Jeßberger (Fn. 21), Vor §§ 3-9 Rn. 234.

Deutschland strafbewehrter Verhaltensnormen durch einen Deutschen an jedem anderen Ort der Welt die gleiche normative Bedeutung für das deutsche Gemeinwesen hat wie eine vergleichbare Rechtsverletzung auf deutschem Hoheitsgebiet.⁶³ Soweit ein Staat die Notwendigkeit der Erhaltung extraterritorialer Strafgewalt über seine Staatsbürger mit etwaigen staatsbürgerlichen Sonderpflichten oder Treuepflichten begründet (vgl. § 100 StGB), weist dieser Ansatz eine größere Nähe zum Schutzprinzip auf und sollte auch dort verortet werden.⁶⁴ Im Übrigen erscheint eine Anknüpfung an das aktive Personalitätsprinzip sogar entbehrlich, soweit man die Aburteilung von Auslandstaten deutscher Staatsbürger als Ausprägung der stellvertretenden Strafrechtspflege versteht.⁶⁵ Mit dieser Maßgabe ließe sich auch die Neubürgerklausel (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB) auf einen tragfähigen Umfang reduzieren⁶⁶ und das verfassungsrechtliche Problem von Normenkollisionen oder gar fingierter Normgeltungen im Ausland vermeiden.

c) Staatsschutz-/Realprinzip

Das Staatsschutz- bzw. Realprinzip weist im Vergleich zu den vorstehenden Anknüpfungspunkten eine deutlich höhere innere Überzeugungskraft auf, indem es die Erstreckung der Strafgewalt auf Auslandstaten damit begründet, dass das Strafrecht des Tatortstaates häufig nur die eigenen staatlichen Interessen, nicht aber die anderer Staaten schützt.⁶⁷ Diese ratio hat auch als – materiell allerdings sehr begrenzte⁶⁸ – Ausnahme zum transnationalen Strafklageverbrauch (Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC) Niederschlag gefunden (Art. 55 Abs. 1 lit. b und c SDÜ). Die Verfolgungsbefugnis eines Mitgliedstaates kann hiernach erhalten bleiben, wenn das Strafrecht des Urteilsstaates keinen adäquaten Schutz der durch die Tat betroffenen staatlichen Interessen verbürgt.

Für eine solche Ausdehnung staatlicher Strafgewalt auf Auslandstaten besteht jedoch keine Notwendigkeit, wenn der Schutz der betreffenden Rechtsgüter durch das Strafrecht des Tatortstaates gewährleistet ist. Insoweit könnte erwogen werden, das für die Rechtsgüter der Union geltende Assimila-

⁶³ Pawlik (Fn. 27), S. 377 f.

⁶⁴ S. zur entsprechenden straftheoretischen Begründung des aktiven Personalitätsprinzips: Pawlik (Fn. 27), S. 376 f.

⁶⁵ Böse (Fn. 17), § 7 Rn. 12; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 4 Rn. 23; s. auch (Kombination mit dem aktiven Personalitätsprinzip): BGHSt 42, 275 (279); Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, ? Lfg., Stand: Monat Jahr, § 7 Rn. 3; a.A. (aktives Personalitätsprinzip): BGH NStZ-RR 2000, 208; Ambos (Fn. 21), § 7 Rn. 1; Satzger (Fn. 47), § 5 Rn. 80; Werle/Jeßberger (Fn. 21), § 7 Rn. 8.

⁶⁶ Vgl. Fn. 35.

⁶⁷ Ambos (Fn. 21), Vor §§ 3-9 Rn. 40; Oehler (Fn. 34), Rn. 577; s. aber auch die Kritik bei Pawlik (Fn. 27), S. 380 ff.

⁶⁸ S. den entsprechenden Vorbehalt des Bundesrepublik Deutschland zu Art. 55 Abs. 1 lit. b SDÜ: BGBl. II 1994, S. 631, abgedruckt bei Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, Art. 55 SDÜ Rn. 1.

tionsprinzip⁶⁹ auf den Schutz von Rechtsgütern anderer EU-Mitgliedstaaten auszudehnen.⁷⁰ Diese werden bereits nach dem geltenden Recht in den Schutzbereich des deutschen Strafrechts einbezogen, wie u.a. ein Blick auf das Steuerstrafrecht (§ 370 Abs. 6 S. 2 AO) und die Korruptionsdelikte (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. a EUBestG) zeigt; dies gilt entsprechend für den Schutz kollektiver Rechtsgüter wie z.B. der Umwelt⁷¹, des Wettbewerbs⁷² und des Kapitalmarktes⁷³. Selbst in dem besonders sensiblen Bereich der Staatsschutzdelikte hat der deutsche Gesetzgeber dafür Sorge getragen, dass der Schutz der deutschen Strafgesetze (§§ 93 ff. StGB) auch den verbündeten NATO-Staaten zuteil wird.⁷⁴

Dabei ist einzuräumen, dass – insbesondere außerhalb der harmonisierten Bereiche – unüberbrückbare Wertungsdifferenzen bestehen können, die bei besonders sensitiven Rechtsgütern eine Aufrechterhaltung des Realprinzips erfordern. Man wird stärker nach Schutzgut und Angriffsrichtung der einzelnen Delikte des Staatsschutzstrafrechts differenzieren müssen, um den einschlägigen (und tragfähigen) Anknüpfungspunkt zu eruieren. Es wird daher in jedem Fall einer materiellen Konkretisierung des extraterritorialen Geltungsanspruchs bedürfen; der pauschale Hinweis auf die vermeintlich grundsätzlich fehlende Fähigkeit oder Neigung ausländischer Staaten, die involvierten Interessen hinreichend zu schützen, sollte jedoch als Begründung für das Realprinzip nicht mehr ausreichen.

d) Weltrechtsprinzip

Das Weltrechtsprinzip beruht auf dem in der internationalen Gemeinschaft bestehenden Konsens über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens; der einzelne Staat übt die Strafgewalt insoweit „treuhänderisch“ für die gesamte Staatengemeinschaft aus.⁷⁵ Das Weltrechtsprinzip weist damit eine gewisse Nähe zur stellvertretenden Strafrechtspflege auf: Der Vorrang gebührt dem Tatortstaat, die Verfolgung auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips ist subsidiär.⁷⁶ Aus der

Begründung des Weltrechtsprinzips ergeben sich zugleich dessen Grenzen, d.h. dieses kann schon völkerrechtlich nicht legitimiert werden, soweit ein internationaler Konsens über die Strafbarkeit des jeweiligen Verhaltens nicht besteht. Schon ein kurzer Blick auf § 6 StGB zeigt, dass nicht sämtliche der dort genannten Delikte diese Anforderung erfüllen; dies gilt insbesondere für die Pornographietatbestände (§ 6 Nr. 5 StGB).⁷⁷ Nimmt man die Grenzen des Weltrechtsprinzips ernst, so sind im Hinblick auf die Ausübung materiellstrafrechtlicher Regelungsgewalt keine (zusätzlichen) Jurisdiktionskonflikte zu befürchten, da sich der Inhalt des strafbewehrten Verbotes aus dem Völkerrecht und nicht aus der autonomen Entscheidung des nationalen Strafgesetzgebers ergibt.⁷⁸

2. Revision des Territorialitätsprinzips

Von einer Revision des Strafanwendungsrechts kann auch das Territorialitätsprinzip nicht ausgenommen werden. Selbst wenn man die Geltung des deutschen Strafrechts auf Inlandstaten beschränken wollte (§ 3 StGB), so wären die oben genannten Probleme damit keineswegs gelöst, denn die Kriterien für die Annahme eines inländischen Begehungsortes sind nach deutschem Recht denkbar weit gefasst. Die alternative Kopplung von Handlungs- und Erfolgsort (Ubiquitätsprinzip, s. § 9 Abs. 1 StGB) und die großzügige Deutung des Letzteren⁷⁹ führt ebenso wie die umfassende Regelung des Ortes der Teilnahme (§ 9 Abs. 2 StGB) einschließlich der Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes (§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB) dazu, dass der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Taten erstreckt wird, die nur zu einem (kleinen) Teil auf deutschem Hoheitsgebiet begangen worden sind.

Ein möglicher Weg zur Beschränkung der deutschen Strafgewalt wäre die Rückkehr zu einer strikten Akzessorietät der Teilnahme (s. dagegen § 9 Abs. 2 S. 2 StGB).⁸⁰ Einer Ausweitung der Begehungsorte könnte – insbesondere bei der Mittäterschaft – weiterhin dadurch entgegengewirkt werden, dass nicht über die inländische Handlung eines Mittäters für sämtliche anderen Beteiligten ein Tatort im Inland begründet wird („Gesamtlösung“)⁸¹, sondern der Begehungsort für jeden einzelnen Mittäter gesondert bestimmt wird („Einzellösung“).⁸² Schließlich könnte erwogen werden, sich vom Ubiquitätsprinzip zu lösen und ausschließlich auf den Ort der

⁶⁹ S. zum Schutz der finanziellen Interessen: EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – Rs. C-68/88 (Griechischer Mais), Rn. 24 = Slg. 1989, 2985; s. dazu Hecker (Fn. 7), § 7 Rn. 1 ff., 24 ff., 68 ff. m.w.N.

⁷⁰ S. dazu näher Böse (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 62.

⁷¹ S. insoweit Hecker, ZStW 115 (2003), 880 (898 ff.).

⁷² S. insoweit Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 17), § 298 Rn. 75.

⁷³ S. insoweit Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 2005, § 264a Rn. 88.

⁷⁴ Art. 7 des 4. StrÄndG v. 11.6.1957 (BGBl. I 1957, S. 597).

⁷⁵ Kreß, ZStW 114 (2002), 818 (837); Merkel, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 3, Makrodelinquenz, 1998, S. 237 (S. 252); Weigend, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 955 (S. 965).

⁷⁶ Kreß, NStZ 2000, 617 (625 f.); Wilhelmi, Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht, 2007, S. 392 f.

⁷⁷ S. dazu eingehend Böse (Fn. 17), § 6 Rn. 10 ff.; Gärditz (Fn. 24), S. 297 ff.; Wilhelmi (Fn. 76), S. 388 ff.; Werle/Jeßberger (Fn. 21), § 6 Rn. 40 ff.

⁷⁸ Dies gilt freilich nur unter der Voraussetzung, dass die betreffenden Staaten ihrer völkerrechtlichen Kriminalisierungspflicht nachgekommen sind.

⁷⁹ S. zum Erfolgsort beim abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt (§ 130 StGB): BGHSt 46, 212 (221 ff.).

⁸⁰ S. die entsprechende Kritik an § 9 Abs. 2 S. 2 StGB bei Oehler (Fn. 34), Rn. 360.

⁸¹ So die h.M., s. BGH NStZ-RR 2009, 197.

⁸² In diesem Sinne Hoyer (Fn. 65), § 9 Rn. 5; Oehler (Fn. 34), Rn. 361; Valerius, NStZ 2008, 121 (123).

Handlung⁸³ (bzw. des Erfolges) abzustellen. Einfache Lösungen sind in diesem Bereich allerdings nicht zu erwarten. Ein rechtsvergleichender Überblick über die Grundlagen des nationalen Strafanwendungsrechts⁸⁴ erscheint daher unverzichtbar, um den Pool existierender Lösungsoptionen zu inventarisieren und später auf ihre Leistungsfähigkeit testen zu können.⁸⁵ Angesichts der Unterschiede zwischen den Strafrechtssystemen der Mitgliedstaaten (etwa zur Regelung von Täterschaft und Teilnahme) lässt sich derzeit nicht absehen, ob sich eine der skizzierten Beschränkungen umsetzen lässt, ohne zugleich das legitime Bedürfnis strafrechtlichen Schutzes durch den jeweiligen Tatorstaat zu verkürzen.

V. Ausblick

Die Rückbesinnung auf das Territorialitätsprinzip lässt für die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten und die Beachtung der europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen bereits nach diesen kursorischen Ausführungen einen beträchtlichen Gewinn erhoffen. Die Forderung nach einer Rückkehr zum Territorialitätsprinzip ist zwar nicht neu,⁸⁶ doch konnte sie nie zuvor so gute Gründe für sich in Anspruch nehmen wie heute. Ein interlokales Strafrecht, wie es von *Eser/Burchard* vorgeschlagen wurde,⁸⁷ lässt sich nur in einem integrierten Rechtsraum rechtspolitisch überzeugend begründen. Dass die Menschenrechte im zwischenstaatlichen Bereich normativ stark genug sind, um die einzelnen Staaten zu veranlassen, die Maschen des von ihnen geknüpften Netzes konkurrierender Strafgewalten zu lockern, darf bezweifelt werden. In der Europäischen Union lässt sich die Notwendigkeit einer solchen Umkehr aus den vorgenannten Gründen jedoch sehr wohl ableiten.⁸⁸ Einem Verfolgungs- und Sicherheitsraum wäre gewiss am besten damit gedient, dass mög-

lichst viele Straftaten überall dort verfolgt werden können, wo zumindest lose Bezugspunkte bestehen. Mit den skizzierten Grundparametern des Raums geht diese Sichtweise hingegen nicht konform. Sie vernachlässigt dessen maßgebliche Freiheits- und Freizügigkeitsorientierung. Während die extraterritoriale Geltungserstreckung materiellen nationalen Strafrechts ursprünglich als eine Frage reiner Souveränität behandelt und als Mittel zur Extension eigener Herrschaftsansprüche gegenüber Bürgern sowie zur Kaschierung des Misstrauens gegenüber der Verlässlichkeit anderer Staaten zum Schutz eigener Bürger und Interessen eingesetzt wurde, trat an die Stelle dieses westfälischen Verständnisses von beherrschten und beherrschbaren nationalen Räumen ein kooperations- und sicherheitsgetragenes Denken in größeren, integrierten Räumen, das die Nutzung der eigenen souveränen Gestaltungsmacht zur Verwirklichung kongruenter transnationaler Interessen mit sich brachte und schließlich den Netzgedanken gebar. Die EU ist nunmehr in eine dritte Phase eingetreten, in der eine Funktionalisierung der Ausübung extraterritorialer Straf Gewalt für Zwecke der Zusammenarbeit infolge der neuen materiellen Bindung nicht mehr ohne weiteres möglich ist. Der Netzgedanke und die mit ihm erzeugten Jurisdiktionskonflikte müssen an den supranationalen Grundrechten und -freiheiten gemessen werden. Die Ausübung extraterritorialer Straf Gewalt ist danach zu begrenzen und zu verrechtlichen. Eine weitgehend freihändige Begründung materieller Straf Gewalt über Auslandsverhältnisse geriete damit ebenso in ein Spannungsverhältnis wie die diskretionäre Beilegung von Jurisdiktionskonflikten durch nationale und supranationale Strafverfolgungsbehörden ohne Rechtsschutz. Die verfochtene Entkoppelung von materiellem Recht und Prozessrecht gestattet in dieser Hinsicht einen klareren Blick auf die materiellen Kriterien, welche die Zuordnung eines strafrechtlich relevanten Verhaltens zu einem Rechtskreis tragen und einen Ausgleich zwischen kollidierenden Regelungsansprüchen verbürgen können.

Mit zunehmender Integration schwindet die Legitimation für das strafrechtliche Souveränitätsdenken mithin deutlich. Für die Konzentration auf die Sicherheitsoption besteht ebenfalls kein Bedürfnis mehr, sofern effektiv Rechtshilfe bzw. stellvertretende Strafrechtspflege geleistet wird.⁸⁹ Deutsches Strafrecht fungierte für Auslandsverhältnisse dann nicht mehr als Grundlage der Strafe, sondern als Korrektiv (*poena mitior*) bei der Verwirklichung ausländischer Straf Gewalt.⁹⁰ Die Beschneidung der nationalstaatlichen materiellen Straf Gewalt könnte insoweit durchaus auch Anreize schaffen, mit der effektiven Nutzung der verfügbaren Kooperationsinstrumente ernst zu machen und diese ggf. gezielt zu erweitern.⁹¹

⁸³ S. insoweit *Deiters*, ZIS 2006, 472 (478); *Fuchs*, in: Schünemann (Fn. 10), S. 112 (S. 115).

⁸⁴ Ein solcher Überblick anhand von Landesberichten aus zehn Mitgliedstaaten (Belgien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Litauen, Niederlande, Polen, Spanien, Vereinigtes Königreich) der Europäischen Union ist als erste Stufe eines von dem Mitautor *Böse* initiierten und gemeinsam mit dem Mitautor *Meyer* vorbereiteten DFG-Projekts zur Vermeidung und Beilegung von Konflikten zwischen nationalen Straf gewalten in der Europäischen Union vorgesehen.

⁸⁵ Neue Einblicke und Impulse für die Aufarbeitung der Problematik sollen auch Länderberichte in dem internationalen Projekt „Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität – ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht“ liefern, vgl. ZStW 122 (2010), 905 (908).

⁸⁶ Siehe Fn. 83

⁸⁷ *Eser/Burchard* (Fn. 16), S. 499 (S. 522).

⁸⁸ Vgl. auch *Sinn*, ZStW 122 (2010), 905 (908). Im Rahmen des von ihm initiierten Projekts „Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität – ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht“ geht auch er davon aus, dass die anerkannten strafrechtlichen Anknüpfungsprinzipien radikal „zurückgefahren“ werden müssten. Besondere Aufmerksamkeit gebühre dabei dem Lösungspotenzial des Territorialitätsgrundsatzes und des aktiven Personalitätsprinzips.

⁸⁹ S. zur stellvertretenden Strafrechtspflege: *Deiters*, ZIS 2006, 472 (473 ff.); s. auch *Fuchs*, ZStW 112 (2004), 368 (370 f.); *Kreß*, ZStW 116 (2004), 445 (468); instruktiv zu Problemen der Fremdrechtsanwendung im Strafrecht ebenfalls schon *Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978, S. 71 ff., 99 ff.

⁹⁰ *Deiters*, ZIS 2006, 472 (478).

⁹¹ Siehe den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Übertragung von Strafverfahren, vgl. Ratsdok. 16437/09, 14934/09, 14133/09.

Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen

Zu BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09

Von Prof. Dr. Dieter Dölling, Heidelberg

Die Diskussion um die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe wird seit einiger Zeit mit großer Intensität geführt. Erhebliche Beachtung hat in diesem Zusammenhang das Urteil des BGH vom 25.6.2010 gefunden, in dem der BGH sich mit der strafrechtlichen Würdigung eines Behandlungsabbruchs durch Durchschneiden des Versorgungsschlauchs einer PEG-Sonde zu befassen hatte.¹ Diese Entscheidung soll im Folgenden erörtert werden.

Dem Urteil lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Die 1931 geborene Frau K lag seit Oktober 2002 nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie wurde in einem Altenheim gepflegt und über eine PEG-Sonde ernährt. Eine Besserung ihres Gesundheitszustandes war nicht zu erwarten. Nachdem im Jahr 2002 der Ehemann von Frau K eine Hirnblutung ohne schwerwiegende gesundheitliche Folgen erlitten hatte, erklärte Frau K Ende September 2002 gegenüber Ihrer Tochter G, falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche „Schläuche“ angeschlossen werden. Im März 2006 teilte Frau G der Berufsbetreuerin mit, dass sie und ihr Bruder die Entfernung der Magensonde wünschten. Die Berufsbetreuerin lehnte dies ab, weil ihr der mutmaßliche Wille von Frau K nicht bekannt sei. Im August 2007 wurden auf Antrag des von Frau G beauftragten Rechtsanwalts R anstelle der Berufsbetreuerin Frau G und ihr – inzwischen verstorbener – Bruder zu Betreuern bestellt. Der Wunsch von Frau G und ihrem Bruder, die künstliche Ernährung einzustellen, wurde von dem behandelnden Hausarzt unterstützt, der keine Indikation zur Fortsetzung der Ernährung sah, stieß aber auf Widerstand des Heimes. Eine Anordnung des Arztes zur Einstellung der künstlichen Ernährung wurde vom Pflegepersonal nicht befolgt. Schließlich einigten sich das Heim und Frau G und ihr Bruder auf einen Kompromiss: Das Heimpersonal sollte sich auf die Pfllegetätigkeiten im engeren Sinn beschränken und Frau G und ihr Bruder sollten die Ernährung über die Sonde einstellen. Am 20.12.2007 beendete Frau G die Nahrungszufuhr über die Sonde und begann, die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren.

Am nächsten Tag veranlasste die Heimleitung jedoch auf Anweisung der Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung. Frau G und ihrem Bruder wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie nicht innerhalb von zehn Minuten ihr Einverständnis mit der Fortsetzung der künstlichen Ernährung erklären soll-

ten. In einem Telefongespräch erteilte Rechtsanwalt R der Frau G und ihrem Bruder den Rat, den Versorgungsschlauch unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen. Keine Klinik werde eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen. Daraufhin schnitt Frau G den Schlauch der PEG-Sonde mit einer Schere durch. Ihr Bruder unterstützte sie dabei durch Festhalten des Schlauchs. Nachdem das Pflegepersonal dies entdeckt hatte, wurde Frau K auf Anordnung eines Staatsanwalts in ein Krankenhaus gebracht. Dort wurde ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen. Am 5.1.2008 verstarb Frau K an Herzversagen. Eine Ursächlichkeit des Durchtrennens des Versorgungsschlauchs für den Todeseintritt konnte nicht festgestellt werden.

Das Landgericht hat Frau G wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums freigesprochen und Rechtsanwalt R wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten mit Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung verurteilt. Der BGH hat die Verurteilung des R aufgehoben und ihn freigesprochen. Das Verhalten von Frau G, das dem R nach § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sei, sei als Behandlungsabbruch auf der Grundlage des Patientenwillens gerechtfertigt. Die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und strafbarer Tötung könne „[...] nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden“.² „Die Umdeutung der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechende normative Wertung, nämlich eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein ‚normativ verstandenes Unterlassen‘“ sei „[...] zu Recht [...] als dogmatisch unzulässiger ‚Kunstgriff‘ abgelehnt worden [...]“.³ Da ein Behandlungsabbruch fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfasse, deren Einordnung nach den zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch sei und teilweise von bloßen Zufällen abhängen könne, seien alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, „in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren“.⁴ Die Grenzen, innerhalb derer eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs durch den Patientenwillen anzuerkennen sei, ergäben sich aus den Begriffen der „Sterbehilfe“ und des „Behandlungsabbruchs“

¹ BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09 = NJW 2010, 2963. Dazu *Duttge*, MedR 2011, 36; *Gaede*, NJW 2010, 2925; *Hecker*, JuS 2010, 1027; *Hirsch*, JR 2011, 37; *Kubiciel*, ZJS 2010, 656; *Mandla*, NStZ 2010, 698; *Rosenau*, in: Bernsmann/Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, S. 547; *Hendrik Schneider*, MittBayNot 2011, 102; *Verrel*, NStZ 2010, 671; *Walter*, ZIS 2011, 76.

² BGH NJW 2010, 2963 (2966).

³ BGH NJW 2010, 2963 (2966 f.).

⁴ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

und „aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsmäßigen Ordnung“.⁵

Sterbehilfe durch einen Behandlungsabbruch setzt nach dem BGH voraus, „dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist“.⁶ Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe muss außerdem objektiv und subjektiv unmittelbar auf die medizinische Behandlung bezogen sein. „Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in Form der so genannten ‚indirekten Sterbehilfe‘, die unter Inkaufnahme eines möglichen vorzeitigen Todeseintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen“.⁷ Eine Rechtfertigung durch Einwilligung komme schließlich nur in Betracht, „wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, [...] so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt [...]“.⁸ In diesen Fällen greift § 216 StGB ein. Diese Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs gelten nach dem BGH nicht nur für das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten, sondern für die von diesen hinzugezogenen Hilfspersonen.⁹ R habe danach als von den Betreuern hinzugezogener Rechtsanwalt ebenso wenig rechtswidrig gehandelt wie die Betreuer selbst und sei daher freizusprechen.

Analysiert man das Urteil, kann überlegt werden, ob die Ausführungen des BGH, mit denen er sich gegen eine Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen wendet und sich für die Zusammenfassung aller mit der Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehenden Verhaltensweisen in einem Oberbegriff des Behandlungsabbruchs ausspricht, nicht nur bei der Prüfung einer Rechtfertigung, sondern bereits auf der Tatbestandsebene von Bedeutung sein könnten. Die vom BGH angeführten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen stellen sich ja auf der Tatbestandsebene ebenso und bei dem Begriff des Behandlungsabbruchs geht es um die sachgerechte begriffliche Erfassung eines bestimmten Lebenssachverhalts, die – so könnte argumentiert werden – auf allen Ebenen des Verbrechenaufbaus nur einheitlich erfolgen kann. Überträgt man die Überlegungen des BGH auf die Tatbestandsebene, würde es sich bei dem Behandlungsabbruch gewissermaßen um eine neue Art tatbestandsmäßigen Verhaltens handeln. So dürften die Ausführungen des BGH jedoch nicht zu verstehen sein, denn die Darlegungen zum Begriff des Behandlungsabbruchs erfolgen im Rahmen der Erörterung der Frage, ob das Verhal-

ten des R gerechtfertigt ist.¹⁰ Es wäre auch nicht richtig, die bei der Tatbestandsprüfung erforderliche Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen durch Heranziehung eines Begriffs des Behandlungsabbruchs zu verdrängen. Nach dem StGB können Straftatbestände entweder durch Tun oder durch Unterlassen erfüllt werden, eine dritte Art tatbestandsmäßigen Verhaltens gibt es nicht. Zwischen Tun und Unterlassen muss abgegrenzt werden, weil für die Strafbarkeit eines Unterlassens bei den unechten Unterlassungsdelikten zusätzliche Voraussetzungen, insbesondere das Erfordernis einer Garantenstellung, bestehen und nur bei einer Begehung durch Unterlassen die Strafzumessungsvorschrift des § 13 Abs. 2 StGB eingreift.¹¹ Muss aber auf der Tatbestandsebene zwischen Tun und Unterlassen unterschieden werden, muss Gegenstand der Rechtfertigungsprüfung das jeweilige tatbestandsmäßige Tun oder Unterlassen sein.

Damit stellt sich die Frage, ob das Durchschneiden des Versorgungsschlauchs der PEG-Sonde als Tun oder Unterlassen einzuordnen ist. Hebt man für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen darauf ab, ob ein Einsatz von Körperkraft bzw. ein positiver Energieeinsatz vorliegt,¹² ist das Durchschneiden als Tun zu qualifizieren. Schwieriger könnte die Einstufung sein, wenn für die Abgrenzung darauf abgestellt wird, wo bei normativer Betrachtung und bei Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens liegt.¹³ Von diesem Ausgangspunkt ausgehend wird vielfach angenommen, dass das Abstellen eines Beatmungsgeräts durch den behandelnden Arzt als Unterlassen zu werten sei.¹⁴ Teilweise wird auch das in Übereinstimmung mit dem Patientenwillen erfolgende Abstellen des Geräts durch einen Dritten als Unterlassen eingestuft.¹⁵ Dies leuchtet jedoch nicht ein. Während das

¹⁰ Der BGH ordnet die Einwilligung bzw. mutmaßliche Einwilligung zutreffend als Rechtfertigungsgrund ein. Zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund siehe *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 228 Rn. 1; *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 228 Rn. 1; für Tatbestandsausschlussgrund *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12.

¹¹ *Verrel*, NSTZ 2010, 671 (674); *Walter*, ZIS 2011, 76 (77 f.).

¹² Dafür *Walter*, ZIS 2011, 76 (76 f.); *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 7.

¹³ Für dieses Kriterium *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 158; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 700.

¹⁴ *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vor § 211 Rn. 122; *Lackner/Kühl* (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 8a; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 7 Rn. 7; *Roxin*, NSTZ 1987, 345 (349); *Hartmut Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, Vor § 211 Rn. 109. Vgl. auch BGHSt 40, 257 (265 f.).

¹⁵ *Rengier* (Fn. 14), § 7 Rn. 8.

⁵ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

⁶ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

⁷ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

⁸ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

⁹ BGH NJW 2010, 2963 (2967 f.).

Abstellen eines Beatmungsgeräts durch den behandelnden Arzt mit dem Einstellen einer Mund-zu-Mund-Beatmung gleichgestellt und damit als Unterlassen eingestuft werden kann, handelt es sich bei dem Abstellen des Geräts durch einen Dritten um einen Eingriff in einen rettenden Kausalverlauf und damit um ein Tun.¹⁶ Im vorliegenden Fall hatte das Heim die künstliche Ernährung von Frau K wieder aufgenommen. In dieses das Leben von Frau K aufrechterhaltende Verhalten des Heims griff Frau G mit dem Durchschneiden des Versorgungsschlauchs ein. Das Durchschneiden ist daher auch dann, wenn man für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen auf den Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens abstellt, als Tun einzuordnen.

Nun ist die Frage zu beantworten, ob dieses den Tatbestand eines versuchten vorsätzlichen Tötungsdelikts erfüllende Tun¹⁷ durch Einwilligung oder mutmaßliche Einwilligung¹⁸ von Frau K gerechtfertigt ist.¹⁹ Der Einzelne kann kraft seines Selbstbestimmungsrechts über seinen Körper darüber entscheiden, ob er sich im Fall einer Krankheit behandeln lassen will oder nicht.²⁰ Lehnt er eine Behandlung ab, muss diese auch dann unterbleiben, wenn die Krankheit ohne die Behandlung zum Tod führt.²¹ Beachtlich ist auch eine Behandlungsablehnung, die ein im Zeitpunkt der Behandlungssituation entscheidungsunfähiger Patient vor Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit geäußert hat, wenn die Willensäußerung auf die Behandlungssituation zutrifft. Dies ist in dem durch das Patientenverfügungsgesetz²² in das BGB eingefügten § 1901a ausdrücklich geregelt. Andererseits ergibt sich aus § 216 StGB, dass die Tötung eines Menschen auch dann verboten und strafbar ist, wenn das Opfer getötet werden will.²³ Es muss daher zwischen zulässiger und gebo-

tener Nichtbehandlung und verbotener Tötung auf Verlangen abgegrenzt werden.

Diese Abgrenzung hat von der Überlegung auszugehen, dass aus dem Verbot, eine Behandlung gegen den Willen des Patienten aufzunehmen, das Recht (und die Pflicht) folgt, eine verbotswidrige Behandlung zu beenden, denn nur so kann der dem Willen des Patienten entsprechende Zustand hergestellt werden. Hierfür kann es nicht darauf ankommen, ob die Beendigung der Behandlung durch ein bloßes Nichtweiterhandeln oder durch ein Tun erfolgt, mit dem ein technischer Behandlungsablauf beendet wird.²⁴ Eine Tötung auf Verlangen im Sinn von § 216 StGB liegt auch im zuletzt genannten Fall nicht vor, denn dieser will nicht von einem Patienten gewünschte Behandlungsbeendigungen erfassen, durch die einem Krankheitsprozess sein Lauf gelassen wird, sondern vom Opfer gewünschte Tötungshandlungen, durch die eine im Verhältnis zur Krankheit „neue“ Todesursache gesetzt wird.²⁵ Durch diese Abgrenzung ergibt sich ein systematisch stimmiges Verhältnis zwischen der Respektierung des Rechts des Patienten, darüber zu entscheiden, ob er behandelt wird oder nicht, und dem Verbot der Tötung auf Verlangen. In der Sache hat der BGH im vorliegenden Fall genauso entschieden. Die Behandlungsbeendigungen durch Unterlassen und durch Tun können unter dem Begriff „Behandlungsabbruch“ zusammengefasst werden. Dieser Begriff sollte jedoch nicht gegen die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen ausgespielt werden.

Die Beendigung der künstlichen Ernährung war im vorliegenden Fall auch ohne gerichtliche Genehmigung zulässig. Die Tat wurde im Jahr 2007 und damit vor Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes begangen. Zwar hatte der *I. Strafsenat* des BGH 1994 entschieden, dass der Betreuer in entsprechender Anwendung des § 1904 BGB einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wenn er eine lebenserhaltende Behandlung beenden will und der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt hat.²⁶ Der *XII. Zivilsenat* des BGH hat jedoch 2003 und 2005 das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung eines Behandlungsabbruchs dahingehend eingeschränkt, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn Betreuer und behandelnder Arzt sich entsprechend dem von ihnen angenommenen Patientenwillen übereinstimmend gegen eine weitere lebenserhaltende Behandlung entscheiden.²⁷ So war es im vorliegenden Fall. Diese Rechtsprechung ist durch den durch das Patientenverfügungsgesetz in das BGB eingefügten § 1904 Abs. 4 Gesetz geworden. Im vorliegenden Fall erfolgte die Beendigung der

¹⁶ Hartmut Schneider (Fn. 14), Vor § 211 Rn. 110.

¹⁷ Nach dem BGH (NJW 2010, 2963 [2965]) ist das Verhalten von Frau G dem R nach § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen; dagegen Walter, ZIS 2011, 76 (79).

¹⁸ Nach dem BGH (NJW 2010, 2963 [2965]) kam es im vorliegenden Fall nicht auf den „[...] mutmaßlichen Willen der Betroffenen an, da ihr wirklicher, vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußertes Wille zweifelsfrei festgestellt war“. Dies könnte als Annahme einer antizipierten Einwilligung interpretiert werden (Gaede, NJW 2010, 2925 [2927]). Nach Verrel (NStZ 2010, 671 [673]) liegt eine mutmaßliche Einwilligung vor.

¹⁹ Eine Rechtfertigung nach § 32 StGB oder § 34 StGB lehnt der BGH (NJW 2010, 2963 [2965]) ab. Für Rechtfertigung nach § 32 StGB Mandla, NStZ 2010, 698 (699); für Heranziehung des § 34 StGB Rosenau (Fn. 1), S. 547 (S. 559 ff.).

²⁰ BGHSt 11, 111 (113 f.).

²¹ BGHSt 11, 111 (113 f.).

²² Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts v. 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2286.

²³ Zu den Gründen für die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen siehe Walter, ZIS 2011, 76 (81); Dölling, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Humaniora, Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 767 (S. 771 f.).

²⁴ Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 13), Vor § 211 Rn. 32; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor § 211 Rn. 19; Neumann (Fn. 14), Vor § 211 Rn. 123; Hartmut Schneider (Fn. 14), Vor § 211 Rn. 108; Dölling, MedR 1987, 6 (9 f.).

²⁵ Siehe Walter, ZIS 2011, 76 (81 f.): teleologische Reduktion des § 216 StGB; Gaede, NJW 2010, 2925 (2927): verfassungsorientierte Normreduktion; Duttge, MedR 2011, 36 (37): beschränkte tatbestandliche Reichweite des § 216 StGB.

²⁶ BGHSt 40, 257 (261 f.).

²⁷ BGHZ 154, 205 (225 ff.); 163, 195 (198 f.).

Behandlung allerdings gegen den Willen des Heims, das die künstliche Ernährung fortsetzen wollte. Es ist jedoch anerkannt, das einem dem Patientenwillen entsprechenden Behandlungsabbruch der Heimvertrag oder die Gewissensfreiheit des Pflegepersonals nicht entgegengesetzt werden können.²⁸ Die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung des BGH besteht auch darin, dass danach der Betreuer die Behandlungsbeendigung durch eigene Handlungen gegen den Willen des Heims herbeiführen darf und den Behandlungsabbruch nicht auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen muss.²⁹

Zweifelhaft ist allerdings, ob für die Rechtfertigung der Behandlungsbeendigung überhaupt die Einhaltung der betreuungsrechtlichen Vorschriften erforderlich ist. Dies wird teilweise bejaht.³⁰ Andererseits wird die Auffassung vertreten, für die Rechtfertigung komme es allein auf die Übereinstimmung des Behandlungsabbruchs mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten an. Der Verstoß gegen das Betreuungsrecht könne kein Tötungsunrecht begründen. Wolle der Gesetzgeber die Nichtbeachtung des Betreuungsrechts sanktionieren, müsse er dafür einen eigenen Straftatbestand oder einen Tatbestand im Ordnungswidrigkeitenrecht schaffen.³¹

Der BGH folgt der zuerst genannten Ansicht. Er hat in der hier besprochenen Entscheidung ausgeführt, dass die Neuregelung des Betreuungsrechts, „[...] die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, [...] unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung [...] bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden“ muss.³² Das hat er in einer weiteren Entscheidung dahin gehend konkretisiert, „[...] dass in Fällen, in denen zukünftig ein rechtfertigender Behandlungsabbruch auf der Grundlage des Patientenwillens nach den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 25.6.2010 in Rede steht [...], die Voraussetzungen der §§ 1901a, 1901b BGB [...] zu beachten sein werden“.³³ Diese Vorschriften enthalten nach dem BGH „[...] verfahrensrechtliche Absicherungen, die den Beteiligten bei der Ermittlung des Patientenwillens und der Entscheidung über einen Behandlungsabbruch Rechts- und Verhaltenssicherheit bieten sollen [...] und bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Maßnahmen auch für das Strafrecht Wirkung entfalten [...]“.³⁴ Die Vorschriften dienen nach dem BGH „[...] zum einen der Verwirklichung des verfassungsrechtlich garantierten Selbst-

bestimmungsrechts von Patienten [...]“ und tragen „[...] zum anderen gleichgewichtig dem von Verfassungs wegen gebotenen Schutz des menschlichen Lebens Rechnung, indem sie die notwendigen strengen Beweisanforderungen an die Feststellung eines behandlungsbezogenen Patientenwillens verfahrensrechtlich absichern [...]“.³⁵ Nach dem BGH sehen die §§ 1901a, 1901b BGB ein Verfahren für die Feststellung des Patientenwillens „[...] als Grundlage für den rechtfertigenden Abbruch lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen [...]“ vor.³⁶ Für diese Ansicht spricht, dass hiermit ein sorgfältiges Vorgehen bei der oft sehr schwierigen Feststellung des Patientenwillens abgesichert und der Gefahr entgegengewirkt wird, dass über die Beendigung lebenserhaltenden Maßnahmen im Wege des „Faustrechts am Krankenbett“ entschieden wird.³⁷ Die durch das Patientenverfügungsgesetz in das BGB eingefügten Regelungen gewinnen somit auch für die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe erhebliche Bedeutung.

²⁸ BGHZ 163, 195.

²⁹ Kritisch zur Erstreckung der Rechtfertigung auf die Vornahme lebensbeendende Maßnahmen durch nicht in das Behandlungsgeschehen einbezogene Dritte *Hendrik Schneider*, MittBayNot 2011, 102 (105 f.); vgl. auch *Duttge*, MedR 2011, 36 (38).

³⁰ *Walter*, ZIS 2011, 76 (79, 81).

³¹ *Hirsch*, JR 2011, 37 (39); *Rosenau* (Fn. 1), S. 547 (S. 563); *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674 f.).

³² BGH NJW 2010, 2963 (2966).

³³ BGH NJW 2011, 161 (162).

³⁴ BGH NJW 2011, 161 (162).

³⁵ BGH NJW 2011, 161 (162).

³⁶ BGH NJW 2011, 161 (162).

³⁷ Vgl. aber auch *Verrel* (NStZ 2010, 671 [675]), der darauf hinweist, dass auch bei einer Entkoppelung der strafrechtlichen Rechtfertigung von Behandlungsbegrenzungen von dem betreuungsrechtlichen Verfahren erhebliche strafrechtliche Risiken für denjenigen bestehen, der bei einem Behandlungsabbruch die schützenden Vorschriften des Betreuungsrechts nicht beachtet.

Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit

Von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

I. Verhaltensorientierung durch Vertrauen

„Vertrauen“ – so hebt die berühmte Eingangssequenz der gleichnamigen sozialwissenschaftlichen Studie *Niklas Luhmanns* an – ist im Sinne eines fraglosen „Zutrauens zu den eigenen Erwartungen“ ein „elementarer Tatbestand des sozialen Lebens“: Der Mensch hat zwar in vielen Situationen die Wahl, ob er im Rahmen des sozialerheblichen Geschehens mit Blick auf Erhofftes (Wunsch) oder Befürchtetes (Sorge) Vertrauen schenken will oder nicht; ohne jegliches Vertrauen aber „könnte er morgens sein Bett nicht verlassen“ – ja mehr noch: Er könnte nicht einmal mehr darin ruhig verbleiben, weil natürlich auch die Nichtinanspruchnahme von Handlungsoptionen i.d.R. Resultat einer Entscheidung ist, die sich niemals ganz ohne Risiko treffen lässt. Die ungewisse Zukunft, die weit mehr Möglichkeiten enthält als in der Gegenwart antizipier- und damit beherrschbar, ist also die unhintergehbare Ausgangsbedingung – *Luhmann* spricht vom „unbezweifelbaren Faktum“ der Welt- bzw. Menschen-„Natur“ – für Vertrauen als Basis der eigenen Verhaltensorientierung, die in einer sozialen Umgebung von überwältigender Komplexität nicht ohne ein gewisses Minimum an Handlungssicherheit auskommt.¹

Die Orientierung stiftende Kraft von Vertrauen als Verhaltensmaxime eines Lebens „in offenen Horizonten“ konstituiert sich dabei im Wege einer „Antizipation des Günstigen“, obgleich natürlich ein jeder weiß, dass sich diese „Festlegungsstrategie“ bei ex ante regelmäßig defizitärer Informationslage im Nachhinein auch als die falsche erweisen, also mit einer Enttäuschung enden kann.² Doch erst dieses „Überziehen der vorhandenen Informationen“ und „Überwinden der Zeitdifferenz“ schafft die bekannten erweiterten Handlungsspielräume, ohne die eine vielfältig differenzierte und arbeitsteilig organisierte Gesellschaft nicht auskommen kann.³ Wer wollte denn heute auf so selbstverständlich erscheinende Wohlstandsattribute wie Straßenverkehr, Internet oder eben auch eine fortschrittliche Universitätsmedizin noch verzichten?⁴ In dem Maße, wie das zugrunde liegende Vertrauen wächst, nimmt auch das Potential an Handlungs- und Entfaltungsmöglichkeiten zu: „Wer im Zweifelsfall misstraut, erlebt [zwar] keine Enttäuschungen, aber er erlebt weniger“⁵. Darin dürfte jedenfalls zu einem nicht unerheblichen Teil zugleich die Ursache dafür zu finden sein, dass auch kogniti-

ons- wie emotionspsychologisch das Sich-Bewegen in einem Kontext ohne Misstrauen, ohne Zwang zur Aktivierung von Kontrollprozessen weit befriedigender erscheint.

Allerdings: Vertrauen bleibt stets ein Wagnis und deshalb angewiesen auf die fortlaufende Verarbeitung von Erfahrungen nach Art einer Rückkoppelungsschleife und – zu Beginn – auf ein „Mindestmaß an realen Grundlagen“, weil blindes Vertrauen nicht den integrierten Teilnehmer am sozialen Verkehr, sondern den sozial Unmündigen oder Unwilligen kennzeichnet.⁶ Gesellschaftlich akzeptiertes Vertrauen kann es also nur „in Grenzen und nach Maßgabe bestimmter, vernünftiger Erwartungen“, mithin nicht „ohne Rücksicht auf Partner, Situation und Umstände“ geben. Vertrauen ist daher keine statische, sondern eine dynamische Kategorie⁷ und – mit den Worten des Philosophen *Werner Stegmaier* – „nur erfolgreich, wenn auch das Misstrauen wach bleibt“⁸; die Orientierung behilft sich mit einer Strategie des „Oszillierens“, wobei der abrupte Umschlag in Misstrauen nicht schon bei der kleinsten Unstimmigkeit, sondern je nach Festigkeit der vorausgegangenen Vertrauensroutine erst dann erfolgt, wenn deren Absorptionskraft erschöpft ist.⁹ Der hier jeweils relevant werdende „Schwellenwert“ lässt sich natürlich nicht allgemeingültig beziffern; stets liegt aber einem Umschlag in Misstrauen das „Ins-Bild-Treten“ von irritierenden, die bisherige Orientierung diskreditierenden Ereignissen innerhalb der umgebenden Sozialstruktur zugrunde, „die Warnfunktionen ausüben und spezifische Defensiven oder Anpassungsreaktionen nahelegen“¹⁰.

II. Vertrauen im Recht

Was hat das Ganze aber mit dem Recht und insbesondere mit dem Fahrlässigkeitsdelikt zu tun? Nun: Die soziologische Analyse kennt nicht nur das „personale Vertrauen“ als ursprünglichen Modus der vertrauten interpersonalen Begegnung, sondern – bedingt durch die exorbitante Ausweitung von Interaktionen innerhalb der modernen Gesellschaft in räumlicher, zeitlicher und sozialer Hinsicht – das sog. „System- oder Funktionalitätsvertrauen“¹¹, also insbesondere in Institutionen, strukturierte Verfahrensabläufe, Sprachen und Symbolen der vernetzten Kommunikation.¹² Zu diesen „gene-

¹ Vgl. *Luhmann*, Vertrauen, Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl. 2000, S. 1.

² *Voswinkel*, in: Mönlich/Bartsch (Hrsg.), Glaubwürdigkeit kommunizieren, Jahresheft der Sprech-Kontakte über Zukunftsthemen der Sprechkommunikation in Wirtschaft, Wissenschaft, Weiterbildung und Verwaltung, 1997/1998, S. 2.

³ *Luhmann* (Fn. 1), S. 31, 97.

⁴ Vgl. *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 2.

⁵ *Strasser/Voswinkel*, in: Schweer (Hrsg.), Interpersonales Vertrauen, Theorien und empirische Befunde, 1997, S. 217, 233; *Voswinkel* (Fn. 2), S. 2 (S. 15).

⁶ *Duttge*, Straf- und haftungsrechtliche Fragen der arbeitsteiligen Wundtherapie, in: GMS Krankenhaushygiene Interdisziplinär 2007 (online: <http://www.egms.de/static/en/journals/dgkh/2007-2/dgkh000063.shtml>).

⁷ *Luhmann* (Fn. 1), S. 36, 40.

⁸ *Stegmaier*, in: Fischer/Kaplow (Hrsg.), Vertrauen im Ungewissen, 2008, S. 16.

⁹ *Duttge* (Fn. 4), S. 466 f.

¹⁰ *Luhmann* (Fn. 1), S. 64.

¹¹ *Hof*, Rechtsethologie, Recht im Kontext von Verhalten und außerrechtlicher Verhaltensregelung, 1996, S. 201.

¹² *Hart*, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Humaniora, Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 843.

ralized mechanisms“ (*Talcott Parsons*) zählt nicht zuletzt auch die Rechtsordnung, die für bestimmte Erwartungen und Sanktionsmöglichkeiten hohe Sicherheit – eben die sog. „Rechtssicherheit“ – verspricht und dadurch vom Risiko des nicht selten unkalkulierbaren Vertrauensvorschlusses gegenüber Fremden entlastet.¹³ Diese „Differenzierung von Recht und Vertrauen“, oder besser: zwischen Recht und sozialer Mitwelt als Bezugsgegenstand von Vertrauen ist aber keine vollkommene, bewirkt also keine hermetisch abgeschlossenen Sphären; vielmehr rekurriert das Recht in vielfältiger Weise auf verlässliche und daher vertrauensbegründende Strukturen der Interaktion, die auf diese Weise ausgezeichnet und durch Implementierung von durchsetzbaren Rechten und Pflichten gleichsam „wetterfest“ gemacht werden.

Mitunter verweist das Recht dabei unmittelbar auf etablierte Kontinuitätserwartungen innerhalb der jeweiligen Verkehrskreise wie etwa auf „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB), „Handelsbräuche“ (§ 346 BGB), „anerkannte Regeln der ärztlichen Kunst“ bzw. der „medizinischen Wissenschaft“ (z.B. § 40 Abs. 4 Nr. 1 AMG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG) oder durch Statuierung von „Anscheinstatbeständen“ im Zivil- oder „Anvertrauenstatbeständen“ im Strafrecht (z.B. §§ 203, 246 Abs. 2, 266 StGB, z.T. ebenso § 13 StGB). Aber auch dort, wo sich – wie häufiger – den ausdifferenzierten Rechtskonstruktionen der Bezug zu menschlichem Vertrauen als zentraler Verhaltensmaxime nicht derart unvermittelt entnehmen lässt, zählt der Vertrauensgedanke gleichsam zu den Universalien, die der gesamten Rechtsordnung inhärent sind. Das zeigt sich nirgends deutlicher als im Lichte der Verrechtlichungsdebatte, wenn also die Frage akut wird, inwieweit soziale Beziehungen einer rechtlichen Regulierung überhaupt zugänglich sind, ohne dadurch Schaden zu nehmen; an anderer Stelle findet sich dies als die „dunkle Seite“ des Strebens nach Rechtssicherheit bezeichnet.¹⁴ Bezogen auf das im hiesigen Kontext besonders interessierende Themenfeld trägt ein von dem Soziologen *Franz-Xaver Kaufmann* herausgegebener Sammelband den sprechenden Titel: „Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen“¹⁵; je nach Gusto werden manche dabei eher an Sterbehilfe und andere mehr an die ärztliche Aufklärungspflicht, an die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses im System der gesetzlichen Krankenversicherung oder an anderes mehr denken.

Sind die bestehenden sozialen Strukturen aber nicht lediglich Objekt, sondern zugleich Einflussgrößen der rechtlichen Gestaltung – sei es durch ihren Transfer in rechtliche Zusammenhänge oder gerade umgekehrt durch ein gewolltes Verschontbleiben von rechtlicher Regulierung –, und resultiert auf der Handlungsebene der Bedarf an vertrauensbegründenden Faktoren stets aus dem Dilemma des Entscheidens in Unsicherheit, so kann eigentlich nicht mehr überraschen, dass das Momentum des Vertrauen-Müssens, aber nicht immer Vertrauen-Dürfens bei der Frage nach dem fahr-

lässigkeitsspezifischen Verhaltensfehler herausragende Bedeutung gewinnt. Denn selbst bei größtmöglichem Bemühen bewahrt die „gute Absicht“ bekanntlich nicht immer vor „bösen“ Taten – ja ein Scheitern ist mit *Donald Davidson* erst vor dem Hintergrund überwiegenden Gelingens überhaupt vorstellbar;¹⁶ diese Begrenztheit menschlichen Voraussehen- und Vermeiden-Könnens mahnt jedoch nicht nur den Akteur zur ständigen Überprüfung seiner Erwartungen hinsichtlich der möglichen Folgen seines Handelns, sondern nicht minder auch die rechtliche Bewertung zur Rücksichtnahme auf diese spezifischen Handlungsbedingungen, die durchweg vom Fehlen absolut verlässlicher Wegweiser geprägt sind. Dies eigens zu betonen besteht umso mehr Anlass, als die „actor-observer-Differenz“ haarsträubende Attributionsfehler bei der nachträglichen Bewertung menschlichen Verhaltens nahe legt: Die Offenheit der Handlungssituation wird vom Beurteiler ebenso gerne unterschätzt wie die Möglichkeit einer rationalen Entscheidungsfindung überschätzt; die Kenntnis über die tatsächlich eingetretenen Handlungsfolgen lässt sich nur schwer ausblenden, so dass nachträgliche Prognosen einem „schleichenden Determinismus“ unterliegen; und schließlich erfolgen Bewertungen häufig in Relation zur Schwere der negativen Handlungsfolgen, so dass stets die Gefahr einer unangemessenen „Erfolgsorientierung“ und Reduktion des Bewertungsvorgangs auf die bloße „Rekonstruktion eines versteinerten Kausalverlaufs“ besteht („severity-responsibility-relation“).¹⁷

III. Vertrauensgrundsatz und Fahrlässigkeitsdelikt

Was begründet aber jene die soziale Interaktion prägenden, das Verhalten der Menschen orientierenden, ihr Vertrauen auf einen „guten Verlauf“ stützenden Handlungsmuster, die eine dieser Lebenswelt adäquaten Rechtsordnung nicht verfehlen darf? Sind es soziale Konventionen, generalisierte Lebenserfahrungen, nach und nach zur Norm verdichtete praktische „Normalitäten“, sind es zugeschriebene soziale Rollenbilder oder allein rechtsnormativ betrachtet diejenigen „Wegstrecken“, die sich als „notwendig“ oder zumindest „freigestellt“¹⁸ nach Berücksichtigung aller Ver- und Gebote der Rechtsordnung ergeben? Letzteres scheint diejenige Fassung des Vertrauensgrundsatzes nahezulegen, die sich im Zuge der den Paradigmenwechsel vollziehenden Entscheidung des *Vereinigten Großen Senats* aus dem Jahre 1954 mit Blick auf die Verhältnisse des Straßenverkehrs etabliert hat: Danach „darf derjenige, der sich im Straßenverkehr ordnungsgemäß verhält, vorbehaltlich gegenteiliger Anhaltspunkte darauf vertrauen, dass andere dies auch tun“.¹⁹ Die zweite, neben dem Straßenverkehr allgemein anerkannte

¹³ Duttge (Fn. 4), S. 484.

¹⁴ Dazu näher Duttge, in: Höver/Baranzke/Schaeffer (Hrsg.), Sterbebegleitung: Vertrauenssache!, 2011 (in Vorbereitung).

¹⁵ Kaufmann (Hrsg.), *Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen*, 1984.

¹⁶ Davidson, in: Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, 1984, S. 199.

¹⁷ Vgl. Duttge (Fn. 4), S. 13; Roth, *Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens*, 1995, S. 19; ausführlich Kuhlen, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, S. 341 (S. 358 ff.).

¹⁸ Zu den normlogischen Implikationen näher Joerden, *Logik im Recht*, 2005, S. 199 ff.

¹⁹ BGH, Urt. v. 20.5.1954 – 4 StR 857/53 = NJW 1954, 1169.

Fallgruppe – das arbeitsteilige Zusammenwirken insbesondere auf der Ebene des gleichgeordneten Miteinanders – zeigt jedoch, dass eine derart einseitig rechtsnormative Betrachtungsweise der lebensweltlichen Verankerung der Verantwortungsbereiche nicht gerecht würde. Denn dass etwa vom Chirurgen nicht verlangt werden kann, als Nichtspezialist die anästhesiologische Behandlung des Patienten durch den Spezialisten (Anästhesiologen) zu überwachen und zu kontrollieren, resultiert im Wesentlichen aus der Rollenzuschreibung, wie sie sich innerhalb der medizinischen Wissenschaften durch Spezialisierung und Professionalisierung sukzessive herausgebildet und in Leitlinien und curricula für die ärztliche Ausbildung ihren Ausdruck gefunden hat. Die Rechtsordnung kann diese rollenspezifischen Prägungen und Festlegungen sehr wohl anerkennen, nicht aber selbst kreieren.

Auch jenseits des eben genannten alltäglichen Beispiels gilt im Rahmen der horizontalen Arbeitsteilung, dass sich „im Interesse eines geordneten Ablaufs“ die Vertreter der einen Fachrichtung grundsätzlich auf die fehlerfreie Mitwirkung der Kollegen/Innen aus der anderen Disziplin verlassen dürfen,²⁰ sofern und solange sich nicht Zweifel hieran aufgrund konkreter Anhaltspunkte aufdrängen wie z.B. bei groben Nachlässigkeiten oder bei Kenntnis oder leichter Erkennbarkeit von Qualifikationsmängeln²¹ (etwa bei einer „Anfängeroperation“)²². Im Falle des Zusammenwirkens von niedergelassenem Arzt und Krankenhaus darf ersterer auf die Diagnostik der ihm personell und apparativ überlegenen Klinik grundsätzlich vertrauen, es sei denn, die bei ihm vorauszusetzenden Kenntnisse und Erfahrungen hätten ihn zu ernstesten Zweifeln an der Richtigkeit drängen müssen.²³ Aber auch im umgekehrten Fall sollen eigene Befunderhebungen durch den Krankenhausarzt nur veranlasst sein bei leicht erkennbaren „Qualitätsunterschieden, die nach der Erfahrung eines solchen Arztes in der Person des niedergelassenen Kollegen liegen könnten, oder wenn die Befunde des Einweisenden nicht zum Krankheitsbild passen“²⁴. Überdies dürfe sich der zur Durchführung einer Operation hinzugezogene Chirurg auf das Bestehen einer ordnungsgemäßen Aufklärung seitens des überweisenden Arztes verlassen.²⁵ Ein konsiliarisch hinzugezogener Arzt ist einem Beschluss des Thüringischen OLG zufolge nicht verpflichtet, eine Anamnese durchzuführen und weitere Befunde zu erheben, die über den konkreten Untersuchungsauftrag hinausgehen; vielmehr kann er sich in

der Regel darauf verlassen, dass dies in der gebotenen Weise bereits durch den Erstbehandler geschehen ist.²⁶ Anders liegt es jedoch, wenn im Rahmen der weiteren Behandlung oder Operation signifikante Zweifel an der zuvor gestellten Diagnose aufkommen wie etwa in einem vom OLG Köln entschiedenen Fall, in welchem der operierende Arzt bei einer geschlechtsbezogenen Operation statt einen wie gedacht überwiegend männlichen einen rein weiblichen Organismus vorfand.²⁷ Bei bloß zeitlicher Nachfolge von Ärzten derselben Fachrichtung verlangen die Oberlandesgerichte demgegenüber stets die eigenverantwortliche Überprüfung von Diagnose und Therapiewahl durch den nachfolgenden Arzt.²⁸ Und schließlich – eine keineswegs unwichtige Ergänzung – umfasst der eigene Verantwortungsbereich nach st. Rspr. u.U. auch die spezifischen Gefahren des arbeitsteiligen Zusammenwirkens an den jeweiligen Schnittstellen wie z.B. bei Verwendung eines sog. Thermokauters (= Glühbrenner) im Rahmen einer Augen-Operation, wenn der Anästhesiologe zugleich hochkonzentrierten Sauerstoff verwendet. Die Reichweite des Vertrauensgrundsatzes wird somit auf solche Konstellationen beschränkt, in denen es um Gefahren geht, die ausschließlich dem Aufgabenbereich eines der beteiligten Ärzte zugeordnet sind.²⁹

Man könnte annehmen, im Falle der vertikalen Arbeitsteilung sei alles ganz anders, also bei einem Zusammenwirken auf Grundlage der fachlichen Über- bzw. Unterordnung.³⁰ Bei näherer Betrachtung ist jedoch ein gewisses Maß an Vertrauendürfen des weisungsberechtigten Arztes geradezu unausweichlich, weil ihm andernfalls im Zweifel nur die höchstpersönliche Erbringung der jeweiligen Maßnahme verbliebe.³¹ Wenn die Anzeichen nicht trügen, weisen die jüngeren Entwicklungen aber deutlich in Richtung einer weiter reichenden Delegation von ursprünglich allein im ärztlichen Verantwortungsbereich liegenden Aufgaben,³² sicherlich nicht unwesentlich mitbedingt durch die Kostensituation und den sich abzeichnenden Ärztemangel. Zuletzt forderte insbesondere das Gutachten des Sachverständigenrats zur Kooperation und Verantwortung im Gesundheitswesen 2007 eine neue Arbeitsverteilung zwischen den Gesundheitsberufen und eine klare Abgrenzung der jeweiligen Auf-

²⁰ BGH, Urt. v. 2.10.1979 – 1 StR 440/79 = NJW 1980, 649.

²¹ BGH, Urt. v. 8.11.1988 – VI ZR 320/87 = VersR 1989, 186; BGH, Urt. v. 19.11.1997 – 3 StR 271/97 = MedR 1998, 218.

²² OLG Zweibrücken, Urt. v. 7.10.1987 – 2 U 16/86 = VersR 1988, 165.

²³ *Laufs/Kern*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 100 Rn. 10 f.

²⁴ OLG Köln, Urt. v. 14.7.1993 – 27 U 13/93 = VersR 1993, 1157; BGH, Urt. v. 28.5.2002 – VI ZR 42/01 = NJW 2002, 2944.

²⁵ OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2008 – 5 U 51/08 = VersR 2009, 1670 (1671); OLG Köln, Urt. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09 = VersR 2011, 83.

²⁶ Thüringisches OLG, Beschl. v. 15.1.2004 – 4 U 836/03 = OLG-NL 2004, 97.

²⁷ OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2008 – 5 U 51/08 = MedR 2009, 343; siehe auch OLG Köln, Urt. v. 14.7.1993 – 27 U 13/93 = VersR 1993, 1157; BGH, Urt. v. 28.5.2002 – VI ZR 42/01 = NJW 2002, 2944.

²⁸ KG Berlin, Urt. v. 13.11.2003 – 20 U 111/02 = NJOZ 2004, 594.

²⁹ BGHZ 140, 309 (314).

³⁰ Dazu näher *Deutsch*, in: *Duttge* (Hrsg.), *Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert*, 2007, S. 69 (S. 71 ff.).

³¹ BGH, Urt. v. 2.10.1979 – 1 StR 440/79 = NJW 1980, 649.

³² Zur Delegationsfähigkeit von intravenösen Injektionen auf medizinisch-technische Assistenten für Radiologie: OLG Dresden, Urt. v. 24.7.2008 – 4 U 1857/07 = MedR 2009, 410; s.a. *Bergmann*, MedR 2009, 4; *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463.

gabenfelder.³³ Der zum 1.7.2008 in Kraft getretene § 63c Abs. 3c SGB V erlaubt Modellprojekte, die eine Übertragung von genuin ärztlichen Tätigkeiten auf Angehörige der Pflegeberufe zum Gegenstand haben. Für diesen größer werdenden Bereich delegierbarer Tätigkeiten bedarf es nicht anders als bei der horizontalen Arbeitsteilung eines angemessenen, lebensadäquaten Zuschneidens der Verantwortungsbereiche. Nach gängiger Auffassung treffen den Fachvorgesetzten Sorgfaltspflichten daher nur in dreifacher Hinsicht: Er hat erstens gewissenhaft zu prüfen, ob von dem Delegationsempfänger eine fehlerfreie Ausführung der Maßnahme erwartet werden kann (Auswahlpflicht); er muss zweitens diesem – zumindest im Wege einer allgemeinen Dienstanordnung – die für die Aufgabenerledigung nötigen Instruktionen zukommen lassen (Instruktionspflicht) und schließlich muss er drittens die ordnungsgemäße Ausführung der Aufgabe durch regelmäßige stichprobenhafte Kontrollen überprüfen (Überwachungspflicht).³⁴ Die zum Teil darüber hinaus postulierte ausnahmslose Endkontrolle nach Abschluss der übertragenen Tätigkeit würde demgegenüber den intendierten Entlastungseffekt der arbeitsteiligen Erledigung wieder ad absurdum führen. Deshalb gilt, sofern die vorstehende Pflichtentrias beachtet worden ist, dass der Sorgfalt, Umsicht und Gewissenhaftigkeit der Hilfskräfte im Hinblick auf deren eigene unmittelbare Primärverantwortlichkeit³⁵ grundsätzlich vertraut werden darf.³⁶

IV. Auf dem Weg zu einem „erweiterten Vertrauensgrundsatz“

Die abschließende, noch wesentlich bedeutsamere Frage lautet: Beschränkt sich hierauf das Anwendungsfeld des Vertrauensgrundsatzes oder reicht dieses weiter? Die Rspr. ist bisher äußerst zögerlich und neigt zu großer Zurückhaltung. Im Wuppertaler Schwebbahn-Urteil³⁷ hat sich der BGH einem Rückgriff auf den Vertrauensgrundsatz ganz und gar verweigert trotz Vorliegens einer klaren Absprache zwischen den paarweise eingesetzten Arbeitergruppen, die sich um die Entfernung der später unfallursächlichen Stahlkralle

kümmern sollten. Entscheidend war für den BGH das Bestehen einer Dienstanweisung, wonach sich „*jeder* Beschäftigte bei Arbeitsunterbrechung und nach beendeter Arbeit davon überzeugen [müsse], dass die Strecke betriebssicher ist“. Es ist aber deutlich zu erkennen, dass damit nur eine Spezifikation der generellen Vermeidspflicht, des allgemeinen „*neminem laede*“ formuliert ist, nicht aber die in der konkreten Situation die Beteiligten jeweils individuell treffende „Sorgfaltspflicht“³⁸. Läge es anders, wäre stets ein jeder für alles verantwortlich, was dem eigenen Wirkbereich nicht von vornherein entzogen ist (im Schwebbahn-Fall also *jeder* Arbeiter verpflichtet, tatsächlich noch einmal in eigener Person die vollständige Sicherheit der gesamten Bahnstrecke zu überprüfen); eine solche Betrachtungsweise würde die an den Einzelnen gestellten Anforderungen weit überspannen und jedes kooperative Zusammenwirken einem unkalkulierbaren Haftungs- und Strafbarkeitsrisiko aussetzen.

Deshalb ist schlechterdings nicht einzusehen, warum der Anwendungsbereich des Vertrauensgrundsatzes auf jene Themenfelder beschränkt sein soll, auf denen er sich in seiner Sinnhaftigkeit mehr oder minder zufällig zuerst gezeigt hat. Dies verdeutlicht in augenfälliger Weise die gängige Rechtfertigung seiner Geltung im Straßenverkehr: Denn wenn hierfür der Umstand ausschlaggebend sein soll, dass sich ein nicht unerhebliches Maß an Gefährlichkeit auch bei Einhaltung aller Verkehrsregeln nicht völlig vermeiden lässt,³⁹ so ist dies gerade keine Besonderheit des Straßenverkehrs, sondern eine Grundtatsache menschlichen Lebens schlechthin. Hier wie dort herrscht regelmäßig der „Geist der Gleichrangigkeit“ und des „jeder für sich“,⁴⁰ was ein unabgestimmtes und dadurch gefahrenträchtiges Geschehen deutlich wahrscheinlicher macht als im Falle eines „Kooperationsverhältnisses“. Wenn der Vertrauensgrundsatz aber selbst dort gelten soll (wenngleich in Grenzen), wo Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten ausgeübt werden können,⁴¹ so muss dies erst recht für den Regelfall der anonymen Sozialbeziehungen – und zwar grundsätzlich jedweder Art – gelten.

Von nicht minderer Fragwürdigkeit erweist sich bei näherer Analyse der üblicherweise angebrachte Vorbehalt des eigenen verkehrsgerechten Verhaltens: Verstünde sich dieser im Sinne einer Art von „Verwirkung“ des Vertrauensschutzes und damit gleichsam als „Bestrafung“ des Verkehrsteilnehmers für die eigene Verkehrswidrigkeit, so käme das offensichtlich der unzulässigen Sanktion eines *versari in re illicita* gleich.⁴² Wäre bei jedweder Verkehrswidrigkeit, selbst wenn

³³ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, 2007, S. 104 ff.

³⁴ Siehe Duttge (Fn. 6) m.w.N.

³⁵ Die Hilfskräfte dürfen auch ihrerseits nicht „blind“ auf Anweisungen ihrer Vorgesetzten vertrauen, wenn deutliche Anhaltspunkte für einen schadensträchtigen Verlauf bestehen; zur Problematik zuletzt BGH, Urt. v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08 = BGHSt 53, 38 = NStZ 2009, 146 m. Bspr. Duttge, HRRS 2009, 145; Renczkowski, StV 2009, 443 richtig dagegen BGHSt 52, 159 m. Anm. Kühl: keine Entlastung eines Kfz-Werkstatteleiters, wenn Firmeninhaber Gefahr einer defekten Bremsanlage nicht ernst nimmt.

³⁶ Zuletzt BGH, Urt. v. 13.12.2006 – 5 StR 211/06 = MedR 2007, 304; siehe auch Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Fn. 23), § 140 Rn. 27.

³⁷ BGHSt 47, 224 m. krit. Bspr. Duttge, NStZ 2006, 266; Freund, NStZ 2002, 424.

³⁸ Zur Individualisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs näher Duttge, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 15 Rn. 94 ff. m.w.N.

³⁹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 144.

⁴⁰ Herzberg, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, S. 172.

⁴¹ So Sternberg-Lieben (Fn. 39), § 15 Rn. 151.

⁴² Duttge (Fn. 38), § 15 Rn. 142; zust. Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 226; Ro-

sie für den konkreten Geschehensverlauf keinerlei Auswirkung gehabt hätte, die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes gleichsam „gesperrt“, so würde sein Sinn damit gründlich verkannt.⁴³ Intendiert jene Bedingung aber lediglich eine Widerlegung des Vertrauendürfens in solchen Fällen, in denen das „verkehrswidrige Verhalten“ *erkennbar* Fehlreaktionen anderer provoziert und auf diese Weise eine „anomale Verkehrslage“⁴⁴ herbeiführt, dann manifestiert sich hierin nichts anderes als die allgemeine Begrenzung des Vertrauensgrundsatzes durch das Vorliegen „gegenteiliger konkreter Anhaltspunkte“.⁴⁵ Mit anderen Worten entbehrt jener Verwirkungssatz dann jedweder Funktion und zeigt sich damit als vollkommen überflüssig.⁴⁶

Nicht anders liegt es schließlich mit der dritten Einschränkung, der Ausrichtung des Vertrauensgrundsatzes auf das „ordnungsgemäße Verkehrsverhalten anderer“. Soweit hiermit auf „konkrete Sondernormen“ Bezug genommen werden soll, wird deren auch nach h.M. nur indizielle Bedeutung bei der Feststellung des fahrlässigkeitsspezifischen Verhaltensfehlers verkannt.⁴⁷ Denn sie regeln das menschliche Verhalten doch nicht um der Regulierung willen, sondern zur Ermöglichung eines schadlosen sozialen Lebens.⁴⁸ Sie repräsentieren nicht mehr und nicht weniger als das Ergebnis einer auf allgemeiner Erfahrung und Überlegung beruhenden umfassenden Voraussicht möglicher Gefahren; was man dem Einzelnen aber an Vertrauensschutz im konkreten Fall in Rechnung stellen kann, hängt letztlich allein von der je individuellen Situation ab.⁴⁹ Hierfür ist das soziale Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer (i.w.S.) zwar von notwendiger, aber keineswegs von hinreichender Bedeutung. Nicht weniger relevant für das Ausbleiben einer Rechtsgutsbeeinträchtigung ist, wie sich der Einzelne selbst in der konkreten Situation mit dem Verhalten der anderen abstimmt. Sinn eines wohlverstandenen Vertrauensgrundsatzes kann es daher nur

sein, die Sorgfaltspflicht selbst und nicht lediglich deren Ausnahmereich zu bestimmen,⁵⁰ also das Maß dessen sichtbar werden zu lassen, was einem jeden innerhalb des eigenbeherrschten Handlungsbereichs an Vorsicht und Zurückhaltung abverlangt werden kann.⁵¹

Bei einem solchen Verständnis wandelt sich der Vertrauensgrundsatz folgenreich in eine fundamentale „Metaregel zur Bestimmung derjenigen Gefahren, die der Täter in einer bestimmten Situation vorauszuberechnen und gegen die er Vermeidestrategien zu entwickeln hat“⁵². Vertrauen und Misstrauen stehen sich nunmehr – aber erst jetzt – als zwei funktional aufeinander bezogene und in dieser Funktion den Gehalt des Rechts bzw. des Unrechts bestimmende Äquivalente einander gegenüber, wobei das Misstrauen gleichsam „Kodifikationsprinzip des Rechts“ ist auf der Grundlage prinzipiellen Vertrauens.⁵³ Der in diesem Sinne grundlegend erweiterte Vertrauensgrundsatz findet seine Grenze immer erst dort, wo konkrete Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme vorliegen;⁵⁴ er bildet damit im Kontext des Fahrlässigkeitsdelikts nicht etwa bloß einen punktuellen Ausschnitt, sondern den gesamten Bereich des „erlaubten Risikos“ ab.⁵⁵ Was das umgekehrt für die Konstruktion des fahrlässigkeitspezifischen Verhaltensfehlers im Einzelnen zur Folge hat, lässt sich im hiesigen Rahmen nicht mehr näher ausbuchstabieren. Welches Grundverständnis von Recht und Rechtswissenschaft sich damit jedoch erfüllt, kann mit einem abschließenden Bonmot *Arthur Schopenhauers* unschwer verdeutlicht werden: „Wer die (Straf-)Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft begreift, deren Erkenntnisse dem Leben dienen sollen [...], der muss dafür sorgen, dass sich ihre Begriffe im Leben auch bewähren. [...] Jeder Begriff hat seinen Wert und sein Dasein in der, wenn auch sehr vermittelten Beziehung auf eine anschauliche Vorstellung; was von den Begriffen gilt, gilt auch von den aus ihnen zusammengesetzten Urteilen und von den ganzen Wissenschaften“. Echte Wissenschaft gewinnt ihre Probleme nicht aus abstrakten Überlegungen, sondern aus dem „Anblick der Welt“.⁵⁶

xin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 24.

⁴³ *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 12 Rn. 38; *Krümpelmann*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 289.

⁴⁴ *Roxin* (Fn. 42), § 24 Rn. 24.

⁴⁵ *Duttge* (Fn. 38), § 15 Rn. 142.

⁴⁶ Wie hier bereits *Krümpelmann* (Fn. 43), S. 289 (S. 292); *Niewenhuis*, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984, S. 125; *Puppe*, Jura 1998, 21 (23).

⁴⁷ Näher *Duttge* (Fn. 38), § 15 Rn. 113 ff., 135 ff.; siehe auch *Duttge*, GA 2003, 451 sowie zuletzt *Duttge*, Comparative Law Review (jap.) 43 (2009), 21.

⁴⁸ In dieser Grundsätzlichkeit natürlich unstrittig, deutlich wie hier *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7/35; noch immer treffend *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967, S. 107: „Geboten ist letztlich niemals das Vorschriftsmäßige, sondern – selbstverständlich – das Richtige“.

⁴⁹ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 155; *Krümpelmann* (Fn. 43), S. 289 (S. 305).

⁵⁰ *Puppe* (Fn. 49), Vor § 13 Rn. 166.

⁵¹ *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 189.

⁵² *Puppe* (Fn. 49), Vor § 13 Rn. 162.

⁵³ *Otto*, ZStW 87 (1975), 539 (560).

⁵⁴ *Duttge* (Fn. 38), § 15 Rn. 144.

⁵⁵ *Duttge* (Fn. 38), § 15 Rn. 139; zum „erlaubten Risiko“ aus der Perspektive eines individualisierten Fahrlässigkeitsmaßstabs jüngst *Duttge*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 133.

⁵⁶ *Schopenhauer*, in: von Löhneysen (Hrsg.), Sämtliche Werke, 5. Aufl. 1995, Bd. 1, Die Welt als Wille und Vorstellung, (1819), § 9 (S. 77 ff.) und § 14 (S. 108 ff.).

„Mehr Sicherheit für Häuslebauer“*

Strafbarkeit nach § 203 StGB bei Abtretung notleidender Forderungen durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute?

Von Prof. Dr. Jörg Eisele, Konstanz

I. Einleitung

Die Abtretung von Darlehensforderungen durch die in § 203 StGB genannten Berufsheimnisträger kann sich als problematisch erweisen, weil gemäß § 402 BGB der bisherige Gläubiger verpflichtet ist, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern.¹ Die Erfüllung der Auskunftspflicht durch den Zedenten gegenüber dem Zessionar kann demgemäß zur Offenbarung eines Geheimnisses i.S.d. § 203 StGB führen. Die strafrechtliche Problematik des Geheimnisschutzes bei der Forderungsabtretung im Bankensektor beschränkt sich dabei auf öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, da Organe sowie Mitarbeiter privater Banken und von Genossenschaftsbanken von vornherein nicht Angehörige einer der in § 203 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 StGB genannten Berufsgruppen sind,² wohingegen für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute eine Amtsträgereigenschaft nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB im Raum steht.³ Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen hat im Rahmen der Prüfung der Wirksamkeit einer Forderungsabtretung durch eine Sparkasse jüngst den Tatbestand des § 203 StGB verneint, weil durch die Offenlegung der zur Geltendmachung der Forderung notwendigen Informationen kein fremdes Geheimnis berührt sei.⁴

II. Wirtschaftlicher Hintergrund der vermehrten Abtretung von Forderungen

1. Ausgangslage

Die Veräußerung von sog. notleidenden, insb. gekündigten oder jederzeit kündbaren Krediten⁵ (Non Performing Loans –

NPLs) ist in Deutschland seit etwa dem Jahr 2004 verstärkt in das Blickfeld wirtschaftlicher Tätigkeit getreten.⁶ Ab diesem Zeitpunkt traten spezialisierte Fonds auf dem Markt auf, die im Ankauf notleidender Kredite ein attraktives Geschäftsmodell sahen.⁷ Das Volumen notleidender Kredite wurde im Jahr 2004 allein in Deutschland auf ca. 300 Milliarden Euro veranschlagt.⁸ Auch ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass im Zuge der weltweiten Wirtschaftskrise durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung⁹ in Deutschland die Möglichkeit zur Einrichtung sog. „Bad Banks“ geschaffen wurde, an die von der zu sanierenden Bank notleidende Kredite aus ihrem Gesamtportfolio verkauft und abgetreten werden können.

2. Vorteile für Veräußerer und Erwerber

Die Abtretung notleidender Kredite kann dabei sowohl für den Veräußerer als auch den Erwerber wirtschaftlich attraktiv sein.¹⁰ Für das veräußernde Kreditinstitut können Vorteile nicht nur darin liegen, dass das Kreditrisiko nun beim Erwerber liegt, sondern auch darin, dass nach den Basel II-Vorschriften¹¹ bzw. dem KWG höheres Eigenkapital zur Risikoabdeckung vorgehalten werden muss. Ferner kann die Profitabilität des Unternehmens erhöht und Liquidität für neue Projekte geschaffen werden. Letztlich erzielt das Kreditinstitut auch eine Arbeitsentlastung, wenn zeitintensive Verhandlungen mit dem Kunden über notleidende Kredite entfallen und Sicherheiten nicht mit großem Aufwand durch das Kreditinstitut verwertet werden müssen. Im Gegenzug erwirbt der Erwerber die Forderungen zu einem deutlich unter dem ursprünglichen Wert liegenden Preis und hält zudem

* „Mehr Sicherheit für Häuslebauer“; so die Überschrift einer Pressemitteilung des BMJ vom 23.1.2008 zum Risikobegrenzungsgesetz; vgl. auch unten Fn. 22.

¹ Anders kann dies lediglich bei einer stillen Zession sein, bei der zwar die Forderung abgetreten wird, der Zedent jedoch aufgrund einer Einziehungsermächtigung die Kreditabwicklung weiterhin vornimmt, so dass es einer Datenweitergabe nicht bedarf; näher *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (274).

² Vgl. BGHZ 171, 180 (186), BGHZ 183, 60 (63); ferner *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1542); *Nobbe*, ZIP 2008, 96 (100); *Vollborth*, Forderungsabtretung durch Banken im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, 2007, S. 143 ff. Für eine Einbeziehung privater Kreditinstitute plädiert freilich *Tiedemann*, in: *Hirsch/Wolter/Brauns* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, 2003, S. 307 (S. 311).

³ Offen gelassen von BGHZ 183, 60 (63).

⁴ BGHZ 183, 60 (64 ff.).

⁵ Zur Unterscheidung verschiedener Fallgruppen *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342; ferner *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271; *Dörrie*, ZBB 2008, 292; *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273.

⁶ Die Immobilienkrise und die damit verbundene Bankenkrise in den USA beruhten hingegen darauf, dass eine Vielzahl von Hypothekendarlehen mit unsicherer Bonität und unzureichenden Sicherheiten (sog. subprime loans) gewährt wurde. Die Immobilienfinanzierer minimierten ihr Risiko, indem sie diese Kredite an Großanleger veräußerten, die diese wiederum in verschiedene Finanzprodukte einfließen ließen.

⁷ Zu den Transaktionsstrukturen im Einzelnen *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (272); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (98 f.).

⁸ Vgl. <http://www.finance-magazin.de/npl/ausgabe02> (Stand 9.5.2011). Andere Zahlen gehen von zumindest 160 Milliarden Euro im Jahr 2006 aus; näher *Schulz/Schröder*, DZWIR 2008, 177.

⁹ Vgl. BGBl. I 2009, S. 1980.

¹⁰ Näher *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (272); *Nobbe*, ZIP 2008, 96 f.

¹¹ Vgl. Richtlinie 2006/48/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EU v. 30.6.2006, Nr. L 177, S. 1 und Richtlinie 2006/49/EG über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. EU v. 30.6.2006, Nr. L 177, S. 201.

regelmäßig eine Infrastruktur vor, die eine effektive Geltendmachung der Forderung bzw. Verwertung der Sicherheiten ermöglicht. Anders als ein ortsansässiges Kreditinstitut, das ggf. um seinen Ruf in der Öffentlichkeit fürchten muss, wird es seine Rechte ohne größere Verhandlungen zügig geltend machen.¹²

3. Nachteile für Kreditnehmer

Während also für das veräußernde Kreditinstitut und für den Erwerber die Forderungsabtretung mit gewichtigen Vorteilen verbunden sein kann, führt dies für den Kreditnehmer regelmäßig zu erheblichen Nachteilen. So ist es gerade bei langfristigen Kreditbeziehungen für den Darlehensnehmer wichtig, einen Vertragspartner auszuwählen und zu behalten, der sein Vertrauen genießt.¹³ Zwar bleiben dem Kreditnehmer die gegenüber dem Darlehensgeber bestehenden Einwendungen gegen die Forderung nach § 404 BGB erhalten.¹⁴ Jedoch liegt das Interesse des Erwerbers praktisch ausschließlich in der Verwertung der Forderung, während es – anders als bei der Hausbank – auf den Ruf des Schuldners und den Erhalt einer ggf. langjährigen Kundenbeziehung regelmäßig nicht ankommt.¹⁵ Allenfalls wenn der Erwerber die Forderung zu einem recht geringen Prozentsatz ankauft, kann mitunter für den Schuldner noch ein gewisser Verhandlungsspielraum bestehen, weil der Erwerber u.U. auch bei einer bloßen Teilzahlung noch einen Gewinn realisieren kann. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass für den Kreditnehmer weitere Schwierigkeiten entstehen können, wenn etwa eine Anschlussfinanzierung ganz abgelehnt oder diese nur noch zu ungünstigen Zinssätzen angeboten wird.

III. Die Rechtsprechung in Zivilsachen zur Wirksamkeit der Abtretung einer Darlehensforderung

Eine große Anzahl von Entscheidungen, die sich mit dem Tatbestand des § 203 StGB im Rahmen von Forderungsabtretungen beschäftigen, ist zivilrechtlicher Natur und betrifft die Problematik, ob die Abtretung wirksam ist oder aus § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts folgt. Dabei ist von vornherein zu beachten, dass nicht jeder Verstoß gegen das Verbotsgesetz die Nichtigkeit der Abtretung nach sich zieht,¹⁶ so dass trotz sich überschneidender Argumente die Beantwortung der Fragen nach der Strafbarkeit und der Nichtigkeit nicht zwingend gleichlaufen. Aller-

dings muss man sehen, dass die Bejahung einer Strafbarkeit nach § 203 StGB – auch wenn man daraus keine Nichtigkeit der Abtretung folgern möchte – de facto ein Abtretungsverbot darstellt, da sich der Zedent kaum der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen wird. Blickt man zunächst auf die zivilrechtliche Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Abtretung, so ist zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zu differenzieren.

1. Abtretung durch private Kreditinstitute

Das OLG Frankfurt bejahte im Jahre 2004 in einer Entscheidung einen stillschweigenden Ausschluss der Abtretung einer Darlehensforderung durch ein privates Kreditinstitut nach § 399 Var. 2 BGB. Zur Argumentation verwies es vornehmlich auf das Bankgeheimnis, das nach allgemeiner Ansicht – auch ohne dass es ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbart worden ist – zivilrechtliche Nebenpflicht des Bankvertrages ist.¹⁷ Nach Ansicht des OLG Frankfurt wird dieses Bankgeheimnis aber durch die Offenbarung von Informationen im Rahmen der Abtretung und der Erfüllung der Auskunftspflicht nach § 402 BGB verletzt. Diese Entscheidung hat freilich weder in der zivilrechtlichen Rechtsprechung noch im Schrifttum entscheidend Gefolge gefunden. Vielmehr entschied der Bundesgerichtshof im Jahre 2007, dass die dingliche Abtretung einer Darlehensforderung durch eine Raiffeisenbank, die der Zwischenfinanzierung des Kaufs einer Eigentumswohnung diene, wirksam sei. Eine (stillschweigende) Einigung über einen Abtretungsausschluss von Kreditforderungen könne nicht angenommen werden, da dies – auch für den Kunden erkennbar – den berechtigten Interessen der Bank widerstrebe; Kreditinstitute seien an einer freien Abtretbarkeit zum Zwecke der Refinanzierung und der Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert.¹⁸ Ebenso wenig könne aus der dem schuldrechtlichen Bankgeheimnis entspringenden Verschwiegenheitspflicht ein vertraglicher Abtretungsausschluss gefolgert werden. Bei Verletzung dieser Verschwiegenheitspflicht entstünden allenfalls schuldrechtliche Schadensersatzansprüche.¹⁹ Letztlich verstoße die Abtretung auch nicht gegen ein gesetzliches Abtretungsverbot nach § 134 BGB, da die Vorschriften des Bundesdatenschutzge-

¹² Bredow/Vogel, BKR 2008, 271 (272).

¹³ So ausdrücklich BT-Drs. 16/9821, S. 12.

¹⁴ Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, können dem Erwerber der Grundschuld auch bei Gutgläubigkeit entgegengesetzt werden, vgl. § 1192 Abs. 1a BGB.

¹⁵ Vgl. auch Nobbe, ZIP 2008, 96 (97).

¹⁶ Vgl. BGHZ 93, 264 (267); BGHZ 115, 123 (125); BGHZ 143, 283 (286); näher Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011, § 134 Rn. 22a.

¹⁷ OLG Frankfurt NJW 2004, 3266; zur Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich kundenbezogener Tatsachen und Wertungen, die aufgrund der Geschäftsbeziehung bekannt werden, BGHZ 27, 241 (246); BGHZ 166, 84 (91 ff.); BGHZ 171, 180 (184 f.); BGHZ 183, 60 (64); vgl. auch Bruchner/Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 39 Rn. 7. Ausführlich zu den Grundlagen des Bankgeheimnisses Cahn, WM 2004, 2041 (2042 ff.); Nobbe, WM 2005, 1537 (1538).

¹⁸ Vgl. BGHZ 171, 180 (184); OLG Köln WM 2005, 2385 (2386); LG Frankfurt a.M. WM 2005, 1120 (1123 f.); LG Koblenz WM 2005, 30 (32); Cahn, WM 2004, 2041 (2048); Langenbucher, BKR 2004, 333; Nobbe, WM 2005, 1537 (1541); Nobbe, ZIP 2008, 97 (100); anders aber Koch, BKR 2006, 182 (192); Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472; Stoll, DZWir, 2010, 139 (140 f.).

¹⁹ BGHZ 171, 180 (185 f.).

setzes dem nicht entgegenstünden.²⁰ Lediglich klarstellend sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass Mitarbeiter privater Banken nicht in den Anwendungsbereich des § 203 StGB fallen.²¹

Freilich erschöpft diese Argumentation die neuere zivilrechtliche Rechtslage nicht vollständig. So sind nach Art. 247 § 9 EGBGB²² bestimmte Mitteilungspflichten bei Immobiliendarlehensverträgen gemäß § 503 BGB zu beachten. Die vorvertragliche Information muss dabei einen deutlich gestalteten Hinweis darauf enthalten, dass der Darlehensgeber Forderungen aus dem Darlehensvertrag ohne Zustimmung des Darlehensnehmers abtreten und das Vertragsverhältnis auf einen Dritten übertragen darf, soweit nicht die Abtretung im Vertrag ausgeschlossen wird oder der Darlehensnehmer der Übertragung zustimmen muss. Der Gesetzgeber hat diese Informationspflichten aufgenommen, weil gerade bei Immobiliendarlehensverträgen das Vertrauen der Vertragspartner in eine längerfristige Bindung von Bedeutung ist und Darlehensnehmer von Abtretungen und Übertragungen überrascht werden können.²³ Ausgangspunkt dieser Regelung ist damit aber, dass Forderungen aus Immobiliendarlehensverträgen grundsätzlich abtretbar sind, der Verbraucher aber durch Belehrung vor einer Überrumpelung zu schützen ist.²⁴ In dieselbe Richtung geht die Vorschrift des § 354a HGB. Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 BGB ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts, so ist die Abtretung trotz vertraglichen Abtretungsausschlusses wirksam, § 354a Abs. 1 HGB. Dagegen soll nach § 354a Abs. 2 HGB im Falle eines vereinbarten Abtretungsverbotes keine wirksame Abtretung vorliegen, wenn es sich um eine Darlehensforderung handelt, deren Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist, wozu auch öffentlich-rechtliche Sparkassen gehören. Auch aus diesen Regelungen folgt, dass eine Abtretung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute grundsätzlich möglich ist, sofern nicht ausnahmsweise ein Abtretungsverbot vereinbart wurde.²⁵ Auch würde § 354a HGB wenig Sinn machen, wenn nach dessen Abs. 1 eine Abtretung trotz Abtretungsausschlusses zwar wirksam wäre, dann aber an einem gesetzlichen Abtretungsverbot nach § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB scheitern würde.²⁶ Zudem ist der Vorschlag eines § 16 KWG, der Kreditinstitute verpflicht-

et, Kredite mit vertraglich vereinbartem Abtretungsverbot („abtretungsresistente Kredite“) anzubieten, nicht Gesetz geworden.²⁷ Schließlich bestätigt auch ein Blick auf die europäische Verbraucherkreditrichtlinie²⁸ dieses Ergebnis, da deren Art. 17 die Abtretbarkeit von Kreditforderungen ebenfalls voraussetzt.

2. Abtretung durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute

In dem vom Bundesgerichtshof in Zivilsachen im Jahre 2009 entschiedenen Fall²⁹ trat der Vorstand einer Sparkasse – einer Anstalt des öffentlichen Rechts – Darlehensforderungen der Kunden im Rahmen des Verkaufs eines Kreditportfolios mit einem Volumen von ca. 30 Millionen Euro an ein ausländisches Kreditinstitut ab. Das OLG Schleswig³⁰ als Vorinstanz bejahte die Wirksamkeit der Abtretung, weil eine Nichtigkeit zu einer Beschränkung und damit zu einem Verstoß gegen den freien Kapital- und Zahlungsverkehr nach Art. 63 AEUV (Art. 56 EGV a.F.)³¹ führe. Dies soll selbst dann gelten, wenn man eine Strafbarkeit nach § 203 StGB unterstelle.³² Obgleich das OLG Schleswig damit die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Abtretung von der Frage der Strafbarkeit nach § 203 StGB deutlich entkoppelt,³³ nimmt es dennoch dazu umfassend Stellung. Dabei geht es zwar von der Amtsträgereigenschaft von Sparkassenvorständen nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB aus und sieht in der Preisgabe von Bankdaten die Offenbarung eines Geheimnisses,³⁴ nimmt aber an, dass diese nicht „unbefugt“ i.S.d. § 203 StGB sei.³⁵

²⁷ Vgl. noch BT-Drs. 16/9821, S. 12, wobei davon ausgegangen wurde, dass diese Kredite zu anderen Zinssätzen angeboten werden; dazu *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (293).

²⁸ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EU v. 22.5.2008 Nr. L 133, S. 66; vgl. auch Erwägungsgrund 41.

²⁹ BGHZ 183, 60.

³⁰ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2105 f.).

³¹ Der Transfer von Vermögenswerten fällt hingegen nicht unter den freien Warenverkehr nach Art. 28 ff. AEUV; vgl. EuGH, Urt. v. 23.11.1978 – Rs. 7/78 (Thompsons) = Slg. 1978, 2247; EuGH, Urt. v. 23.2.1995 – Rs. C-358/93 (Bordessa) und C-416/93 u.a. = Slg. 1995, I-361 Rn. 12; dazu auch *Hailbronner/Jochum*, Europarecht, Bd. 2, 2006, Rn. 671.

³² OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2106).

³³ Es ist zu beachten, dass der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz ohnehin nicht zwingend die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht; vgl. bereits Fn. 16.

³⁴ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2106 ff.); so bereits BGHSt 31, 264; OLG Hamm NJW 1981, 695.

³⁵ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2107 f.); ferner *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342 (346 f.); *Gehrlein*, Die Veräußerung und Übertragung eines Kreditportfolios unter Berücksichtigung der Übertragungsstrukturen, des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes, 2007, S. 141 f.; *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (274 f.); *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486

²⁰ BGHZ 171, 180 (187 ff.).

²¹ Vgl. schon oben I.

²² Zuvor in § 492 Abs. 1a S. 3 BGB geregelt; näher zu den Neuregelungen zur Verbesserung des Schuldner- und Verbraucherschutzes bei Abtretung und beim Verkauf von Krediten *Dörrie*, ZBB 2008, 292; *Koch*, ZBB 2008, 232.

²³ Vgl. BT-Drs. 16/9821, S. 14 f.

²⁴ Anders aber *Wolfsteiner*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3, 14. Aufl. 2002, § 1153 BGB Rn. 19 f.; *Stoll*, DZWir, 2010, 139 (141), wonach ein stillschweigender Abtretungsausschluss anzunehmen sein soll.

²⁵ Dazu auch *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (276).

²⁶ Dazu auch *Cahn*, WM 2004, 2041 (2048).

Maßgeblich hierfür soll sein, dass öffentlich-rechtliche Kreditinstitute gegenüber privaten Kreditinstituten aufgrund des Willkürverbots nicht schlechter gestellt werden dürften.³⁶ Der Bundesgerichtshof ließ hingegen sowohl die Frage der Amtsträgereigenschaft als auch diejenige der Unbefugtheit der Offenbarung offen.³⁷ Er vertrat vielmehr die Auffassung, dass in solchen Fällen bereits kein fremdes Geheimnis i.S.d. § 203 Abs. 2 StGB berührt sei. Da private Kreditinstitute in den Schutzbereich des Abs. 1 nicht einbezogen seien, müsse das aus Gründen der Gleichbehandlung auch für Abs. 2 bei Abtretungen durch öffentlich-rechtlich organisierte Sparkassen oder Landesbanken gelten. Der Begriff des Geheimnisses müsse bei § 203 StGB demnach einheitlich verstanden werden. Die Möglichkeit der Abtretung diene der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und somit einem für die Privatrechtsordnung wesentlichen Allgemeinbelang. Zudem erhalte der Zessionar nur solche Informationen, die zur Geltendmachung der Forderung notwendig seien, nicht aber umfassende Informationen über Kontoinhalte und Kontobewegungen, die eine erhebliche Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen des Schuldners darstellen könnten.

III. Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung: Geschütztes Rechtsgut des § 203 StGB

§ 203 StGB schützt in erster Linie das Individualinteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen des Anvertrauten.³⁸ Das Recht des Einzelnen selbst zu entscheiden, ob und in welchem Umfang Dritte Geheimnisse offenbaren dürfen, folgt aus dem in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG verfassungsrechtlich verankerten Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Nur mittelbar erfasst wird hingegen das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Angehörigen bestimmter Berufe,³⁹ wie etwa das ärztliche Berufsgeheimnis im Interesse einer funktionsfähigen ärztlichen Gesundheitspflege. Entsprechend ist auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die

Verschwiegenheit von Amtsträgern und damit die Funktionsfähigkeit der Verwaltung in Abs. 2 nur mittelbar geschützt.⁴⁰ Für einen solchen vorrangigen Individualschutz spricht, dass der Geheimnisträger über das Geheimnis disponieren und daher ein tatbestandsausschließendes Einverständnis erteilen kann;⁴¹ ferner sieht § 53 Abs. 2 S. 1 StPO die Möglichkeit der Entbindung von der Schweigepflicht vor. Das in § 205 StGB normierte Strafantragsrecht⁴² sowie die in § 160a StPO verankerten Erhebungs- und Verwendungsverbote bestätigen ebenfalls, dass die individualrechtliche Komponente das Schutzgut maßgeblich prägt. Entscheidend ist letztlich, dass der Geheimnisträger mit dem Anvertrauen von Geheimnissen den Angehörigen der in § 203 StGB genannten Berufsgruppen, die bei ihrer Tätigkeit typischerweise mit Geheimnissen in Berührung kommen und in die Privatsphäre eindringen,⁴³ besonderes Vertrauen entgegenbringt.⁴⁴

IV. Restriktive Auslegung des Geheimnisbegriffs

Wie bereits oben erwähnt, legt der Bundesgerichtshof in Zivilsachen den Begriff des Geheimnisses bei der Offenbarung von Informationen im Zusammenhang mit der Abtretung von Darlehensforderungen restriktiv aus und verneint daher den Tatbestand des § 203 StGB.⁴⁵ Freilich muss man sehen, dass nach in der Strafrechtswissenschaft allgemein anerkannten Grundsätzen der Geheimnisbegriff weit verstanden wird: Geheimnisse sind demnach alle Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung der Geheimnisträger ein sachlich begründetes Interesse hat.⁴⁶ Grundsätzlich werden daher Tatsachen jedweder Art – unabhängig von dem Lebensbereich, auf den sie sich beziehen – erfasst.⁴⁷ Das in § 203 StGB genannte, zum persönlichen Lebensbereich gehörende Geheimnis sowie das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis sind dabei nur als Beispiele („namentlich“) zu verstehen. Erst recht muss es sich nicht um intime Informationen bzw. solche, die zum höchstpersönlichen Lebensbereich⁴⁸ gehören, handeln. Der Ge-

(1489); *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (180 ff.); *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (377 ff.).

³⁶ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2107 f.).

³⁷ BGHZ 183, 60 (63 f.).

³⁸ So auch BGHZ 115, 123 (125); BGHZ 122, 115 (117); BGHZ 183, 60 (65 f.); OLG Hamburg NSTz 1998, 358; *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 8 Rn. 29; *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 203 Rn. 2; *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 203 Rn. 1; *Schünemann*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2008, § 203 Rn. 14; *Cierniak*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 203 Rn. 5; *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 203 Rn. 3.

³⁹ Vgl. BGH NJW 1968, 2288 (2290); für einen Vorrang des sozialrechtlichen Schutzes aber z.B. OLG Köln NSTz 1983, 412 f.; *Henssler*, NJW 1994, 1817 (1820); *Lenckner*, NJW 1964, 1190.

⁴⁰ Wie hier *Bosch*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 203 Rn. 1; für einen Vorrang des Allgemeininteresses bei Abs. 2 hingegen *Hilgendorf* (Fn. 38), § 8 Rn. 29.

⁴¹ Näher *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 3.

⁴² Zu diesem Argument BGHZ 115, 123 (125); *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 203 Rn. 3.

⁴³ *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 15; *Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 203 Rn. 3.

⁴⁴ Vgl. *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 3.

⁴⁵ S. schon II. 2; BGHZ 183, 60 (64 f.); *Jaeger*, Zeitschrift für Immobilienrecht 2010, 67 (68).

⁴⁶ OLG Celle NJW 2001, 1957 (1958); OLG Frankfurt NSTz-RR 2005, 235; *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 203 Rn. 14; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 5.

⁴⁷ *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 203 Rn. 14; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 9.

⁴⁸ Vgl. die Terminologie in § 201a StGB und hierzu *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 201a Rn. 9.

heimnisbegriff erfährt nur insoweit eine Einschränkung, als der Geheimnisträger an der Geheimhaltung ein verständliches Interesse haben muss.⁴⁹ Dabei kommt es nicht auf ein objektiv verständliches bzw. berechtigtes Interesse an, vielmehr soll das Merkmal lediglich der Abgrenzung zur reinen Willkür dienen.⁵⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch noch darauf, dass es für das tatbestandliche Offenbaren eines Geheimnisses ohne Bedeutung ist, ob der Empfänger seinerseits schweigespflichtig ist.⁵¹

Von diesem Standpunkt aus überzeugt die Verneinung des Geheimnisbegriffs durch den Bundesgerichtshof in der oben genannten Entscheidung nicht. Dass der Zessionar nur solche Informationen erhält, die zur Geltendmachung der Forderung notwendig sind, besagt nichts darüber, ob der Geheimnisträger auch an diesen ein sachlich verständliches Interesse hat. Vielmehr ist es naheliegend, dass aus Sicht des Kreditnehmers alle Informationen, die – wie Name und Adresse, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, Grundlage und Höhe des Anspruchs⁵² – im Zusammenhang mit der Kreditgewährung stehen und dem oben beschriebenen Bankgeheimnis unterfallen,⁵³ ein schutzwürdiges Geheimnis darstellen.⁵⁴ So kann allein die Tatsache des Bestehens einer Geschäftsbeziehung, die Aufnahme eines Kredits oder der Umstand wirtschaftlicher Schwierigkeiten ein Geheimnis darstellen. Auch ist zu beachten, dass im Einzelfall weitere Informationen offen gelegt werden können und sich – je nachdem, auf welche Schwierigkeiten die Geltendmachung des Anspruchs stößt – erweiterte Auskunftspflichten ergeben können.⁵⁵ Dass Informationen im Zusammenhang mit Kreditvergaben als Geheimnisse schutzwürdig sein können, wird letztlich auch durch die Strafvorschrift des § 55b KWG bestätigt, die die Offenbarung bestimmter Angaben, die ein Kreditinstitut von der Bundesbank erhalten hat, pönalisiert.⁵⁶

⁴⁹ RGSt 26, 5 (6); OLG Köln NJW 2000, 3656; s.a. OLG Hamm NJW 2001, 1957; *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 11, 18; *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 19, der neben dem Geheimhaltungsinteresse als weitere, eigenständige Voraussetzung den Geheimhaltungswillen nennt; *Kargl* (Fn. 43), § 203 Rn. 4 stellt ausschließlich auf den Willen des Geheimnisträgers ab.

⁵⁰ *Fischer* (Fn. 38), § 203 Rn. 6; *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 27; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 7.

⁵¹ BGHZ 115, 123 (128 f.); BGHZ 116, 268 (272); BayObLG NJW 1995, 1623; *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 42; *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 49.

⁵² Zu den nach § 402 BGB geschuldeten Informationen *Cahn*, WM 2004, 2041 (2046).

⁵³ Vgl. oben III. 1.

⁵⁴ So auch *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 92; *Haas/Fischera*, NZG 2010, 457 (458); *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273; *Schalast/Saffran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1487); *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (178); *Sester/Glos*, DB 2008, 375 (376); *Stoll*, DZWir, 2010, 139 (143).

⁵⁵ *Roth*, in: *Rebmann u.a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl. 2007, Bd. 2, § 402 Rn. 5; *Schulz/Magarin*, DZWir 2010, 154 (155).

⁵⁶ Dazu auch *Tiedemann* (Fn. 2), S. 314 ff. Vgl. etwa auch § 25 Abs. 4 S. 3 und S. 4 Sparkassengesetz Baden-Württem-

bergs, das eine Verschwiegenheitspflicht des Vorstandes hinsichtlich der Verhältnisse ihrer Kunden enthält.⁵⁷ Zudem muss man sehen, dass die Auslegung durch den Bundesgerichtshof zu einer Relativierung des Geheimnisbegriffes im Bereich des Kreditwesens führt, da für andere Bereiche – etwa die Abtretung von Arzt- oder Rechtsanwaltsforderungen – einhellig anerkannt ist, dass im Rahmen von Forderungsabtretungen Geheimnisse offenbart werden und es letztlich maßgeblich auf die Frage der Unbefugtheit ankommt.⁵⁸ Besonders deutlich wird dies, wenn die Darlehensforderung nicht im Rahmen eines Gesamtportfolios an einen für den Kreditnehmer mehr oder weniger anonymen Fonds, sondern von einer lokalen Sparkasse an eine Privatperson abgetreten würde. Dass eine solche Korrektur des Geheimnisbegriffs wenig überzeugend ist, zeigt sich für den Bereich des öffentlichen Dienstes zudem daran, dass § 203 Abs. 2 S. 2 StGB den Schutzbereich sogar erweitert und neben Geheimnissen auch Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einbezieht.

V. Amtsträgereigenschaft

Zentrale Bedeutung erlangt daher die vom Bundesgerichtshof offen gelassene Frage, inwieweit Vorstände und Mitarbeiter von Sparkassen als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen sind. Diese sind zunächst weder Beamte i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB, noch stehen sie in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB,⁵⁹ weil Voraussetzung für Letzteres ist, dass ein beamtenähnliches Dienst- und Treueverhältnis im Bereich der Exekutive besteht.⁶⁰ In Betracht kommt damit lediglich eine Amtsträgerstellung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Erfasst werden hiervon Personen, die sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Da Sparkassen keine Behörden im organisatorischen Sinne sind, kommen diese nur als „sonstige Stellen“ in Betracht.⁶¹ Dies setzt voraus, dass sie rechtlich dazu befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und der Erfüllung öffentlicher Aufga-

berg, das eine Verschwiegenheitspflicht des Vorstandes hinsichtlich der Verhältnisse ihrer Kunden enthält.

⁵⁷ BVerfG NJW 2007, 3707.

⁵⁸ BGHZ 115, 123 (125 ff.); BGHZ 116, 268 (272 ff.); BGHZ 122, 115 (117 ff.); *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 100 ff.; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 24a ff.

⁵⁹ *Heinrich*, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, 2001, S. 678; a.A. – freilich ohne Begründung – *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel*, *Kommentar zum Sparkassengesetz, Das Sparkassenrecht in Baden-Württemberg*, 7. Aufl. 2006, § 19 Anm. III 7.

⁶⁰ *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 11 Rn. 5; *Radtke*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 38), § 11 Rn. 26; ausf. *Heinrich* (Fn. 59), S. 350 ff.

⁶¹ Vgl. auch BT-Drs. 7/550, S. 208; *Hellmann*, *wistra* 2007, 281 (283).

ben mitzuwirken.⁶² Eine öffentliche Aufgabenwahrnehmung in diesem Sinne liegt vor, wenn diese aus der Staatsgewalt abgeleitet ist und den Interessen des Staates dient.⁶³ Neben Tätigkeiten der Eingriffsverwaltung wird auch die der Leistungsverwaltung zuzuordnende Daseinsvorsorge erfasst.⁶⁴

1. Die Rechtsprechung zur Amtsträgereigenschaft

Schon das Reichsgericht hatte die Amtsträger- bzw. genauer die Beamteneigenschaft i.S.d. § 359 StGB a.F.⁶⁵ für Angestellte von Gemeindeparkassen bejaht, da die Aufgabe der Sparkassen „den Sparsinn zu fördern und zur sicheren Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern Gelegenheit zu geben“, aus der Staatsgewalt abzuleiten sei und dem Staatszweck diene.⁶⁶ Der BGH hatte später im Falle „Poullain“ über die Amtsträgereigenschaft des Vorstandsvorsitzenden der Westdeutschen Landesbank zu entscheiden,⁶⁷ die als Staats- und Kommunalbank, Sparkassenzentralbank, aber auch als Geschäftsbank mit üblichen Bankgeschäften tätig wurde. Zunächst bejahte der BGH die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung für den Bereich der Staats- und Kommunalbank sowie der Sparkassenzentralbank, da die Bank z.B. bei der regionalen Wirtschaftsförderung und bei Arbeitssicherungsprogrammen mitwirke und damit der öffentlichen Daseinsvorsorge diene.⁶⁸ Bei unterschiedlichen, organisatorisch und bilanzmäßig trennbaren Aufgaben müsse die Amtsträgereigenschaft freilich jeweils gesondert geprüft werden.⁶⁹ Für Vorstandsmitglieder bejaht er eine Amtsträgereigenschaft aber auch für Tätigkeiten auf dem Geschäftsbankensektor, da eine klare Abgrenzung der Geschäftsbereiche nicht möglich sei.⁷⁰ Denn der Vorstand sei

im Sinne einer Gesamtverantwortung grundsätzlich für alle Geschäfte zuständig.⁷¹ Er habe dabei in allen Bereichen das Gemeinwohl zu berücksichtigen, da Sparkassen den Auftrag hätten, „den Sparsinn zu fördern und zur sicheren Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern Gelegenheit zu geben“.⁷²

2. Analyse der Rechtsprechung

Analysiert man die jüngere Rechtsprechung zur Amtsträgereigenschaft, so fällt zunächst auf, dass sich die meisten Entscheidungen mit Tätigkeiten im Rahmen privatrechtlicher Organisationsformen befassen. Eine Amtsträgereigenschaft im Rahmen einer sonstigen Stelle nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB kommt in diesen Fällen nach h.M. nur in Betracht, wenn Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden und Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen. Dies soll der Fall sein, wenn die privatrechtliche Organisation wesentlich vom Staat gesteuert und kontrolliert wird und daher im Wege einer Gesamtbeurteilung als „verlängerter Arm des Staates“ erscheint.⁷³ Seltener erörtert wird hingegen die Frage, ob trotz öffentlich-rechtlicher Organisationsform die Amtsträgereigenschaft zu verneinen sein kann. Dabei steht der Amtsträgereigenschaft jedenfalls nicht von vornherein entgegen, dass mit dem Betreffenden ein privatrechtlicher Anstellungsvertrag geschlossen wird,⁷⁴ weil es weniger auf die Beurteilung des Anstellungsverhältnisses als auf die konkrete öffentliche Aufgabenteilung ankommt.⁷⁵ Ebenso wie bei privatrechtlicher Organisationsform in der Regel die Amtsträgereigenschaft zu verneinen ist, soweit diese nicht ausnahmsweise als „verlängerter Arm des Staates“ erscheint, ist nach Ansicht des BGH der

⁶² BGHSt 43, 370 (376 f.); BGHSt 49, 214 (219); BGHSt 54, 39 (41); BGHSt 54, 202 (208).

⁶³ BGHSt 37, 191 (194); BGHSt 38, 199 (201); BGH NJW 1991, 367; BGH NJW 1983, 2509 (2510); *Dingeldey*, NStZ 1984, 501; *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 11 Rn. 9.

⁶⁴ BGH NJW 2010, 784 (786); *Fischer* (Fn. 38), § 11 Rn. 22; *Hecker*, JuS 2010, 828 (829); *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 11 Rn. 9; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 38), § 11 Rn. 21.

⁶⁵ Der Begriff des Amtsträgers soll sachlich im Wesentlichen mit dem früher in § 359 StGB verwendeten Begriff des Beamten übereinstimmen; vgl. BT-Drs. 7/550, S. 208; BGHSt 38, 199 (201).

⁶⁶ RG JW 1928, 1305.

⁶⁷ BGHSt 31, 264.

⁶⁸ BGHSt 31, 264 (271); vgl. auch BVerwG DÖV 1972, 350 (351). Nach *Heinrich* (Fn. 59), S. 680, gehört dies nicht zur Daseinsfürsorge; jedoch sind andere Bereiche der Leistungsverwaltung – wie Förderungsverwaltung oder Bedarfsverwaltung (zur Deckung des Kreditbedarfs des Landes und der Gemeinden) – mit einbezogen.

⁶⁹ BGHSt 31, 264 (269 ff.); anders die 1. Instanz LG Münster ZIP 1982, 679.

⁷⁰ Die Amtsträgereigenschaft ferner bejahend BGHSt 24, 218 – Leiter und Kassierer der Zweigstelle einer Kreissparkasse; *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342 (346); *Fischer* (Fn. 38), § 203 Rn. 24; *Geerds*, JR 1983, 465 (466); *Heinrich* (Fn. 59), S. 678

ff.; *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, § 11 Rn. 53; *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 92; *Kargl* (Fn. 43), § 203 Rn. 42; *Otto*, wistra 1995, 323 (327 f.); *Schmidt*, ZIP 1983, 1038 (1040); *Eser/Hecker* (Fn. 64), § 11 Rn. 21; *Sester/Glos*, DB 2005, 375 f.; *Wagner*, JZ 1987, 594 (597); nur für Sparkassen *Dingeldey*, NStZ 1984, 503; *Oebbecke*, DVBl. 1981, 230 (231). Gegen eine Amtsträgereigenschaft *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (294); *Haas/Fischera*, NZG 2010, 457 (458); *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (274); *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 71; *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1542 f.); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (101); *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1488 f.); *Schulz/Schröder*, DZWIR 2008, 177 (179 f.); *Vollborth* (Fn. 2), S. 152 ff.

⁷¹ Vgl. auch § 23 Abs. 1 S. 3 Sparkassengesetz Baden-Württemberg.

⁷² BGHSt 31, 264 (271); ferner die Vorinstanz OLG Hamm NJW 1981, 695 (696) und bereits RG JW 1928, 1305. Dazu, dass Sparkassen Teil der staatlichen Daseinsvorsorge sind, vgl. BVerwGE 41, 195 (196); BVerwG DÖV 1972, 350 (351).

⁷³ BGHSt 43, 370 (377); BGHSt 49, 214 (219); BGHSt 50, 299 (303); BGHSt 52, 290 (294); vgl. auch BGHSt 38, 199 (203). Kritisch zum Kriterium der organisatorischen Eingliederung *Ransiek*, NStZ 1998, 564 (565).

⁷⁴ BGHSt 31, 264 (277).

⁷⁵ *Eser/Hecker* (Fn. 64), § 11 Rn. 20; *Weiser*, NJW 1994, 968 (970).

öffentlich-rechtlichen Organisationsform eine „erhebliche indizielle Bedeutung“ für das Vorliegen einer sonstigen Stelle zuzumessen,⁷⁶ die nur zu verneinen ist, wenn es ausnahmsweise an der Eingliederung in die Staatsverwaltung fehlt.⁷⁷ Anders als bei privaten Organisationsformen ist es dabei aber gerade nicht erforderlich, dass die Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts bei einer Gesamtbetrachtung staatlicher Steuerung unterliegt und als „verlängerter Arm des Staates“ erscheint, weil hier bereits das institutionelle Moment ausreichen soll.⁷⁸ Entscheidend soll vielmehr sein, dass eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird, wobei eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit und Gewinnerzielung dem nicht zwingend entgegenstehen, soweit es sich dabei nicht um den primären Zweck der Aufgabenwahrnehmung handelt.⁷⁹

Teilweise wird gegen diese Rechtsprechung eingewendet, dass unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich einer öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsform aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB – „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ – gerade nicht gestellt werden dürfen und es daher ausschließlich auf materielle Gesichtspunkte ankomme.⁸⁰ Freilich muss man diesbezüglich sehen, dass die Aufnahme des Passus „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ eine Reaktion auf ein

⁷⁶ BGHSt 54, 39 (41) – Mitglied eines Rechtsanwaltsversorgungswerks als Amtsträger, wo auch die Behördeneigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB erwogen wird; BGHSt 54, 202 (208 – Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten als Amtsträger); ferner BGHSt 47, 22 (Bediensteter der GEZ); BGH NStZ 2005, 214 (Vorstand einer Betriebskrankenkasse); vgl. auch *Rudolphi/Stein*, in: *Rudolphi u.a. (Fn. 42)*, § 11 Rn. 24; *Welp*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.)*, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 761 (S. 780); ferner *BT-Drs. 7/550*, S. 209, wonach Körperschaften des öffentlichen Rechts das Merkmal der sonstigen Stelle erfüllen können.

⁷⁷ BGHSt 37, 191 (Beamter der Evangelischen Landeskirche in Baden); vgl. auch BGHSt 46, 310 (313 f.) – Geschäftsführer einer GmbH, deren einziger Gesellschafter das Bayerische Rote Kreuz als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Für die Frage der Entschädigung einer Kreissparkasse für auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft erteilte Auskünfte hat OLG Koblenz JurBüro 1997, 540 entschieden, dass die Behördeneigenschaft (nur) insoweit zu bejahen ist, als die öffentliche Sparkasse in dem ihr übertragenen und dem öffentlichen Interesse dienenden Aufgabenkreis tätig wird.

⁷⁸ BGHSt 54, 202 (212); a.A. aber *Bernsmann*, in: *Putzke u.a. (Hrsg.)* Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 167 (S. 174); *Hellmann*, *wistra* 2007, 281 (283).

⁷⁹ BGHSt 54, 202 (210). Die Absicht der Gewinnerzielung soll zumindest bei privatrechtlichen Organisationsformen im Wege der Gesamtabwägung einer sozialen Zielsetzung entgegenstehen können; vgl. BGH NStZ 2007, 461 (463).

⁸⁰ *Heinrich*, *JZ* 2010, 529 (530).

Urteil des BGH⁸¹ darstellte, in dem die Einbeziehung eines in der Rechtsform einer GmbH geführten landeseigenen Unternehmens verneint wurde. Wenngleich in den Materialien ausgeführt ist, dass es nicht auf die Form der Aufgabenwahrnehmung ankommen soll, so wird in der Begründung dennoch deutlich, dass vor allem privatrechtlich organisierte Formen einbezogen werden sollten, ohne damit freilich eine Aussage zur künftigen Behandlung von öffentlich-rechtlich organisierten Formen zu treffen.⁸² Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform Indizwirkung für die Bejahung der Amtsträgereigenschaft zukommt, bleibt aber letztlich die Frage zu beantworten, ob Sparkassen öffentliche Aufgaben i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB wahrnehmen.

3. Öffentliche Aufgabenwahrnehmung durch Sparkassen

a) Für die Frage, ob Sparkassen öffentliche Aufgaben wahrnehmen, muss man zunächst sehen, dass diese nach § 1 Sparkassengesetz Baden-Württemberg⁸³ rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind, die ihrerseits einen öffentlich-rechtlichen Träger haben, der sie nach § 8 Abs. 4 S. 1 Sparkassengesetz Baden-Württemberg bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützt. Auch im Übrigen zeigt sich eine enge Bindung an den Träger. Hinsichtlich der Verfassung der Sparkassen ist zu beachten, dass der Vorsitzende des Verwaltungsrats, der die Richtlinien für die Geschäfte bestimmt (§ 12 Abs. 1 Sparkassengesetz Baden-Württemberg), der Vorsitzende des Hauptorgans des Trägers ist.⁸⁴ Auch werden die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats vom Träger bestellt, wobei nach § 15 Abs. 1 S. 1 Sparkassengesetz Baden-Württemberg mindestens ein Drittel dem Hauptorgan des Trägers angehören soll. Zudem ist der Vorsitzende des Verwaltungsrats gemäß § 22 Sparkassengesetz Baden-Württemberg auch Vorsitzender des Kreditausschusses. Schließlich wird der Vorstand und sein Stellvertreter nach § 24 Abs. 2 Sparkassengesetz Baden-Württemberg vom Verwaltungsrat bestellt. Die Sparkassen unterstehen nach §§ 48, 49 Sparkassengesetz Baden-Württemberg der Aufsicht des Landes, wobei das Regierungspräsidium Rechtsaufsichtsbehörde ist; diese nimmt nach § 30 Sparkassengesetz Baden-Württemberg auch die Jahresabschlussprüfung vor. Der Überschuss des Geschäfts kann zudem nach § 31 Sparkassengesetz Baden-Württemberg – sofern er nicht der Sicherheitsrücklage zuzuführen ist – an den Träger abgeführt werden, der ihn für öffentliche, im Sinne des Steuerrechts gemeinnützige Zwecke verwendet.

b) Im zivilrechtlichen Schrifttum wird die Amtsträgereigenschaft von Sparkassenvorständen in jüngerer Zeit freilich mitunter schon deshalb verneint, weil nach der europarechtlich bedingten Strukturreform durch Wegfall von Anstaltslast

⁸¹ BGHSt 38, 203.

⁸² *BT-Drs. 13/5584*, S. 12.

⁸³ Die Sparkassen sollen im Folgenden exemplarisch anhand des Sparkassengesetzes Baden-Württemberg betrachtet werden.

⁸⁴ Soweit Träger der Landkreis ist, etwa der Landrat.

und Gewährträgerhaftung⁸⁵ sich die Tätigkeit von Sparkassen bei der Kreditvergabe kaum noch von derjenigen der Privatbanken unterscheiden.⁸⁶ Allerdings führt der Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei genauerer Analyse keineswegs zu einer Gleichstellung von Sparkassen und privaten Kreditinstituten.⁸⁷ Zu beachten ist vielmehr, dass die Sparkassengesetze den öffentlichen Auftrag deutlich zum Ausdruck bringen. Demnach ist es gesetzliche Aufgabe,⁸⁸ auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbsanforderungen den Wettbewerb zu stärken und die angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise, der Wirtschaft – insbesondere des Mittelstands – und der öffentlichen Hand mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen auch in der Fläche sicherzustellen. Die Sparkassen unterstützen damit die Aufgabenerfüllung der Kommunen im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich und fördern den Sparsinn und die Vermögensbildung breiter Bevölkerungskreise. Damit kommt zum Ausdruck, dass gerade kreditwirtschaftliche Leistungen nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung von Bedeutung sind,

sondern auch der Förderung bestimmter Ziele dienen.⁸⁹ So geht es ähnlich wie bei Rundfunkanstalten, die als sonstige Stellen eingestuft werden,⁹⁰ um eine Grundversorgung der Bevölkerung.⁹¹ Diese erlangt vor allem im ländlich geprägten Raum Bedeutung, wenn private Kreditinstitute ganz oder teilweise das Kleinkundengeschäft aufgeben. Daraus folgt, dass sich Sparkassen nicht aus bestimmten Geschäftsfeldern zurückziehen oder Geschäfte auf gehobene Einkommenskategorien beschränken können.⁹² Teilweise sehen die Sparkassengesetze hinsichtlich Girokonten einen Kontrahierungszwang oder die Pflicht zur Annahme von Spareinlagen vor.⁹³ Zu beachten ist ferner, dass die Sparkassen nach § 6 Abs. 2 S. 1 Sparkassengesetz Baden-Württemberg zwar alle banküblichen Geschäfte betreiben dürfen, dies aber nur insoweit gilt, als keine Einschränkungen durch das Sparkassengesetz oder einer darauf beruhenden Rechtsverordnung bzw. Satzung vorgesehen sind. Ebenso sind gemäß § 6 Abs. 4 Sparkassengesetz Baden-Württemberg die Geschäfte zwar nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen, jedoch unter Beachtung ihres oben beschriebenen öffentlichen Auftrags.⁹⁴ Dies kann etwa dazu führen, dass im Einzelfall Kredite – etwa für kleinere oder mittelständische regionale Unternehmen oder Vorhaben, die öffentlichen Interessen dienen – gewährt werden, die von privaten Kreditinstituten nicht oder nicht zu diesen Bedingungen gewährt worden wären. Im Übrigen steht allein der Umstand, dass private Anbieter entsprechende Leistungen erbringen, einer Amtsträgereigenschaft jedenfalls bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform nicht von vornherein entgegen.⁹⁵ So wurde etwa für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk neben der Anstaltsnutzungsgebühr gerade auch auf den Grundversorgungsauftrag abgestellt.⁹⁶ Letztlich muss

⁸⁵ Anstaltslast bedeutete im Innenverhältnis zur Sparkasse die Verpflichtung des Trägers, die Anstalt mit den zur Aufgabenerfüllung notwendigen finanziellen Mitteln auszustatten, so dass diese funktionsfähig ist, die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nicht eintreten kann und für den Geschäftsbetrieb ein ausreichendes Eigenkapital vorhanden ist; nach § 8 Abs. 4 S. 2 Sparkassengesetz Baden-Württemberg besteht nunmehr weder eine Verpflichtung des Trägers noch ein Anspruch der Sparkasse gegen den Träger, Mittel zur Verfügung zu stellen. Gewährträgerhaftung bedeutete im Außenverhältnis die unbeschränkte (subsidiäre) Haftung des Trägers einer Anstalt, falls deren Vermögen zur Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern nicht ausreicht; nach § 8 Abs. 5 S. 2 Sparkassengesetz haftet der Träger der Sparkasse nicht für deren Verbindlichkeiten; vgl. zum Ganzen *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel* (Fn. 59), § 8 Anm. IV 1.

⁸⁶ *Haas/Fischera*, NZG 2010, 457 (458); *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (274); *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 71; *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1542 f.); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (101); *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1488 f.); *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (179 f.).

⁸⁷ Im Einzelnen auch *Stoll*, DZWir 2010, 139 (142 f.).

⁸⁸ Ferner § 2 Abs. 1 Brandenburgisches Sparkassengesetz, Art. 2 Abs. 1 Bayerisches Sparkassengesetz, § 2 Abs. 1, 2 Hessisches Sparkassengesetz, § 2 Abs. 1 Sparkassengesetz des Landes Sachsen-Anhalt, § 2 Abs. 1 Sparkassengesetz Mecklenburg-Vorpommern, § 4 Abs. 1 Sparkassengesetz Niedersachsen, § 2 Abs. 1, 2 Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, § 2 Abs. 1, 2 Sparkassengesetz Rheinland-Pfalz, § 2 Abs. 1 Saarländisches Sparkassengesetz. Vgl. auch *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003, S. 37, wonach der öffentlich-soziale Gedanke dominiert; dazu auch *Oebbecke*, DVBl. 1981, 230 (231 f.); *Schmidt*, ZIP 1983, 1038 (1040).

⁸⁹ Verkannt von *Haas/Fischera*, NZG 2010, 457 (458), die den öffentlichen Auftrag nach § 2 Abs. 6 des Hessischen Sparkassengesetzes übersehen.

⁹⁰ BGHSt 54, 202 (208 – Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten als Amtsträger).

⁹¹ Vgl. BGHSt 54, 202; OLG Karlsruhe NJW 1983, 352 bejaht daher auch für den Arzt eines Kreiskrankenhauses § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB.

⁹² *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel* (Fn. 59), § 6 Anm. I 2.

⁹³ S. etwa § 2 Abs. 3, 4 Sparkassengesetz Rheinland-Pfalz, § 2 Abs. 4 Hessisches Sparkassengesetz, § 5 Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen.

⁹⁴ Vgl. auch § 2 Abs. 3 Brandenburgisches Sparkassengesetz, § 2 Abs. 6 Hessisches Sparkassengesetz, § 2 Abs. 3 Sparkassengesetz des Landes Sachsen-Anhalt, § 2 Abs. 3 Sparkassengesetz Mecklenburg-Vorpommern, § 2 Abs. 3 Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, § 2 Abs. 1 Saarländisches Sparkassengesetz, § 2 Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein.

⁹⁵ Zu diesem Kriterium bei Bejahung der Amtsträgereigenschaft für den kaufmännischen Vorstand einer Aktiengesellschaft vgl. OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459; vgl. auch OLG Karlsruhe NJW 1983, 352 (Arzt eines Kreiskrankenhauses).

⁹⁶ BGHSt 54, 202 (210); so auch *Hain*, Kommunikation und Recht 2010, 242 (245); *Heinrich*, JZ 2010, 529 (531); anders aufgrund der verfassungsrechtlichen Staatsfreiheit des Rund-

man sehen, dass die Verneinung der Amtsträgereigenschaft auch Rückwirkungen auf andere Straftatbestände hätte, die – wie etwa §§ 331 ff. StGB – ebenfalls an die Amtsträgereigenschaft anknüpfen.

c) Im Ergebnis spricht daher einiges dafür, dass der Vorstand als Amtsträger anzusehen ist.⁹⁷ Dabei ist die Amtsträgereigenschaft nicht auf einzelne Tätigkeitsbereiche zu beschränken, so dass auch nicht das Kreditgeschäft ausgeklammert werden kann. Denn eine solche getrennte Betrachtung ist nur möglich, wenn der Betreffende ausschließlich in einem solchen Geschäftsbereich tätig ist, der nicht zu den „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB gehört oder er zwar in mehreren Bereichen tätig ist, sich diese aber vollständig voneinander trennen lassen.⁹⁸ Soweit es sich nur um verschiedene Aufgaben innerhalb der Sparkasse handelt, lassen sich diese jedoch weder organisatorisch noch bilanzmäßig⁹⁹ klar trennen. Hinzu kommt, dass bei Sparkassen auch die Kreditvergabe vom öffentlichen Auftrag überlagert wird und der Vorstand zudem für alle Geschäftsfelder zuständig ist.¹⁰⁰ Anders wird man freilich für Angestellte zu entscheiden haben, wenn diese allein im Geschäftsbankensektor tätig sind, weil ihnen nicht die herausgehobene Stellung nach dem Sparkassengesetz und der Satzung zukommt¹⁰¹ und daher der öffentlich-rechtliche Charakter nicht zum Tragen kommt. Aus diesem Grund überzeugt das hiergegen angeführte Argument, dass es auf die bloße Stellung innerhalb der Organisation nicht ankommen kann, nicht.¹⁰² Hinsichtlich des Merkmals der Bestellung im Rahmen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB ist anzumerken, dass hierfür kein förmlicher Akt notwendig ist. Es genügt vielmehr, wenn der Betreffende mit der eigenständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, etwa durch Wahl und Anstellungsvertrag tatsächlich betraut wird. Auch das von der Rechtsprechung weiter geforderte Kriterium der längerfristigen Eingliederung in die Organisation der Körperschaft ist hier zu bejahen.¹⁰³

VI. Unbefugtheit des Handelns

Soweit man die Amtsträgereigenschaft mit der h.M. zumindest für Vorstandsmitglieder bejaht, so stellt sich die weitere Frage, ob das Offenbaren der Informationen im Rahmen der Abtretung unbefugt erfolgt. Ob dem Merkmal der Unbefugt-

funks aber *Kretschmer*, JR 2010, 127 (129). Für Gemeindeparkassen vgl. bereits RG JW 1928, 1305.

⁹⁷ Entsprechend wird man zumindest auch für den Verwaltungsratsvorsitzenden zu entscheiden haben.

⁹⁸ BGHSt 31, 264 (274 f.); *Heinrich* (Fn. 59), S. 510 f.; ferner *Dingeldey*, NStZ 1984, 503.

⁹⁹ Zu diesem Kriterium BGHSt 31, 264 (274 f.).

¹⁰⁰ Vgl. § 25 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 Sparkassengesetz Baden-Württemberg.

¹⁰¹ *Radtke* (Fn. 60), § 11 Rn. 45; *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (180).

¹⁰² *Sester/Glos*, DB 2008, 375 (376).

¹⁰³ BGHSt 54, 39 (43); zur organisatorischen Betrachtungsweise auch BGHSt 42, 230; BGHSt 43, 96 (105); BGHSt 46, 310 (312 f.); *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 11 Rn. 6.

heit hierbei eine Doppelfunktion zukommt und ein Einverständnis des Betroffenen bereits den Tatbestand ausschließt oder die Unbefugtheit insgesamt nur die Ebene der Rechtswidrigkeit betrifft und die Zustimmung des Geheimträgers daher als rechtfertigende Einwilligung zu qualifizieren ist,¹⁰⁴ ist im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidend. Zunächst ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die in § 402 BGB enthaltene Auskunftspflicht nur eine Folge der vorgenommenen Abtretung ist, jedoch nicht zu einer befugten Offenlegung im Verhältnis zum Schuldner führt.¹⁰⁵

1. Einverständnis bzw. Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

a) Unproblematisch scheidet eine Strafbarkeit aus, wenn das Kreditinstitut vor der mit der Abtretung verbundenen Offenlegung von Geheimnissen die Zustimmung des Betroffenen einholt. Das Einverständnis muss dabei ausdrücklich oder konkludent erklärt worden sein, wobei im letzteren Fall zu verlangen ist, dass der zustimmende Wille hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, was bei Forderungsabtretungen nicht ohne Weiteres angenommen werden kann.¹⁰⁶ Dabei muss sich schon aufgrund des individualschützenden Charakters der Norm der Einwilligende der Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung bewusst sein, was vor allem den Anlass und die Zielsetzung der Entbindung von der Schweigepflicht umfasst.¹⁰⁷ Vor allem bei formularmäßig erteilten Ermächtigungen ist demnach genau zu prüfen, ob eine Datenweitergabe auch zum Zwecke einer Forderungsabtretung zulässig ist.¹⁰⁸ Mangels hinreichender Konkretisierung unzureichend ist jedenfalls eine „allgemeine“, nicht einmal forderungsbezogene Zustimmung, wie sie etwa in Nr. 3 II der AGB der Sparkassen für Bankauskünfte vorgesehen ist.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Für einen Tatbestandsausschluss OLG Köln NJW 1962, 686; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 235 (236); *Fischer* (Fn. 38), § 203 Rn. 31; *Kargl* (Fn. 43), § 203 Rn. 50; für eine rechtfertigende Einwilligung *Lackner/Kühl* (Fn. 38), Vor § 201 Rn. 2; *Hoyer* (Fn. 42), § 203 Rn. 6.

¹⁰⁵ Vgl. auch *Stoll*, DZWir 2010, 139 (143), der maßgeblich darauf abstellt, dass die Bank es durch die Abtretung selbst in der Hand hat, ob sie dieser Verpflichtung unterliegt.

¹⁰⁶ *Stoll*, DZWir 2010, 139 (143).

¹⁰⁷ *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 58; vgl. ferner *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 104, der verlangt, dass die Wirkungen der Offenbarungsermächtigung „überschaubar“ sind. Teilweise wird sogar gefordert, dass der Betroffene wissen muss, welchen dritten Personen die Informationen zukommen; vgl. OLG Karlsruhe OLGR 1999, 85 f.; *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 58.

¹⁰⁸ Zweifelhaft ist das Genügen einer „allgemeinen“ Zustimmung, wie sie in Nr. 3 II der AGB der Sparkassen für Bankauskünfte vorgesehen ist.

¹⁰⁹ *Ayasse*, Versicherungsrecht 1987, 536 (538); *Hollmann*, NJW 1978, 2332; *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 58; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 24 und Rn. 44; *Sester/Glos*, DB 2008, 375 (376 f.). Zu Zweifeln an solchen AGB-Regelungen im Hinblick auf das Transparenzgebot und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB *Lwowski/Wunderlich*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*

Darüber hinaus wird der Umfang der Geheimnisoffenbarung durch den Zweck der Verwertung begrenzt, so dass nur die hierfür notwendigen Informationen mitgeteilt werden dürfen.¹¹⁰ Eine darüber hinausgehende Mitteilung wäre ein Exzess, der von der Einwilligung nicht mehr gedeckt ist. Eine schriftliche Einwilligung ist hingegen nicht zu verlangen; bereits nach allgemein geltenden Grundsätzen kann die Einwilligung grundsätzlich auch mündlich erteilt werden. Soweit Bedeutung und Tragweite der Einwilligung erfasst werden, kann selbst ein Formerfordernis nach anderen Vorschriften – z.B. §§ 4, 4a BDSG – die Geheimnisweitergabe nicht zum strafwürdigen Unrecht machen.¹¹¹ Aus demselben Grund wird man auch die Regelungen über die Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹¹² nicht zum Maßstab machen können.¹¹³

b) Eine mutmaßliche Einwilligung scheidet nach allgemeinen Regeln schon deshalb aus, weil in Fällen der Forderungsabtretung eine tatsächliche Einwilligung ohne Weiteres eingeholt werden kann und diese nicht über die Figur der mutmaßlichen Einwilligung unterlaufen werden darf.¹¹⁴ Zudem liefe eine mutmaßliche Einwilligung auf eine bloße Fiktion hinaus, denn der Betroffene hat an der Weitergabe seiner persönlichen Daten in solchen Fällen regelmäßig kein Interesse.¹¹⁵

2. § 25a Abs. 2 KWG als spezielle Befugnisnorm

Fraglich ist, ob § 25a Abs. 2 KWG eine Befugnisnorm darstellt, die die Preisgabe der Kundendaten bei Forderungsabtretungen rechtfertigen kann. Die Vorschrift des § 25a Abs. 2 KWG regelt die Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen auf ein anderes Unternehmen, was auch die Abtretung von Forderungen bedingen kann.¹¹⁶ Allerdings gestattet die Vorschrift nicht pauschal die Abtretung, sondern setzt ihre Wirksamkeit nach anderen Vorschriften bereits voraus. Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung eine eindeutig formulierte

und dem Gebot der Normenklarheit entsprechende Regelung verlangt, die die Abtretung gestattet und den Zessionar denselben Schweigepflichten unterwirft wie den Zedenten.¹¹⁷ Allein der Umstand, dass auch der Zessionar dem zivilrechtlichen Bankgeheimnis unterliegt, genügt für sich genommen also nicht.¹¹⁸

3. Rechtfertigung über die Wahrnehmung berechtigter Interessen analog § 193 StGB

Ebenso wenig ist es überzeugend, eine Rechtfertigung über die Wahrnehmung berechtigter Interessen analog § 193 StGB mit der Begründung anzunehmen, dass der Verkauf notleidender Kredite der Wahrung eigener betrieblicher Interessen dient und diesen Vorrang gegenüber dem Interesse an der Geheimhaltung der Informationen zukommt.¹¹⁹ Denn § 193 StGB ist nach h.M. auf andere Tatbestände, die eine solchen Rechtfertigungsgrund gerade nicht normieren, grundsätzlich nicht anwendbar. Denn ansonsten würden die Grenzen, die allein von § 34 StGB gezogen werden, ohne spezielle gesetzliche Regelung umgangen.¹²⁰

4. Rechtfertigender Notstand gemäß § 34 StGB

a) Eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB ist möglich, wenn die Interessen des Kreditgebers im Zusammenhang mit der Preisgabe der Informationen die Interessen des Geheimnisträgers wesentlich überwiegen. Dabei muss man sehen, dass auf Seiten des Offenbarenden auch wirtschaftliche Interessen die Preisgabe rechtfertigen können¹²¹ und daher eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 34 StGB auch auf eine Beeinträchtigung der Vermögensinteressen des Kreditinstituts bezogen sein kann.¹²² Andererseits muss man erkennen, dass auch auf Seiten des Geheimnisträgers – wie die Einbeziehung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zeigt – der Schutz von Informationen, die allein den wirtschaftlichen Bereich betref-

(Fn. 17), § 76 Rn. 169; *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (180, Fn. 45); vgl. zur Anwendbarkeit der AGB-Regelungen Fn. 109, 110.

¹¹⁰ Vgl. auch *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342 (347).

¹¹¹ *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 106; *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 60; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 24a; *Sieber*, in: Arnold (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1155 (S. 1179 f.); anders für Patientendaten OLG Bremen [Z] NJW 1992, 757.

¹¹² Vgl. auch Art. 247 § 9 EGBGB; dazu oben III. 1.

¹¹³ Ablehnend auch *Rönnau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 163; befürwortend aber *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 58.

¹¹⁴ BGHSt 16, 309 (312); BGHZ 115 (123 (126)); BGHZ 122, 115 (120); *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 118; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 46.

¹¹⁵ So auch OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2106); ferner BGHZ 115, 123; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 28.

¹¹⁶ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2106).

¹¹⁷ Zur Abtretung von Anwaltsforderungen, für die mit § 49b Abs. 4 BRAO nun allerdings eine entsprechende Regelung besteht, vgl. BGH NJW 1993, 1912; BGH NJW 2007, 1196.

¹¹⁸ BGHZ 115, 123 (128 f.); BGHZ 116, 268 (272); OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2106); ferner *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 21.

¹¹⁹ So aber *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342 (347); *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (376 ff.). Dogmatisch unklar *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1489), die auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abstellen.

¹²⁰ So auch OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2106); ferner *Bohnert*, NSTz 2004, 301 (305); *Cierniak* (Fn. 38), § 203 Rn. 84; *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 131; *Kargl* (Fn. 43), § 203 Rn. 70; *Lenckner/Eisele* (Fn. 38), § 203 Rn. 30. Vgl. zur Abtretung einer anwaltlichen Honorarforderung auch BGHZ 122, 115 (120 f.), wo die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach Abwägung der Interessen verneint wird.

¹²¹ So vor allem zur Geltendmachung von Honorarforderungen des Schweigepflichtigen BGHSt 1, 366 (368); BGHZ 115, 123 (129); *Schünemann* (Fn. 38), § 203 Rn. 133; krit. freilich *Fischer* (Fn. 38), § 203 Rn. 46.

¹²² *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (181).

fen, überwiegen kann. Aus diesem Grund kann nicht ohne Weiteres gefolgert werden, dass die im Rahmen des § 203 Abs. 1 StGB gegenüber einem Arzt usw. anvertrauten Geheimnisse stets einen höheren Stellenwert haben als Geheimnisse, die gegenüber einem Amtsträger i.S.d. § 203 Abs. 2 StGB anvertraut werden.¹²³ Zwar werden bei § 203 Abs. 1 StGB dem Arzt (Nr. 1) – anders als im Bankgeschäft – in der Regel Geheimnisse bekannt, die den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts betreffen. Dagegen sind aber schon bei den von Nr. 3 erfassten Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern zumeist auch wirtschaftliche Interessen betroffen.¹²⁴ Zudem ist zu beachten, dass auch Geheimnisse aus dem wirtschaftlichen Bereich für den Schuldner mitunter existenzielle Bedeutung erlangen, wenn etwa dessen Zahlungsunfähigkeit bekannt wird.¹²⁵

b) Zu beachten ist, dass die Preisgabe der Daten im Rahmen einer Abtretung nach bisheriger Rechtsprechung nur als ultima ratio in Betracht kommt. So wurde zwar die Offenbarung der notwendigen Informationen bei der gerichtlichen Geltendmachung einer Honorarforderung von Ärzten und Rechtsanwälten als gerechtfertigt angesehen, die Abtretung des Honoraranspruchs an einen Dritten – wie eine externe Verrechnungsstelle – jedoch verneint,¹²⁶ sofern hiervon nicht die Durchsetzung des Anspruchs abhing und der Forderungsinhaber ansonsten rechtlos gestellt wäre. Dass bei notleidenden Kreditforderungen der Betroffene – anders als bei ärztlichen oder anwaltlichen Forderungsabtretungen – selbst vertragsbrüchig geworden sei,¹²⁷ dürfte dabei kein zwingendes Argument sein. Auch bei Ärzten oder Rechtsanwälten kann die Nichtzahlung auf der wirtschaftlichen Lage des Schuldners beruhen und muss nicht auf dem Einwand der Schlechtleistung beruhen. Ferner lässt sich gegen eine zu weit gezogene Rechtfertigung anführen, dass das Ausfallrisiko ein typisches Geschäftsrisiko der Bank ist.¹²⁸ Eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB wird – mangels Vorliegens eines wesentlich überwiegenden Interesses – dementsprechend

auch beim Verkauf notleidender Kredite der Ausnahmefall bleiben.¹²⁹

c) Diesem Zwischenergebnis steht auch nicht eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entgegen, das im Hinblick auf eine Raiffeisenbank ausgeführt hat, dass die grundsätzliche Abtretbarkeit von Forderungen deren Verkehrsfähigkeit und damit einem für die Privatrechtsordnung wesentlichen Allgemeinbelang dient.¹³⁰ Anderes gilt demnach nur dann, wenn bei bestimmten Arten von Forderungen durch deren Abtretung typischerweise Geheimhaltungsinteressen des Schuldners so schwerwiegend beeinträchtigt werden, dass das Interesse an der Verkehrsfähigkeit zurücktreten muss. Die für die Rückzahlung eines Darlehens notwendigen Informationen wiesen aber nicht generell einen gesteigerten Persönlichkeitsbezug auf, so dass entscheidende Unterschiede zu anderen Geldforderungen nicht vorlägen.¹³¹ Eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen liegt nach Ansicht des BVerfG nur dann vor, wenn Informationen über Kontoinhalte und Kontobewegungen gezielt zusammengetragen werden. Jedoch muss man sehen, dass sich die Entscheidung gerade nicht auf öffentlich-rechtliche Kreditinstitute bezieht und daher der über § 203 StGB gewährte Geheimnisschutz keine Bedeutung erlangt. Blickt man zudem auf andere Arten von Geldforderungen – wie etwa Gebührenforderungen –, so werden diese allesamt von § 203 StGB geschützt, sofern die zugrundeliegenden damit zusammenhängenden Informationen nur einem Amtsträger anvertraut werden.

5. Verneinung der Unbefugtheit aufgrund des Willkürverbots und aufgrund von Art. 63 AEUV

a) Das OLG Schleswig verneinte in seiner Entscheidung die Unbefugtheit der Geheimnisoffenbarung im Hinblick auf Art. 63 AEUV¹³². Ausgangspunkt der Argumentation ist, dass in Anlehnung an die Dassonville-Formel des EuGH¹³³ durch die Pönalisierung eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs angenommen wird,¹³⁴ weil hierfür jede unmittelbare oder mittelbare, aktuelle oder potentielle Behinderung, Begrenzung oder Untersagung für den

¹²³ Aufgrund eines gesteigerten Persönlichkeitsbezugs aber etwa *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (181).

¹²⁴ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2107).

¹²⁵ Näher zu diesem Problemkreis *Tiedemann* (Fn. 2), S. 307 ff.

¹²⁶ Vgl. BGHZ 115, 123 (129); BGHZ 122, 115 (121); OLG Köln [Z] NJW 1992, 2772 (2773).

¹²⁷ So *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (181); ferner *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342 (347) zur Wahrnehmung berechtigter Interessen; dass das Bankgeheimnis bei wirksam gekündigten Krediten schon aufgrund der Beendigung des Kreditvertrags nicht entgegenstehen stehen können soll, ist aber wenig überzeugend, da dieses das Vertragsende überdauert; vgl. OLGR Saarbrücken 1998, 87; *Baumbach/Hopt*, in: *Hopt/Merkt* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch, Kommentar*, 34. Aufl. 2010, 2. Teil V. (7), 1. Kap. Rn. A/9; *Bunte*, in: *Schilmansky/Bunte/Lwowski* (Fn. 17), § 7 Rn. 9.

¹²⁸ *Stoll*, DZWir, 2010, 139 (144).

¹²⁹ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2107); *Fischer* (Fn. 38), § 203 Rn. 46; anders aber *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (182).

¹³⁰ BVerfG NJW 2007, 3707 (3708). Dabei soll eine generalisierende Betrachtungsweise genügen, so dass die Wirksamkeit einer Abtretung demnach nicht von einer einzelfallbezogenen Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners und dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der Forderung abhängig gemacht werden muss. Soweit im Einzelfall das Geheimhaltungsinteresse überwiegt, könne dies immer noch im schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Schuldner und Zedent berücksichtigt werden.

¹³¹ Vgl. auch *Cahn*, WM 2004, 2041 (2044).

¹³² Art. 56 EGV a.F.

¹³³ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. 8/74 (*Dassonville*) = Slg. 1974, 837.

¹³⁴ Im Falle des OLG Schleswig wurde die Forderung an ein ausländisches Kreditinstitut abgetreten.

Zufluss, Abfluss oder Durchfluss von Kapital genügen soll.¹³⁵ Folgt man dem, so würde unabhängig von der Frage der Unwirksamkeit der Abtretung nach § 134 BGB bereits die Annahme einer Strafbarkeit nach § 203 StGB für sich genommen eine mittelbare Beschränkung darstellen, weil sie de facto Abtretungen in der Praxis hindert. Eine Ausnahme nach Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV¹³⁶ liegt nach Ansicht des OLG Schleswig nicht vor, da weder die öffentliche Sicherheit noch Ordnung betroffen sein soll. Die öffentliche Sicherheit betreffe nur einen besonders hervorgehobenen Teil der öffentlichen Ordnung, nämlich die „grundlegenden Interessen des Staates für die Aufrechterhaltung wesentlicher Dienstleistungen oder das sichere und wirksame Funktionieren des Lebens des Staates“, so dass es um die Sicherung der Existenz eines Mitgliedstaates gegenüber inneren oder äußeren Einwirkungen gehe.¹³⁷ Ebenso sei der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ in europarechtlicher Auslegung enger zu verstehen als im nationalen Verwaltungsrecht. Im Rahmen einer restriktiven Auslegung müsse eine hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft dem freien Kapital- oder Zahlungsverkehrsvorgang entgegenstehen.¹³⁸ Solche Interessen würden aber bei der Abtretung von Kreditforderungen der Sparkassen an ausländische Kreditinstitute nicht berührt.¹³⁹

Zudem wird vom OLG Schleswig zur Absicherung seines Ergebnisses das Willkürverbot herangezogen, wonach private und öffentlich-rechtliche Kreditinstitute nicht ohne sachlich einleuchtenden Grund ungleich behandelt werden dürften.¹⁴⁰ Bei der Abtretung von Darlehensforderungen handle es sich um vergleichbare Sachverhalte, bei der ein hinreichender Grund für eine Differenzierung nicht vorliege, weil der Rechtsverkehr hinsichtlich des Geheimnisschutzes an Sparkassen keine höheren Erwartungen habe.¹⁴¹ Auch sei den

meisten Kunden eine etwaige Amtsträgereigenschaft von Mitarbeitern von Sparkassen nicht bekannt.¹⁴² Vielmehr komme es ihnen vor allem auf die finanziellen Bedingungen des Kredits an.¹⁴³ Daher würden Sparkassen gegenüber privaten Kreditinstituten ökonomisch benachteiligt, da sie nach dem Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in gleicher Weise am Wettbewerb teilnehmen und ihren Gewinn nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu erzielen haben. Zudem würde sich eine weitere Ungleichbehandlung auch im Hinblick auf Art. 63 AEUV ergeben, wenn grenzüberschreitende Abtretungsvorgänge aufgrund der Kapitalverkehrsfreiheit wirksam, rein innerstaatliche Vorgänge jedoch unwirksam wären.

b) Die Argumentation des OLG Schleswig vermag freilich schon hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit¹⁴⁴ nicht ohne Weiteres zu überzeugen, selbst wenn man diese Grundfreiheit bei Forderungsabtretungen überhaupt für betroffen hält.¹⁴⁵ Denn dem Gesetzgeber kann es zumindest unter Rechtfertigungsgesichtspunkten kaum verwehrt sein, Geheimnisse auch durch strafrechtliche Vorschriften zu schützen. Dem entspricht es auch, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen, was eine Rechtfertigung der Geheimnisoffenbarung nach § 34 StGB angeht, sehr zurückhaltend ist. Hinsichtlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zudem zu beachten, dass Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts selbst grundrechtsverpflichtet sind und daher grundsätzlich nicht Grundrechtsträger des Art. 3 GG sein können, auch wenn sie auf dem Gebiet des Privatrechts wirtschaftlich agieren.¹⁴⁶ Selbst wenn man für Anstalten des

sprüche nicht abtritt, ist damit nicht verbunden.“ Vgl. zum Willkürverbot auch *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1542); *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (379).

¹⁴² *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (275); *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1489); *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (379).

¹⁴³ *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (275).

¹⁴⁴ Teilweise wird jede grenzüberschreitende Übertragung von Geld oder Sachen erfasst, die primär zum Zwecke der Vermögensanlage erfolgt; vgl. *Hailbronner/Jochum* (Fn. 31), Rn. 665. Hingegen erfassen andere neben der Vermögensanlage auch Finanzierungszwecke; vgl. *Enchelmaier* (Fn. 135), Rn. 195.

¹⁴⁵ Der Begriff der Kapitalverkehrsfreiheit wird in Art. 63 AEUV nicht näher definiert; die zur Präzisierung heranzuziehende Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EG (Richtlinie 88/361/EWG des Rates v. 24.6.1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. EG 1988 Nr. L 178, S. 5) nennt nur allgemein Darlehen und Kredite sowie Abtretungen der gebildeten Guthaben. *Bosch* (Fn. 40), § 203 Rn. 19, hält die Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit für „sehr fernliegend“; anders aber *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (276, Fn. 49); *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (184).

¹⁴⁶ BVerfGE 75, 192 (200); BVerfG NJW 1995, 582 f.; BVerwG DÖV 1972, 350 (351); vgl. ferner z.B. BVerfGE 21, 362; BVerfGE 96, 231 (239). Zur Geltendmachung von Art. 3 GG durch Sparkassen jedoch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, S. 1168 f.

¹³⁵ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2105); vgl. auch *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 56 Rn. 56; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 197.

¹³⁶ Art. 58 Abs. 1 lit. b EGV a.F.

¹³⁷ Vgl. auch EuGH, Urt. v. 10.7.1984 – Rs. 72/83 (Campus Oil) = Slg. 1984, 2727 (2751 f.).

¹³⁸ EuGH, Urt. v. 27.10.1977 = Rs. 30/77 (Boucherau) = Slg. 1977, 1999 (2013); vgl. auch EuGH, Urt. v. 14.3.2000 – Rs. C-54/99 (Association Église de scientologie de Paris) = Slg. 2000, I-1335 (I-1361). Zu den Anforderungen an die Beschränkung auch *Enchelmaier* (Fn. 135), Rn. 195 ff.

¹³⁹ Näher zu den Anforderungen an Art. 65 AEUV *Enchelmaier* (Fn. 135), Rn. 195 ff.

¹⁴⁰ So auch *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (294); *Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (274 f.); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (101); *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1488).

¹⁴¹ OLG Schleswig WM 2007, 2103 (2108); freilich wird im Rahmen der weiteren Argumentation hinsichtlich der Kundenerwartung wenig überzeugend an die Abtretung statt an den Geheimnisschutz angeknüpft: „Die Verleihung der Amtsträgereigenschaft lässt vielleicht erwarten, dass der so Ausgestattete seine Aufgabenerfüllung an öffentlichen Interessen ausrichtet. Dass er Forderungsinhaber bleibt und seine An-

Öffentlichen Rechts das allgemeine, dem Rechtsstaatsprinzip entspringende Willkürverbot,¹⁴⁷ wonach weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt werden darf,¹⁴⁸ heranzieht, folgt richtigerweise kein anderes Ergebnis. Denn trotz Annäherung an private Kreditinstitute durch Wegfall der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, sind nach den Sparkassengesetzen die öffentlichen Zielsetzungen gerade im Bereich der Kreditvergabe ein wesentliches Differenzierungskriterium.¹⁴⁹ Aus diesem Grund ist auch – wie teilweise gefordert wird – eine Gesetzesänderung in umgekehrter Richtung, die darauf abzielt auch Vorstände bzw. Mitarbeiter privater Banken in § 203 StGB einzubeziehen und somit das Bankgeheimnis zu erweitern, zumindest nicht zwingend.¹⁵⁰

6. Rechtfertigung aufgrund § 28 Bundesdatenschutzgesetz

Eine Rechtfertigung für die Weitergabe der Daten könnte ferner nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG in Betracht kommen, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.¹⁵¹ Die Anwendbarkeit des § 28 BDSG als Recht-

¹⁴⁷ Z.T. wird zur Begründung auch auf den objektiven Gehalt des Art. 3 GG abgestellt, vgl. BVerfGE 21, 362 (372); BVerfGE 35, 263 (271); *Rüfner*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhoff (Hrsg.), Bonner Kommentar; Grundgesetz, 150. Lfg., Stand: Februar 2011, Art. 3 Abs. 1 Rn. 159; vgl. auch *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 5 und Art 19 Rn. 25; 8; *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 74; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 230.

¹⁴⁸ Für Sparkassen BVerfGE 75, 192 (200 f.); ferner BVerfGE 21, 362 (372); BVerfGE 35, 263 (271); BVerfGE 76, 130 (139); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 60. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 45 und 56; *Jarass/Pieroth* (Fn. 147), Art. 3 Rn. 5; damit soll die Geltendmachung mittels Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen sein; dazu *Osterloh* (Fn. 147), Art. 3 GG Rn. 74; *Roellecke*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2002, Art. 19 Rn. 123.

¹⁴⁹ So auch *Stoll*, DZWir, 2010, 139 (143); s. ferner *Schulz/Magarin*, DZWir 2010, 154 (155) und oben V.

¹⁵⁰ So aber *Tiedemann* (Fn. 2), S. 311; *Tiedemann*, NJW 2003, 2213 (2214); ferner *Eckl*, DZWir 2004, 221 (226). Andererseits ist nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber private Krankenversicherungen in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB ausdrücklich einbezogen hat, während gesetzliche Krankenkassen ebenfalls von § 203 Abs. 2 StGB erfasst werden.

¹⁵¹ Zur Rechtfertigung nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG im Falle der Abtretung eines notleidenden Kredits vgl. aber OLG Celle WM 2004, 1384 (1385); demnach ist die Übermittlung personenbezogener Daten und ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn dies der

fertigungsgrund im Rahmen des § 203 StGB wird jedenfalls von Teilen der Literatur bejaht.¹⁵² Nähme man allerdings eine Offenbarungsbefugnis aufgrund dieser Vorschrift an, dann wären gerade besonders sensible Daten i.S.d. BDSG im Rahmen des § 203 StGB schwächer geschützt als alle anderen Geheimnisse.¹⁵³ Damit würde letztlich das Schutzniveau abgeschwächt und der Sinn des BDSG, den Schutz der Geheimnisse zu stärken, in sein Gegenteil verkehrt.¹⁵⁴ Auch zeigt § 1 Abs. 2 S. 2 BDSG, dass die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, unberührt bleibt.¹⁵⁵

VII. Folgerungen

Im Ergebnis wird man damit verlangen müssen, dass von dem Kunden bei Kreditvergabe zumindest formularmäßig ein Einverständnis zur Offenbarung von Informationen im Rahmen einer Forderungsabtretung eingeholt wird. Dem Kunden wird so zugleich bewusst, dass die gegen ihn gerichtete Darlehensforderung samt Sicherheiten möglicherweise auf einen Dritten übergehen kann und er sich bei Zahlungsschwierigkeiten und Anschlussfinanzierungen nicht mehr an den gewohnten Ansprechpartner bei seiner Sparkasse wenden kann. Für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute bedeutet dieses Erfordernis auch keine unzumutbare Erschwerung ihres Geschäftsverkehrs. Dies wird durch den Umstand belegt, dass in der Praxis offenbar mitunter die Einwilligung in die Abtretbarkeit von Darlehensforderungen zu einem günstigen Zinssatz führt, während umgekehrt nicht abtretbare Forderungen nur zu einem höheren Zins angeboten werden.¹⁵⁶ Hinzuweisen ist noch darauf, dass nach h.M. aufgrund § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG die datenschutzrechtlichen Vorschriften gegenüber den Regelungen bzw. Rechtsgrundsätzen des Bankgeheimnisses unberührt bleiben sollen,¹⁵⁷ so dass demnach auch die Wirksamkeit einer Einwilligung nicht dem Schriftformerfordernis der §§ 4, 4a BDSG unterliegt.¹⁵⁸

Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen dient.

¹⁵² *Cahn*, WM 2004, 2041 (2050); *Fischer* (Fn. 38), § 203 Rn. 43; a.A. *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2010, § 1 Rn. 25; *Rogall*, NStZ 1983, 1 (7); *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (181); *Sieber* (Fn. 111), S. 1177 f.; *Walz*, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, Kommentar, 6. Aufl. 2006, § 1 Rn. 174 f.

¹⁵³ *Schulz/Schröder*, DZWir 2008, 177 (181).

¹⁵⁴ S. auch *Sieber* (Fn. 111), S. 1178.

¹⁵⁵ Vgl. auch *Sester/Glos*, DB 2008, 375 (377), wonach § 28 BDSG jedenfalls nicht weiter reicht als § 34 StGB.

¹⁵⁶ S. schon Fn. 27.

¹⁵⁷ So BGHZ 171, 180 (188) m.w.N.; *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (101); dagegen *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (273); *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (295).

¹⁵⁸ Das datenschutzrechtliche Schriftformerfordernis soll wiederum für die Frage der strafrechtlichen Wirksamkeit einer Einwilligung bei § 203 StGB unerheblich sein; vgl. schon VI. 1.

Hält man das BDSG im Übrigen für anwendbar, so ist als weiterer Straftatbestand in diesem Zusammenhang noch § 44 Abs. 1 BDSG zu beachten,¹⁵⁹ soweit der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Hingegen wird der Untreuetatbestand des § 266 StGB in diesen Fällen nur selten greifen, da die Bank im Zusammenhang mit Kreditgeschäften regelmäßig eigene Interessen wahrnimmt und daher nicht fremde Vermögensinteressen betreut.¹⁶⁰ Für private Kreditinstitute ist ferner zu beachten, dass § 404 AktG, § 85 GmbHG, § 151 GenG – wie das jeweilige Erfordernis eines Strafantrags durch das Kreditinstitut belegt¹⁶¹ – nur Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Unternehmen, nicht aber Geheimnisse der Kunden schützen. Entsprechendes gilt auch für § 17 UWG.¹⁶² Nur im Ausnahmefall wird man sagen können, dass Kundengeheimnisse zugleich auch ein Geheimnis des Kreditinstituts darstellen. Relevant wird dies etwa, wenn durch öffentliche Äußerungen über die fehlende Kreditwürdigkeit eines Kunden das Ansehen des eigenen Kreditinstituts und damit dessen Interessen im Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.¹⁶³

Das hier gefundene Ergebnis beruht letztlich darauf, dass Vorstände von Sparkassen Amtsträger sind, weil es sich nach Sparkassenrecht um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung handelt und trotz Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung die öffentlichen Zielsetzungen Unterschiede zu privaten Kreditinstituten begründen. Auch bezieht § 203 Abs. 1 StGB Amtsträger ohne Differenzierung ihres Arbeitsbereichs ein. So ist die Vorschrift z.B. auch bei Abtretungen von Gebührenforderungen aus anderen Lebensbereichen anwendbar, sofern nur zuvor einem Amtsträger ein Geheimnis anvertraut wurde. Unter Rechtsgutsgesichtspunkten lässt sich das nur damit erklären, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit von Amtsträgern zumindest mittelbar geschützt sein soll.¹⁶⁴ Im Übrigen wäre aber – wenn nicht die öffentlichen Zielsetzungen im Sparkassenrecht aufgegeben werden sollen¹⁶⁵ – eine gesetzgeberische Korrektur dahingehend notwendig, dass bestimmte Bereiche

öffentlich-rechtlicher Tätigkeit aus § 203 StGB ausgeklammert werden.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Für eine Anwendbarkeit bei Offenbarung von Kundendaten *Tiedemann* (Fn. 2), S. 311; vgl. ferner *Niemeyer*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschafts- und Ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Aufl. 2011, § 33 Rn. 133.

¹⁶⁰ Dazu *Tiedemann* (Fn. 2), S. 309.

¹⁶¹ Näher *Tiedemann* (Fn. 2), S. 310.

¹⁶² *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 29. Aufl. 2011, § 17 UWG Rn. 2; *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 5. Aufl. 2010, § 17 UWG Rn. 1.

¹⁶³ *Tiedemann* (Fn. 2), S. 310 ff.

¹⁶⁴ S. oben III.

¹⁶⁵ Dafür *Möschel*, WM 1993, 93 (95 ff.).

¹⁶⁶ Tatbestandliche Einengungen finden sich auch bei anderen Tatbeständen, so wenn etwa bei §§ 113, 114 StGB nur Vollzugshandlungen erfasst werden.

Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen

Von Prof. Dr. Volker Erb, Mainz

Der BGH hat die Übersendung rechnungsähnlicher Angebote, mit denen die Absender bei den Empfängern die unzutreffende Annahme einer bestehenden Zahlungsverpflichtung erzeugen wollten, vor einigen Jahren als Betrug eingestuft – zunächst bei der Überrumpelung geschäftsunerfahrener Personen, später auch beim Handeln gegenüber Gewerbetreibenden.¹ Das OLG Frankfurt hat sich dem vor kurzem für „Internetfallen“ mit versteckten Hinweisen auf eine Kostspflicht von Angeboten angeschlossen, die auf den ersten Blick kostenlos erscheinen.² In entsprechender Weise entschied das OLG Oldenburg einen Fall, in dem die Beschuldigten durch ein automatisiertes kurzes Anwählen („Ping-Anruf“) im Display von Mobiltelefonen eine Nummer hinterließen, um bei den Angerufenen den Eindruck zu erwecken, jemand wolle mit ihnen sprechen, und um auf diese Weise jeweils einen Rückruf zu provozieren, der zu einer sinnlosen Bandansage führte und mit einer Gebühr von 0,98 Euro zu Buche schlug, weil es sich um eine gebührenpflichtige „0137-Nummer“ handelte.³ Der vorliegende Beitrag behandelt die Frage, warum man solche und ähnliche Varianten der Irrtumserregung mit Fug und Recht als betrugsrelevante Täuschung betrachten kann.

I. Eingrenzung des Problems

1. Die Möglichkeit, einen anderen zu betrügen, ohne ausdrücklich die Unwahrheit zu sagen, ist im Grundsatz unbestritten: Abgesehen von Fällen, in denen die garantenpflichtwidrige Nichtaufklärung zu einer Strafbarkeit nach §§ 263, 13 StGB führt, besteht weitgehende Einigkeit, dass nonverbales Verhalten unter bestimmten Umständen einen ähnlichen Erklärungswert besitzen kann wie eine verbale Äußerung, und dass verbale Äußerungen über das ausdrücklich Gesagte hinaus je nach Kontext einen weitergehenden konkludenten Aussagegehalt besitzen können.⁴ Eine solche

stillschweigende (Mit-)Erklärung von Tatsachen kann nach den Gepflogenheiten menschlicher Kommunikation im Einzelfall ebenso klar und eindeutig sein wie eine explizite Behauptung der betreffenden Umstände und führt dann ohne weiteres zur Annahme einer betrugsrelevanten Täuschung, wenn die konkludenten Angaben unwahre Tatsachen zum Gegenstand haben. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn diese Eindeutigkeit fehlt, weil das Verhalten außer im Sinne einer wahrheitswidrigen Bekundung von Tatsachen auch so gedeutet werden kann, dass der fraglichen Handlung kein oder jedenfalls kein wahrheitswidriger Erklärungsgehalt zukommt. Beispiel hierfür ist die vieldiskutierte Frage, ob man durch den Abschluss einer Wette zum Ausdruck bringt, deren Gegenstand nicht durch unlautere Machenschaften manipuliert zu haben⁵ (oder gar, den Ausgang eines grundsätzlich ungewissen Ereignisses, auf das die Wette abgeschlossen wird, auch nicht durch Zufall zu kennen⁶). Die für die Strafbarkeit nach § 263 StGB maßgebliche Entscheidung, ob in solchen und ähnlichen Fällen stillschweigend etwas Unrichtiges erklärt wird, ist stark kontextabhängig und einer Verallgemeinerung deshalb kaum zugänglich.

2. Die in den Ausgangskonstellationen auftretenden Schwierigkeiten sind indessen anderer Art: Bei den rechnungsähnlichen Angeboten besteht kein Zweifel, dass die betreffenden Schreiben bei flüchtiger Betrachtung die Annahme einer Zahlungsaufforderung begründen, das gezielte Platzieren des Kostenhinweises an versteckter Stelle lässt den unvorsichtigen Nutzer einer Internetseite definitiv glauben, diese könne kostenlos genutzt werden, und beim Auftauchen einer Nummer als „entgangener Anruf“ in der Anzeige eines Mobiltelefons entsteht zwangsläufig der Eindruck einer erheblichen Wahrscheinlichkeit (an der die Möglichkeit eines – bei Mobilfunkanschlüssen im Übrigen recht seltenen – Fehlanrufs durch ein „Verwählen“ nichts zu ändern vermag), jemand habe mit dem Inhaber des angewählten Anschlusses kommunizieren wollen. Dabei bestehen jedoch folgende Besonderheiten: Erstens konnten die Opfer mit einem gewissen Maß an Aufmerksamkeit erkennen, dass der ihnen gegenüber erweckte Anschein falsch war, denn bei den rechnungsähnlichen Schreiben und den Internetseiten hätte ihnen eine vollständige Lektüre und bei den „Ping-Anrufen“ eine genaue Betrachtung der mit „0137“ beginnenden Nummer gezeigt, woran sie wirklich waren. Dies rückt die Fälle in eine gewisse Nähe zu Sachverhalten, in denen jemand infolge der Konfrontation mit leicht durchschaubaren falschen Behauptungen einem Irrtum unterliegt,⁷ womit die Annahme

¹ BGHSt 47, 1; BGH NSZ-RR 2004, 110; ausführlich zur Vielfalt möglicher Erscheinungsformen solcher Schreiben mit zahlreichen Beispielen und Abbildungen *Grau* (Sozialadäquate Geschäftstüchtigkeit oder strafbarer Betrug?, 2009, S. 11 ff.), der im Übrigen neben der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung deren defizitäre Umsetzung in der Justizpraxis darstellt (*Grau* [a.a.O.], S. 81 ff., S. 95 ff.) und die „klassischen“, richtigerweise von § 263 StGB erfassten rechnungsähnlichen Angebotsschreiben von strafrechtlich irrelevanten Gestaltungsformen abgrenzt (*Grau* [a.a.O.], S. 199 ff.); vgl. zur Phänotypik der vorliegenden Kriminalitätsform ferner *Paschke*, Der Insertionsoffertenbetrug, 2007, S. 19 ff. (im Anhang S. 273 ff. ebenfalls mit Abbildungen einschlägiger Schreiben).

² OLG Frankfurt NJW 2011, 398; Übersicht über die gängigen Varianten dieser Betrugsmasche bei *Eisele*, NSZ 2010, 193.

³ OLG Oldenburg wistra 2010, 453.

⁴ Eingehend etwa *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetz*,

Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 109 ff.; zur Abgrenzung der aktiven konkludenten Täuschung von der Täuschung durch Unterlassen *Streng*, ZStW 122 (2010), 1 (18 ff.).

⁵ Bejahend BGHSt 29, 165 (167 f.); BGHSt 51, 165 (172 f.); zustimmend etwa *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NSZ 2007, 361 (362 ff.); im Ergebnis auch *Krack*, ZIS 2007, 103 (105 ff.); krit. *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (216 f.).

⁶ So noch RGSt 62, 415 (416); dagegen BGHSt 16, 120.

⁷ Vgl. dazu den „Haarverdicker-Fall“ (BGHSt 34, 199).

einer Betrugsstrafbarkeit ähnlichen Einwänden wie dort ausgesetzt ist, wenngleich die Situationen keinesfalls identisch sind (s.u. III.). Unabhängig davon ist zweitens zu beachten, dass die Fehlvorstellung letzten Endes weder durch eine ausdrückliche noch durch eine stillschweigende Mitteilung eines Gedankeninhalts, sondern durch eine suggestive Einwirkung ausgelöst wird.

a) Letzteres mag bei den rechnungsähnlichen Angeboten noch nicht in aller Deutlichkeit zutage treten, weil man die Übersendung eines Überweisungsvordrucks als konkludente Zahlungsaufforderung interpretieren kann, mit der der Täter einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Zahlungsanspruch behauptet.⁸ Gegenüber dem Standardfall eines Betruges durch unwahre Erklärungen (mögen diese in ausdrücklicher oder konkludenter Form abgegeben werden) besteht dabei aber der zentrale Unterschied, dass der Irrtum nicht mehr auf einer schlichten Fehleinschätzung des Wahrheitsgehalts der betreffenden Behauptung beruht (wie z.B. die Miterklärung der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit bei Aufgabe der Bestellung durch den Zechpreller, die der Gastwirt insofern durchaus zutreffend versteht). Kernelement der Irreführung ist vielmehr ein Verschleierungsmanöver, durch das der Täter bewirkt, dass der Getäuschte den Inhalt des Erklärten in wesentlichen Teilen überhaupt nicht erfasst. Letzteres ist dabei *conditio sine qua non* für das Gelingen des Tatplans, weil ein Irrtum nur bei bruchstückhafter Wahrnehmung der dargebotenen Informationen entsteht, während deren vollständige Erfassung durch das Opfer das Aufkommen von Fehlvorstellungen zwingend ausschließen würde. Die notwendige Verwirrung des Opfers erzeugt der Täter nun ersichtlich nicht mit Hilfe einer ausdrücklichen oder konkludenten Mitteilung, wonach die dem Schreiben bei flüchtiger Lektüre zu entnehmende Geltendmachung einer Forderung gegenüber der ausdrücklichen Unterbreitung eines Angebots im „Kleingedruckten“ den Vorrang genießen soll. Eine solche Erklärung (sei es in verbaler oder nonverbaler Form) wäre für die Erreichung seiner Ziele nämlich völlig untauglich bzw. sogar kontraproduktiv, weil sie jedem Adressaten zeigen würde, dass der äußere Schein mit der bei vollständiger Lektüre erkennbaren inhaltlichen Aussage nicht überein-

⁸ Darauf abstellend, auch die gängige Argumentation in diesen Fällen: vgl. etwa BGHSt 47, 1 (3 f.); *Garbe*, NJW 1999, 2868 (2869); *Krack*, JZ 2002, 613 (614); *Otto*, Jura 2002, 606 (607); *Paschke* (Fn. 1), S. 179 ff.; *Eisele*, NSTZ 2010, 193 (194); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 28; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 104; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, S. 479; zur Unvergleichbarkeit mit „klassischen“ konkludenten Täuschungen hingegen bereits *Hoffmann*, GA 2003, 610 (614 f.); *Grau* (Fn. 1), S. 160 ff. Allgemein gegen ein Verständnis konkludenter Täuschungen als „Erklärungen“: *Frisch*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 97 (S. 100 ff.); *Frisch*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 729 (S. 742 ff.).

stimmt und offenbar nur dazu dient, ihn zu überrumpeln. Zu Fehlvorstellungen veranlasst wird das Opfer vielmehr ausschließlich durch die suggestive Beeinflussung seines Vorstellungsbilds, die von einem entsprechend gestalteten Überweisungsträger in der vom Täter ausgenutzten Situation ausgeht.⁹

b) Die „Internet-Fallen“ sind ähnlich gelagert, und noch deutlicher wird das Ganze bei den „Ping-Anrufen“: Zwar stellt das OLG Oldenburg auch hier die Erwägung in den Vordergrund, ein eingehender Anruf stelle „einen Vorgang dar, der über das damit verbundene Signal hinaus die konkludente Erklärung beinhaltet, jemand wolle inhaltlich kommunizieren“, und vergleicht die Situation insofern mit einem „Läuten an der Wohnungstür“.¹⁰ Dieser Vergleich passt jedoch nur für ein aktuell ertönendes Anrufsignal, das nach der Verkehrsanschauung in der Tat die kommunikativ vorgetragene Aufforderung enthält, den Anruf entgegenzunehmen, um in ein Gespräch einzutreten. Demgegenüber wird man das Hinterlassen einer Nummer in der Anzeige des angerufenen Mobiltelefons unter der Rubrik „entgangene Anrufe“ schon im Hinblick darauf, dass sie automatisch erfolgt deshalb und für jedermann ersichtlich keinerlei Rückschlüsse auf den Willen des Anrufers erlaubt, schwerlich als gezielte Mitteilung eines Gedankeninhalts (insbesondere nicht per se als Bitte um einen Rückruf) interpretieren können. Sie bildet vielmehr nur ein Indiz dafür, dass jemand erfolglos versucht hat, in eine Kommunikation einzutreten. Der hiervon ausgehende Anreiz für den vermeintlich Angerufenen, diese Kommunikation nun doch noch von sich aus durch einen Rückruf zu eröffnen, ist insofern eindeutig nicht kommunikativ, sondern suggestiv vermittelt.¹¹

c) Damit ist allgemein zu untersuchen, ob man in einer solchen Auslösung von Irrtümern grundsätzlich in gleicher Weise eine betrugsrelevante Täuschung erblicken kann, wie das bei der (ausdrücklichen oder konkludenten) Erklärung unwahrer Tatsachen der Fall ist (dazu sogleich unten II.). Mit den evtl. strafrechtlichen Auswirkungen einer groben Sorglosigkeit des Opfers, das einer leicht durchschaubaren Täuschung auf den Leim geht, hängt diese Frage nicht unmittelbar zusammen, denn es lassen sich durchaus Fälle bilden, in denen jemand ebenfalls ohne kommunikative Einwirkung Opfer einer Suggestion wird, ohne dabei die in eigenen Angelegenheiten gebotene Sorgfalt zu vernachlässigen. Hier wäre z.B. an diejenigen zu denken, der durch die geschickt inszenierte Vortäuschung eines Unglückfalls, dessen Ernsthaftigkeit er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht kurzfristig überprüfen kann, zur Einleitung einer aufwendigen Rettungsaktion veranlasst wird, auf deren Kosten er am Ende sitzenbleibt, während der Initiator der Aktion, der das Ganze mit entsprechender Intention veranlasst hat, davon finanziell profitiert. Allerdings dürften rein suggestive, nicht durch unwahre Erklärungen flankierte Täuschungsmanöver

⁹ Im Ergebnis ebenso *Grau* (Fn. 1), S. 191 ff.

¹⁰ OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (454).

¹¹ Insofern berechtigt die Kritik an der Argumentation des OLG Oldenburg bei *Jahn*, JuS 2010, 1119 (1120).

de facto in aller Regel auf die Überrumpelung unaufmerksamer Opfer abzielen.

3. Nicht näher vertieft werden sollen im vorliegenden Beitrag die Fragen, die sich im Einzelfall hinsichtlich des Vermögensschadens ergeben können.¹² Ein solcher setzt zunächst voraus, dass es tatsächlich zu einer Vermögensminderung kommt. Das ist bei der Leistung von Zahlungen auf rechnungsähnliche Angebote unproblematisch der Fall. Bei den Internetfällen kommt es darauf an, ob mit der Nutzung des scheinbar kostenlosen Angebots zumindest ein scheinbarer¹³ oder lediglich anfechtbarer¹⁴ Anspruch des Betreibers entsteht, den man wegen der mit seiner Abwehr verbundenen Unsicherheiten und Risiken als schadensgleiche Vermögensgefährdung betrachten kann.¹⁵ Dies ist immer dann der Fall, wenn die Homepage so ausgestaltet ist, dass das Angebot auf den ersten Blick kostenlos erscheint, bei genauer Lektüre des „Kleingedruckten“ aber erkennbar wird, dass bei der Nutzung Kosten anfallen sollen. Anders lägen die Dinge, wenn der betreffenden Homepage überhaupt nicht zu entnehmen wäre, dass hier Kosten erhoben werden sollen, und es dem Betreiber nur darum ginge, Adressdaten von Nutzern zu erfahren, denen er dann mit der schlichten Behauptung, sie hätten ein kostenpflichtiges Angebot genutzt, eine Rechnung schickt: Hier wäre die Annahme, mit dem Besuch der Homepage könne tatsächlich eine Zahlungsverbindlichkeit begründet werden, so abwegig, dass ein Betrug in dieser Phase des Geschehens schon mangels Vermögensverfügung ausscheiden würde. Statt dessen hätten wir es nur mit einer Vorbereitungshandlung zu tun, während der eigentliche Betrug (und bei Androhung rechtlicher Schritte als „empfindlichem Übel“ ggf. auch eine Erpressung) in dem Moment stattfände, in dem der Betreiber durch Übersendung der Rechnung den unzutreffenden Anschein zu erwecken versucht, er habe einen durchsetzbaren Zahlungsanspruch erworben.¹⁶ Bei den „Ping-Anrufen“ erscheint es naheliegend, schon mit dem täuschungsbedingten Rückruf des Opfers eine schadensgleiche Vermögensgefährdung anzunehmen, weil der Rückruf bei normalem Gang der Dinge automatisch dazu führen wird, dass dem Opfer eine Gebühr in Rechnung gestellt wird, deren Abwehr im Dreiecksverhältnis zwischen Mobilfunknutzer, Telekommunikationsunternehmen und Täter mit Unsicherheiten und Aufwand verbunden ist; allerspätestens entstünde der Schaden in dem Moment, in dem die überhöhte Rechnung bezahlt

wird.¹⁷ Neben dem Eintritt einer Vermögensverminderung setzt die Strafbarkeit nach § 263 StGB selbstverständlich voraus, dass der Vermögensminderung beim Opfer keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Dies ist eine Frage des Einzelfalls, wobei den Vermögensminderungen auf der Opferseite in den vorliegenden Konstellationen aber kaum jemals eine auch nur annähernd gleichwertige Kompensation gegenüberstehen dürfte.¹⁸

II. Täuschung durch Suggestion

1. Die für die Behandlung der Ausgangsfälle zentrale Frage, ob eine betrugsrelevante Täuschung durch eine kommunikative Einwirkung auf das Opfer erfolgen muss, wird im Schrifttum überwiegend bejaht, wobei allerdings nicht die vorliegend interessierenden Konstellationen im Vordergrund stehen. Das Erfordernis wird vielmehr regelmäßig im Zusammenhang mit Fällen genannt, in denen der Täter einen rechtlich relevanten Sachverhalt so manipuliert, dass das hierauf bezogene Vorstellungsbild eines anderen nicht mehr richtig ist, wobei auf das Vorstellungsbild als solches aber gerade nicht eingewirkt wird.¹⁹ Wohl bekanntestes Beispiel hierfür ist der „blinde Passagier“, der vom Kapitän unbemerkt das Schiff betritt und dessen Annahme, alle an Bord befindlichen Personen seien auf der Passagierliste registriert, Lügen straft, ohne die Gedanken des Kapitäns dabei jedoch in irgendeiner Form zu beeinflussen. An der dieser Betrachtung zugrundeliegenden Interpretation, wonach die Erregung oder Unterhaltung des Irrtums durch eine Beeinflussung der Gedanken des Opfers (oder das garantenpflichtwidrige Unter-

¹⁷ Bei OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (455) ist nicht ganz klar, worin der *Senat* die als maßgeblich erachtete „Belastung der Anschluss Teilnehmer“ erblickt (Rechnungsstellung durch den Mobilfunkbetreiber oder effektive Zahlung, ggf. durch Lastschriftzug?). Bei der Masche mit den „Ping-Anrufen“ kann man übrigens darüber streiten, ob die beim Opfer (wann auch immer) eingetretene Vermögensminderung mit dem von den Tätern für sich erstrebten Vermögensvorteil „stoffgleich“ ist. Letzteres setzt voraus, dass man den an die Täter weiterzuleitenden Anteil zu keinem Zeitpunkt als eigenen Vermögensbestandteil des Telekommunikationsunternehmens, sondern nur als durchlaufenden Posten betrachtet (so im Ergebnis OLG Oldenburg wistra 2011, 453 [455]). Letzten Endes spielt diese Frage aber keine Rolle, weil die andernfalls beim Telekommunikationsunternehmen eintretende Vermögensmehrung für die Täter ein notwendiges Zwischenziel auf dem Weg zu ihrer eigenen Bereicherung darstellt, so dass wir es mit einer Drittbereicherungsabsicht entsprechend der Situation in den bekannten Provisionsvertreter-Fällen zu tun hätten.

¹⁸ Vgl. *Eisele*, NStZ 2010, 193 (198).

¹⁹ Vgl. etwa *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 12, 37; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 75 f.; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 100 f.; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 22 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 5a.

¹² Dazu *Eisele*, NStZ 2010, 193 (197 f.).

¹³ Gegen das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages für den Regelfall *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 f.

¹⁴ Dazu eingehend im Zusammenhang mit klassischen Fällen des „Adressbuchschwindels“: *Loch*, Der Adressbuch- und Anzeigenschwindel, 2008, S. 41 ff.; für die Internetfälle OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (403).

¹⁵ Für den anfechtbaren Vertrag ebenso OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (403) und insoweit wohl zwingend; für den Fall der drohenden Inanspruchnahme aus einem scheinbaren Vertrag: *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3193); insoweit a.A. *Eisele*, NStZ 2010, 193 (197 f.).

¹⁶ Vgl. auch *Eisele*, NStZ 2010, 193 (198).

lassen einer solchen), nicht aber durch eine ausschließliche Manipulation des Bezugsobjekts der Opfervorstellung erfolgen muss,²⁰ soll hier nicht gerüttelt werden. Für sie spricht schon der Gesetzeswortlaut von § 263 StGB, wo in Bezug auf „falsche Tatsachen“ von „Vorspiegelung“ die Rede ist, was zumindest den Versuch einer Kenntnisvermittlung und nicht nur die Herstellung eines vom Opfer unbemerkten Zustands impliziert (von einer „Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“ könnte man zwar rein begrifflich auch dort sprechen, wo ohne Einflussnahme auf das Opfer nur ein von diesem nicht wahrgenommener Sachverhalt manipuliert wird, insofern wäre eine Ungleichbehandlung gegenüber der unter Vorspiegelung falscher Tatsachen erfolgten Irreführung aber nicht zu rechtfertigen). Nähere Betrachtung verdient allein die für die Ausgangsfälle interessierende Frage, ob die Behandlung von § 263 StGB als „Kommunikationsdelikt“²¹ so weit gehen soll, dass die Irrtumserregung nicht durch eine beliebige Manipulation der Opfervorstellung geschehen darf, sondern auf einer „kommunikativen Einwirkung“ i.e.S. (also auf einer ausdrücklichen oder konkludenten Mitteilung von Gedankeninhalten, die das Opfer auch als solche wahrnehmen soll – also auf einer Erklärung) beruhen muss,²² wie sie die h.M. etwa auch im Rahmen der Anstiftung voraussetzt.²³

2. Gegen eine solche Sichtweise spricht zunächst wiederum der Wortlaut von § 263 StGB, in dem das Gesetz nicht etwa von der „Erklärung“ oder „Mitteilung“ einer unzutreffenden Tatsachenlage, sondern (abgesehen von der „Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“, die begrifflich ohnehin weit davon entfernt sind, eine Erklärung vorauszusetzen) von einer „Vorspiegelung“ falscher Tatsachen spricht. Eine solche kann nach allgemeinem Sprachverständnis zwar nicht in einer reinen Sachverhaltsmanipulation bestehen, die nach dem Willen des Täters vom Opfer unbemerkt bleiben soll, wohl aber in der gezielten Konfrontation mit Umständen, die das Vorstellungsbild beeinflussen, ohne als kommunikativer Akt wahrgenommen zu werden. Überlegungen zum Schutzzweck der Vorschrift führen zum gleichen Ergebnis,

wenn man folgendes bedenkt: Wer eine Vermögensdisposition trifft, orientiert sich regelmäßig nicht nur an dem, was ihm ein anderer mitteilt, sondern richtet sich auch danach, wie er unabhängig von Worten und Gesten des anderen die objektive Tatsachenlage wahrnimmt. Wer einen anderen zu irrumsbedingten Fehldispositionen veranlassen will, hat insofern in weitem Rahmen die Wahl, ob er seinem Opfer eine Situation unzutreffend mitteilt oder ob er dessen Fehlvorstellungen durch die Konfrontation mit einem manipulierten Sachverhalt hervorruft. Dabei erscheint letztere wegen der scheinbaren Unbestechlichkeit der äußeren Faktenlage sogar besonders gefährlich. Im übrigen schließen auch die Vertreter der Ansicht, wonach die Fehlvorstellungen des Opfers durch einen Kommunikationsakt i.e.S. vermittelt sein müssen, eine Täuschung durch Konfrontation mit einem manipulierten äußeren Sachverhalt keinesfalls aus, sondern lassen es ausdrücklich genügen, wenn der Täter einen solchen Sachverhalt in irgendeiner Form (also ggf. auch konkludent) zum Bestandteil seiner Erklärung macht: So wird eine betrugsrelevante Täuschungshandlung mit dieser Begründung z.B. dort bejaht, wo jemand einem Kaufinteressenten das Fahrzeug zeigt, dessen Kilometerzähler zurückgedreht wurde, weil das Verkaufsangebot danach die wahrheitswidrige Aussage impliziert, die bisherige Laufleistung entspreche nur dem angezeigten Kilometerstand.²⁴ Eine solche Interpretation des Täterverhaltens erscheint zwar zutreffend. Dabei ändert die Bezugnahme der Erklärung auf den manipulierten Gegenstand aber nichts daran, dass die unmittelbare Ursache der Fehlvorstellung des Opfers nicht in den kommunikativ vermittelten Angaben des Täters liegt, sondern in der Wahrnehmung eines äußeren Zustands, von dem das Opfer nicht weiß, dass er vom Täter beeinflusst wurde – d.h. die Irreführung erfolgt auch hier schwerpunktmäßig in suggestiver Form. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum die Betrugsstrafbarkeit ausschließlich diejenigen Täter treffen sollte, bei denen man eine – für die Suggestivwirkung als solche irrelevante – konkludente Bezugnahme einer Erklärung auf den verfälschten Sachverhalt konstruieren kann, während andere nur deshalb straffrei ausgehen, weil sie es verstehen, das Opfer durch die Konfrontation mit einer irreführenden Sachlage zu täuschen, ohne letztere formal zum Bestandteil einer Erklärung zu machen. Richtigerweise ist die suggestive der kommunikativen Irrtumserregung bei der Anwendung von § 263 StGB deshalb in jeder Hinsicht gleichzustellen.²⁵

²⁰ Dazu bereits *Bockelmann*, in: *Bockelmann/Gallas* (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, S. 437 (S. 438 f.).

²¹ *Wittig*, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugers*, 2005, S. 220 f., S. 229; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 76. Erblickt man allein schon in der „Einwirkung auf die Vorstellungsbildung des Opfers“ eine „Kommunikation“ i.w.S. (so *Wittig* [a.a.O.], S. 229), verzichtet also auf das Erfordernis, dass der Getäuschte das Ganze auch als solche wahrnimmt, werden natürlich auch suggestive Einwirkungen unproblematisch erfasst.

²² So ausdrücklich *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, S. 72 ff.; *Ellmer*, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 119 f.; in der Sache wohl auch *Cramer/Perron* (Fn. 19), § 263 Rn. 12; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 78; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 100.

²³ Dazu eingehend und m.w.N., auch zur Gegenansicht, *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 2 ff.

²⁴ Vgl. *Ellmer* (Fn. 22), S. 120; *Cramer/Perron* (Fn. 19), § 263 Rn. 12; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 78; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 100.

²⁵ Im Ergebnis ebenso *Krack*, *List als Straftatbestandsmerkmal*, 1994, S. 51 f.; *Grau* (Fn. 1), S. 191 ff.; *Lackner*, in: *Jescheck/Ruß/Willms* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 25, Rn. 27; *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 60. Lfg., Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 25; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 8; *Krey/Hellmann*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 338; unter genereller Verwerfung des Erklärungsansatzes der h.M. *Frisch*, in:

III. Die Irrelevanz einer „Mitverantwortung“ des Opfers

Was bleibt, ist der Einwand der „Mitverantwortung“ des Opfers, das sich nur deshalb täuschen lässt, weil es der Situation nicht die in geschäftlichen Dingen gebotene Sorgfalt schenkt (wobei nochmals klargestellt werden muss, dass eine solche Nachlässigkeit zwar in vielen – so auch in den Ausgangskonstellationen –, aber keinesfalls in allen denkbaren Varianten einer suggestiven Irrtumserregung zu verzeichnen ist, s.o. I. 2. c). Diese Mitverantwortung ist im vorliegenden Zusammenhang übrigens anders gelagert als in Fällen, in denen sich das Opfer durch abenteuerliche Behauptungen des Täters zu einer vermögensschädigenden Dispositionen verleiten lässt: Anders als dort erliegt das Opfer der Irreführung hier nicht aufgrund einer besonderen Leichtgläubigkeit, sondern aufgrund seiner Flüchtigkeit in der Betrachtung der ihm dargebotenen Informationen, d.h. wir haben es nicht mit intellektuellen Defiziten, sondern mit Aufmerksamkeitsmängeln zu tun.

1. Hier wie dort würde es zu kurz greifen, sich bei der Forderung nach einer Reduktion des Tatbestands pauschal auf die sog. Viktimodogmatik zu berufen,²⁶ die bei der Auslegung der Straftatbestände Überlegungen zur Abgrenzung der Verantwortungssphären von Täter und Opfer fruchtbar machen will. Solche und ähnliche Überlegungen wurden im Schrifttum zwar gelegentlich zum Anlass genommen, dem leichtgläubigen oder dem grob fahrlässigen Opfer den Schutz von § 263 StGB grundsätzlich zu versagen.²⁷ Diese Stimmen repräsentieren aber nicht die Viktimodogmatik schlechthin, deren Vertreter eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 263 StGB vielfach ausdrücklich nur im Zusammenhang mit Fällen befürworten, in denen das Opfer die Richtigkeit der ihm dargebotenen Informationen tatsächlich bezweifelt und sich trotzdem (und insofern unter bewusster Inkaufnahme des damit verbundenen Risikos) ohne weitere Nach-

Pawlik u.a. (Fn. 8), S. 129; vgl. ferner Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 163; weitergehend (für Erfassung auch der ausschließlichen Einwirkung auf den Gegenstand der Opfervorstellungen ohne deren suggestive Beeinflussung) Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 48; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 52.

²⁶ In dieser Richtung wohl Jahn, JuS 2010, 1119 (1120).

²⁷ Mit (z.T. erheblichen) Unterschieden in den Einzelheiten und in der Begründung etwa von Naucke, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109 (S. 115 f.); Ellmer (Fn. 22), S. 281 ff.; Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 183 ff.; Hilgendorf, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht – entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, 1998, S. 110 f., S. 192 ff.; auch Pawlik spricht sich trotz Distanzierung vom Ansatz der Viktimodogmatik (Pawlik [Fn. 25], S. 52 ff.) für die Möglichkeit einer „Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs“ aus, wenn sich das Opfer „objektiv betrachtet grob obliegenheits- bzw. pflichtwidrig verhält“ (Pawlik [Fn. 25], S. 248).

forschungen auf das ihm angetragene Geschäft einlässt.²⁸ Vor diesem Hintergrund erübrigt sich im vorliegenden Zusammenhang eine grundsätzliche Stellungnahme zur Viktimodogmatik.²⁹ Die Frage lautet vielmehr nur, ob man mit einem entsprechenden Ansatz so weit gehen dürfte, dem Geschädigten bei Leichtgläubigkeit und Nachlässigkeit in geschäftlichen Angelegenheiten über eine evtl. Relevanz bei der Strafzumessung hinaus den Schutz des Betrugstatbestands vollständig zu entziehen.

2. a) Völlig unerträglich wäre ein solcher Schritt in Bezug auf diejenigen Opfer, die sich aus Unbedarftheit nicht selbst schützen können (und dann typischerweise auch nicht in der Lage sind, ihre Interessen mit zivilrechtlichen Mitteln effektiv zur Geltung zu bringen). Solche Menschen verdienen im Gegenteil gerade den besonderen Schutz des Strafrechts, und wer es gezielt darauf anlegt, sie mit besonders plumpen Tricks zu überrumpeln, weil sie diesen intellektuell nichts entgegenzusetzen haben, verwirklicht keinen strafmildernenden, sondern einen strafscharfenden Umstand. Dabei spielt es keine Rolle, ob die erhöhte Irrtumsanfälligkeit des Opfers aus einer allgemeinen Minderung seiner intellektuellen Fähigkeiten resultiert, oder ob der Täter eine situationsbedingte Überforderung ausnutzt, wie sie z.B. durch emotionale Ausnahmezustände bedingt sein kann.³⁰ Dieses Problem wird von den meisten Befürwortern eines Ausschlusses der Strafbarkeit leicht durchschaubarer Täuschungen auch durchaus gesehen, weshalb hier Ausnahmen von der Straflosigkeit zu-

²⁸ Vgl. Amelung, GA 1977, 1 (6 ff.); Schünemann, NSTZ 1986, 439 (442); Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51 (S. 80 ff.); R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 131 ff.; Hennings, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, 2002, S. 193; Hefendehl (Fn. 19), § 263 Rn. 24, 218 ff. In der von BGHSt 47, 1 (4) als Beleg für Einschränkungen des Betrugstatbestandes bei grober Sorglosigkeit des Opfers zitierten alten Vorentscheidung in BGHSt 3, 99 (103) ging es ebenfalls nicht um die Versagung des Strafrechtsschutzes gegenüber leichtgläubigen oder unaufmerksamen Täuschungsopfern, sondern lediglich um die Straflosigkeit der Verleitung von – insofern bewusst wirtschaftlich unvernünftig agierenden – Teilnehmern eines Gewinnspiels zum Erwerb eines wertlosen Gegenstands durch die Erzeugung von Unklarheiten, ob der Kauf zur Teilnahme an der Endverlosung erforderlich war.

²⁹ Grundlegende Kritik bei Hillenkamp, Vortat und Opferverhalten, 1981, S. 18 ff., S. 133 ff.; vgl. ferner etwa Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 275 f.; Wittig (Fn. 21), S. 364 f.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 19 ff.; Gegenkritik bei Schünemann, in: Zeidler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 357 (S. 364 ff.).

³⁰ Zur Bedeutung besonderer emotionaler Zustände des Opfers für das Gelingen zahlreicher Betrugstaten mit an sich leicht durchschaubaren Täuschungen Hillenkamp (Fn. 29), S. 88 f.

gunsten besonders schutzbedürftiger Opfer proklamiert werden.³¹

b) Dann stellt sich indessen das Problem, nach welchen Kriterien man letztere von denjenigen unterscheiden sollte, die trotz hinreichender intellektueller Fähigkeiten und frei von psychischen Belastungen nachlässig agieren und sich deshalb mit durchsichtigen Tricks in die Irre führen lassen:³² Minderbegabung und situationsbedingte Überforderung können in so mannigfaltigen Formen und Schweregraden auftreten, und ihre Auswirkungen können je nach Art des Überumpelungsversuchs, dem der Betroffene widerstehen soll, so unterschiedlich sein, dass eine an der tatsächlichen Schutzwürdigkeit orientierte Abgrenzung, die das für die Festlegung der Strafbarkeitsgrenzen (!) hinreichende Maß an Bestimmtheit aufweist, schlechthin unmöglich erscheint. Im Übrigen würde die Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme darüber, ob der Geschädigte im Einzelfall in der Lage gewesen wäre, die notwendige Aufmerksamkeit zu entfalten, um den Trick zu durchschauen (und – im Hinblick auf Tatbestandsirrtum und Versuch – über die hierauf bezogenen Vorstellungen des Täters³³), den bei der Verfolgung von Serienbetrügern ohnehin schon extrem hohen Verfahrensaufwand ins Unermessliche steigern.³⁴ Wollte man angesichts dieser Bedenken auf eine Orientierung an der individuellen Opfersituation verzichten und stattdessen eine abstrakt-pauschale Differenzierung vornehmen, so fragt sich, wie dies geschehen sollte: Die Anknüpfung an messbare persönliche Eigenschaften³⁵ (Intelligenzquotient? Bildungsabschluss?) wäre nicht nur diskriminierend, sondern auch in der Sache wenig zielführend, weil sich die Hilflosigkeit gegenüber dreisten Überumpelungen je nach Lebensbereich sehr verschiedenen darstellen und von unterschiedlichen persönlichen Fertigkeiten abhängen kann: So wäre ein im Umgang mit neuen Medien versierter, in schriftlichen Angelegenheiten dagegen unbeholfener Mensch vielleicht ohne weiteres in der Lage, den Trick mit den „Ping-Anrufen“ zu durchschauen, während ihm das bei der Masche mit den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben extrem schwerfiele, und bei einem in Wort und Schrift gewandten, aber technisch völlig inkompetenten Zeitgenossen lägen die Dinge möglicherweise umgekehrt. Die einzige abstrakt-generelle Differenzierung zwischen mehr oder weniger schutzwürdigen Betrugsopfern, die wenigstens ansatzweise praktikabel erschiene, wäre diejenige zwischen privaten und

gewerblichen Adressaten von Überumpelungsversuchen.³⁶ Für eine hieran ausgerichtete Unterscheidung werden denn auch in der Tat die erhöhten Sorgfaltsanforderungen angeführt, denen der Gewerbetreibende im beruflichen Bereich genügen muss, wie sich insbesondere aus gewissen Abweichungen des Handelsrechts von den Regelungen des BGB ergibt (z.B. hinsichtlich der Bedeutung des Schweigens auf Anträge nach § 362 HGB).³⁷ Gegen sie spricht indessen, dass sich auch erfahrene Kaufleute kaum gegen einschlägige Machenschaften schützen können, wenn sie – was ab einer gewissen Betriebsgröße unumgänglich erscheint – zu Erledigung einfacher Geschäftsvorgänge auf den Einsatz von Hilfspersonal angewiesen sind.³⁸

3. Unabhängig von der Praktikabilität der Abgrenzung ist im Übrigen zu fragen, welcher Anlass denn überhaupt bestehen sollte, Personen, die aufgrund einer wie auch immer gearteten Nachlässigkeit ein auf ihre Irreführung abzielendes Täuschungsmanöver nicht durchschauen und deshalb eine vermögensschädigende Verfügung tätigen, den Schutz von § 263 StGB zu versagen,³⁹ zumal eine solche Einschränkung vom Wortlaut des Gesetzes ja in keiner Weise gefordert ist, sondern diesen im Gegenteil kräftig strapazieren würde.⁴⁰

a) Soweit ein Vorrang einer eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Interessen des Einzelnen aus der Subsidiarität des Strafrechts abgeleitet wird,⁴¹ ist dem entgegenzuhalten, dass das Subsidiaritätsprinzip nach allgemeinem Verständnis nur im Verhältnis zwischen unterschiedlich eingriffsintensiven staatlichen Mitteln, nicht aber im Verhältnis zwischen

³¹ Vgl. etwa *Ellmer* (Fn. 22), S. 282 ff.; *Kurth* (Fn. 27), S. 179 f.; *Hilgendorf* (Fn. 27), S. 200 f.

³² Zu den Unsicherheiten bei der Festlegung, wer als „geschäftlich erfahren anzusehen ist“, auch *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (197).

³³ Vgl. dazu *Herzberg*, *GA* 1977, 289 (293); *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 29; *Hecker* (Fn. 29), S. 271 f.

³⁴ Zur Steigerung des Verfahrensaufwands durch eine Notwendigkeit, die Opfermitverantwortung schon auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen, bereits *Arzt*, in: *Sieber u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, *Festschrift für Klaus Tiedemann* zum 70. Geburtstag, 2008, S. 595 (S. 600).

³⁵ Dafür ausdrücklich *Hilgendorf* (Fn. 27), S. 200 f.

³⁶ Ebenso *Paschke* (Fn. 1), S. 161 mit dem zutreffenden Hinweis, dass diese keinesfalls mit der – unklaren und unscharfen – Differenzierung zwischen „geschäftlich erfahrenen“ und „geschäftlich unerfahrenen“ Adressaten identisch ist, wie sie in der Rechtsprechung zu den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben zeitweise zur Debatte stand, nachdem *BGHSt* 47, 1 (7) die von *BGH NStZ-RR* 2004, 110 schließlich bejahete Einbeziehung der Täuschung „geschäftlich erfahrener“ Opfer zunächst offen gelassen hatte.

³⁷ Vgl. etwa *Kurth* (Fn. 27), S. 190 f.; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 499a.

³⁸ Zutreffend *OLG Frankfurt NJW* 2003, 3215 (3216); *Mahnkopf/Sonnberg*, *NStZ* 1997, 187; *Garbe*, *NJW* 1999, 2868 (2869 f.); *Grau* (Fn. 1), S. 177 ff.; *Paschke* (Fn. 1), S. 159 ff.

³⁹ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 51 f., weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die leichte Durchschaubarkeit von Fehlinformationen nichts mit der Unterscheidung zwischen Informationen, deren Einholung dem Opfer selbst obliegt, und solchen, die in den Zuständigkeitsbereich des Täters fallen, zu tun hat, und dort, wo es um letztere geht, der Anwendung von § 263 StGB deshalb nicht entgegensteht; vgl. auch *Kindhäuser*, in: *Schulz/Vornbaum* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag* am 15. Dezember 1997, 1997, S. 339 (S. 357 f.).

⁴⁰ *Schünemann*, *NStZ* 1986, 439 (442); *Hennings* (Fn. 28), S. 167.

⁴¹ Vgl. etwa *Ellmer* (Fn. 22), S. 233 ff.; *R. Hassemer* (Fn. 28), S. 20 ff.

diesen und privaten Schutzmöglichkeiten gilt.⁴² Im Übrigen ist der Einzelne gerade nicht in der Lage, den general- und spezialpräventiven Wirkungen des Strafrechts vergleichbare Abwehrmechanismen zu installieren, um sich schon im Vorfeld vor Praktiken zu schützen, mit denen er zu irrtumsbedingten Vermögensverfügungen veranlasst werden soll⁴³ – und welch dringende Notwendigkeit für solche Abwehrmechanismen besteht, tritt mit kaum zu übertreffender Deutlichkeit in den Erfolgen zutage, die Betrüger auf Kosten leichtgläubiger Opfer nun einmal immer wieder erzielen.⁴⁴ Schlicht unzutreffend ist auch die Behauptung, das Zivilrecht reiche aus, um solchen Opfern einen hinreichenden Schutz zu gewähren:⁴⁵ Der Prozentsatz derjenigen, die nach Überweisung des auf einem rechnungsähnlichen Angebotsschreiben ausgewiesenen Betrags oder nach Begleichung der Mobilfunkrechnung mit der Gebühr für den „Ping-Anruf“ notfalls einen Rechtsstreit betreiben, um ihr Geld zurückzubekommen, dürfte verschwindend gering sein (wobei die Inkaufnahme des damit verbundenen Aufwands für den einzelnen bei den zur Debatte stehenden Beträgen objektiv betrachtet denn auch wenig sinnvoll erscheint). Aber auch von denen, die noch keine Zahlungen erbracht haben und sich nach dem Besuch einer Internetseite zunächst einmal nur mit einer Rechnung und einem Mahnschreiben konfrontiert sehen, werden es viele vorziehen, zur Vermeidung befürchteter Unannehmlichkeiten die Forderung des Betrügers zu erfüllen, solange damit keine gravierende wirtschaftliche Belastung verbunden ist.⁴⁶ Wer hier argumentiert, das sei ihre eigene Schuld, der übersieht, dass es für weite Kreise der Bevölkerung und typischerweise gerade für diejenigen, die auf plumpe Betrugsmaschinen hereinfallen, eben nicht selbstverständlich ist, die Harmlosigkeit eines vermeintlich drohenden Rechtsstreits, mit dem sie nur diffuse Vorstellungen von Unannehmlichkeiten, Kosten und zweifelhaften Erfolgsaussichten verbinden, zu erkennen und diesem deshalb gelassen entgegenzusehen. Alles in allem wird es für die Täter nur in einem Bruchteil der Fälle zu nachteiligen zivilrechtlichen Konsequenzen kommen, so dass diese, wie *Krack* zutreffend bemerkt, für die Initiatoren entsprechender Kampagnen „lediglich die Höhe der Rendite mindern.“⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist das Strafrecht auch und gerade in seiner Funktion als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes dringend gefordert, und am allerwe-

nigsten wird man behaupten können, dass sein durch den Wortlaut von § 263 StGB nahegelegter Einsatz nicht von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt sei.⁴⁸

b) Auch der relative oder absolute Bagatellcharakter, den die Taten aufzuweisen scheinen, wenn man die Schadenshöhe beim einzelnen Geschädigten betrachtet, vermag die Forderung nach einem Rückzug des Strafrechts nicht zu tragen. Hier ist nämlich zu beachten, dass das Vorgehen der Täter zumeist auf die Erzielung erheblicher Gewinne bei gleichzeitiger Verursachung eines hohen Gesamtschadens gerichtet und insofern keinesfalls der Bagatellkriminalität, sondern zumindest der mittelschweren Wirtschaftskriminalität zuzuordnen ist. Die Verteilung des Schadens auf eine Vielzahl von Geschädigten, die für sich genommen jeweils nur mit vergleichsweise niedrigen Beträgen belastet sind (im Extremfall unter einem Euro, so bei den „Ping-Anrufen“), ist dabei ein Teil des Plans, der in vielen Fällen zunächst den Primärerfolg der Täter erklärt, denn wo für den einzelnen erkennbar hohe Beträge im Raum stehen, stellt sich im allgemeinen keine flüchtige Routine ein, und auch unbedarfte Opfer agieren dann vorsichtiger. Außerdem liegt an dieser Stelle die zentrale (und von den Tätern wohl ebenfalls bewusst einkalkulierte) Ursache dafür, dass das Zivilrecht als milderer Instrument zur effektiven Gegenwehr gegen die betreffenden Machenschaften weitgehend leerläuft, weil es sich aus Sicht der meisten Menschen nicht lohnt, mit den Tätern um die betreffenden Beträge notfalls vor Gericht zu streiten – während die Aktionen für die Täter, die sich planmäßig bei einer Vielzahl von Geschädigten bedienen, unter dem Strich um so gewinnbringender erscheinen.

c) Kann schließlich die Sorge um „unternehmerische“⁴⁹ oder sonstige Handlungsfreiheiten die Forderung tragen, bei der Anwendung von § 263 StGB im vorliegenden Zusammenhang Zurückhaltung walten zu lassen? Jedenfalls dann nicht, wenn es wie in sämtlichen Ausgangskonstellationen⁵⁰ um Tricks geht, die ersichtlich keinem anderen Zweck dienen können, als bei einem (und sei es noch so kleinen) Teil der Angesprochenen Fehlvorstellungen zu erzeugen und diese hierdurch zu vermögensschädigenden Dispositionen zu veranlassen.⁵¹ Wer solchermaßen agiert, bewegt sich ebenso wie andere Betrüger, Hehler und Drogenhändler bewusst außerhalb des Rahmens von wirtschaftlichen oder sonstigen Betätigungen, die in irgendeiner Form rechtliche Anerkennung

⁴² Dazu eingehend *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 176; *Maiwald*, ZStW 96 (1984), 70 (71 ff.); *Paschke* (Fn. 1), S. 79 f.

⁴³ Ebenso *Herzberg*, GA 1977, 289 (294); *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 179; *Hecker* (Fn. 29), S. 278.

⁴⁴ Zutreffend *Krack* (Fn. 25), S. 65; zu den mindestens teilweise durch eine unzureichende Strafverfolgung bedingten hohen Fallzahlen und gigantischen volkswirtschaftlichen Schäden im Zusammenhang mit rechnungsähnlichen Angeboten und ähnlichen Schwindelformen *Grau* (Fn. 1), S. 28 ff.

⁴⁵ Vgl. *Ellmer* (Fn. 22), S. 292 ff.; *Kurth* (Fn. 27), S. 178 f.

⁴⁶ So auch die Einschätzung von *Eisele*, NStZ 2010, 193. Zur faktischen Unzulänglichkeit des zivilrechtlichen Instrumentariums im vorliegenden Zusammenhang ferner *Paschke* (Fn. 1), S. 70.

⁴⁷ *Krack* (Fn. 25), S. 70.

⁴⁸ Zutreffend *Hecker* (Fn. 29), S. 277 f.

⁴⁹ Vgl. etwa *Scheinfeld*, wistra 2008, 167, der im Zusammenhang mit dubiosen, über die Telefongebühren der Anrufer finanzierten Gewinnspielen von „unternehmerischem Werben“ spricht.

⁵⁰ Sorgfältige und in jeder Hinsicht überzeugende Begründung für die verfahrensgegenständliche Konstellation von „Internet-Fallen“ bei OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (401 f.).

⁵¹ Zutreffend *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 195 f.: „Es gibt keinen Grund für die „Eröffnung eines Freiheitsraums für vorsätzliche Schädigungen [...] Eine solche Freiheitsvermehrung des Vorsatztäters ist kriminalpolitisch ohne Wert.“

verdienen.⁵² An dieser Bewertung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass man von den Wirtschaftssubjekten in einer Marktwirtschaft nicht verlangen kann, alle möglichen Schwächen ihrer Angebote offenzulegen und ihre Werbung von marktschreierischen Übertreibungen freizuhalten.⁵³ Über eine schutzwürdige Wahrnehmung wirtschaftlicher Freiheiten kann und muss man dort diskutieren, wo erstens eine (und sei es schlechte oder überteuerte) Leistung erbracht wird, die wenigstens prinzipiell zu etwas zu gebrauchen ist, und wo zweitens mögliche Fehlvorstellungen einiger Kunden die bloße Nebenwirkung von Werbeaktivitäten darstellen, die grundsätzlich darauf abzielen, dem Verbraucher ein zwar möglichst positives, aber in Bezug auf die „harten Fakten“ nicht definitiv falsches Bild zu vermitteln. Welches legitime Interesse demgegenüber daran bestehen sollte, im geschäftlichen Verkehr Gestaltungsformen zu wählen, die nur als Instrument zur Überrumpelung Unbedarfter einen Sinn ergeben, um sich auf diese Weise Einnahmen zu erschließen, für die entweder gar keine („Ping-Anrufe“) oder nur eine – bei objektiver und subjektiver Betrachtung gleichermaßen – völlig nutzlose Alibi-Leistung⁵⁴ (Veröffentlichung von Anzeigen in obskuren Druckwerken oder auf Internetseiten, bei denen es mangels Verbreitung der betreffenden Medien wirtschaftlich absurd erschiene, in ihnen wissentlich ein kostenpflichtiges Inserat aufzugeben⁵⁵) erbracht wird, ist hingegen nicht nachvollziehbar. Bei solchen Machenschaften handelt es sich a priori nicht um die Teilnahme an einem „geschäftlichen Wettbewerb“,⁵⁶ wie er eine funktionierende Marktwirtschaft kennzeichnet (und sei es eine solche, in der „mit harten Bandagen“ geworben wird), sondern um eine rein parasitäre Bereicherung zum Schaden anderer. Dies gilt richtigerweise

⁵² Im Ergebnis ähnlich *Geisler*, NStZ 2002, 86 (89); vgl. auch *Wittig*, die im Zusammenhang mit Ansätzen zur Eingrenzung der „Täuschung“ anhand einer Abwägung von Opferschutzinteressen und Handlungsfreiheit des Täters zu Recht auf die Möglichkeit hinweist, dass „ein strafbewehrtes Verbot dem Täter schon deshalb keine Freiheitsrechte nimmt, weil entsprechende Freiheiten schon gar nicht mehr bestehen“ (*Wittig* [Fn. 21], S. 382).

⁵³ Dazu *Kühne*, Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?, Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB, 1978, S. 7 ff.; *Tiedemann* (Fn. 19), § 263 Rn. 35.

⁵⁴ Über die ausnahmsweise Anerkennung einer Schutzwürdigkeit des Vertriebs nutzloser Leistungen kann man allenfalls dort diskutieren, wo bei den Opfern ein subjektives Interesse am Erwerb objektiv wertloser Dinge besteht, weil sie an die Wirksamkeit von Wundermitteln u.s.w. glauben wollen und deshalb ein positives Interesse am Erwerb von Illusionen haben, dazu eingehend *Arzt*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 431; diese Problematik betrifft aber allein Fälle von Leichtgläubigkeit gegenüber abenteuerlichen *Behauptungen* über die Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen und wird in den vorliegend interessierenden Konstellationen nicht berührt.

⁵⁵ Vgl. auch *Garbe*, NJW 1999, 2868 (2869).

⁵⁶ Zutreffend *Arzt* (Fn. 34), S. 598.

völlig unabhängig davon, welcher Prozentsatz der Angesprochenen dem Irrtum unterliegt, auf dessen Erregung die Aktion letzten Endes abzielt. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Täter die im Einzelfall geringe Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Masche dadurch kompensiert, dass er durch den Einsatz geeigneter Techniken⁵⁷ für eine großflächige Verbreitung sorgt und damit per saldo eine mindestens ebenso große Effizienz erreicht wie derjenige, der nur wenige potentielle Opfer mit schwerer zu durchschaubaren Täuschungsmanövern konfrontiert.⁵⁸ Warum es die Rechtsordnung tolerieren sollte, wenn jemand durch ein solches „Screening“ ganzer Bevölkerungsgruppen die für ihn passenden Opfer herausfiltert, aus denen er auch mit einem reichlich plumpen Trick ohne adäquate Gegenleistung Kapital schlagen kann, und die dabei jeweils ebenso ungerechtfertigte Einbußen erleiden wie ein Opfer, das in einem Einzelgespräch mittels einer schwer durchschaubaren Lüge betrogen wird, ist unerfindlich.⁵⁹

IV. Europarechtliche Einschränkungen der Betrugsstrafbarkeit?

Zu prüfen ist allerdings, ob sich aus dem Europarecht möglicherweise etwas anderes ergibt. Die Verfolgung von Betrugsmanövern, die nur für leichtgläubige oder unaufmerksame Opfer gefährlich sind, erscheint insofern deshalb nicht ganz unproblematisch, weil den europarechtlichen Irreführungsverboten, von denen der Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken (RLuG)⁶⁰ den weitesten Anwendungsbereich hat,⁶¹ grundsätzlich der vom EuGH schon seit langem verwendete⁶² Maßstab eines „verständigen Verbrauchers“ zugrunde liegt.⁶³ Diesen Schutzstandard müssen die Mitgliedstaaten nicht nur als Minimum gewährleisten, sondern dürfen ihn bei der Behandlung von Geschäftspraktiken als „unlauter“ umgekehrt auch nicht ohne weiteres überschreiten, weil unterschiedliche Maßstäbe dessen, was in den Mitgliedstaaten als unzulässige Irreführung des Verbrauchers gilt, den Binnenmarkt beeinträchtigen.⁶⁴

1. Betrachtet man den Schutzzweck der einschlägigen europarechtlichen Regelungen, so wird indessen schnell deutlich, dass dieser die vorliegend interessierenden Konstellatio-

⁵⁷ Sei es die massenhafte Versendung von „rechnungähnlichen Angeboten“ und ähnlich unseriösen Botschaften auf dem Postweg, sei es das Ansprechen von im Extremfall Millionen potentieller Opfer durch den Einsatz moderner Techniken wie der automatischen Generierung von E-Mails und Telefonanrufen.

⁵⁸ Ähnlich *Arzt* (Fn. 34), S. 597.

⁵⁹ Dazu auch *Krack* (Fn. 25), S. 71.

⁶⁰ ABl. EG 149 v. 11.6.2005, S. 22; Abdruck mit Erwägungsgründen in GRUR Int 2005, 569; dazu eingehend *Soyka*, wistra 2007, 127 (128 ff.).

⁶¹ *Soyka*, wistra 2007, 127 (129).

⁶² Dazu etwa *Hecker* (Fn. 29), S. 50 f. m.w.N.

⁶³ Zu weiteren einschlägigen Verordnungen und Richtlinien *Hecker* (Fn. 29), S. 65 ff., S. 288 ff.; vgl. im übrigen *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777 (782 f.).

⁶⁴ Ausführlich *Soyka*, wistra 2007, 127 (129) m.w.N.

nen nicht einmal ansatzweise erfasst: Den Organen der EG geht es darum, neben dem „Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ „zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts [...] beizutragen“ (so ausdrücklich Art. 1 RLUG), für den sich unterschiedliche Schutzstandards im Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten infolge der damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen und des zusätzlichen Aufwands bei grenzüberschreitenden Marketingaktivitäten als Hemmnis erweisen.⁶⁵ Damit hat das Europarecht offenkundig den regulären Wirtschaftsverkehr im Blick, in dem Gewerbetreibende ihre Produkte oder Dienstleistungen vertreiben, deren Preis zwar nicht notwendigerweise „objektiv angemessen“ ist, die aber immerhin einen realen wirtschaftlichen Wert verkörpern. Wenn die innerhalb Europas miteinander konkurrierenden Gewerbetreibenden dabei auf Werbemaßnahmen angewiesen sind, um die Aufmerksamkeit eines verständigen Durchschnittsverbrauchers zu erregen und seine Kaufbereitschaft zu erhöhen, ohne diesen effektiv zu täuschen, liegt es auf der Hand, dass ein in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabtes Verbot solcher Werbeaussagen, die bei besonders naiven Abnehmern Fehlvorstellungen über Tatsachen auslösen könnten, hier zu erheblichen Behinderungen führt, die auch redliche Absatzbemühungen treffen. Deshalb dürfen grundsätzlich sozialadäquate Werbepraktiken nicht wegen jeder beliebigen, sondern nur aufgrund einer für den „verständigen Verbraucher“ gefährlichen Eignung zur Irreführung untersagt werden. Demgegenüber zielen die eingangs dargestellten Praktiken erkennbar gar nicht darauf ab, in irgendeiner Weise den „verständigen Verbraucher“ zu umwerben. Sie taugen nämlich zu überhaupt nichts anderem, als diejenigen in die Irre zu führen und zu schädigen, die diesem Leitbild (allgemein oder situationsbedingt) nicht entsprechen: Mit der rechnungsähnlichen Ausgestaltung von Angebotsschreiben, der Generierung von „Ping-Anrufen“ von 0137-Nummern oder einer planmäßigen Verschleierung der Kostenpflicht eines Internetangebots kann man im Wettbewerb um den „verständigen Verbraucher“ ebenso wenig einen Werbeeffect erzielen wie mit verwirrendem Geplapper über wertvolle Gewinne, das beim Adressaten den unzutreffenden Eindruck erwecken soll, ihm sei ein solcher bereits zugeteilt worden. Hier ist vielmehr das Gegenteil der Fall – der „verständige Verbraucher“ wird sich von solchen „Angeboten“ mit Grausen abwenden, sobald er ihr Konzept durchschaut. Zu dem Umstand, dass es in solchen Fällen definitiv nicht um seriöse Werbemaßnahmen, sondern nur um die Überrumpelung von unvorsichtigen Personen geht, kommt erschwerend hinzu, dass die Aktionen wie gesagt (s.o. III. 3. c) regelmäßig nicht auf den Absatz einer werthaltigen Ware oder Dienstleistung gerichtet sind, sondern ersichtlich nur dazu dienen, den Betroffenen gegen eine „Leistung“, die nur ein praktisch wertloses Alibi darstellt, das Geld aus der Tasche zu ziehen.

2. Einem ausschließlich mit dieser Zielrichtung agierenden Täter ein Recht zu garantieren, eben dies zu tun, kann

⁶⁵ Vgl. dazu insbesondere die Erwägungsgründe 3 ff. der RLUG; zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit durch das europäische Lebensmittelrecht (Hecker [Fn. 29], S. 60 ff.).

vom Europarecht schwerlich gewollt sein. Dies zeigen nicht nur Überlegungen zum Schutzzweck des ganzen Instrumentariums, sondern auch nähere Betrachtungen der Erwägungsgründe und der einzelnen Regelungen der RLUG: So ist zunächst in Bezug auf rechnungsähnliche Angebotsschreiben und gängige Gewinnspiel-Maschen zu bemerken, dass diese beim Einsatz durch Gewerbetreibende gegenüber Verbrauchern durch Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Nr. 21 bzw. Nr. 31 von Anhang I der RLUG „unter allen Umständen als unlauter anzusehen“ sind, d.h. es bedarf insoweit von vornherein keiner Feststellung der Eignung zur Irreführung eines „verständigen Verbrauchers“. Ansonsten bezieht sich die RLUG nach Erwägungsgrund Nr. 7 nur „auf Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte“⁶⁶ stehen.“ Insofern wird man verlangen können, dass es sich wenigstens im Ansatz um wirtschaftlich werthaltige Leistungen handelt, nicht hingegen um ein „Produkt“, für das ein „verständiger Verbraucher“ bei Kenntnis der näheren Umstände keinen Cent bezahlen würde, weil es zu nichts anderem taugt als zur oberflächlichen Verschleierung des Umstands, dass wir es in Wahrheit mit einem ausschließlich auf parasitäre Bereicherung gerichteten Verhalten zu tun haben. Im Übrigen bestimmt Art. 5 Abs. 2 lit. b RLUG nicht das „wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers“, sondern dasjenige eines „durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern“ zum entscheidenden Maßstab, „wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet“. Nun haben wir es bei den Adressaten der vorliegend interessierenden Tricks zwar nicht mit „einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern“ zu tun, „die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind,“ so dass Geschäftspraktiken nach Art. 5 Abs. 3 RLUG generell „aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt“ werden müssten. Trotzdem erscheint es kaum vorstellbar, dass der EuGH bei Betrugsmaschinen, die als reguläre Marketingstrategie völlig untauglich sind und ersichtlich nur darauf abzielen, aus der Masse der Verbraucher diejenigen herauszufiltern und zu übertölpeln, die dem Leitbild des „verständigen Verbrauchers“ gerade nicht entsprechen, im Ernstfall eben dieses Leitbild bemühen würde, um findigen Schmarotzern die Freiheit einer gezielten Jagd auf unbedarfte und unaufmerksame Marktteilnehmer zu gewährleisten, damit sie diese ohne Erbringung einer auch nur annähernd adäquaten Gegenleistung ungestört ausbeuten können.

V. Die Differenzierung zwischen Irreführung als Allein-zweck und als Nebenwirkung zweifelhafter Geschäftspraktiken

Der Kernaspekt der unter III. 3. c) und IV. ausgeführten Überlegungen ist nach alledem die Unterscheidung zwischen Gestaltungsformen von Angeboten oder sonstigen Einwirkungen auf die Willensbildung, bei denen schlechthin keine

⁶⁶ Hervorhebung vom Verf. des vorliegenden Beitrags.

andere Funktion ersichtlich ist als die, einen (und sei es prozentual betrachtet noch so geringen) Teil der Adressaten durch die Erregung von Fehlvorstellungen zu vermögensschädigenden Dispositionen zu veranlassen, und Werbebotschaften, bei denen ein evtl. irreführender Effekt nur die Nebenwirkung einer Beeinflussung potentieller Kunden darstellt, die primär auf die Schaffung legitimer Kaufanreize zugeschnitten ist: Erstere sind ausnahmslos (d.h. unabhängig von den mit ihnen erzielten Täuschungsquoten⁶⁷) verboten und begründen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von § 263 StGB ohne weiteres eine Betrugsstrafbarkeit. Bei letzteren – und nur dort – muss hingegen unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben ein Ausgleich zwischen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit des Anbieters und dem Interesse am Schutz seiner Kunden vor irreführenden Praktiken hergestellt werden, weil die Freiheit einerseits auch hier nicht schrankenlos sein kann, andererseits aber nicht wegen jeder denkbaren Gefahr von Missverständnissen ausgehöhlt werden darf.

1. Eine ähnliche Idee lag offenbar auch dem von BGHSt 47, 1 (5 f.) verfolgten Ansatz zugrunde, nach dem die Tatbestandsmäßigkeit der Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben daraus folgen soll, dass „der Täter die Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein ‚äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens‘ gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist.“ Gegen eine solche primäre Anknüpfung an der subjektiven Zweckbestimmung des Verhaltens wurde nun freilich – im Grundsatz zu Recht – der Einwand erhoben, sie führe zu einer unzulässigen Subjektivierung des Tatbestandsmerkmals „Täuschung“, das nach allgemeinen Grundsätzen zunächst einmal im objektiven Tatbestand zu prüfen sei und dort seine strafbarkeitsbegrenzenden Wirkungen entfalten müsse.⁶⁸ Auf

⁶⁷ Wobei eine im Einzelfall hohe Täuschungsquote natürlich ein Indiz für die ausschließlich betrügerische Funktion der spezifischen Vorgehensweise der Täter darstellt (worauf OLG Frankfurt NJW 2011, 398 [401 ff.] denn auch besonderes Gewicht legte); ihre Rolle als hochspezifisches und zu keinem anderen Zweck taugliches Täuschungsinstrument kann je nach Sachverhaltsgestaltung aber auch einer Masche auf die Stirn geschrieben stehen, die erkennbar darauf abzielt, unter bewusster Inkaufnahme niedriger Quoten von allen angesprochenen Personen zielsicher die dümmsten und unvorsichtigsten herauszufiltern!

⁶⁸ *Krack*, JZ 2002, 613; *Pawlik*, StV 2003, 297 (298); *Schneider*, StV 2004, 537 (538 f.); *Paschke* (Fn. 1), S. 144 ff.; *Grau* (Fn. 1), S. 168 ff.; *Scheinfeld*, wistra 2008, 167 (169 ff.); *Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn. 47; gegen ein Abstellen auf die Absicht des Täters auch *Hecker* (Fn. 29), S. 256 f.; *Geisler*, NStZ 2002, 86 (87 f.); *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 8), S. 479; *Hoffmann*, GA 2003, 610 (616 f.), der bei den rechnungsähnlichen Angeboten statt dessen den „Gesamteindruck“ betrachten will; sowie *Eisele*, NStZ 2010, 193 (194), der auf die „Verletzung von Informationspflichten“ abstellt

durchgreifende Bedenken stößt dabei insbesondere die Annahme des BGH, ein strafloses „bloßes Ausnutzen einer irrtumsgeneigten Situation“ und „strafrechtlich relevante Täuschungshandlungen durch aktive Irreführung“ seien in erster Linie danach zu unterscheiden, ob der Täter hinsichtlich der Irrtumserregung nur mit bedingtem oder aber mit direktem Vorsatz handelt.⁶⁹ Auch eine noch so böse Absicht bildet für sich allein genommen nämlich keine taugliche Grundlage für die Zurechnung eines Erfolges, solange dieser nicht durch eine von der Rechtsordnung objektiv missbilligte Gefahrschaffung verursacht wurde.⁷⁰

2. Diese Bedenken stehen der hier vorgeschlagenen Differenzierung bei näherer Betrachtung indessen nicht entgegen. Bei den vorliegend diskutierten Verhaltensweisen handelt es sich nämlich keinesfalls um ein objektiv zulässiges Geschäftsgebaren, das erst durch die (allerdings offenkundig vorliegende) Absicht zur Irreführung zu einer verbotenen Täuschung mutieren würde. Ein Angebotsschreiben mit der Aufmachung einer Rechnung zu versehen, massenhaft „Ping-Anrufe“ von einer gebührenpflichtigen Service-Nummer zu versenden, den Hinweis auf die Kostenpflicht einer prima facie unentgeltlich zu nutzenden Internetseite an einer versteckten Stelle zu platzieren oder potentielle Teilnehmer an dubiosen Gewinnspielen mit der erst an nachgeordneter Stelle relativierten Aussage anzusprechen, sie hätten gewonnen, ist vielmehr allgemein nicht erlaubt,⁷¹ weil von einem solchen Verhalten in der von § 263 StGB beschriebenen Weise eine Gefahr für fremde Rechtsgüter (Eintritt von Vermögensschäden durch irrtumsbedingte Verfügungen) ausgeht, ohne dass dabei irgendein legitimes Interesse ersichtlich wäre, sie dennoch vorzunehmen. Anders als in Fällen, in denen Missverständnisse, die für einzelne Teilnehmer des Rechtsverkehrs ebenfalls mit irrtumsbedingten vermögensschädigenden Verfügungen enden können, als Nebenwirkung einer sozialadäquaten Umwerbung des „verständigen Verbrauchers“ erscheinen, die man in einem gewissen Rahmen in Kauf nehmen muss, um die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung nicht über Gebühr zu beschränken, fehlen damit die Voraussetzungen eines erlaubten Risikos. Diese Überlegung knüpft in keiner Weise am Vorsatz des jeweiligen Täters an, sondern ausschließlich daran, dass in den hier interessierenden Konstellationen bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, ein entsprechendes Verhalten vorzunehmen, wenn man es nicht gerade auf eine Verletzung des von § 263 StGB geschützten Rechtsguts abgesehen hat.⁷² Deshalb haben wir es objektiv mit einer Betrugshandlung zu

(a.a.O. [195 ff.]). Dem BGH insoweit zustimmend hingegen *Loos*, JR 2002, 77 (78).

⁶⁹ BGHSt 47, 1 (5 f.) im Anschluss an *Schroeder*, in: *Baumann/Tiedemann* (Fn. 27), S. 153 (S. 159 ff.).

⁷⁰ Insoweit zutreffend *Scheinfeld*, wistra 2008, 167 (169).

⁷¹ Vgl. auch *Paschke* (Fn. 1), S. 149, der zutreffend bemerkt, dass bei den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben „von einem äußerlich verkehrskonformen Verhalten [...] nicht mehr die Rede sein“ kann.

⁷² Ebenso *Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn. 49 f.; *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 263 Rn. 36b.

tun. Dass der Täter dabei in aller Regel auch subjektiv in betrügerischer Absicht handeln wird, weil die Inszenierung von Sachverhalten im Wirtschaftsleben, die bei vernünftiger Betrachtung keinem anderen sinnvollen Zweck als der Irreführung naiver oder unaufmerksamer Personen dienen können, regelmäßig nur mit einer solchen zu erklären ist, steht auf einem anderen Blatt.

VI. Fazit und Ausblick

1. Nachdem an der Strafbarkeit der eingangs dargestellten Verhaltensweisen im Ergebnis somit kein Zweifel besteht, während die – mithin unberechtigten – Verfahrenseinstellungen und Freisprüche auf diesem Sektor „gleichsam zu Anleitungen für diejenigen [werden], die ihr Geld auf eine Weise verdienen möchten, die in der Bevölkerung [...] als betrügerisch angesehen wird“,⁷³ ist es mit Nachdruck zu begrüßen, dass Staatsanwaltschaften und Oberlandesgerichte entsprechende Machenschaften nach langjährigen Defiziten bei der Strafverfolgung⁷⁴ jetzt offensichtlich ernst nehmen, wie die Entscheidungen des OLG Frankfurt und des OLG Oldenburg über die sofortigen Beschwerden gegen die Nichteröffnung der Hauptverfahren zu den Internet-Fällen und den „Ping-Anrufen“ nunmehr zeigen.

2. Dabei sollte die Justiz tunlichst nicht nur die Initiatoren einschlägiger Machenschaften in den Blick nehmen, sondern auch Inkassounternehmen und Rechtsanwälte, die diesen bei der Eintreibung ihrer kriminellen Forderungen behilflich sind: Jedenfalls dort, wo ein Inkassounternehmen oder ein Rechtsanwalt für ein und dieselbe Firma regelmäßig und in einer Vielzahl von Einzelfällen tätig wird (was nahezu durchweg der Fall sein dürfte), erscheint es kaum denkbar, dass den Betroffenen völlig entgeht, auf welche Weise die von ihnen geltend gemachten angeblichen Forderungen zustande gekommen sind, und dass sie sich insofern nicht wenigstens mit *dolus eventualis* an einem Betrug beteiligen;⁷⁵ bei den verbreiteten Drohungen mit unberechtigten Meldungen an die Schufa oder mit unbegründeten Klagen, deren Ankündigung rechtlich unerfahrene Opfer einschüchtern soll, wäre außerdem an Erpressung zu denken. Ein konsequentes strafrechtliches Vorgehen auch und gerade gegenüber diesem Personenkreis erscheint dabei aus zwei Gründen besonders wichtig: Erstens haben viele der Schwindelfirmen und ihre Hintermänner ihren Sitz im Ausland, was ihre Strafverfolgung nach wie vor ungemein erschwert, während die Inkassounternehmen und Rechtsanwälte, die einem Teil der einschlägigen Betrugsmaschinen (besonders den Internet-Fällen)

zu einer gesteigerten Effizienz verhelfen (dazu sogleich), fast durchweg im Inland agieren und für die deutsche Justiz mithin leicht greifbar sind.⁷⁶ Zweitens bildet gerade die Einschaltung eines weiteren scheinbar seriösen Unternehmens, dem das Inkasso obliegt, und in noch stärkerem Maße die Vertretung durch einen Rechtsanwalt, die dem juristischen Laien suggeriert, an der Forderung müsse juristisch wohl „etwas dran“ sein, für die Erfolgsquoten des Massenbetrugs einen gewaltigen Verstärkungsfaktor.⁷⁷ Insbesondere der letztgenannte Umstand hat dabei ein solches Gewicht, dass der Gesetzgeber gut beraten wäre, für Inkassounternehmen und Rechtsanwälte eine explizite Verpflichtung zu statuieren, sich vor einem Tätigwerden zum Eintreiben einer Vielzahl gleichartiger Forderungen für eine Firma über deren Seriosität zu vergewissern, flankiert durch eine Strafdrohung für die leichtfertige Mitwirkung an der Eintreibung betrügerischer Forderungen, wenn der Betroffene jener Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Ein effektives Vorgehen gegen Rechtsanwälte, die sich als Erfüllungsgehilfen bei der Schädigung der Opfer (d.h. nicht als Strafverteidiger, was natürlich stets legitim ist) in den Dienst von Betrügern stellen, damit dem Leitbild des Rechtsanwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege Hohn sprechen und dem Ansehen der Anwaltschaft in der Öffentlichkeit insgesamt schweren Schaden zufügen, sollte im Interesse aller seriös arbeitenden Rechtsanwälte liegen.

⁷³ *Krack* (Fn. 25), S. 71.

⁷⁴ Wobei die ketzerische Frage erlaubt sei, welche Rolle bei der Verneinung der Strafbarkeit durch Staatsanwaltschaften und Untergerichte neben ehrlicher Überzeugung manchmal vielleicht auch die Bequemlichkeit spielte, weil eine Verfolgung der vorliegenden Betrugsmaschinen nur in Gestalt von Sammelverfahren zu einer gigantischen Zahl von Einzelfällen mit jeweils geringen Einzelschäden möglich ist, was für die betroffenen Richter und Staatsanwälte einen immensen Arbeitsaufwand bedeutet.

⁷⁵ Dazu bereits *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (199).

⁷⁶ *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (199).

⁷⁷ Vgl. *Arzt* (Fn. 34), S. 599, der entsprechende Verstärkereffekte diskutiert, die aus der Verbreitung von Täuschungen in seriösen Medien (etwa bei der Veröffentlichung betrügerischer Inserate) und aus einem (von der Polizei vielfach leider nicht mit der gebotenen Stringenz unterbundenen) öffentlichen Auftreten von Betrügern resultieren. Unter diesen beiden Gesichtspunkten erscheint es besonders dringlich, dass die Staatsanwaltschaften endlich gegen die Veranstalter bestimmter unseriöser Quizsendungen im Fernsehen vorgehen, in denen den Zuschauern wahrheitswidrig suggeriert wird, sie hätten bei einem gebührenpflichtigen Anruf über eine 0137-Nummer gute Chancen, zur Beantwortung einer Frage ins Studio durchgestellt zu werden, was nach den im vorliegenden Beitrag dargestellten Grundsätzen ebenfalls eine Strafbarkeit nach § 263 StGB begründet; im Ergebnis ebenso *Noltenius*, *wistra* 2008, 285 ff.

Einsatz von Körperscannern zur Terrorismusbekämpfung – im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention?

Von Prof. Dr. Robert Esser, cand. iur. Karina Gruber, Passau*

„Körperscanner werden gut angenommen – Die Passagierkontrolle mit den im Test befindlichen Körperscannern am Flughafen Hamburg wird von den Reisenden sehr gut angenommen. Die Menschen sind neugierig auf die neue Technik und stellen sich überwiegend an den Kontrollspuren mit den Körperscannern an.“¹

I. Einleitung

Einer Umfrage aus dem Jahr 2010 zufolge hält die Mehrheit der Deutschen (67 %) den Einsatz von Körperscannern für sinnvoll und notwendig, um die Sicherheit an Flughäfen zu verbessern. Lediglich zwölf Prozent sind grundsätzlich gegen die Verwendung der Scanner.² Bestärkt durch die weltweite Befürwortung in der Gesellschaft wird der Einsatz der Körperscanner immer mehr ausgeweitet. In den USA werden seit Anfang 2010 bereits 190 Geräte verwendet, weitere 300 wurden bestellt.³ In der Europäischen Union sind die Scanner derzeit noch nicht zugelassen, werden aber an ausgewählten Flughäfen wie zum Beispiel dem niederländischen Flughafen Schiphol versuchsweise getestet.⁴ Bei dem seit 27.9.2010 laufenden Test am Flughafen Hamburg ließen sich in den ersten vier Wochen rund 100.000 Passagiere freiwillig durchleuchten; bis Ende Februar 2011 durchliefen rund 420.000 Passagiere diese Kontrolle. Der sechsmonatige Feldtest an zwei Kontrollspuren des Hamburger Flughafens lief bis Ende März 2011.⁵

* Der Autor Esser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau. Die Autorin Gruber war im Jahr 2010 Teilnehmerin einer vom Lehrstuhl veranstalteten Deutsch-Türkischen Sommerakademie und hat dort zu der Thematik referiert.

¹ Auszug aus „Körperscanner werden gut angenommen“, Bundesministerium des Inneren (<http://www.bmi.bund.de/>), Rubrik „Aktuelles und Presse“ – „Kurzmeldungen“, Mitteilung v. 27.10.2010 (zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

² „Sicherheit statt Prüderie“, Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., Presseinformation v. 11.1.2010 (<http://www.bitkom.org>, zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

³ „Fragen und Antworten rund um den Nacktscanner“, DIE ZEIT-online v. 4.1.2010, Rubrik „Wissen“, Datenschutz und Sicherheit (<http://www.zeit.de/wissen/2010-01/nacktscanner-fragen?page=1>, zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

⁴ „Niederlande führen ab sofort Nacktscanner ein“, DIE WELT-online v. 30.12.2009 (<http://www.welt.de/politik/ausland/article5677729/Niederlande-fuehren-ab-sofort-Nacktscanner-ein.html> (zuletzt abgerufen am 16.5.2011)).

⁵ „Körperscanner werden gut angenommen“ (Fn. 1), Kurzmeldungen v. 27.10.2010 und 3.2.2011; Antwort der Bundesregierung („Erprobung von Körperscannern“), BT-Drs. 17/5025, Antwort zu Frage 16.

Warum lassen sich Reisende bedenkenlos von Körperscannern kontrollieren? Ist die Angst vor Terroranschlägen so übermächtig groß, dass gesundheitliche, vor allem aber rechtliche Bedenken scheinbar völlig außer Acht gelassen werden? Nachrichten über Maßnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus sind fast täglich Thema der Medienberichterstattung. Kaum ein Gesetzesentwurf wird schneller auf den Weg gebracht, als der eines sog. Anti-Terror-Gesetzes. Die Befürchtung neuer Anschläge ist – auch und gerade nach der Tötung Osama Bin Ladens – allgegenwärtig. Doch rechtfertigt diese Angst jede vermeintlich erfolgversprechende Maßnahme? Kann ein möglicher Eingriff in die Intimsphäre des Menschen unter dem Hinweis auf die Notwendigkeit von mehr Sicherheit verantwortet werden?

Dieser Beitrag versucht, die aufgeworfenen Fragen unter Zugrundelegung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu beantworten und rechtliche Unklarheiten beim Einsatz von Körperscannern zu beseitigen.

II. Funktion und Arbeitsweise von Körperscannern

Körperscanner, auch Body- oder Nacktscanner genannt, sind Geräte, mit denen die Oberfläche des menschlichen Körpers auf einem Monitor abgebildet werden kann. Um in eine rechtliche Betrachtung einsteigen zu können, müssen zunächst die verschiedenen Methoden der Körperscannung⁶ kurz erläutert werden.

Bei der Röntgenmethode misst ein herkömmliches Röntgengerät die Röntgenstrahlung, die vom Körper des Betroffenen reflektiert wird. Die Strahlenintensität ist aufgrund der Empfindlichkeit der Detektoren zwar geringer als bei einem in der Medizin eingesetzten Röntgenapparat; Gesundheitsschäden können jedoch bei zu häufiger Bestrahlung nicht ausgeschlossen werden.

Es kommen ferner Scanner zum Einsatz, die mit Terahertzstrahlung arbeiten, d.h. einer elektromagnetischen Strahlung im Grenzbereich zwischen Infrarot- und Mikrowellenstrahlung. Da die Terahertzstrahlen nur wenige Millimeter in den Körper eindringen und somit innere Organe nicht erreichen, gilt diese Methode als die unbedenklichere Variante. Studien zu Gesundheitsschäden liegen bislang allerdings nicht vor. Bei einer aktiven Durchleuchtung mit Terahertzstrahlen können präzise dreidimensionale Aufnahmen des nackten Körpers erzeugt werden. Körperscanner, die mit der passiven Terahertzmethode arbeiten, erfassen nur die natürliche elektromagnetische Strahlung des menschlichen Körpers, wodurch lediglich ein Abbild der Körperkonturen entsteht. Gegenstände unter der Kleidung sind nur als Schatten erkennbar. Bei diesem Verfahren wird keine Strahlungs-

⁶ Für eine detaillierte Darstellung: „Strahlenschutzaspekte bei Ganzkörperscannern“, Bundesamt für Strahlenschutz (http://www.bfs.de/de/elektro/papiere/body_scanner.html, zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

energie aufgewendet, sodass man etwaige Gesundheitsrisiken ausschließen kann.

III. Vereinbarkeit des Einsatzes von Körperscannern mit der EMRK

Bei der Frage nach der Vereinbarkeit des Einsatzes von Körperscannern mit der EMRK geht es darum, eine Verwendung dieser Geräte im Hinblick auf die Einhaltung der in der Konvention verbürgten Menschenrechte zu überprüfen. In Betracht kommen dabei sowohl eine Verletzung des Folter- bzw. Misshandlungsverbots, als auch eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

1. Art. 3 EMRK – Verbot der Folter und Misshandlung

Als eine der zentralen, auch im staatlichen Notstand geltenden Bestimmungen der Konvention (Art. 15 EMRK) verbietet Art. 3 EMRK neben der Folter jede unmenschliche und erniedrigende Behandlung.

a) Folter

Folter wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Anlehnung an die Definition in Art. 1 der UN-Antifolterkonvention (UNCAT) als vorsätzliche Misshandlung bezeichnet, welche starke und grausame Leiden hervorruft.⁷ Der Begriff der Folter ist eng auszulegen und umfasst nur die Zufügung schwerster körperlicher und seelischer Qualen.⁸ Zumindest beim Einsatz eines gesundheitlich unbedenklichen Scanners (passive Methode des Terahertzscanners) werden weder die körperliche Unversehrtheit noch das körperliche Wohlbefinden des Betroffenen derart beeinträchtigt, dass von einer Misshandlung gesprochen werden kann, die den Grad einer Folter i.S.d. Art. 3 EMRK erreicht. Von Bedeutung beim Durchleuchten eines Menschen und dessen Abbildung auf einem Monitor ist vordergründig nicht die physische Schädigung, sondern vielmehr die *psychische* Beeinträchtigung, die aber ebenfalls nicht den Grad einer Folter i.S.v. Art. 3 EMRK erreicht.⁹

b) Unmenschliche Behandlung

Die im Scannen eines Fluggastes liegende Behandlung wäre dann als unmenschlich i.S.v. Art. 3 EMRK anzusehen, wenn sie dem Betroffenen ohne Unterbrechung über einen längeren Zeitraum intensive physische oder psychische Leiden zufügt, welche mit den Geboten der Menschlichkeit schlichtweg

unvereinbar sind.¹⁰ Schon davon kann beim Scannen eines Menschen nicht die Rede sein, da der Scanvorgang nur einige Sekunden andauert.

c) Erniedrigende Behandlung

Man könnte beim Einsatz von Körperscannern im Rahmen des Art. 3 EMRK allenfalls an eine Verletzung des Verbots der erniedrigenden Behandlung denken. Das Scannen eines Menschen müsste geeignet sein, beim Betroffenen Gefühle wie Angst, Schmerz oder Unterlegenheit hervorzurufen und möglicherweise seinen moralischen oder körperlichen Widerstand zu brechen.¹¹ Dabei reicht es aus, dass sich eine Person durch ein staatliches Handeln gedemütigt fühlt. Intensive körperliche oder seelische Schmerzen müssen mit einer Erniedrigung nicht verbunden sein.¹² Doch kann das bloße Durchleuchten eines Menschen derartige Gefühle beim Betroffenen auslösen? Das elektronische Abtasten eines Passagiers ist durch die Entblößung des menschlichen Körpers auf einem Monitor durchaus geeignet, beim Betroffenen Angst oder Unterlegenheit auszulösen. So werden auf dem Monitor nicht nur etwaige Waffen oder Sprengkörper sichtbar, sondern auch Prothesen oder künstliche Darmausgänge. Das Brechen von moralischem oder körperlichem Widerstand ist für eine erniedrigende Behandlung nicht unbedingt erforderlich, sodass man zunächst von einer Verletzung des Art. 3 EMRK ausgehen könnte.

Auch hinsichtlich einer erniedrigenden Behandlung, der schwächsten Form der Misshandlung, die Art. 3 EMRK untersagt,¹³ bleiben beim Einsatz von Körperscannern Zweifel, da auch insoweit eine gewisse Eingriffsschwelle überschritten werden müsste, um in den Schutzbereich des Art. 3 EMRK zu gelangen.¹⁴ Eine routinemäßige Nacktinspektion von Häftlingen ohne konkreten Anlass sieht der EGMR als unmenschliche und/oder erniedrigende Behandlung an.¹⁵ Beim Scannen von Reisenden ist der Sicherheitsgrund zwar evident, die Grundsätze des EGMR lassen sich auf den hier vorliegenden Fall gleichwohl nicht anwenden, da der Unter-

⁷ EGMR, Urt. v. 18.1.1978 – 5310/71 (Irland v. Vereinigtes Königreich) = A 25 = NJW 1979, 1089 = EuGRZ 1979, 149.

⁸ EGMR, Urt. v. 18.12.1996 – 21987/93 (Aksoy v. Türkei) = Rep. 1996-VI, § 63; EGMR, Urt. v. 22.7.2008 – 39857/03 (Kemal Kahraman v. TRK), para. 33; *Schädler*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, Art. 3 EMRK Rn. 3.

⁹ Hierzu: EGMR (Große Kammer), Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäfen v. Deutschland), para. 117 = NJW 2010, 3145 = EuGRZ 2010, 417; vgl. ausführlich *Esser*, *NStZ* 2008, 567.

¹⁰ Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 14038/88 (Soering v. Vereinigtes Königreich), para. 100 m.w.N. = A 161 = NJW 1990, 2183 (2186) = EuGRZ 1989, 314.

¹¹ EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (Pretty v. Vereinigtes Königreich), para. 52 = ECHR 2002-III = NJW 2002, 2851 = EuGRZ 2002, 234 = ÖJZ 2003, 311.

¹² Vgl. EGMR, Urt. v. 16.12.1997 – 20972/92 (Raninen v. Finnland), para. 58 = Rep. 1997-VIII; *Schädler* (Fn. 8), Art. 3 EMRK Rn. 5 f.

¹³ *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 8, 25. Aufl. 2005, MRK Art. 3 Rn. 28.

¹⁴ Vgl. zum Brechmittelsatz: EGMR, Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland), paras. 67, 82 = ECHR 2006-IX = NJW 2006, 3117 (3119) = EuGRZ 2007, 150 = StV 2006, 617.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 4.2.2003 – 50901/99 (Van der Ven v. Niederlande), paras. 52-63 = ECHR 2003-II; EGMR, Urt. v. 4.2.2003 – 52750/99 (Lorse u.a. v. Niederlande), paras. 64-74.

schied zwischen einer tatsächlichen Durchsuchung am nackten Körper und bloßer nackter Abbildung auf einem Monitor gravierend ist.

Im Ergebnis ist Art. 3 EMRK daher aufgrund der fehlenden Eingriffsintensität der zu überprüfenden Kontrollmaßnahme in allen Varianten nicht verletzt.

2. Art. 8 EMRK – Recht auf Achtung des Privatlebens

Der Einsatz von Körperscannern zur Terrorbekämpfung müsste auch mit dem in Art. 8 EMRK garantierten Recht auf Achtung der Privatsphäre in Einklang stehen.

a) Schutzbereich

Hierzu muss zunächst geklärt werden, ob beim Scanvorgang und den damit verbundenen Folgen das Privatleben des Betroffenen berührt wird, d.h. der Schutzbereich des Art. 8 EMRK eröffnet ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ist der Begriff des Privatlebens weit zu fassen und verschließt sich einer abschließenden Definition, um der unterschiedlichen Gestaltung privaten Lebens Rechnung tragen zu können.¹⁶ Ein wichtiges Element des Rechts auf Privatheit aus Art. 8 EMRK ist das umfängliche Recht auf Identität und Entwicklung der Person.¹⁷ Umfasst werden sollen davon sowohl das Recht auf Selbstbestimmung, als auch die körperliche, psychische und soziale Integrität des Menschen.¹⁸ Jede Beeinträchtigung der im menschenrechtlichen Sinne weit verstandenen körperlichen Unversehrtheit einer Person stellt nach Ansicht des EGMR einen Eingriff in das von Art. 8 EMRK geschützte Privatleben¹⁹ dar.²⁰

Bleibt zwar die körperliche Integrität, vorausgesetzt der Scan würde mit einem nicht-gesundheitsschädlichen Gerät stattfinden, unberührt, so kann die psychische Integrität unter diesem Vorgang sehr wohl Schaden nehmen. Gerade die Tatsache, dass man bei gewissen Methoden des Scannens Prothesen, künstliche Darmausgänge oder eine amputierte Brust, ja sogar jedes „Speckröllchen“ erkennen kann, erscheint bedenklich. Der Betroffene wird als „auffällig“ registriert und hat sich, möchte er nicht zum Verdächtigen werden, womöglich vor mehreren Sicherheitsbeamten über seine körperlichen Besonderheiten zu erklären. Selbst wenn ihm keine Erklärung abverlangt wird, so geht er doch mit der

Gewissheit durch den Scanner, dass nun jeder vor dem Monitor das sehen kann, was er versucht hat zu verbergen. Die Gründe, weshalb es dem Betroffenen lieber ist, bestimmte Dinge nicht an die Öffentlichkeit zu tragen, sind dabei unerheblich. Sei es Scham, Angst vor negativen Reaktionen oder Perfektion. Fakt ist, dass die körperlichen Auffälligkeiten beim Scannen dieser Person, wenn auch nur für einen kleinen Kreis, sichtbar werden. Wenn der Körperscanner, wie bei ersten Tests in Hamburg bestätigt, sogar bei Schweißflecken Alarm schlägt,²¹ so kann das für den Betroffenen höchst unangenehm sein und den Kreis der Personen mit „Auffälligkeiten“ erheblich erweitern.²²

Auch die neuere Methode (sog. Geräte der zweiten Generation), bei welcher ein Fund auf einem neutralen Piktogramm dargestellt wird, vermag dies nicht zu vermeiden. Eine Verletzung der psychischen Integrität ist damit unweigerlich verbunden und die Wahrnehmung privater Interessen beeinträchtigt.²³

Durch die Abbildung des nackten, wenn auch nur schemenhaften Körpers der gescannten Person auf einem Monitor ist sogar an einen Eingriff in die Intimsphäre des Betroffenen zu denken. Die Achtung der Intimsphäre ist Teil der Menschenwürde und sichert dem Menschen das Recht zu, sein Verhältnis zur Sexualität zu bestimmen.²⁴ Es steht ihm zu, selbst darüber zu entscheiden, in welchem Umfang und mit welchen Zielen er Einwirkungen anderer auf diese Einstellung dulden will.²⁵ Zu entscheiden, ob und wo sich eine Person nackt zeigen möchte, gehört zum Kernbereich ihrer Sexualität. Wird sie nun unbekleidet auf einem Monitor vor einem oder mehreren Sicherheitsbeamten dargestellt, kann das individuelle Schamgefühl erheblich verletzt werden, wodurch folgerichtig von einem Eingriff in die Intimsphäre des Menschen ausgegangen werden muss.

b) Eingriff trotz Freiwilligkeit?

Die Eingriffsqualität könnte allerdings abzulehnen sein, wenn jegliche Durchsuchung am Flughafen freiwillig wäre. Es gilt zu differenzieren: Vergleicht man allgemein die Sicherheitskontrolle am Flughafen mit einer polizeilichen Durchsuchung, so wird deutlich, dass der betroffenen Person bei Letzterer kein Wahlrecht bezüglich des „Ob“ einer Durchsuchung zusteht. Verweigert sie hier die „Mitarbeit“, wird die Maßnahme mittels Zwang durchgesetzt. Dies ist freilich bei der Durchsuchung am Flughafen anders, bei der an die Ver-

¹⁶ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04 u. 30566/04 (S. und Marper v. Vereinigtes Königreich), para. 66 m.w.N. = EuGRZ 2009, 299 (Aufbewahrung personenbezogener Daten; DNA-Profile u. Fingerabdrücke).

¹⁷ EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odievre v. Frankreich), para. 29 = ECHR 2003-III = NJW 2003, 2145 = EuGRZ 2003, 584 = ÖJZ 2005, 34.

¹⁸ Vgl. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 5 ff.

¹⁹ Datenschutzrechtliche Erwägungen bleiben hier außer Betracht; zu diesem Aspekt: Busche, DÖV 2011, 225 (231).

²⁰ EGMR, Urt. v. 16.6.2005 – 61603/00 (Storck v. Deutschland), para. 143 = ECHR 2005-V = NJW-RR 2006, 308 = EuGRZ 2008, 582.

²¹ „Körperscanner geben massenhaft Fehlalarm“, DIE WELT-online v. 2.10.2010 (<http://www.welt.de/die-welt/regionales/hamburg/article10021433/Koerperscanner-geben-massenhaft-Fehlalarm.html>) (zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

²² Für einen Verstoß gegen die – gegenüber dem Privatleben aus Art. 8 EMRK „engere“ – Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG: Busche, DÖV 2011, 225 (227).

²³ Ebenso Busche, DÖV 2011, 225 (231) – bezogen auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

²⁴ Meyer-Ladewig (Fn. 18), Art. 8 EMRK, Rn. 7.

²⁵ Vgl. Meyer-Ladewig, NJW 2004, 981.

weigerung der Maßnahme lediglich die Verwehrung des Zutritts zum Sicherheitsbereich geknüpft wird. Es steht dem Passagier frei, persönliche Dinge zurückzulassen oder den Sicherheitsbereich unkontrolliert wieder zu verlassen.²⁶

Vergleicht man jedoch innerhalb der Durchsuchung am Flughafen die verschiedenen Methoden, so bietet sich ein anderes Bild. Während der Testphase kann der Betroffene noch wählen, ob er sich scannen lässt oder durch die herkömmlichen Torsonden geht. Sollte nach der Testphase entschieden werden, dass nur noch die Körperscanner zum Einsatz kommen, kann von Freiwilligkeit im eigentlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden. Passagiere könnten sich zwar theoretisch immer noch entscheiden, ob sie sich mithilfe des Scanners durchsuchen lassen. Im Falle einer Weigerung würde ihnen aber höchstwahrscheinlich der Zutritt zum Sicherheitsbereich verwehrt bleiben, sodass sie nicht in der Lage wären, ihre Flugreise zu beginnen. Freiwilligkeit ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn mit einer Weigerung erhebliche Nachteile verbunden sind.²⁷ Könnte der Betroffene seine Reise aufgrund der Weigerung nicht antreten, stellt dies einen erheblichen Nachteil für ihn dar. Er könnte von seinem Recht auf Freizügigkeit nur unter der Bedingung Gebrauch machen, sich vorher mittels Scanner durchsuchen zu lassen. Dadurch wird klar, dass trotz vermeintlicher Freiwilligkeit ein Eingriff in die Rechte des Fluggastes vorliegt.

c) Rechtfertigung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK

Möglicherweise ist ein mit dem Einsatz eines Körperscanners verbundener Eingriff in das Privatleben jedoch aus einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründe zu rechtfertigen und damit hinzunehmen. Die Formel des EGMR zur Rechtfertigung lautet wie folgt: Ein Eingriff in die Freiheit des Privatlebens muss gesetzlich vorgesehen sein und (mindestens) eines der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten berechtigten (legitimen) Ziele verfolgen. Zudem muss der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.²⁸ Als legitime Gründe des Art. 8 Abs. 2 EMRK, die den Einsatz eines Körperscanners bei Fluggastkontrollen auf Flughäfen rechtfertigen, kommen die nationale oder öffentliche Sicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten sowie der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer in Betracht.

aa) Gesetzliche Grundlage

Für die Einführung einer Sicherheitskontrolle von Flugpassagieren an deutschen bzw. europäischen Flughäfen mittels Körperscanner müsste zunächst eine ausreichende gesetzliche Grundlage im innerstaatlichen Recht bestehen beziehungsweise geschaffen werden. Das besagte Gesetz müsste für den Bürger frei zugänglich und inhaltlich hinreichend bestimmt sein.²⁹ Es müsste weiterhin angemessenen Rechtsschutz vor staatlicher Willkür garantieren und mit ausreichender Klarheit Angaben zum Umfang behördlichen Ermessens und zur Art und Weise der Durchführung der Sicherheitskontrolle enthalten.³⁰ Der Bürger soll stets im Klaren darüber sein, was von ihm erwartet wird, um sich gesetzeskonform zu verhalten.³¹ Die polizeilichen Generalklauseln der Länder sind nach einhelliger Ansicht keine ausreichende Grundlage zur Eingriffsermächtigung bei derart persönlichkeitsrelevanten Maßnahmen.³² Gleiches gilt für die Bestimmungen des BPolG, des LuftSiG und des BDSG.³³ Im konkreten Fall müsste eine Regelung sich dazu äußern, an welchen Orten und bei welchen Personen der Körperscanner zum Einsatz kommt, welche Methode angewendet werden soll, ob bzw. welche Ausnahmen bestehen und was die Folgen im Falle einer Weigerung des Betroffenen, sich einer Kontrolle mittels Körperscanner zu unterziehen, wären.

bb) Verfolgung eines von der EMRK anerkannten Zweckes

Durch den Einsatz von Körperscannern wird ein höheres Maß an Sicherheit und somit die Verhütung von Terroranschlägen bezweckt. Die Bevölkerung soll vor Terroristen geschützt werden, indem durch die Verwendung von Körperscannern unter der Kleidung versteckte Waffen und Sprengkörper entdeckt werden. Die EMRK wurde geschaffen, um den Bürgern ihrer Mitgliedstaaten ein Mindestmaß an Schutz vor staatlicher Willkür zu gewähren.³⁴ Dieser Schutz und die Achtung der Menschenwürde stehen letztlich hinter jedem einzelnen Artikel der EMRK,³⁵ so auch hinter Art. 8 EMRK. In den vergangenen Jahren hat die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus (scheinbar) immer mehr zugenommen, sodass das Schutzbedürfnis in der Gesellschaft gewachsen ist. Nach Ansicht des EGMR ist es unbedingt erforderlich, die EMRK – als living instrument – im Lichte

²⁶ Vgl. EGMR, Urt. v. 12.1.2010 – 4158/05 (Gillan u. Quinton v. Vereinigtes Königreich), para. 64.

²⁷ Weichert (Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein), „Persönlichkeitsrechtliche Anforderungen an Körperscanner“ v. 9.3.2010, abrufbar unter <https://www.datenschutzzentrum.de/sicherheitstechnik/20100331-koerperscanner.html> (zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

²⁸ Zu den diesbezüglichen Anforderungen in der Rechtsprechung des EGMR siehe – bezogen auf den Datenschutz: E EGMR (Große Kammer), Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04 u. 30566/04 (S. und Marper v. Vereinigtes Königreich), paras. 101 ff.

²⁹ Siehe etwa: EGMR (Große Kammer), Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04 u. 30566/04 (S. und Marper v. Vereinigtes Königreich), para. 95.

³⁰ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04 u. 30566/04 (S. und Marper v. Vereinigtes Königreich), para. 95 (Aufbewahrung von DNA-Profilen und Speicherung von Fingerabdrücken), EuGRZ 2009, 299.

³¹ Meyer-Ladewig (Fn. 18), Art. 8 Rn. 38.

³² Weichert, RDV 2010, 154 (159) – mit der Forderung nach einer spezifischen Gesetzesgrundlage.

³³ Hierzu ausführlich: Busche, DÖV 2011, 225 (226).

³⁴ Vgl. die Präambel zur EMRK.

³⁵ Meyer-Ladewig, NJW 2004, 981 (983).

der jeweils herrschenden aktuellen Verhältnisse auszulegen.³⁶ Für die Frage zulässiger Kontrollmechanismen bedeutet dies, den gestiegenen Anforderungen an Sicherheitskontrollen Rechnung zu tragen, aber dennoch die Rechte der Passagiere zu wahren. Das Scannen von Passagieren als Maßnahme zur Terrorismusbekämpfung kann zur Verhütung von Straftaten beitragen, da jeder entdeckte verbotene Gegenstand die Gefahr eines Terroranschlags verringert. Dies trägt zur Aufrechterhaltung der nationalen und internationalen öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei und schützt nicht zuletzt die Rechte und Freiheiten der Mitreisenden. Mindestens ein legitimer Zweck i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK wird mit dem Einsatz von Körperscannern also verfolgt.

cc) Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

Der oben festgestellte Eingriff in das Privatleben des Betroffenen ist nur dann gerechtfertigt, wenn er auch notwendig ist. Dazu müsste er einem „dringenden sozialen Bedürfnis“ entsprechen und vor allem zum verfolgten anerkannten Zweck verhältnismäßig sein.³⁷ Den Vertragsstaaten wird hierbei ein Beurteilungsspielraum zugestanden, innerhalb dessen sie entscheiden können, ob die in Frage stehende Maßnahme in ihrem Hoheitsbereich notwendig, d.h. geeignet, erforderlich und im Einzelfall angemessen ist. Die staatlichen Stellen müssen allerdings glaubhaft darlegen, dass eine Rechtfertigung des Eingriffs i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK und eine damit einhergehende Ausnahme zum Schutz des Privatlebens vorliegt.³⁸ Die abschließende Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff durch die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt und damit konventionskonform ist, obliegt letztlich dem Gerichtshof.

Entscheidend bei der Diskussion um den Einsatz von Körperscannern ist also, dass der Staat die Ergreifung von Schutzmaßnahmen zur Gefahrenabwehr und deren Notwendigkeit unter Berücksichtigung von Individualinteressen überzeugend begründen kann. Es gilt daher innerhalb der Frage der Notwendigkeit die betroffenen Interessen abzuwägen, womit letztlich auch der EGMR eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt.³⁹

Der Körperscanner wird zum Durchleuchten von Personen verwendet und dient dem Aufspüren von Waffen, Sprengkörpern oder anderen verbotenen Gegenständen unter der Kleidung. Durch die Entdeckung dieser Objekte können Straftaten verhindert werden, was den angestrebten Zweck von mehr Sicherheit punktuell erreicht und generell fördert. Nun drängt sich jedoch die vorrangige Frage auf, ob der Einsatz von neuartigen Körperscannern überhaupt zur Ter-

rorabwehr *geeignet* ist. Erst nach erfolgreichem Bestehen dieser Prüfungsstufe stellt sich die Anschlussfrage, ob der Einsatz tatsächlich erforderlich ist oder ob nicht die bisher verwendeten, weniger eingriffsintensiven Metalldetektoren ausreichend sind, weil auch sie dem Aufspüren von verbotenen Gegenständen dienen.

Der Körperscanner kann grundsätzlich Dinge aus Metall, Keramik oder auch sprengstoffähnliche Gegenstände auffindbar machen, welche zwischen Kleidung und Haut angebracht sind.⁴⁰ Schwierigkeiten ergeben sich jedoch schon bei dünnen Plastikgegenständen. Diese könnten ein harmloses Kunststoffhemd oder aber ein hochgefährliches sog. „Sheet Explosive“ sein.⁴¹ Eine Analyse von Körperöffnungen oder des Körperinneren ist mit dem Körperscanner nicht möglich. Dort versteckte Gegenstände können auch weiterhin nur durch Metalldetektoren oder eine Leibesvisitation aufgespürt werden. Hinzu kommt, dass bei den Tests am Hamburger Flughafen zunehmend Fehlalarme ausgelöst werden und der Scanner beispielsweise schon bei Schweißflecken oder Papiertaschentüchern in der Hosentasche ein Sicherheitsrisiko signalisiert.⁴² Die hierdurch erforderlichen Nachkontrollen verzögern zu allem Überfluss erheblich die Personenkontrollen. Dabei würde jedoch das Argument, man wolle Verwaltungsabläufe einfacher gestalten oder Wartezeiten verkürzen ohnehin nicht für eine Rechtfertigung des Eingriffs genügen.⁴³ Schon bei Laborversuchen der Bundespolizei konnten Sprengstoffe mithilfe der Körperscanner noch nicht mit ausreichender Sicherheit erkannt werden.⁴⁴

Ein möglicher Sicherheitsgewinn durch die Verwendung der neuen Technologie gegenüber herkömmlichen Kontrollen kann daher im Moment nicht nachgewiesen werden, so dass sich schon Zweifel an der Eignung der Maßnahme zur Erfüllung eines in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Zwecks aufdrängen. Die rechtliche Zulässigkeit eines Einsatzes von Körperscannern zur Terrorbekämpfung dürfte allerdings, auch solange keine eindeutigeren Studien vorliegen, nicht bereits an diesem Punkt scheitern, weil man für die „Eignung“ der Maßnahme kein Mehr an Sicherheit gegenüber anderen Methoden fordern sollte, sondern es mit der Feststellung bewenden lassen muss, dass der Einsatz der Körperscanner sich als jedenfalls nicht gänzlich untauglich zur Passagierkontrolle erwiesen hat.

Zu guter Letzt steht noch die Frage der Verhältnismäßigkeit zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem Schutz der Individualinteressen im Raum. Die Rechtfertigung eines Eingriffs unter Hinweis auf die Notwendigkeit von Schutz

³⁶ Ständige Rspr. des EGMR, Urt. v. 25.4.1978 – 5856/72 (Tyer v. Vereinigtes Königreich), para. 31 = A 26 = NJW 1979, 1089 = EuGRZ 1979, 162.

³⁷ Vgl. EGMR, Urt. v. 16.12.1997 – 21353/93 (Camenzind v. Schweiz), para. 44 = Rep. 1997-VIII = ÖJZ 1998, 797.

³⁸ Vgl. insoweit: EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. Frankreich), para. 55 = A 256-A = ÖJZ 1993, 532.

³⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 28.4.2005 – 41604/98 (Buck v. Deutschland), para. 47 = ECHR 2005-IV = NJW 2006, 1495 (1497 f.) = StV 2006, 561 = StraFo 2005, 371.

⁴⁰ „Was man mit Sicherheit sieht, sind Piercings“, Deutschlandfunk v. 5.1.2010.

⁴¹ Siehe Fn. 40.

⁴² Siehe Fn. 21; hierzu: Antwort der Bundesregierung („Erprobung von Körperscannern“), BT-Drs. 17/5025, Antwort zu Frage 8.

⁴³ Ebenso: Weichert, RDV 2010, 154 (159).

⁴⁴ „Wenn aus dem ‚Nein‘ ein ‚Ja, aber‘ wird“, Tagesschau v. 29.12.2009

<http://www.tagesschau.de/multimedia/sendung/ts16702.html>, (zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

und Sicherheit vor Terroranschlägen scheint höchst plausibel und ehrbar. Die Zunahme von Terrorismus löst das verständliche Verlangen aus, der globalen Gefahr Einhalt gebieten zu wollen. Aufgrund unseres Zusammenlebens in einem demokratischen Rechtsstaat kommen wir in den Genuss staatlicher Schutzpflichten. Dies scheint zunächst sehr erfreulich und beruhigend. Doch will man sich um jeden Preis dieser staatlichen Schutzpflicht aussetzen? Sind dem staatlichen Schutz nicht Grenzen gesetzt, nämlich da, wo der Kernbereich privater Lebensführung berührt wird?

Die Achtung der Privat- und Intimsphäre als Teil der Menschenwürde hat einen besonders hohen Stellenwert in einer demokratischen Grundordnung. Gilt es zu beurteilen, ob staatliches Verhalten gegen die Menschenwürde verstößt, so ist die Menschenwürde selbst nicht Gegenstand der Abwägung, sondern bildet lediglich Maßstab und Grenze.⁴⁵

Dem Bürger muss ein gewisser Verhaltensspielraum garantiert werden, innerhalb dessen er als selbstverantwortliche Persönlichkeit handeln, sich seine Identität und Integrität bewahren kann und nicht zum Gegenstand willkürlicher Gewaltanwendung gemacht wird.⁴⁶ Durch die Abbildung des nackten Menschen auf einem Monitor scheint aber genau diese Integrität verletzt zu sein. Auf einer entsprechenden Darstellung werden eben nicht nur verbotene Gegenstände und Waffen sichtbar, sondern auch künstliche Darmausgänge, (Brust-)Prothesen oder Piercings.⁴⁷ Die Durchleuchtung eines Reisenden ist damit unweigerlich mit einem Eingriff in die Privat- und Intimsphäre desselbigen verbunden.

Man könnte im Scannen von Passagieren sogar Parallelen zur sog. „Entkleidungsuntersuchung“ im deutschen Strafvollzug sehen.⁴⁸ In beiden Fällen wird eine Durchsuchung des nackten Körpers durchgeführt, einmal virtuell und einmal tatsächlich. Die „Entkleidungsuntersuchung“ ist nach Maßgabe der in § 84 Abs. 2 S. 1 StVollzG getroffenen Bundesregelung⁴⁹ nur bei Gefahr im Verzug oder auf Anordnung des Anstaltsleiters zulässig und verlangt eine genaue Einzelfallprüfung.⁵⁰ Für den Einsatz von Körperscannern ergibt sich hieraus eine Reihe von Problemen: Die Personen bei der Sicherheitskontrolle am Flughafen befinden sich in Freiheit, es besteht generell kein Verdacht gegen sie, welcher Anlass zu einer Durchsuchung geben würde. Maßnahmen zur Durchsuchung von Personen in Freiheit müssen daher erst

recht einer genauen Einzelfallprüfung unterzogen werden. Dies erscheint bei einer Massenabfertigung am Flughafen äußerst schwierig und würde die Kapazitäten von Mitteln und Personal sprengen.⁵¹ Bei der Sicherheitskontrolle am Flughafen handelt es sich nicht um eine Maßnahme zur individuellen Gefahrenabwehr, sondern vielmehr um eine generalpräventive Maßnahme, bei der keiner der Passagiere beziehungsweise alle Personen unter Generalverdacht stehen. Die Kontrolle dient dazu, jegliche Sicherheitsgefahr von vornherein auszuschließen. Es fragt sich, ob Gefahr im Verzug, wie sie für die Entkleidungsuntersuchung im Strafvollzug notwendig ist, überhaupt vorliegen kann. Gefahr im Verzug entsteht, wenn ein Schaden eintreten würde, weil nicht unverzüglich Maßnahmen zur Schadensvereitelung durchgeführt wurden. Dies bedeutet aber, dass in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu erwarten ist. Attentate im Flugverkehr sind aufgrund der hohen Passagierzahlen und der Gefahr, dass das Flugzeug als „Waffe“ benutzt wird, besonders verheerend. Die Schwelle, wann eine drohende Gefahr angenommen wird, muss daher erheblich herabgesetzt werden. Immer wieder gelingt es Terroristen, Sprengstoffe an Bord eines Flugzeugs zu schleusen. Angesichts von ca. 4,8 Milliarden⁵² Passagieren jährlich ist jedoch zumindest die abstrakte Wahrscheinlichkeit, dass Attentäter, auch nach der herkömmlichen Sicherheitskontrolle, mit verbotenen Gegenständen in ein Flugzeug gelangen, verschwindend gering. Eine virtuelle Entkleidungsuntersuchung ist durch eine Gefahr im Verzug nicht gerechtfertigt. Bei mehreren Tausend Passagieren täglich ist ein systematisches Vorgehen mithilfe technischer Mittel erforderlich. Um die Rechte der Reisenden aber nicht zu verletzen, bleibt nur die Kontrolle mit herkömmlichen Methoden.

Die Wahrnehmung von Privatheit und Menschenwürde ist stark vom jeweiligen Kulturkreis abhängig. So herrscht beispielsweise im Islam ein absolutes Verbot von Nacktheit in der Öffentlichkeit vor. Ob diese Nacktheit tatsächlich oder nur virtuell besteht, ist nicht ausschlaggebend. Fakt ist, dass durch den Einsatz von Körperscannern zusätzlich zum Recht auf ein Privat- und Intimleben unter diesem Aspekt auch die Glaubensfreiheit nach Art. 9 EMRK beeinträchtigt werden könnte.⁵³

Als problematisch stellt sich ebenso die noch nicht abschließend geklärte Gesundheitsgefährdung dar. Eine gesundheitsschädliche Wirkung von Körperscannern kann im Moment nur für die Methode der passiven Terahertzstrahlung ausgeschlossen werden. Bei dieser Methode wiederum wird der Körper aber nur schemenhaft abgebildet, was zwar für die Wahrung der Menschenwürde ein Schritt in die richtige Richtung wäre, für den erhofften Sicherheitsgewinn jedoch nur bedingt erfolversprechend wäre.

⁴⁵ Classen, DÖV 2009, 689 (694).

⁴⁶ Podlech, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 1 Abs. 1 Rn. 21 ff.

⁴⁷ Siehe Fn. 40.

⁴⁸ „Warum es Bedenken gegen Nacktscanner gibt“, Sächsische Zeitung-online v. 5.1.2010

(<http://www.sz-online.de/nachrichten/artikel.asp?id=2353530> (zuletzt abgerufen am 16.5.2011)).

⁴⁹ Die von einigen Bundesländern erlassenen Landesgesetze zum Strafvollzug enthalten vergleichbare Regelungen.

⁵⁰ Siehe hierzu auch die strengen Vorgaben von: BVerfG, Beschl. v. 4.2.2009 – 2 BvR 455/08 = DÖV 2009, 417 = NJ 2009, 215 (m. Anm. Meyer-Mews) = DVBl. 2009, 463 = RDV 2009, 69 = EuGRZ 2009, 159 = StV 2009, 25.

⁵¹ Siehe Fn. 27.

⁵² 2009: 4,796 Milliarden (Airports Council International – <http://www.airports.org>, zuletzt abgerufen am 16.5.2011).

⁵³ Siehe zum Aspekt der Glaubensfreiheit: Weichert, RDV 2010, 154 (159).

Ungeklärt ist, was mit den Daten der gescannten Personen passiert. Werden diese gespeichert, ergibt sich eine Reihe neuer Probleme im Bereich des Datenschutzes. Ein diesbezüglicher Eingriff in die Intimsphäre des Menschen scheint unter den gegebenen Umständen für den Betroffenen nicht zumutbar.

Von Bedeutung ist schließlich, dass auch der Einsatz neuester technischer Geräte nicht vor der Gefahr des menschlichen Versagens schützen kann. So reicht schon eine kleine Unaufmerksamkeit des kontrollierenden Beamten aus und selbst die neueste Errungenschaft wird hinfällig. Im Falle des missglückten Terroranschlags auf den Northwest-Airlines-Flug 253 von Amsterdam nach Detroit am 25.12.2009 war nicht eine unzulängliche Kontrolle ursächlich für das „Beinahe-Attentat“, sondern die unzureichende Kommunikation der Sicherheitsbehörden.⁵⁴

IV. Ergebnis

Zum jetzigen Zeitpunkt sind noch zu viele tatsächliche Fragestellungen beim Einsatz von Körperscannern ungeklärt. Rechtlich kommt die Verwendung dieser Geräte schon wegen des Fehlens einer spezialgesetzlichen Grundlage derzeit nicht in Betracht.

Für einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK fehlt es beim Einsatz von Körperscannern zur Terrorbekämpfung an der nötigen Schwere des mit der Kontrolle verbundenen Eingriffs. Dagegen ist ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK mangels Rechtfertigung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK unter dem Gesichtspunkt fehlender gesetzlicher Grundlage als auch der Notwendigkeit zu bejahen, sodass der Einsatz von Körperscannern zur Terrorismusbekämpfung insofern gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt.

⁵⁴ „Obama rügt seine Geheimdienste“, DIE ZEIT-online v. 6.1.2010 (<http://www.zeit.de/politik/ausland/2010-01/obama-ruegt-geheimdienste> (zuletzt abgerufen am 16.5.2011)).

Über die Straftat des versuchten erfolgsqualifizierten Delikts

Von RiBayObLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. **Karl Heinz Gössel**, München

I. Versuch und Straftat

1. Straftaten als normwidrige Rechtsgutsbeeinträchtigungen

a) Straftaten sind menschliche Handlungen, die gegen die Rechtsordnung verstoßen. Bei den für das Strafrecht bedeutsamen Regeln unterscheidet die heute überwiegend vertretene dualistische Auffassung u.a. zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen. Verhaltensnormen ge- oder verbieten jedem Bürger bestimmte Verhaltensweisen, bewerten aber zugleich den jeweiligen Verbots- oder Gebotsverstoß als gegen die Rechtsordnung verstoßend und fungieren insoweit auch als Bewertungsnormen.¹ Sanktionsnormen dagegen wenden sich an den sog. Rechtsstab (die Strafverfolgungsbehörden), dem unter bestimmten Bedingungen die strafrechtliche Verfolgung und Bestrafung von Straftaten vorgeschrieben² wird.

Strafrechtliche Verhaltensnormen schützen überwiegend der Auffassung zufolge Gegenstände oder Güter, die für den Bestand der Rechtsgemeinschaft als unabdingbar angesehen werden (Rechtsgüter). Verhaltensnormen sind damit auf Rechtsgüter bezogen; sie schützen Rechtsgüter durch Verbote vor deren Beeinträchtigung (Gefährdung oder Verletzung) und durch Gebote zu deren Erhaltung. Indessen können die Verhaltensnormen nicht dem Strafgesetz gleichgesetzt werden: Der Straftäter kann deshalb nicht gegen ein Strafgesetz verstoßen, weil eine Straftat nur der begeht, wer genau das tut, was in einem Strafgesetz als strafbar beschrieben ist. Gleichwohl aber übertritt er die Rechtsordnung. Das setzt die Anerkennung selbständiger Rechtssätze voraus, die von den Strafgesetzen unabhängig sind: der Verhaltensnormen.³

b) In der Literatur wird entgegen dieser überwiegend vertretenen Auffassung vorgeschlagen, entweder schon die Existenz selbständiger Verhaltensnormen zu verneinen oder aber den Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts zu verwerfen. Dem kann nicht gefolgt werden.

aa) *Hoyer* verneint die Existenz selbständiger Verhaltensnormen, indem er für die direkte Verknüpfung von Verhalten

und Sanktion eintritt und damit nur „die gültige Strafnorm“⁴ anerkennt.

Recht und Unrecht sind unabhängig von der Erfüllung oder Verletzung irgendwelcher Pflichten: „Rechtens‘ ist damit kein bestimmtes Verhalten, sondern nur, dass bestimmte Verhaltensweisen Strafbarkeit auslösen“⁵. Die Berechtigung zur Sanktionierung eines Verhaltens wird auf die Natur der strafrechtlichen Sanktion als „eines zu entrichtenden ‚Preises‘, eines bloßen Entgelts für das davon betroffene Verhalten“⁶ gestützt. *Hoyer* verwirft damit auch die Existenz einer Sanktionsnorm: wie den Rechtsunterworfenen keine Verhaltenspflichten auferlegt sind, so auch nicht den Strafverfolgungsorganen eine Verpflichtung zur Herbeiführung einer Bestrafung: „Der Begriff ‚Strafbarkeit‘ besagt [...] nicht, dass [...] Bestrafungsakte gesollt sind, sondern nur, dass zu ihrer Vornahme für bestimmte Strafverfolgungsorgane ein Anreiz besteht“⁷. Dabei wird indessen verkannt, dass die strafverfolgende Tätigkeit damit „in das Belieben“ des Gerichts⁸ und der sonstigen Strafverfolgungsbehörden gestellt wird – und dies entgegen dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO). Im Übrigen aber ist zu bedenken, dass die Rechtsordnung das menschliche Zusammenleben in der Gesellschaft strukturiert und bestimmt und damit die Existenz von Verhaltensnormen voraussetzt – erst auf diese Weise kann die Zuordnung strafrechtlicher Sanktionen zu bestimmten Verhaltensweisen legitimiert werden: Die Strafrechtsordnung und die Rechtsordnung insgesamt lassen sich nicht auf das von *Hoyer* angenommene Tauschgeschäft zwischen einer Straftat und dem dafür bestimmten Preis⁹ ein. Mit Recht hat auch bereits *Weber* auf die Unvereinbarkeit einer derartigen Auffassung mit dem geltenden deutschen Strafrecht hingewiesen.¹⁰

Auch *Kindhäuser* verneint die Existenz selbständiger, von den Strafgesetzen unabhängiger Normen. Er setzt die Rechtssätze der Deliktstatbestände den Normsätzen gleich, die er von der semantischen Bedeutung des Normbegriffs trennt: in „kontradiktorischer Formulierung“ drückten die Normsätze Verhaltensnormen aus.¹¹ Für diese Auffassung spricht die enge Bindung an den Wortlaut des Gesetzes und die damit verbundene Einschränkung der Normbildung. Indessen beziehen sich „Formulierungen“ ebenso auf Gegenstände wie

¹ Vgl. z.B. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 24 Abs. 2; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 93.

² Vgl. z.B. *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 2 Rn. 1 ff.; *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110.

³ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, N I 3 ff., zust. *Giannidis*, Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik, 1979, S. 18; ebenso *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, § 19 Rn. 24; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 8 (S. 7); *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 39, 45 f.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unerlassungsdelikten, 1993, S. 28; a.A. z.B. *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 29; s. dazu unten b) aa).

⁴ *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 42 ff., 387.

⁵ *Hoyer* (Fn. 4), S. 387, 46 ff.

⁶ *Hoyer* (Fn. 4), S. 48.

⁷ *Hoyer* (Fn. 4), S. 387.

⁸ So die treffende Kritik von *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110 (122).

⁹ Vgl. dazu auch *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110 (121 ff.).

¹⁰ *Mitsch* (Fn. 3), §§ 3, 15 u 3 § 8, 7.

¹¹ *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 29 und *Kindhäuser*, Strafrechtsgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2009, Vor § 1 Rn. 10: „Die Strafgesetze lassen sich [...] als Normen [...] interpretieren“.

Begriffe: sind sie kontradiktorisch, so sind sie gegensätzlich und erfassen damit auch verschiedene Gegenstände. Wer also Verhaltensnormen als kontradiktorisch formulierte Normen ansieht, muss die Verhaltensnormen von den Rechtssätzen der Deliktstatbestände unterscheiden und darf sie gerade nicht mit diesen gleichsetzen.

Einige Stimmen in der Literatur erkennen nur Sanktionsnormen an und verneinen die Existenz von Verhaltensnormen. *Schmidhäuser* zufolge werden mit der Anerkennung selbständiger rechtlicher Verhaltensnormen „die jedermann zugänglichen Realitäten“ verkannt.¹² Die angenommenen Verhaltensregeln hätten keine Rechtsqualität, gehörten vielmehr einem „soziale(n) Rechtsbewusstsein“¹³ an. *Schmidhäuser*'s Schüler *Alwart* hält die Lehre von den Verhaltensnormen für „ein weiteres Residuum des Naturrechtsdenkens“, welches die Gesellschaft bevormunde und an der Realität des Rechts vorbeigehe¹⁴ und *Alwarts* Schüler *Maier* hält „die Lehre von den Verhaltensnormen“ für eine „Umdeutung der Deliktstatbestände des StGB“¹⁵. Nach beiden genannten Autoren verpflichten deshalb die Strafgesetze allein den Rechtsstab zur Bestrafung des Täters. Dem ist indessen entgegenzuhalten, dass damit die Verletzung der Sozialmoral zu Voraussetzung der Bestrafung und damit auch der Verpflichtung des Rechtsstabs zur Herbeiführung einer Bestrafung gemacht wird – und gerade nicht die Verletzung einer Rechtspflicht, so dass auf diese Weise das erreicht wird, was die genannten Autoren doch gerade vermeiden wollen: die auf naturrechtliche Residuen gestützte Bestrafung. Weil der Staat nur die Verletzung rechtlicher Pflichten unter Strafe stellen kann und darf, nicht aber solcher moralischer oder sozialer Art, ist mit der h.L. die Annahme selbständiger rechtlicher Verhaltensnormen geboten.

bb) In schroffem Gegensatz insbesondere zu den vorgenannten Konzeptionen der Ablehnung von Verhaltensnormen unter alleiniger Anerkennung von Sanktionsnormen erblickt *Jakobs* in der „Normverletzung [...] das entscheidende Merkmal der Straftat“¹⁶.

Nach *Jakobs* ist Gesellschaft „normative Verständigung“ zum „Vorteil einer Gruppe“¹⁷, deren Mitglieder „als Gruppenwesen“ vom „Gewalthaber [...] definiert“ und dadurch zu Personen im Recht werden.¹⁸ Als ein vom Gewalthaber Definierter ist eine Person bloße „Sollgestalt, also eine objektive Konstruktion“¹⁹ und entbehrt folglich aus der Sicht der

Rechtsordnung jeder materiellen Substanz.²⁰ Damit kann die Straftat nicht mehr als Ergebnis einer normwidrigen menschlichen Verhaltenssteuerung begriffen werden, sondern nur noch als Ergebnis einer normativen Zuordnung.²¹ Die Straftat kann folglich „nur als Verletzung der Rechtmäßigkeit“ charakterisiert sein und damit als Normbruch, nicht aber als Güterverletzung, weil Personen eben nicht „durch die optimale Sicherheit ihrer Güter charakterisiert“ seien, „sondern“ definiert „als Träger von Rechten und Pflichten“ durch den jeweiligen Gewalthaber.²² Überdies führe das Verständnis der Straftat als Rechtsgutsverletzung dazu, den Straftäter nur dadurch zu definieren, dass dieser „dem Rechtsgut gefährlich werden“ könne, was eine grenzenlose Vorverlagerung der Strafbarkeit ermögliche bis in den Bereich bloß gefährlicher Gedanken einschließlich der Quellen solcher Gedanken.²³

Jakobs' Konzeption dürfte eine – zweifellos unbeabsichtigte – fragwürdige Nähe zu den in der NS-Zeit vertretenen Auffassungen vom Verbrechen als Pflichtwidrigkeit und Gemeinschaftswertwidrigkeit²⁴ aufweisen und schon deshalb kaum überzeugen. Im Übrigen beruft er sich auf die Staatstheorie von *Hegel*, die aber mit heutigen allgemein anerkannten Grundsätzen unvereinbar ist: Nach *Hegel* ist die parlamentarische Demokratie nur in einem unentwickelten Zustand eines Volkes möglich; in der Monarchie dagegen sei der Staat als Verwirklichung „der sittlichen Idee“ das „an und für sich Vernünftige“²⁵, in dem die Persönlichkeit des Staates allein in der Person des Monarchen wirklich sei²⁶ und die höchste Pflicht der Einzelnen darin bestehe, „Mitglieder des Staates zu sein“²⁷ – in schroffem Gegensatz zur Sicht des Grundgesetzes wird hier der Rechtsunterworfenen zum Objekt des Staates degradiert. Ist *Jakobs*' Konzeption schon damit zu verwerfen, so zudem deshalb, weil mit der Definition der Person nur noch als objektive Konstruktion der Gesellschaft und damit des jeweiligen Gewalthabers die Existenz angeborener, von irgendwelchen Zuschreibungen unabhängiger Rechte geleugnet wird, insbesondere auch das in Art. 1 Abs. 1 GG ausdrücklich erwähnte Recht auf die Wahrung der jedem Menschen eigenen Würde, in welchem ein „Bekenntnis zu einem dem Staat vorgegebenen Bestand an Menschenrechten“ zu erblicken ist, die „ihre Existenz nicht staatlicher Verleihung“ verdanken, vielmehr „der Achtung des Men-

¹² *Schmidhäuser*, JZ 1989, 419 (422).

¹³ *Schmidhäuser*, JZ 1989, 419 (424); ähnlich *Alwart*, Recht und Handlung, 1987, S. 150: Sozialmoral.

¹⁴ *Alwart* (Fn. 13), S. 147 f.

¹⁵ *Maier*, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005, S. 143 ff., 152.

¹⁶ *Jakobs*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47.

¹⁷ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 61.

¹⁸ *Jakobs* (Fn. 17), S. 32, 111.

¹⁹ *Jakobs*, Norm Person, Gesellschaft, 2. Aufl. 1999, S. 96; so auch in der 3. Aufl. (Fn. 17), S. 37 ff., 41, 42.

²⁰ Diese Konsequenz aus der Konzeption von *Jakobs* zieht folgerichtig *Müssig*, GA 1999, 119 (125); s.a. *Jakobs* (Fn. 17), S. 41 f.

²¹ *Jakobs* (Fn. 19), S. 54; ähnlich in der 3. Aufl. (Fn. 17), S. 52 f.

²² *Jakobs* (Fn. 16), S. 49.

²³ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

²⁴ Vgl. dazu etwa *Gallas*, in: Dahm (Hrsg.), Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, 1936 (Nachdruck 1995), S. 50 (S. 67).

²⁵ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl. 1955, §§ 257, 258 (S. 241 f. der Originalausgabe von 1821).

²⁶ *Hegel* (Fn. 25), § 279, S. 286.

²⁷ *Hegel* (Fn. 25).

schen als würdhafter Person geschuldet“ sind.²⁸ Mit der Verwandlung der Person in eine objektive Konstruktion, die jeder materiellen Substanz entbehrt,²⁹ entfernt *Jakobs* den realen Menschen mit angeborenen Rechten aus der Rechtsordnung und enthumanisiert sie auf diese Weise.³⁰

Die Bindung der Straftat an eine Rechtsgutsbeeinträchtigung bringt allerdings in der Tat, insoweit ist *Jakobs* zuzustimmen, insoweit die Gefahr einer verfehlten Strafbarkeitsausweitung mit sich, indem Rechtsgüter allzu weit, unscharf oder sonst unbestimmt definiert werden,³¹ insbesondere bei Rechtsgütern der Allgemeinheit; jedoch erscheinen diese Probleme beherrschbar.³² Die von *Jakobs* angeratene Radikalkur eines Verzichts auf die Rechtsgutsbindung der Straftat, verbunden mit dem Vorschlag, allein auf den Normbruch abzustellen, nimmt aber der Norm ihren Gegenstand, macht sie inhaltslos und löst sie so von den Lebenssachverhalten, die sie doch regeln soll³³ – und wird damit inhuman, sinnlos und kann auch nicht erklären, warum der Mord mit schwererer Strafe bedroht ist als die Beleidigung. Überdies führt *Jakobs*' Verständnis von der Straftat nur als Normbruch geradewegs zur Verwirklichung eben der Gefahren, die er doch vermeiden will: Während die Rechtsgutsgefährdung ein bestimmtes und feststellbares reales menschliches Verhalten voraussetzt, lässt sich der Normbruch schon dann bejahen, wenn sich ein Mensch entschließt,³⁴ einen Mord oder einen Diebstahl zu begehen: Allein mit diesem Entschluss setzt sich der so Entschließende über die Norm hinweg, die ihn doch zu rechtmäßigem Verhalten motivieren sollte.

²⁸ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Februar 2004, Art. 1 Abs. 2 Rn. 6.

²⁹ Vgl. dazu *Jakobs* (Fn. 17), S. 42: „bei der Person“ geht es „nicht um Naturwüchsigkeit, sondern um Zuordnung“.

³⁰ Vgl. dazu *Gössel*, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 33 (S. 38 ff.).

³¹ Vgl. dazu z.B. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, §§ 2 Rn. 4 ff.

³² Näheres dazu: *Maurach/Zipf* (Fn. 3), §§ 19 Rn. 4 ff.; vgl. dazu ferner z.B. *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, und die eingehende Darstellung dieser Problematik bei *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 1 Rn. 110 ff.

³³ Das übersieht *Rey-Sanz* (Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn, 2006, S. 109), der die Lebenssachverhalte als notwendige Gegenstände der Norm verkennt. Wie hier auch *Hettinger*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 237 (S. 255).

³⁴ Vgl. dazu die Charakterisierung des Versuchs durch *Freund* (Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, § 8 Überschrift zu Rn. 28 ff.) als „zum Ausdruck gelangter Verhaltensnormverstoß“. Treffend der Hinweis von *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung und Versuch, 1995, S. 53 auf *Matthäus* 5, 28: „Wer ein Weib ansieht, ihrer zu begehren, der hat schon mit ihr die Ehe gebrochen in seinem Herzen“.

2. Der Versuch zur Begehung einer Straftat als Straftat

Im Ergebnis sind Straftaten damit als normwidrige Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu verstehen. Die Bezeichnung auch des Versuchs einer Straftat als Straftat sieht sich allerdings der Schwierigkeit gegenüber, dass der Wortlaut des Gesetzes nur die vollständige Verwirklichung des gesetzlich beschriebenen Verhaltens³⁵ erfasst. Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bestimmtheit der Strafe (Art. 103 Abs. 2 GG) wären diese Handlungen strafrechtlich irrelevant, mögen sie auch noch so sehr nach Strafe verlangen, wie etwa der erfolglose Mordanschlag. Jedoch sind die für die vollendeten Tatbestände geltenden Strafdrohungen bekanntlich durch die sog. Strafausdehnungsgründe,³⁶ die auch Tatbestandsausdehnungsgründe³⁷ genannt werden, auf vor der Vollendung liegenden Stadien der Verbrechensverwirklichung ausgedehnt worden, so insbesondere für den Versuch in § 22, 23 StGB.

II. Strafbarkeit des Versuchs von Qualifikationstatbeständen

1. Qualifizierte Tatbestände

Bekanntlich können sog. Grundtatbestände zu neuen, gegenüber den Grunddelikten selbständigen Tatbeständen abgewandelt werden, in denen die Merkmale der Grundtatbestände zusammen mit weiteren Merkmalen erfasst werden. Sind diese neuen selbständigen Tatbestände mit einer höheren Strafdrohung verknüpft als die jeweiligen Grundtatbestände, so werden die neuen Tatbestände als Qualifikationstatbestände bezeichnet: Sind es doch die zu den Merkmalen der Grundtatbestände hinzutretenden neuen Merkmale, die eine erhöhte Strafbarkeit auslösen, erfassen diese Merkmale eine besondere, durch die Verwirklichung der Merkmale des Grundtatbestandes herbeigeführte Folge, sind die entsprechenden neuen Tatbestände, ebenso bekanntlich, sog. Erfolgsqualifikationen i.S.d. § 18 StGB. Die Frage nach der Strafbarkeit eines Versuchs der Qualifikationstatbestände wird ebenso kontrovers beurteilt wie diejenige nach dem Versuch von Erfolgsqualifikationen.

2. Versuch von Qualifikationstatbeständen

a) In diesen Fällen (z.B. im Fall des § 244 StGB) sollte nach früherer Ansicht Versuch schon mit dem Ansetzen zu den die Qualifikation begründenden Merkmalen³⁸ gegeben sein.

b) Indessen ist auch hier auf die im Tatbestand als strafbar beschriebene Rechtsgutsbeeinträchtigung abzustellen. Deshalb ist mit der nunmehr überwiegenden Meinung allein entscheidend, ob der Täter mit dem Ansetzen zum qualifizie-

³⁵ Vgl. dazu *Mitsch* (Fn. 3), § 26 Rn. 2.

³⁶ *Mayer*, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 341; *Vehling*, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991, S. 81 m.w.N.

³⁷ Z.B. *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 20. Lfg., Stand: April 1993, Vor § 22 Rn. 3.

³⁸ RGSt 38, 177, (178 f.); *Wessels*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum siebzigsten Geburtstag, 1972, S. 305; OLG Hamm MDR 1976, 155.

renden Umstand schon eine Handlung begeht, die der schon im Grunddelikt erfassten Rechtsgutsbeeinträchtigung unmittelbar vorausgeht, sofern das Grunddelikt entweder verwirklicht oder schon im Versuchsstadium entweder als Verbrechen (z.B. § 176 Abs. 2 StGB) oder ausdrücklich (z.B. §§ 224 Abs. 2, 244 Abs. 2 StGB) mit Strafe bedroht ist. Auch beim qualifizierten Delikt liegt Versuch somit erst dann vor, wenn der Täter sowohl zur Verwirklichung des Grundtatbestandes als auch des qualifizierten Merkmals unmittelbar angesetzt hat³⁹ – werden also Qualifikationsmerkmale wie z.B. das Mitführen einer Waffe (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB) nur während der Vorbereitung eines Diebstahls verwirklicht, aber schon beim Eintritt in die Versuchszone nicht mehr, kann nur wegen versuchten Diebstahls bestraft⁴⁰ werden.

3. Strafbarkeit des Versuchs bei erfolgsqualifizierten Delikten

In diesen Fällen (z.B. Verlust des Sehvermögens als Folge einer Körperverletzung in § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB, Tod als Folge einer Brandstiftung in § 306c StGB oder einer Aussetzung in § 221 Abs. 3 StGB) kann die Verwirklichung dieser Tatbestände grundsätzlich auch in strafbarer Weise versucht werden (versuchte Erfolgsqualifizierung⁴¹); hinsichtlich des Versuchsbeginns gilt grundsätzlich das Gleiche wie das soeben für die sonstigen Qualifikationstatbestände Ausgeführte. Jedoch werden hier zwei Fragen kontrovers diskutiert: Einmal, ob schon der Versuch des Grunddelikts zum Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts ausreicht (erfolgsqualifizierter Versuch⁴²) und zum anderen, ob auch bei fahrlässiger Erfolgsherbeiführung der Qualifikationstatbestand versucht werden könne.

³⁹ Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 123; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 22 Rn. 58; Rudolphi (Fn. 37), § 22 Rn. 18; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 22, Rn. 36; Ambos, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 22 Rn. 30; Kudlich/Schuh, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 22 Rn. 45; Beckemper, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, § 22 Rn. 43; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008 § 15 Rn. 50; Stree, in: Baumann u.a. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, S. 192; zustimmend Blei, JA 1975, 683; Arzt, JuS 1972, 518 (578); Laubenthal, JZ 1987, 1066; diff. Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 32), § 22 Rn. 53; a.A. Tröndle, JR 1974, 223.

⁴⁰ Hardtung, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 18 Rn. 74; Jescheck/Weigend (Fn. 1) § 49 III 2; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 31) § 11 Rn. 43; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 607.

⁴¹ Zur Terminologie vgl. Kühl (Fn. 39), § 17a Rn. 32.

⁴² Zur Terminologie vgl. Kühl (Fn. 39), § 17a Rn. 32.

a) Nach überwiegender Auffassung kann der Versuch der Erfolgsqualifikation (z.B. im Fall des § 251 StGB) schon auf das nur versuchte Grunddelikt gestützt⁴³ werden, nach einigen Stimmen selbst dann, wenn der Versuch des Grunddelikts (so z.B. in den Fällen des §§ 221, 235 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 3 StGB) straflos⁴⁴ ist. Dem kann nicht gefolgt werden.

aa) Ist der Versuch des Grunddelikts straflos, so liegt ein strafrechtliches Nullum vor, an das nichts geknüpft werden kann; es ermangelt einer Tat i.S.d. § 18 StGB, so dass auch die Behauptung, § 18 StGB beziehe sich „auf den Vergleich der abstrakten Strafdrohungen im Gesetz“⁴⁵, deshalb und dann fehle, weil und wenn der straflose Versuch gar nicht mit Strafe bedroht ist. Auch eine angebliche Überhöhung des straflosen Grunddeliktsversuchs durch den Eintritt der Erfolgsqualifikation⁴⁶ kann eine Strafbarkeit des Versuchs der Erfolgsqualifikation nicht begründen, weil darin entgegen Art. 103 Abs. 2 GG eine strafbegründende Analogie zu erblicken ist: Straffloses Geschehen wird zur Strafbegründung herangezogen – und das Argument einer angeblich nur straf erhöhenden Wirkung der besonderen Folge⁴⁷ geht damit ins Leere.

bb) Ob sich ein strafbarer Versuch einer Erfolgsqualifikation auf das nur versuchte Grunddelikt stützen lässt, hängt von der Natur des jeweiligen Grunddelikts als gesetzlichem Anknüpfungspunkt der jeweiligen Erfolgsqualifikation ab. Weil das Gesetz nur Erfolgsdelikte als die jeweilige Erfolgsqualifikation verursachende Grunddelikte benennt, kommen als Anknüpfungspunkte sowohl die jeweilige Tathandlung als auch der jeweilige Taterfolg in Betracht, sei es in der Form einer Rechtsgutsverletzung oder einer bloßen konkreten⁴⁸ Gefährdung. Indessen lässt sich der Versuch einer Erfolgsqualifikation nur auf das je vollendete Grunddelikt stützen.

Dagegen soll es nach Roxin darauf ankommen, „ob nach der Struktur des jeweiligen Delikts die typische Gefährlichkeit des Grundtatbestandes [...] auf dessen Tatbestandserfolg oder schon auf der Tatbestandshandlung beruht“⁴⁹: In den Fällen z.B. der §§ 226, 227, 306c StGB sei demgemäß auf den Tatbestandserfolg abzustellen, in den Fällen etwa der §§ 178, 251 StGB hingegen auf die Tatbestandshandlung, weshalb in diesen letztgenannten Fällen ein strafbarer Ver-

⁴³ BGHSt 42, 158; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 32), § 18 Rn. 109 ff. und Fischer (Fn. 39), §§ 22 Rn. 37, jeweils m.w.N. Kühl (Fn. 39), § 17a Rn. 38.

⁴⁴ Mitsch (Fn. 3), § 26 Rn. 11; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 18 Rn. 79 f.; Bacher, Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1999, S. 122; Kostuch, Versuch und Rücktritt beim erfolgsqualifizierten Delikt, 2004, S. 23 ff., 27; Rath, JuS 1999, 140 (142).

⁴⁵ Mitsch (Fn. 3), § 26 Rn. 11.

⁴⁶ Rath, JuS 1999, 140 (142).

⁴⁷ So aber Paeffgen (Fn. 43), § 18 Rn. 113.

⁴⁸ Vgl. dazu Arzt, SchwZStrR 107 (1990) 168 (169 ff.).

⁴⁹ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 328; ähnlich Bacher (Fn. 44), S. 122 und Kostuch (Fn. 44), S. 45 ff.

such der Erfolgsqualifikation schon auf das versuchte Grunddelikt gestützt werden⁵⁰ könne.

Dem ist indessen zu widersprechen. Entscheidend ist allein das Gesetz: Verknüpft dieses die qualifizierende Folge ursächlich mit der Vollendung des Grunddelikts, kann ein Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts nicht schon auf das nur versuchte Grunddelikt gestützt werden – Spekulationen über die Begründung einer schon der Tatbestandshandlung anhaftenden Gefährlichkeit sind unsicher und führen zu einer mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbaren Strafbarkeitsausweitung,⁵¹ so insbes. in den von *Roxin* genannten Fällen der §§ 178, 251 StGB. Hier verlangt das Gesetz ausdrücklich eine „sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung“ bzw. einen „Raub“ als Ursache der Erfolgsqualifikation „Tod“, wie aber nach den überzeugenden Nachweisen von *Hardtung*⁵² auch in den übrigen Fällen der Erfolgsqualifikationen. Verlangt das Gesetz damit ein vollendetes Grunddelikt als Ursache der qualifizierenden Folge, so kann der bei den Erfolgsqualifikationen stets notwendige tatbestandsspezifische Zusammenhang⁵³ nicht dazu führen, entgegen dem Gesetz ein bloß versuchtes Grunddelikt als Grundlage der Strafbarkeit ausreichen zu lassen: Mit dem zur Strafbarkeit vorausgesetzten vollendeten Grunddelikt verlangt das Gesetz zudem, dass die qualifizierende Folge auf dem erwähnten besonderen Zusammenhang zwischen dem vollendetem Grunddelikt und dessen qualifizierender Folge bestehen muss – die Frage nach der Qualität des Grunddelikts ist damit von der Frage zu unterscheiden, wie der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und qualifizierenden Folge beschaffen sein muss. Einmal mehr zeigen sich hier die Mängel der auch von *Roxin* verfolgten extrem normativistischen⁵⁴ Lehre, die darin bestehen, unter Vernachlässigung gesetzlicher Regelungen „unversehens ‚korrigierend‘ in die zu bewertende Tatsachengrundlage“⁵⁵ überzugreifen, indem etwa die Begriffe „Körperverletzung“, „Raub“ oder „Vergewaltigung“ auch auf eine nicht eingetretene körperliche Misshandlung, einen nicht vorliegenden Gewahrsamswechsel oder den nicht vollzogenen Beischlaf anzuwenden.

b) Indessen zeichnen sich die Erfolgsqualifikationen nach § 18 StGB dadurch aus, dass nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Herbeiführung des jeweiligen Er-

folgs des jeweiligen Grunddelikts tatbestandlich erfasst werden. Deshalb ist zu differenzieren.

aa) Werden sowohl das Grunddelikt als auch das dieses qualifizierende Merkmal vorsätzlich verwirklicht, so gelten keine Besonderheiten.

bb) Wird der Qualifikationstatbestand indessen in der Kombination eines vorsätzlichen Grunddelikts mit fahrlässiger Erfolgsherbeiführung verwirklicht, so soll diese Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination nach § 11 Abs. 2 StGB ebenfalls als insgesamt vorsätzlich verwirklicht gelten, so dass auch in diesem Fall Versuch möglich und dessen Beginn ebenfalls wie bei der Vorsatz-Vorsatz-Kombination zu bestimmen⁵⁶ ist.

Dem ist indessen zu widersprechen. So wird einmal schon zu Recht darauf hingewiesen, dass sowohl § 11 Abs. 2 StGB als auch § 18 StGB keine Bestimmung über die Möglichkeit eines Versuchs einer Erfolgsqualifikation⁵⁷ treffen. Im Übrigen aber gilt: Kann auch nur ein Merkmal eines Tatbestandes fahrlässig verwirklicht werden, so ist die gesamte Straftat eine fahrlässige Straftat,⁵⁸ deren Versuch nicht strafbar ist. Daran kann auch § 11 Abs. 2 StGB nichts ändern. Wenn auch der Gesetzgeber die in einem Straftatbestand erfasste kausale Verknüpfung zwischen vorsätzlichem Grunddelikt und fahrlässiger Erfolgsqualifikation durch § 11 Abs. 2 StGB insgesamt als vorsätzliche Tat zu behandeln vorschreibt, so ist damit die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs dieser Tat noch nicht nachgewiesen. Das Gesetz selbst definiert in § 22 StGB den Versuch als ein von der Tatvorstellung des Täters (also u.a. vom Vorsatz) geleitetes Verhalten; weil diese Vorstellung aber hinsichtlich der fahrlässigen Erfolgsqualifikation gar nicht vorliegen kann, ist in diesem Fall (kausale Verknüpfung zwischen vorsätzlichem Grunddelikt und fahrlässiger Erfolgsqualifikation) ein Versuch i.S.d. § 22 StGB nicht möglich,⁵⁹ es sei denn, man nimmt an, § 11 Abs. 2 StGB fingiere diese von § 22 StGB verlangte Tatvorstellung – dies aber käme einer verfassungsrechtlich verbotenen Schuldpräsomption gleich und kann überdies dem § 11 Abs. 2 StGB nicht entnommen⁶⁰ werden. Aus diesem Grunde wird man – entgegen der weit überwiegenden Meinung – den Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts in den Fällen nicht für möglich halten können, in denen die qualifizierende Erfolgs-

⁵⁰ *Roxin* (Fn. 49) § 29 Rn. 329 ff.

⁵¹ *Hardtung* (Fn. 40), § 18 Rn. 74; *Hardtung*, Versuch und Rücktritt bei den Teilsvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002, S. 242.

⁵² *Hardtung* (Fn. 51), S. 44 ff.; 48 ff.; zust. *Herzberg*, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 160 (S. 178).

⁵³ Näheres dazu bei *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2004, §§ 13 Rn. 82 ff.; vgl. ferner z.B. *Sowada*, Jura 1995, 644.

⁵⁴ Zur Kritik s. z.B. *Gössel*, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 83 (S. 88 ff.) m.w.N.

⁵⁵ Zutr. *Hettinger*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 237 (S. 255).

⁵⁶ Allgemeine Meinung; vgl. nur BGHSt 48, 34 (37); *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 39), § 18 Rn. 79; *Bacher* (Fn. 44), S. 22 ff.; *Kühl* (Fn. 39), §§ 17a Rn. 41.

⁵⁷ *Hardtung* (Fn. 40), § 18 Rn. 74; *Hardtung* (Fn. 51), S. 226 f.

⁵⁸ *Gössel*, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 219 (S. 235). Im Ergebnis ebenso *Miseré*, Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge, 1997, S. 20.

⁵⁹ Das übersieht z.B. *Hardtung* (Fn. 40), § 18 Rn. 67, wenn er gegen die hier vertretene Auffassung vorbringt, sie missachte § 11 Abs. 2 StGB (ebenso übersehen von *Roxin* [Fn. 49] § 29 Rn. 327).

⁶⁰ Eben deshalb lässt sich auch § 11 Abs. 2 StGB nicht mit *Kostuch* (Fn. 44), als eine gesetzgeberische Entscheidung gegen die hier vertretene Meinung verstehen.

herbeiführung fahrlässig geschieht.⁶¹ Das dem entgegenstehende Argument von *Roxin*, wenn die „vorsätzliche Vollendung keinen auf den schweren Erfolg gerichteten Vorsatz“ voraussetze, könne „dies beim vorsätzlichen Versuch nicht anders sein“,⁶² ist eine *petitio principii*: Wegen der Unvereinbarkeit des § 11 Abs. 2 StGB mit § 22 StGB wird hier ja gerade bestritten, dass eine fahrlässige Erfolgsherbeiführung die Vorsätzlichkeit der Erfolgsqualifikation begründen könne.

III. Fazit

1. Auch versuchte Straftaten sind verhaltensnormwidrige Rechtsgutsbeeinträchtigungen, welche durch den Strafausdehnungsgrund des § 23 Abs. 1 StGB von den Tatbeständen der jeweiligen Delikte erfasst werden (s.o. I. 2.).

2. Die Strafbarkeit eines Versuchs zur Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes setzt voraus, dass sowohl zur Verwirklichung des Grundtatbestandes als auch zu der des je qualifizierenden Merkmals unmittelbar angesetzt wird (s.o. II. 2.)

3. Die Möglichkeit eines erfolgsqualifizierten Versuchs wird entgegen der h.L. verneint (s.o. II. 3. a).

4. Die Möglichkeit einer versuchten Erfolgsqualifikation wird nur bei vorsätzlicher Verwirklichung sowohl des Grunddelikts als auch des jeweils qualifizierenden Erfolgs bejaht, nicht aber bei fahrlässiger Verwirklichung auch nur des qualifizierenden Erfolgs (s.o. II. 3. b).

⁶¹ Wie hier *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 39), § 18 Rn. 9; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25/25; *Hardtung* (Fn. 39), S. 242; *Miseré* (Fn. 48), S. 60; instruktiv dazu *Laubenthal*, JZ 1987, 1067, dessen Darlegungen zugleich die Schwierigkeiten erkennen lassen, in welche die Befürworter der hier abgelehnten selbständigen Versuchsstrafbarkeit geraten.

⁶² *Roxin* (Fn. 49) § 29 Rn. 327.

Die Beteiligung durch Unterlassen

Von Prof. Dr. Volker Haas, Heidelberg

I. Einleitung

Die Rechtsfrage, ob und gegebenenfalls wie beim Unterlassen Täterschaft von Teilnahme abzugrenzen ist, gehört gewiss zu den fundamentalen dogmatischen Problemen des Allgemeinen Teils des Strafrechts. Davon zeugen nicht zuletzt die vielen Theorieansätze, die in Rechtsprechung und Literatur vertreten werden. Ziel des nachfolgenden Aufsatzes ist es, einen eigenen Lösungsvorschlag zu unterbreiten, der freilich nicht völlig isoliert neben den anderen Lehren steht, sondern ihre berechtigten Erwägungen aufzugreifen und zu integrieren imstande ist. Im Folgenden soll zunächst der bisherige Diskussionsstand kurz dokumentiert und im Anschluss daran die eigene Lehre vorgestellt werden.

II. Die bisher vertretenen Lösungsansätze

1. Der Standpunkt der Judikatur

Unterlässt es ein Garant, die vorsätzlich begangene rechtswidrige Straftat eines anderen zu verhindern, ist nach ständiger Rechtsprechung die Einordnung des Unterlassens als Täterschaft oder Teilnahme im Einklang mit der subjektiven Theorie von der inneren Haltung des Unterlassenden abhängig. Ist seine innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, soll die Annahme von (Mit-)Täterschaft nahe liegend sein. Ist hingegen die innere Einstellung des Unterlassenden davon geprägt, sich dem Handelnden im Willen unterzuordnen und das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen zu lassen, soll dies für bloße Beihilfe sprechen.¹ Sieht man einmal von den Fällen ab, in denen es der Unterlassende versäumt, eine Selbsttötung abzuwenden,² spielt das Kriterium der Tatherrschaft, das die Rechtsprechung bei den Begehungsdelikten kumulativ heranzieht, nur vereinzelt eine Rolle.³

In zwei neueren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung fortgesetzt: Im ersten Fall quälten und demütigten der Angeklagte und zwei weitere Mithäftlinge das schüchterne und zurückhaltende Opfer über Wochen, das zum ersten Mal eine (Ersatz-)Freiheitsstrafe verbüßte. Als das Opfer von einem der Mithäftlinge gezwungen wurde, in der Zelle auf einen Stuhl zu steigen und seinen Hals in eine Schlinge zu stecken, schritt der an dem Geschehen nicht beteiligte Angeklagte erst ein, als der Häftling dem Opfer den Stuhl Stück für Stück wegzog. An einem anderen Tag ließ

der anwesende Angeklagte es zu, dass der Mithäftling dem auf einem Stuhl sitzenden Opfer die Hände auf dem Rücken fesselte und eine Plastiktüte über den Kopf zog.

Der Bundesgerichtshof bejahte zunächst eine Verpflichtung des Angeklagten aus vorangegangenem Tun, weitere Straftaten des Mithäftlings zu unterbinden,⁴ wertete jedoch das nachfolgende Unterlassen lediglich als bloße Beihilfe zu der durch den Mithäftling begangenen Nötigung mit der Begründung, dass die Strafkammer ein besonderes Tatinteresse oder einen Täterwillen beim Angeklagten nicht festgestellt habe. Zugleich berief sich der Bundesgerichtshof auf Tatherrschaftsgesichtspunkte. So soll eine Mittäterschaft des Unterlassenden „zum anderen“ in Betracht kommen, wenn dieser neben dem aktiv Handelnden Herr des Geschehens gewesen ist und er damit Tatherrschaft ausgeübt hat. Dies verneinte allerdings der *Senat*: Der Angeklagte sei lediglich Randfigur des Geschehens gewesen. Maßgeblich sei die Nötigung von dem Mithäftling gesteuert worden, der die Tatbestandsverwirklichung in den Händen gehalten habe, während der Angeklagte diese lediglich ablaufen lassen.⁵

Diese Begründung überzeugt jedoch – ungeachtet der prinzipiellen Bedenken gegen das Tatherrschaftsprinzip⁶ – nicht: Denn der Unterlassende hält die Tatbestandsverwirklichung niemals in den Händen, sondern lässt sie jeweils ablaufen, indem er auf eine Intervention verzichtet. Die Berufung auf die Steuerung der Nötigung durch den Mithäftling ist nichts anders als ein Verweis auf die schlichte Tatsache, dass die Nötigungshandlung eben durch den Mithäftling vollzogen wurde und nicht von dem Angeklagten. Mit der Argumentation des *Senats* wäre daher Täterschaft des Unterlassenden schon aus prinzipiellen Gründen ausgeschlossen. Völlig offen bleibt in der Entscheidung ferner, wie sich die Elemente der subjektiven Theorie und der Tatherrschaftslehre zueinander verhalten. Bedarf es der Erfüllung beider Kriterien oder handelt es sich um ein bewegliches, topisch angelegtes System, bei dem je nach Fall die Gewichtung mehr auf Elementen der subjektiven Theorie oder der Tatherrschaftslehre liegt?

In einem zweiten Fall hat der Bundesgerichtshof die Tatherrschaftslehre mit keinem Wort erwähnt, obwohl sich die Tat in einer Anstalt des öffentlichen Rechts, nämlich den Berliner Stadtreinigungsbetrieben abspielte, in dem hierarchische Verhältnisse zwischen den Mitarbeitern bestehen. Der Angeklagte, Leiter der Innenrevision, unterließ es, seinen unmittelbaren Vorgesetzten, den Vorstandsvorsitzenden, oder ein Mitglied des Aufsichtsrats darüber zu informieren, dass der Mitangeklagte, der Mitglied des Vorstands war, Berechnungsfehler bei der Festsetzung der Straßenreinigungsentgel-

¹ BGHSt 43, 381 (296); BGH NJW 1966, 1763; BGH StV 1986, 59 (60); BGH NSZ 1992, 31.

² BGHSt 2, 150 (156); 13, 162 (166, 168); BGH NJW 1960, 1821 (1822).

³ BGH LM Nr. 10 vor § 47; vgl. auch die Entscheidung BGH NJW 1966, 1763, in der der Bundesgerichtshof zwar zunächst abstrakt auch die Tatherrschaft und den Umfang der Tatbeteiligung als Kriterien anführt, sich jedoch bei der Beantwortung der Rechtsfrage allein von subjektiven Gesichtspunkten leiten lässt.

⁴ BGH NSZ 2009, 321.

⁵ BGH NSZ 2009, 321.

⁶ Siehe dazu Haas, ZStW 119 (2007), 519 (523 ff.); ders., Die Tatherrschaftslehre und ihre Grundlagen, 2008, S. 21 ff.; vgl. grundlegend jüngst auch Marlie, Unrecht und Beteiligung, 2009; Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009.

te nicht korrigierte, sondern für die folgende Tarifperiode vorsätzlich übernahm.⁷ Der Bundesgerichtshof ordnete das Unterlassen des Angeklagten als bloße Beihilfe zu dem in mittelbarer Täterschaft begangenen Betrug seitens des Mitangeklagten ein. Der Angeklagte habe lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt und sich dem Haupttäter, dem Mitangeklagten, „ersichtlich“ untergeordnet.⁸ Die Begründung, warum sich der Angeklagte dem Mitangeklagten ersichtlich untergeordnet hat, wird dem Leser leider vorenthalten. Möglicherweise handelt es sich bei dieser Annahme um den bloßen Reflex des Umstandes, dass der Mitangeklagte dem Angeklagten als Vorstandsmitglied hierarchisch übergeordnet gewesen ist.⁹

Roxin hat an der Rechtsprechung zu Recht kritisiert, dass diese keine einheitliche Linie erkennen lasse und dass ihre Ergebnisse beliebig seien, wenn sie sowohl die innere Einstellung wie auch die Tatherrschaft für maßgeblich halte. Der Richter könne sich gewissermaßen aussuchen, ob er Täterschaft oder Beihilfe annehmen wolle, und seine Entscheidung nach Strafmaßgesichtspunkten treffen. Allerdings sei die Entscheidung über Täterschaft und Teilnahme – und auch insoweit ist *Roxin* zu folgen – kein Strafzumessungsproblem. Sie hänge vielmehr davon ab, ob ein Verhalten den Tatbestand erfülle oder nicht.¹⁰ Zu folgen ist im Ergebnis auch *Roxin*, sofern er sich gegen die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme nach dem inneren Willen des Unterlassenden wendet. Der Übertragung der Dolus-Theorie auf das Unterlassungsdelikt wirft er vor, dass ihr zufolge der Unterlassende neben dem Begehungstäter immer nur Gehilfe sein könne: Der Unterlassende gebe keinen in irgendeiner Weise dominierenden Willen zu erkennen, so dass ihm schlechterdings nichts übrig bleibe, als den Dingen ihren Lauf zu lassen.¹¹ Man könnte zwar dagegen einwenden, dass auch ein Unterlassen ausnahmsweise einen konkludenten Erklärungswert aufzuweisen vermag. Aber die Zurechnung dieses Erklärungswerts gegenüber dem Garanten ist von dem ihm vorzuwerfenden Unrecht zu trennen, den tatbestandlichen Erfolg nicht abgewendet zu haben. Der berechtigte Kern der subjektiven Theorie – die Mandatslehre – ist folglich unabhängig von der eigentlichen Unterlassungshaftung nach § 13 Abs. 1 StGB. Im Übrigen sei daran erinnert, dass die durch *von Buri* geprägte Ausformung der subjektiven Theorie

auf der Gleichwertigkeit aller Bedingungen beruht.¹² Es wäre daher noch unter Zugrundelegung dieser Lehre zu zeigen, dass jegliches Unterlassen objektiv gleichwertig ist.

2. Die Übertragung des Tatherrschaftsprinzips auf das Unterlassungsdelikt

Das von der Rechtsprechung teilweise ergänzend herangezogene Kriterium der Tatherrschaft wird von einem Teil der Literatur ausschließlich für die Einordnung des Unterlassens bemüht. So ist man der Auffassung, dass der Garant, der den aktiv Handeln an der Durchführung der Straftat nicht hindert, deswegen bloßer Gehilfe ist, weil die Herrschaft des aktiv Handelnden dem untätig bleibenden Garant die (potentielle) Herrschaft über die Tat versperrt. Die Tatherrschaft soll erst dann auf den Unterlassenden übergehen, wenn der Handelnde den Tatablauf nicht mehr beherrscht bzw. wenn sich der Garant nach Abschluss der Tathandlung nur noch den korrigierbaren Auswirkungen der Tatausführung gegenüber sieht.¹³ Begründet wird dieser Ansatz teilweise mit der Erwägung, dass die Überwindung des entgegenstehenden Täterwillens in der Regel höhere Anforderungen stelle als die unmittelbare Rettung des Tatobjekts.¹⁴

Bedenken gegen diesen Ansatz werden sichtbar, wenn man sich fragt, was eigentlich unter Tatherrschaft zu verstehen ist. Ursprünglich entstammt der Herrschaftsbegriff – worauf schon *Schroeder* aufmerksam gemacht hat¹⁵ – der Schuldkategorie.¹⁶ Die finale Handlungslehre etablierte sodann den Begriff der *finalen* Tatherrschaft.¹⁷ Die Tatherrschaft wird also zumindest auch durch die Erfüllung der personalen Zurechnungsvoraussetzungen vermittelt. Dem entspricht, dass bei einem unvorsätzlich oder schuldlos handelnden Vordermann die Herrschaft auf den Hintermann übergeht, sofern dieser seinerseits vorsätzlich und schuldhaft handelt. Die Handlungsherrschaft, die nach Auffassung der Tatherrschaftslehre für die unmittelbare Täterschaft kennzeichnend sein soll, meint daher in Wahrheit nichts anderes, als dass der Täter die Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und

⁷ Vgl. *Rotsch*, ZJS 2009, 712.

⁸ BGH NJW 2009, 3173 (3175).

⁹ Eingehend zur Beteiligungsproblematik *Krüger*, ZIS 2011, 1.

¹⁰ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 132; vgl. auch die Kritik von *Schünemann*, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schröder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 401 (S. 403), der meint, dass sich die Rechtsprechung bei den verschiedenen Ansätzen der Strafrechtswissenschaft wie in einem Gemischtwarenladen bediene.

¹¹ *Roxin* (Fn. 10), § 31 Rn. 135.

¹² Vgl. *von Buri*, GS 21 (1869), 189 (233) 305; *von Buri*, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, S. 2, 41.

¹³ So *Gallas*, JZ 1952, 371 (372); *ders.*, JZ 1960, 686 f.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 64 III. 5.; *Kielwein*, GA 1955, 225 (227); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 230; unter Einschränkungen auch *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 96, der dann eine Ausnahme macht, wenn der Garant jederzeit und ohne Mühe die Tatbestandsverwirklichung unterbinden kann.

¹⁴ *Gallas*, JZ 1960, 686 f.; *Kühl* (Fn. 13), § 20 Rn. 230; *Weigend* (Fn. 13), § 13 Rn. 96.

¹⁵ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 59.

¹⁶ *Hegler*, ZStW 36 (1915), 19 (31 f.); *Hegler*, ZStW 36 (1915), 184.

¹⁷ *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 (543, 541); *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 318 ff.

schuldhaft verwirklicht.¹⁸ Ist dies der Fall, können sonstige Beteiligte in der Regel nur den Status eines Teilnehmers einnehmen, weil die Herrschaft des Täters über seine Tat die Herrschaft anderer Beteiligter über diese Tat ausschließt.¹⁹

Für den Garanten jedoch ist es völlig unerheblich, ob der unmittelbare Täter, dessen Verhalten er verhindern soll, vorsätzlich oder schuldhaft handelt. Es besteht insbesondere kein Grund zu der allgemeinen Annahme, dass es schwieriger ist, den Willen eines vorsätzlich oder schuldhaft handelnden Begehungstäters zu überwinden als den eines Begehungstäters, dem diese Attribute fehlen. Ohnehin lässt sich diesem Argument entgegensetzen, dass eine täterschaftliche Haftung nur dann zu rechtfertigen ist, wenn es dem Unterlassenden möglich gewesen wäre, die Tat zu unterbinden.²⁰ Ob dies der Fall ist oder ob der Garant, wenn überhaupt, die Tatausführung nur hätte erschweren können,²¹ ist letztlich Tatfrage.²² Dasselbe gilt im Vergleich zu einer durch einen natürlichen Prozess verursachten Gefahr einer Schädigung, die der Garant abzuwenden hat.²³ Im Übrigen kann die besondere Schwierigkeit der Tathinderung bei § 13 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden.²⁴

Der Übertragung des Tatherrschaftsprinzips steht zudem entgegen, dass sein axiologisches Fundament nicht geklärt ist.²⁵ Diese Lücke zu schließen, wäre aber notwendig, um die Möglichkeit seines Transfers auf das Unterlassungsdelikt abschließend zu beurteilen. Rekonstruiert man das Tatherrschaftsprinzip so, dass die Tatherrschaft das spezifisch täterschaftliche Handlungsunrecht konstituiert, sofern nämlich der Täter seinem Verhalten eine hinreichend positive Gewähr der Tatbestandsverwirklichung zuschreibt,²⁶ wäre zu bedenken, dass der Unterlassende nur eine negative Steuerungsmacht besitzt: Er kann durch sein Verhalten den Erfolgseintritt nicht positiv herbeiführen, sondern lediglich verhindern.²⁷

¹⁸ Siehe schon Haas (Fn. 6), S. 66.

¹⁹ Welzel, ZStW 58 (1939), 491 (539); vgl. die Ansicht von Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 32. Lfg., Stand: März 2000, § 25 Rn. 93, dass sich die Unverantwortlichkeit des Vordermanns und die Täterschaft des Hintermanns wie zwei kommunizierende Röhren zueinander verhalten würden.

²⁰ Vgl. den in der Literatur geäußerten Einwand, dass die Möglichkeit der Erfolgsabwendung Voraussetzung jeglichen strafbaren Unterlassens sei; so zum Beispiel Hoffmann-Holland, ZStW 118 (2006), 620 (624).

²¹ Von der Rechtsprechung wird dies bei einem Unterlassen für die Beihilfe mit guten Gründen für genügend gehalten; siehe RGSt 71, 176 (178); 73, 52 (54), BGH NJW 1953, 1838; dagegen Grünwald, GA 1959, 110 (118 Fn. 21); Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl. 1988, S. 295.

²² Vgl. Roxin (Fn. 10), § 31 Rn. 132.

²³ Roxin (Fn. 10), § 31 Rn. 155.

²⁴ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, 26/40.

²⁵ Vgl. schon die Kritik bei Haas (Fn. 6), S. 23 ff.

²⁶ Haas (Fn. 6), S. 42.

²⁷ Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 215; ders., JA 1987, 490 (491); vgl. auch

Ein Teil der Literatur lehnt zwar die Übertragung des Tatherrschaftsprinzips ab, weil das Beherrschen eines Geschehensablaufs im Sinne eines Steuerns nur bei einem Begehungsdelikt denkbar sei,²⁸ gelangt aber grundsätzlich zu demselben Ergebnis wie die Anhänger der Übertragung des Tatherrschaftsprinzips. So behauptet Ranft, dass das Unterlassungsunrecht gegenüber der durch aktives Tun verwirklichten Vorsatztat akzessorisch sei.²⁹ Fraglich ist jedoch, ob tatsächlich in diesen Fällen eine normativ begründete Akzessorietät in dem Sinne besteht, dass sich das Unrecht des Unterlassens aus der vorsätzlich begangenen Haupttat ableitet. Es könnte sich auch um eine rein faktische Akzessorietät handeln³⁰ – ist doch die Quelle des Unrechts die Garantstellung selbst. Stein argumentiert, dass sich die Garantstellung darin erschöpfe, das Unterlassen dem positiven Tun gleichzustellen. Da das aktive Veranlassen oder Unterstützen des unmittelbaren Begehungstäters nur Teilnahme sei – und zwar auch dann, wenn es sich um einen Garanten handele –, könne auch das garantispflichtwidrige Nichtverhindern der durch Begehen verwirklichten vorsätzlichen Haupttat nur als Teilnahme eingestuft werden.³¹ Es wird sich im weiteren Verlaufe der Untersuchung herausstellen, dass und warum dieser Art der Gleichstellung nicht gefolgt werden kann. Botke schließlich beruft sich auf das Selbstbegehen i.S.v. § 25 Abs. 1 Hs. 1 StGB, das auch beim Unterlassen nur dann erfüllt sein soll, wenn der Täter nicht fremdes Handeln für die Verwirklichung des Tatbestandes braucht.³² Es ist allerdings fraglich, ob man der Norm diese Aussage entnehmen kann.

Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 184 ff., 192 ff., der jedoch aufgrund der fehlenden positiven Entscheidungsherrschaft den Unterlassenden als bloßen Gehilfen qualifiziert, dabei aber die Begründung schuldig bleibt, warum es überhaupt auf diese positive Entscheidungsherrschaft beim unechten Unterlassen ankommen soll. Eine axiologische Ableitung des Kriteriums findet sich im Rahmen seiner Erörterung nicht. Das Gesetz legt nahe, dass es ausreicht, wenn der Garant die Fähigkeit besitzt, den Erfolg abzuwenden. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob die Theorie von Mosenheuer konsistent ist, denn er misst einem Tatherrschaftswechsel nach Abschluss der Tathandlung seitens des unmittelbaren Begehungstäters keine Bedeutung zu. Der Unterlassende ist jedoch ab diesem Zeitpunkt nicht mehr vom Willen des unmittelbaren Begehungstäters abhängig.

²⁸ So Ranft, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 403 (S. 410); Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Fn. 19), 119. Lfg., Stand: September 2009, Vor § 13 Rn. 54; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 138 ff.; ebenso schon Grünwald, GA 1959, 110 (114).

²⁹ Ranft, ZStW 94 (1983), 815 (828 ff.); Ranft, (Fn. 28), S. 403 (S. 409 f.).

³⁰ Vgl. schon Bloy, JA 1987, 490 (493).

³¹ Rudolphi/Stein (Fn. 28), Vor § 13 Rn. 55; ebenso Mosenheuer (Fn. 27), S. 172 f.

³² Botke, in: Rogall (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 36.

Vorrangig wäre zu klären, welche Funktion § 13 StGB ausübt.

3. Die Lehre vom Pflichtdelikt

Zu einem genau gegenteiligen Ergebnis wie die bisherigen Autoren gelangt *Roxin*: Seiner Ansicht nach ist bei den Unterlassungsdelikten nicht die Tatherrschaft das maßgebliche Täterkriterium, sondern die Verletzung der tatbestandsbegründenden Erfolgsabwendungspflicht und die Erfüllung der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen. Beihilfe durch Unterlassen ist demnach nur dann gegeben, wenn der Garant nicht gegen ein eigenhändiges Delikt einschreitet oder wenn der Tatbestand eine bestimmte Täterqualifikation oder ein bestimmtes subjektives Element voraussetzt, die der Garant nicht aufweist. In den anderen Fällen ist grundsätzlich von Täterschaft des Unterlassenden auszugehen.³³

Gegen die von *Roxin* vorgenommene Gegenüberstellung von Herrschafts- und Pflichtdelikten bestehen jedoch Bedenken. Auch bei den so genannten Pflichtdelikten muss das tatbestandliche Verhalten vom Gesetzgeber umschrieben werden. Und insoweit muss nach den Vorgaben der Tatherrschaftslehre der unmittelbare Täter gleichermaßen über die notwendige Handlungsherrschaft verfügen.³⁴ Ungeachtet dessen besitzt die Lehre vom Pflichtdelikt einen rationalen Kern: Besteht eine Sonderverantwortlichkeit einer Person für ein bestimmtes Rechtsgut, dann begründet sich das Unrecht immer aus dieser Sonderverantwortlichkeit ungeachtet dessen, ob die Person es unterlässt, eine Schädigung für das Rechtsgut abzuwenden oder ob sie selbst das Rechtsgut unmittelbar schädigt oder eine andere Person dazu bestimmt oder sie unterstützt, das Rechtsgut zu schädigen. Man könnte daher unter ausschließlicher Berücksichtigung der Unrechtsbegründung einen Tatbestand schaffen, der all diese unterschiedlichen Verhaltensweisen erfasst. Im Hinblick auf das Unterlassungsdelikt stellen sich jedoch zwei Probleme: Erstens weisen die meisten Tatbestände, deren Erfüllung wegen der Täter des unechten Unterlassungsdelikts letztlich bestraft wird, nicht diese mögliche Weite auf. Ihnen liegen bloße Unterlassungspflichten zugrunde. Und zweitens muss bezweifelt werden, dass alle Garantpositionen eine derart umfassende Sonderverantwortlichkeit zur Folge haben, wie sich im Folgenden zeigen wird.³⁵

Abgesehen davon führt *Roxin* seine Lehre nicht konsequent durch. So erkennt er Ausnahmen von der grundsätzlichen Annahme von Täterschaft jenseits der eigenhändigen Delikte, bestimmter Täterqualifikationen oder subjektiver

Tatbestandselemente an.³⁶ Damit aber wird das Prinzip der Festlegung der Beteiligungsform letztlich aufgegeben: Es ist nicht mehr die Tatsache der Verpflichtung als solche, die die Täterschaft determiniert.³⁷ Die beiden einschlägigen Ausnahmen kommen in dem Abschnitt, in dem der eigene Ansatz vorgestellt wird, zur Sprache.

4. Die Differenzierung zwischen verschiedenen Garantstellungen

Herzberg und ein weiterer Teil der Literatur differenzieren bekanntlich zwischen den Obhuts- bzw. Beschützergaranten auf der einen Seite und den Wächter- bzw. Sicherungsgaranten auf der anderen Seite: Der Obhuts- bzw. Beschützergarant wird grundsätzlich als Täter qualifiziert, der Wächter- bzw. Sicherungsgarant grundsätzlich als Teilnehmer.³⁸ Begründet wird dies damit, dass es für den Garant, der nicht für eine Gefahrenquelle, sondern für ein bestimmtes Rechtsgut verantwortlich ist, gleichgültig sei, aus welchen Ursachen der abzuwendende Erfolg stamme. Demgegenüber soll der Garant, der für eine Gefahrenquelle verantwortlich ist, bloßer Teilnehmer sein, wenn und insoweit die aktive Mitwirkung an der Haupttat Teilnahme begründet. Ausnahmsweise soll bei einer mittelbaren Täterschaft die Garantstellung kraft Ingerenz zur Täterschaft des Unterlassenden führen.

Gegen diese Lehre wird eingewandt, dass beide Typen von Garantstellungen nicht genau getrennt werden könnten.³⁹ Die Problematik wird vielfach am Beispiel des Bademeisters veranschaulicht, den man sowohl als Beschützer der Gäste vor den Gefahren des Wassers als auch als Überwacher dieser Gefahr qualifizieren können soll.⁴⁰ Der Kritik, dass die Unterscheidung zwischen den Grundtypen von Garantstellungen nur eine Frage der Formulierung sei, kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Umschreibung der Aufgabe des Bademeisters, die Gäste vor den Gefahren des Wassers zu schützen, impliziert noch nicht seine Stellung als Obhuts- bzw. Beschützergarant. Jeder Wächter- bzw. Sicherungsgarant hat die Verpflichtung, andere Rechtssubjekte vor bestimmten Gefahren zu schützen, ohne dass ihn dies zu einem Obhuts- bzw. Beschützergaranten macht. Dafür wäre es notwendig, dass der Betreffende für das Rechtsgut selbst verantwortlich wäre, was im Beispiel des Bademeisters nur dann der Fall wäre, wenn die Nutzer im Vertrauen auf die Hilfe durch den Bademeister eigene Vorsorge unterlassen hätten.

³³ *Roxin* (Fn. 17), S. 458 ff.; *ders.* (Fn. 10), § 31 Rn. 140 ff.; ebenso *Bloy* (Fn. 27), S. 214 ff.; *Frister* (Fn. 24), 26/40; *Wohlens*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 26.

³⁴ Siehe schon *Haas* (Fn. 6), S. 54 f.

³⁵ Kritisch auch *Mosenheuer* (Fn. 26), S. 275; siehe ferner *Hoffmann-Holland*, *ZStW* 118 (2006), 620 (626 f.), der Sonderpflichten nur außerhalb von § 13 StGB anerkennt; ablehnend auch *Botke* (Fn. 32), S. 15 ff.

³⁶ Vgl. *Roxin* (Fn. 10), § 26 Rn. 87, § 31 Rn. 144.

³⁷ Ebenso *Mosenheuer* (Fn. 27), S. 175.

³⁸ *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, 1972, S. 268 ff.; *ders.*, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S. 82 ff.; *Heine*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, Vor § 25 Rn. 103; vgl. auch *Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 138 ff.

³⁹ *Roxin* (Fn. 10), § 31 Rn. 160; *Mosenheuer* (Fn. 27), S. 179; *Hoffmann-Holland*, *ZStW* 118 (2006), 620 (628).

⁴⁰ So *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 29/72; aufgegriffen von *Roxin* (Fn. 10), § 31 Rn. 160; ebenso *Mosenheuer* (Fn. 27), S. 179.

Möglich ist allerdings, dass im Einzelfall die Garantenstellung des Unterlassungstäters auf beiden Beinen fußt.

Des Weiteren wird gegen diese Lehre vorgebracht, dass der Garant jeweils zur Abwendung des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolgs verpflichtet sei, unabhängig davon, auf welchem Fundament die Garantenstellung beruhe. Die Erfolgsabwendungspflicht sei nicht qualitativ oder quantitativ abstufbar.⁴¹ Dieser Einwand, der auch die modifizierte Lehre von *Jakobs* treffen würde, der zwischen Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit oder kraft institutioneller Zuständigkeit differenziert und bei letzteren grundsätzlich von Täterschaft ausgeht,⁴² ist jedoch nicht durchschlagend: Besteht im Fall der Ingerenz das rechtswidrige Vorverhalten in einer Beihilfehandlung, so trifft den Garant zunächst nur die Verpflichtung, die Förderungswirkung seiner Hilfeleistung zu beseitigen.⁴³ Die Ermöglichung oder Förderung der Haupttat ist der Erfolg, den der Garant abzuwenden hat. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn das vorangegangene Tun nur als Beihilfe zu erfassen ist, das nachträgliche Unterlassen jedoch Täterschaft begründen würde.⁴⁴ Erfüllt beispielsweise die Übergabe einer Waffe nur die Voraussetzungen der Beihilfe, dann muss dies für das Unterlassen, dem Haupttäter die Waffe zu entziehen, ebenso gelten. Dennoch leitet sich nicht allgemein die Zuordnung des Unterlassens zur Täterschaft oder zur Teilnahme aus der Art der Garantenstellung ab. Die Exemplifizierung der Wächter- bzw. Sicherungsgarantenstellung anhand des pflichtwidrigen Vorverhaltens durch Beihilfe greift einen der Ausnahmefälle heraus. Dies wird sich in dem folgenden Abschnitt, in dem der eigene Ansatz vorgestellt wird, zeigen.⁴⁵ Ist dies richtig, dann formuliert die Differenzierungstheorie kein tragfähiges allgemeines Prinzip, wenn ihr auch zugestehen ist, einen wichtigen Fall zutreffend gelöst zu haben.

III. Die Zurechnungstheorie der Beteiligung durch Unterlassen

1. Ausgangspunkt

Klarheit wird dann gewonnen, wenn man berücksichtigt, dass in § 13 StGB das sog. unechte Unterlassungsdelikt geregelt ist. Der Täter verstößt zwar jeweils gegen das Gebot, den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden. Er wird jedoch von Rechts wegen so behandelt, als habe er durch aktives Verhalten den Tatbestand des Begehungsdelikts erfüllt, obwohl dies de facto nicht der Fall ist. § 13 Abs. 1 StGB ist also eine Zurechnungsnorm, die dem Täter die Berufung darauf, den Tatbestand nicht durch sein Verhalten verwirklicht zu haben, abschneidet. Am Beispiel: Wenn eine Mutter nicht verhin-

dert, dass ihr Kind am Strand von einer Welle erfasst wird und ertrinkt, darf sie sich nicht darauf berufen, den Tod ihres Kindes nicht verursacht zu haben.⁴⁶ Sie wird vielmehr so behandelt, als habe sie selbst die Ursache für den Tod ihres Kindes gesetzt. Diese Rechtsfiktion bietet den Grund dafür, den Garant aus dem jeweiligen Begehungstatbestand zu bestrafen. Genau aus diesem Grund wird im Rahmen des § 13 StGB von einem unechten Unterlassen gesprochen.⁴⁷ Es sei hinzugefügt, dass bei dieser Sichtweise die durch § 13 Abs. 1 StGB geforderte Entsprechung teilweise durch die Zurechnung gelöst wird.

2. Konsequenzen für die Beteiligung

Aus dieser Grundanschauung lässt sich folgendes Leitprinzip für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen gewinnen: Erfüllt das zuzurechnende Geschehen den betreffenden Tatbestand, wird der Unterlassende als Täter bestraft, sofern er die notwendigen Täterqualifikationen und subjektiven Tatbestandsmerkmale aufweist. Erfüllt hingegen der Zurechnungsgegenstand lediglich die Merkmale der Anstiftung oder Beihilfe, ist das Unterlassen nur als Teilnahme zu werten. Entscheidend ist also, wofür der Garant verantwortlich ist und was ihm daher aufgrund der Verletzung des Erfolgsabwendungsgebots zugerechnet werden kann.⁴⁸

Im Einzelnen: Ist ein Sicherungs- bzw. Wächtergarant dafür verantwortlich, dass eine bestimmte Person Dritte nicht gefährdet oder schädigt, und hätte der Sicherungs- bzw. Wächtergarant das Verhalten des unmittelbaren Begehungstäters verhindern können, wird ihm dieses einschließlich der Verursachung der Rechtsgutsschädigung zugerechnet. Er haftet damit strafrechtlich als unmittelbarer Täter. Die Rechtsprechung nimmt hier eine Mittäterschaft an.⁴⁹ Handelt die Person, für die der Garant verantwortlich ist, mit einem Zurechnungsdefekt, nimmt die neuere Rechtsprechung eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen an.⁵⁰ Aber beider Konstruktionen bedarf es nicht, weil der Unterlassende schon aufgrund seiner Garantenstellung verpflichtet ist, die Tatbegehung zu unterbinden, und ihm deshalb das Verhalten der ihm unterstellten Person zugerechnet wird.⁵¹ Dennoch ist in bestimmten Fällen eine mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft durch Unterlassen denkbar. Eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen ist zum Beispiel gegeben, wenn die Per-

⁴¹ *Bloy*, JA 1987, 490 (491); *Roxin* (Fn. 10), § 31 Rn. 161; *Sowada*, Jura 1986, 399 (407).

⁴² *Jakobs* (Fn. 40), 29/101 ff.

⁴³ So schon zutreffend *Renzikowski* (Fn. 38), S. 142.

⁴⁴ Fragwürdig ist daher die Regelung des § 24 Abs. 2 StGB, die jedem Beteiligten für den Rücktritt die Verhinderung der Tatvollendung auferlegt.

⁴⁵ Vgl. auch die Kritik von *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (628 f.).

⁴⁶ Zur Begründung, dass das Unterlassen nicht kausal ist; siehe *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 171 f., 189.

⁴⁷ Die mögliche Vorstellung, dass die Vorschrift des § 13 StGB einen eigenen Unterlassungstatbestand schafft, entspricht nicht der gesetzgeberischen Konzeption. Die einzelnen Tatbestände finden sich im Besonderen Teil des StGB.

⁴⁸ Vgl. *Freund*, in: *Joeks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 13 Rn. 256 ff., der darauf abstellt, worauf bzw. auf welchen Bereich sich die jeweilige Sonderverantwortlichkeit bezieht.

⁴⁹ Vgl. BGH NJW 1966, 1673; BGH StV 1986, 59 (60).

⁵⁰ So BGHSt 40, 257 (265 ff.); 48, 77 (89 f.).

⁵¹ Vgl. *Brammsen*, NStZ 2000, 337; *Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, S. 288; *Renzikowski* (Fn. 38), S. 180.

son, für die der Garant verantwortlich ist, als mittelbarer Täter auf einen Vordermann einwirkt. In diesem Fall wird dem untätigen Garant die Einwirkung auf den Tatmittler durch den Hintermann zugerechnet. Beteiligt sich die Person, für die der Sicherungs- bzw. Wächtergarant verantwortlich ist, als Mittäter an einer Straftat, wird dem Garant unter Umständen die Tatvereinbarung mit der Konsequenz zugerechnet, dass der Garant auch die Tatbeiträge der anderen Mittäter zu verantworten hat.

Besteht hingegen das Verhalten der Person, für die der Sicherungs- bzw. Wächtergarant verantwortlich ist, in einer Anstiftung, dann wird ihm das Bestimmen einschließlich der Hervorrufung des Tatentschlusses zugerechnet.⁵² Leistet die Person Beihilfe, wird dem Garant die Förderung oder Ermöglichung der Haupttat durch die Hilfeleistung zugerechnet. In diesen Fällen bejaht auch *Roxin* eine bloße Teilnahme durch Unterlassen.⁵³ Eine bloße Teilnahme durch Unterlassen – dies sei hier kurz noch einmal wiederholt – liegt auch darin, dass der Sicherungs- bzw. Wächtergarant einem unmittelbaren Täter einen gefährlichen Gegenstand, für den er verantwortlich ist, nicht entzieht. Der Erfolg, den der Garant abzuwenden hat, besteht in der Förderungswirkung durch den betreffenden Gegenstand. Anerkennt man überhaupt eine Garantenstellung des Wohnungsinhabers,⁵⁴ wird man daher nur eine Beihilfe durch Unterlassen annehmen können: Es geht um Fälle, in denen die Beschaffenheit der Wohnung die Durchführung der Tat erleichtert.

Wie sieht nun die Lage bei einem Obhuts- bzw. Beschützergaranten aus, der für ein bestimmtes Rechtsgut verantwortlich ist? Verhindert dieser die Tat einer anderen Person nicht, wozu er aber aufgrund seiner Garantenstellung verpflichtet wäre, wird ihm das Verhalten der anderen Person einschließlich der Verursachung der Rechtsgutsschädigung zugerechnet. Dies macht ihn zum unmittelbaren Täter. Mittelbare Täterschaft oder Mittäterschaft ist unter denselben Voraussetzungen wie beim Wächter- bzw. Sicherungsgaranten möglich. Leistet die andere Person Beihilfe zu einer Straftat, die das Rechtsgut, für das der Garant verantwortlich ist, schädigt, und versäumt es der Garant die Hilfeleistung zu unterbinden, wird ihm die Ermöglichung oder Förderung der Haupttat zugerechnet. Gleiches gilt im Falle der Anstiftung.

3. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben nicht alle Probleme aufgegriffen, die sich im Bereich der Teilnahme durch Unterlassen stellen. So begründet die herrschende Meinung in der Literatur die Notwendigkeit einer Mittäterschaft durch Unterlassen mit den Fällen, in denen der Erfolg nur durch das Zusammenwirken der Garantten abgewendet werden kann.⁵⁵

⁵² Ebenso *Jakobs* (Fn. 40), 29/104.

⁵³ *Roxin* (Fn. 10), § 26 Rn. 87, § 31 Rn. 144.

⁵⁴ So die Rechtsprechung unter der Bedingung, dass die Wohnung aufgrund ihrer Beschaffenheit, die Tatbegehung erleichtert; siehe nur BGHSt 30, 391; BGH StV 1993, 25; BGH NJW 1993, 76; BGH NStZ-RR 2002, 146; NStZ-RR 2003, 349.

⁵⁵ Siehe zum Beispiel *Frister* (Fn. 24), 26/35.

Dagegen könnte man jedoch einwenden, dass die Garantten die Verpflichtung haben, auf die anderen Garantten einzuwirken, die notwendige Handlung zu vollziehen, und dass ihre Haftung gegebenenfalls auf der unterlassenen Einwirkung auf die anderen Garantten beruht.⁵⁶ Wie aber, wenn sich die anderen Garantten aufgrund einer vorherigen Verabredung endgültig weigern, bei der Erfolgsabwendung das Gebotene zu tun? In diesem Fall wird man möglicherweise mit der Rechtsfigur der *omissio libera in causa* argumentieren können. Keiner der bei der Verabredung beteiligten Garantten darf sich auf seine Unfähigkeit, den Erfolg abzuwenden zu können, berufen, wenn er selbst durch die rechtswidrige Vereinbarung die Unmöglichkeit der Erfolgsabwendung herbeigeführt hat. Mit diesen Erwägungen soll der Beitrag schließen – nicht aber ohne zuvor der ZIS eine gute Zukunft zu wünschen. Der *Verf.* ist sich sicher, dass die Zeitschrift im Zeitalter der Internationalisierung der Strafrechtsdogmatik weiterhin ihren legitimen Platz einnehmen wird!

⁵⁶ Vgl. *Mosenheuer* (Fn. 27), S. 140 ff.

Tatortbegründung gem. §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB durch Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit?

Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier

I. Einführung und Problemstellung

Bei der Frage, ob der im Inland erfolgte Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit die Tat insgesamt zu einer der deutschen Strafgewalt unterliegenden Inlandstat macht, handelt es sich um ein streitig diskutiertes Problem.¹ Der Verdeutlichung mögen die folgenden Fallbeispiele dienen:

Beispielfall 1: Der dänische Staatsangehörige A fuhr am Tattag mit einem Lieferwagen von seinem Wohnort aus in die Niederlande, um dort Kunden aufzusuchen. Unmittelbar nach der Einreise in die Niederlande kaufte der bis dahin nüchterne A kurz nach 18.00 Uhr alkoholische Getränke. In der Folgezeit trank er erhebliche Mengen an Schnaps und Bier, obwohl er wusste, dass er noch eine Fahrtstrecke von ca. 15 Kilometer zu bewältigen hatte. Seine Bedenken verdrängte er mit der Überlegung, dass die vor ihm liegende Fahrt nicht mehr lang sei. Zwischen 21.15 und 21.30 Uhr fuhr der zu dieser Zeit erheblich alkoholisierte A auf der niederländischen Autobahn in Richtung der deutschen Grenze. Nachdem er gegen 21.30 Uhr über den Grenzübergang auf deutsches Staatsgebiet gelangt und dort – in Schlangenlinien fahrend – eine Strecke von ca. zwei Kilometern zurückgelegt hatte, wurde er von der Autobahnpolizei angehalten. Eine dem A kurz darauf entnommene Blutprobe ergab eine BAK von 1,95 ‰. Es lässt sich nicht ausschließen, dass A zum Tatzeitpunkt schuldunfähig (§ 20 StGB) war. Strafbarkeit des A gem. § 323a Abs. 1 StGB?²

Beispielfall 2: Auf dem polnischen Teil der Brücke zwischen Frankfurt/Oder und Slubice kommt es zu einer heftigen Schlägerei zwischen mindestens 12 Personen, an welcher sich auch der polnische Staatsbürger P beteiligt. Ein Bierkrug, der von einem nicht bekannten Teilnehmer der Schlägerei als Wurfgeschoss verwendet wird, trifft den auf der deutschen Seite der Brücke stehenden O so unglücklich, dass dieser kurz darauf stirbt. Strafbarkeit des P gem. § 231 Abs. 1 StGB?³

In *Fall 1* hat der absolut fahrunsichere A im Inland ein Fahrzeug geführt. Eine Strafbarkeit gem. § 316 Abs. 1 StGB scheidet jedoch nach dem Grundsatz in dubio pro reo aus, weil die Schuldunfähigkeit des A zum Tatzeitpunkt nicht ausgeschlossen werden kann.⁴ Eine Vorverlagerung des Schuldvorwurfs nach den Grundsätzen der actio libera in causa kommt aus den in BGHSt 42, 235 dargelegten Gründen

¹ Vgl. hierzu die Nachweise bei Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 2 Rn. 16, sowie Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 5 Rn. 29; ders., Jura 2010, 108 (113 f.).

² Vgl. hierzu die strukturgleiche Fallkonstellation BGHSt 42, 235.

³ Vgl. hierzu die strukturgleiche Fallkonstellation bei Satzger (Fn. 1), § 5 Rn. 2, 29 ff.

⁴ BayObLG NJW 1979, 1370; Fahl, JuS 2005, 1076 (1077).

nicht in Betracht. A hat jedoch den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 323a Abs. 1 StGB erfüllt, indem er sich vorsätzlich in einen Rauschzustand versetzt hat. Auch hat er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat (§ 316 Abs. 1 StGB) begangen, deretwegen er nicht bestraft werden kann, weil nicht auszuschließen ist, dass er infolge des Rausches schuldunfähig war. Bei dem Erfordernis einer „Rauschtat“ handelt es sich um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, auf die sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Täters nicht beziehen müssen.⁵ Aus strafanwendungsrechtlicher Sicht stellt sich nun aber das Problem, dass die tatbestandsmäßige Handlung i.S.d. § 323a Abs. 1 StGB – das Sichversetzen in einen Rausch – im Ausland vollzogen wurde mit der Konsequenz, dass die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts jedenfalls nicht auf §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 1 StGB gestützt werden kann.

In *Fall 2* scheidet die Strafbarkeit des P gem. § 222 StGB wegen des in Deutschland eingetretenen Todes des O (§§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB) aus, weil dem P nicht nachgewiesen werden kann, dass er den Bierkrug geworfen hat. P hat aber tatbestandsmäßig i.S.d. § 231 Abs. 1 StGB gehandelt, indem er sich vorsätzlich an einer Schlägerei beteiligt hat. Da durch die Schlägerei der Tod eines Menschen verursacht wurde, ist auch die von § 231 Abs. 1 StGB vorausgesetzte objektive Bedingung der Strafbarkeit eingetreten.⁶ Wie in *Fall 1* kann die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aber nicht auf einen inländischen Tathandlungsort gestützt werden.

II. Meinungsstand

In beiden Ausgangsfällen stellt sich somit die entscheidende Frage, ob sich die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Hinblick auf die im Inland verwirklichte objektive Strafbarkeitsbedingung auf die Erfolgsortklausel des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB stützen lässt. Die h.M.⁷ bejaht dies, wobei frei-

⁵ Vgl. hierzu allgemein Satzger, Jura 2006, 108 und speziell zu § 323a StGB BGHSt 16, 124 (125 f.); 42, 235 (242); OLG Köln BeckRS 2010, 08872; Fahl, JuS 2005, 1076 (1078); Geppert, Jura 2009, 40 (41); Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 323a Rn. 1, 12 m.w.N.

⁶ Vgl. hierzu BGHSt 39, 305; Hardtung, JuS 2008, 1060 (1064 f.); Satzger (Fn. 1), § 5 Rn. 29; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 18 Rn. 6; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 231 Rn. 1; a.A. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 12 (Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination).

⁷ BGHSt 42, 235 (242); Ambos/Ruegenberg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 9 Rn. 21; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 9 Rn. 6a; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 9 Rn. 4a; Hecker (Fn. 1), § 2 Rn. 16; Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (662 f.); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 9

lich von vornherein nur „ortsgebundene“, d.h. durch deren Tatort zu lokalisierende Strafbarkeitsbedingungen in Betracht kommen.⁸ Sie begründet ihr Normverständnis im Wesentlichen auf der Grundlage einer teleologischen Auslegung des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB. Demnach soll deutsches Strafrecht – auch bei Vornahme der Tathandlung im Ausland – Anwendung finden, sofern es im Inland zu der Schädigung oder Gefährdung von Rechtsgütern kommt, deren Vermeidung Zweck der jeweiligen Strafvorschrift ist. Nach dem Schutzzweck des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB würden auch „Erfolge“ erfasst, die nicht zum Unrechtstatbestand im engeren Sinne gehören. Dass das Gesetz von dem „zum Tatbestand gehörenden“ Erfolg spricht, stehe diesem Verständnis nicht entgegen. Denn bei der Auslegung des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB sei nicht von der Begriffsbildung der allgemeinen Tatbestandslehre mit ihrer dogmatischen Unterscheidung zwischen Tatbestand und objektiver Bedingung der Strafbarkeit auszugehen.

Die Gegenauffassung steht demgegenüber auf dem Standpunkt, dass der Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit generell nicht als tatortbegründender Erfolg gewertet werden dürfe.⁹ Hiergegen spreche bereits der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB, wonach der Erfolg zum Tatbestand gehören müsse. Als letztlich entscheidendes Gegenargument wird aber die Funktion der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit im Rahmen der abstrakten Gefährdungsdelikte ins Feld geführt. Um einen Konflikt dieser „schuldgelösten Strafvoraussetzungen“ mit dem Schuldgrundsatz („nulla poena sine culpa“) zu vermeiden, lasse sich die kriminalpolitisch anzuerkennende Existenzberechtigung von objektiven Strafbarkeitsbedingungen nur so erklären, dass diese ausschließlich strafbarkeitsbegrenzend wirken. Es sei daher widersprüchlich, über die Anknüpfung an ein täterbegünstigendes Kriterium eine territoriale Ausdehnung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zu erzielen und eine Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht so erst zu begründen.¹⁰

III. Auslegung des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB

1. Entwicklung einer dogmatisch konsistenten Begründung

Die h.M.¹¹ verdient im Ergebnis Zustimmung. Jedoch muss die Auslegung der Tatortklausel auf eine Begründungsbasis gestellt werden, die sich nicht dem Einwand aussetzt, sie

überschreite um der Erzielung des kriminalpolitisch gewünschten Ergebnisses willen den Wortlaut der Norm. Wie im Folgenden darzulegen ist, lässt sich der Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit als tatortbegründender „Erfolg“ i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB dogmatisch konsistent begründen, ohne dass hierbei – wie von der h.M. unterstellt wird – von der Begriffsbildung der allgemeinen Tatbestandslehre abgerückt werden muss. Ferner gilt es, die These der Gegenauffassung zu widerlegen, bei der objektiven Bedingung der Strafbarkeit handle es sich um ein ausschließlich täterbegünstigendes Kriterium, das nicht als Anknüpfungspunkt für die Begründung der deutschen Strafgewalt herangezogen werden dürfe. Richtigerweise ist in beiden Ausgangsfällen deutsches Strafrecht selbst dann anwendbar, wenn man – nach herrschender, wenngleich nicht unumstrittener Auffassung – die §§ 323a Abs. 1, 231 Abs. 1 StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte begreift.¹²

2. Diskussion des Erfolgsbegriffs

Nach verbreiteter Auffassung beinhaltet der Erfolgsbegriff des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Veränderung der Außenwelt in Form der Verletzung oder konkreten Gefährdung des vom Tatbestand geschützten Rechtsgutes.¹³ Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten existiere ein derartiger „Außenwelterfolg“ nicht, weil hier bereits der bloße Vollzug der tatbestandsmäßigen Handlung unrechtsbegründend wirke, ohne dass es auf den Eintritt einer gesondert festzustellenden Gefahrenlage ankomme. Praktische Relevanz erlangt dieses Normverständnis vor allem bei grenzüberschreitenden Distanzdelikten. So soll etwa eine auf das Territorium Deutschlands einwirkende Luftverunreinigung i.S.d. § 325 Abs. 1 StGB selbst dann nicht deutscher Strafgewalt unterliegen, wenn in tatsächlicher Hinsicht feststeht, dass der von dem ausländischen Anlagenbetrieb produzierte Schadstoffausstoß nachweislich zu einer Schädigung oder konkreten Gefährdung von Rechtsgütern auf deutschem Gebiet geführt hat.¹⁴ Ebenfalls soll der Rückgriff auf § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB ausgeschlossen sein bei der Begehung von Taten i.S.d. § 130 Abs. 1, Abs. 3 StGB, die vom Ausland aus unter Nutzung des Internets begangen werden.¹⁵

¹² Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 5 und 6.

¹³ KG NJW 1999, 3500 (3501 f.); *Ambos/Ruegenberg*, in: Joecks/Miebach (Fn. 7), § 9 Rn. 31 ff.; *Eser* (Fn. 7), § 9 Rn. 6; *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1875 f.); *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 9 Rn. 2; *Satzger*, Jura 2010, 108 (113); *ders.*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), Strafrecht, Kommentar, 2009, § 9 Rn. 7; *Tiedemann/Kindhäuser*, NStZ 1988, 337 (346).

¹⁴ *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 250 ff.; *Satzger*, NStZ 1998, 112 (114 ff.); a.A. *Hecker*, ZStW 115 (2003), 880; *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 17 ff., 48 ff., 79 ff.

¹⁵ *Eser* (Fn. 7), § 9 Rn. 7a; *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1875); *Satzger* (Fn. 1), § 5 Rn. 45; *ders.*, Jura 2010, 108

Rn. 2; *Werle/Jeßberger*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 9 Rn. 37.

⁸ Aus diesem Grund kann die Nichterweislichkeit der Wahrheit in § 186 StGB von vornherein nicht als Erfolg i.S.d. § 9 StGB fungieren; vgl. hierzu bereits zutr. *Satzger*, NStZ 1998, 112 (116).

⁹ *Gottwald*, JA 1998, 343; *Rath*, JA 2006, 435 (438 f.); *Satzger* (Fn. 1), § 5 Rn. 29 ff.; *ders.*, Jura 2010, 108 (113 f.); *Stree*, JuS 1965, 474; *Zöllner*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2011, § 9 Rn. 9.

¹⁰ *Satzger* (Fn. 1), § 5 Rn. 31; *ders.*, Jura 2010, 108 (114) im Anschluss an *Stree*, JuS 1965, 474.

¹¹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 7.

Der Wortlaut der Tatortklausel lässt jedoch durchaus eine Auslegung des Erfolgsbegriffes zu, die den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ bereits in dem Hervorrufen einer von dem Tatbestand vorausgesetzten abstrakten Gefahrenlage sieht.¹⁶ Von dieser Sichtweise geprägt ist etwa das Verjährungsrecht. Die h.M. sieht den für die Feststellung des Verjährungsbeginns maßgeblichen Erfolg (vgl. § 78a S. 2 StGB) bei abstrakten Gefährdungsdelikten in der mit der Tatbestandsverwirklichung (Beendigung der Ausführungshandlung) einhergehenden Gefährdung der geschützten Rechtsgüter und nicht etwa in der daraus erwachsenen Verletzung.¹⁷

Bestätigt wird die weite Auslegung des Erfolgsbegriffes des Weiteren durch Argumente aus der Dogmatik der abstrakten Gefährdungsdelikte und der unechten Unterlassungsdelikte. So hält der wohl überwiegende Teil der Literatur die Bestrafung aus einem abstrakten Gefährdungsdelikt für mit dem Schuldprinzip unvereinbar, wenn die zu beurteilende Tat trotz formeller Erfüllung des Tatbestandes im konkreten Fall offensichtlich ungefährlich und dies bei Vornahme der Handlung erkennbar gewesen sei.¹⁸ Der BGH hat zu dieser Frage zwar nicht abschließend Stellung genommen, hält die Nichtanwendung des abstrakten Gefährdungstatbestandes der schweren Brandstiftung (§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB) aber immerhin für denkbar, wenn der Täter sich beim Inbrandsetzen kleiner überschaubarer Räumlichkeiten durch absolut zuverlässige lückenlose Maßnahmen vergewissert hat, dass die tatbestandlich vorausgesetzte Gefährdung mit Sicherheit nicht eintreten kann.¹⁹ Diese Auslegungsansätze führen zu der Erkenntnis, dass das strafbare Unrecht bei den abstrakten Gefährdungsdelikten nicht schon allein in der formellen Erfüllung des Tatbestandes liegt. Notwendig ist stets auch die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos der Verletzung des geschützten Rechtsgutes. Folglich kann in dem Risiko eines Schadenseintrittes der vom Handlungsvollzug abtrennbare Erfolg des abstrakten Gefährdungsdelikt gesehen werden.²⁰ Ganz auf dieser Linie bewegt sich das OLG Koblenz in einer neueren Entscheidung zum Erfolgsort der

falschen Verdächtigung (§ 164 Abs. 1 StGB).²¹ Der objektive Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB setzt nicht voraus, dass die Verfolgungsbehörde durch die falsche Verdächtigung tatsächlich in die Irre geführt wird.²² Die Anzeige muss lediglich geeignet sein, einen Anfangsverdacht gegen den Verdächtigten zu begründen und damit ein Verfahren gegen ihn auszulösen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist demnach, dass der Täter das Risiko einer unnötigen Beanspruchung der staatliche Rechtspflege und einer ungerechtfertigten Verfolgung eines Unschuldigen schafft.²³ Wie das OLG Koblenz²⁴ daher zutreffend ausführt, tritt der „tatbestandsmäßige Erfolg“ i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB im Anwendungsbereich des § 164 Abs. 1 StGB an dem Ort ein, an dem die falsche Verdächtigung der zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Behörde zugegangen ist. Schließlich geht die h.M. im Anwendungsbereich der § 13 Abs. 1 StGB, § 8 OWiG ebenfalls von der Existenz eines den abstrakten Gefährdungsdelikten immanenten tatbestandlichen Erfolges aus mit der Folge, dass diese Delikte grundsätzlich auch durch (unechtes) Unterlassen begehrbar sind.²⁵

Die in § 5 Nr. 10 StGB getroffene Bestimmung, nach der deutsches Strafrecht (§§ 153 bis 156 StGB) auch auf vom Ausland aus begangene Angriffe auf die deutsche Rechtspflege anwendbar ist, stellt sich vor diesem Hintergrund als eine – aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus begründenswerte – Klarstellung dar.²⁶

3. Wirkung des tatbestandlichen Ereignisses als Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB

Erblickt man – wie unter III. 2. dargelegt – den tatbestandsmäßigen Erfolg eines abstrakten Gefährdungsdelikt in der Wirkung, die von dem tatbestandlichen Ereignis ausgeht²⁷, so ist jeder Ort, an dem sich eben diese Wirkung entfaltet, ein Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB. Im Anwendungsbereich des § 323a Abs. 1 StGB bzw. § 231 Abs. 1 StGB ist dies der Ort, an dem sich die von dem tatbestandlich umschriebenen Ereignis (Sichversetzen in einen Rausch bzw. Sichbeteiligen an einer Schlägerei) ausgehende Rausch- bzw. Verletzungsgefahr ausgewirkt hat. Durch die in den genannten Strafbestimmungen jeweils enthaltene objektive Bedingung der Strafbarkeit wird die jeweilige tatbestandsrelevante Gefahr näher konkretisiert. So ist im Rahmen des § 323a Abs. 1 StGB nicht jede denkbare Rauschgefahr, z.B. die

(115 f.); a.A. BGHSt 46, 212; Hecker (Fn. 1), § 2 Rn. 31 ff., 40; Zöller (Fn. 9), § 9 Rn. 10, 22 jeweils m.w.N.

¹⁶ Dies wird auch ausdrücklich zugestanden von Satzger, NStZ 1998, 112 (117).

¹⁷ BGHSt 32, 293 (294); 36, 255 (257); OLG Köln NJW 2000, 598 (599); Lackner/Kühl (Fn. 7), § 78a Rn. 3; Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 78a Rn. 11.

¹⁸ Vgl. hierzu nur die zusammenfassende Darstellung bei Roxin (Fn. 6), § 11 Rn. 153 ff.

¹⁹ BGHSt 26, 121 (123 ff.); 34, 115 (119); BGH NStZ 1999, 32 (34); zust. Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 306a Rn. 2.

²⁰ Grundlegend Martin (Fn. 14), S. 17 ff., 48 ff., 79 ff.; ihm folgend Hecker, ZStW 115 (2003), 880 (885 ff.); ders. (Fn. 1), § 2 Rn. 34, 40; Heinrich, GA 1999, 72 (77); Rath, JA 2006, 435 (438); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 17; Werle/Jeßberger (Fn. 7), § 9 Rn. 33 f., 89.

²¹ OLG Koblenz NStZ 2011, 95.

²² Rengier (Fn. 6), § 50 Rn. 6.

²³ OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 201; Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 164 Rn. 5.

²⁴ Vgl. Fn. 21.

²⁵ BGHSt 46, 212 (222); BayObLG JR 1979, 289 (290 f.); Rengier, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, § 8 Rn. 10; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 13 Rn. 3; a.A. Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 13 Rn. 15.

²⁶ Werle/Jeßberger (Fn. 7), § 9 Rn. 34.

²⁷ So die prägnante Definition von Rengier (Fn. 25), § 8 Rn. 10; ders. (Fn. 20), § 6 Rn. 16.

naheliegende Möglichkeit, dass der volltrunkene Täter andere Personen in ordnungswidriger Weise (etwa durch Ruhestörung) belästigt, erheblich, sondern nur die Gefahr, dass er im Vollrausch eine rechtswidrige Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) begeht. Die Strafvorschrift des § 231 Abs. 1 StGB soll erst dann zur Anwendung gelangen, wenn durch die Tathandlung der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Das ebenfalls mit der Beteiligung an einer Schlägerei geschaffene Risiko, dass Personen nicht schwer i.S.d. § 226 StGB verletzt oder dass Sachen beschädigt werden, ist nicht tatbestandsrelevant. In dem Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit manifestiert sich somit die von § 323a Abs. 1 StGB bzw. § 231 Abs. 1 StGB jeweils vorausgesetzte abstrakte Gefahr, deren schuldhaftes Herbeiführung mit Strafe bedroht wird. Diese Gefahr – verstanden als die Wirkung, die von dem tatbestandlichen Ereignis ausgeht – ist der „zum Tatbestand gehörende Erfolg“ i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB.

Die These, es sei widersprüchlich, in der Erfüllung einer ihrer Funktion nach ausschließlich strafbarkeitsbegrenzend wirkenden Strafbarkeitsbedingung zugleich einen Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB zu sehen,²⁸ geht vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ins Leere. Denn nicht die Verwirklichung der objektiven Strafbarkeitsbedingung, sondern die durch die Erfüllung des objektiven Tatbestands geschaffene Gefahr ist der „zum Tatbestand gehörende“ Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB. Durch den Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit – ein in der Außenwelt wahrnehmbares Ereignis – wird lediglich bestätigt, dass die Tathandlung im konkreten Fall genau die abstrakte Gefahr hervorgerufen hat, deren Vermeidung Ziel der jeweiligen Strafvorschrift ist. So manifestiert sich in *Fall 1* die nach § 323a Abs. 1 StGB tatbestandsrelevante Rauschgefährlichkeit des A in der von ihm begangenen Rauschtat. In *Fall 2* indiziert der Tod eines Menschen, dass die Schlägerei, an der sich P beteiligt hat, das von § 231 Abs. 1 StGB vorausgesetzte Gefährdungspotential aufwies.

IV. Thesenartige Zusammenfassung

1. Der h.M. ist mit der hier entwickelten Begründung im Ergebnis darin beizupflichten, dass der Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Inland über die Erfolgsortklausel des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts führt.

2. Bei Gefährungsdelikten, die wie §§ 323a Abs. 1, 231 Abs. 1 StGB die Strafbarkeit von der Erfüllung einer durch deren Tatort zu lokalisierenden objektiven Bedingung der Strafbarkeit abhängig machen, indiziert der Eintritt dieser Strafbarkeitsbedingung die Existenz der von dem jeweiligen Tatbestand vorausgesetzten abstrakten Gefahr. Diese Gefahr – verstanden als die Wirkung, die von dem tatbestandlichen Ereignis ausgeht – ist der „zum Tatbestand gehörende Erfolg“ i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB und vermag daher die Anwendung deutschen Strafrechts nach dem Territorialitätsprinzip (§ 3 StGB) zu begründen.

²⁸ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 10.

Gleichheit und materielles Strafrecht*

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin**

I. Zur Themenstellung

Freiheit und Gleichheit sind heute wohl die Kernbegriffe eines demokratischen Rechtsstaates. Sprachlicher und auch gedanklicher Ausgangspunkt ist dabei regelmäßig die Freiheit, doch setzt deren rechtlich geschützte Ausübung voraus, dass alle potenziellen Freiheitsverletzer dem Recht unterworfen und damit vor diesem gleich sind (Art. 3 Abs. 1 GG).¹ Rechtlich sanktionierte rechtsfreie Räume bedeuten außerhalb des bloßen *forum internum* zunächst nichts anderes als Gefährdungen der Freiheitsräume der Mitbürger. Deswegen steht letztlich mit und seit der Französischen Revolution der „gleich geborene“ Mensch am Anfang aller Menschenrechte, bilden Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit (moderner: Solidarität) die Trias jeder bürgerlich-liberalen Gesellschaftsordnung, wobei freilich das Verhältnis dieser drei Grundprinzipien (auch) von der Rechtsordnung bestimmt und austariert werden muss.

Nimmt man für das deutsche Kriminalstrafrecht den Topos der Gleichheit in Anspruch, denkt man wohl zuvörderst an das in § 152 StPO verankerte Legalitätsprinzip.² Die Staatsanwaltschaft muss danach ohne Ansehen der Person bei jedem Verdacht einer Straftat ermitteln und – so die Regel des § 170 Abs. 1 StPO – Anklage erheben, wenn sich dazu genügender Anlass bietet; anderenfalls muss sie das Verfahren einstellen (§ 170 Abs. 2 StPO). „Impunidad“, wie sie für die herrschende Klasse zahlreicher lateinamerikanischer Staaten auch nach deren Rückkehr zur Demokratie vielfach charakteristisch sein soll,³ gibt es nicht; dass dies auch im Verständnis der deutschen Öffentlichkeit so bleibt, zeigt der steuerstrafrechtliche Verfolgungsdrang deutscher Finanzbehörden mitsamt medialer Begleitmusik in das Fürstentum Liechtenstein.⁴

Natürlich weiß jeder gewöhnlich gut informierte Deutsche, dass am Ende eines solchen Verfahrens heute nicht mehr stets ein Urteil steht, dass es vielmehr Unschärfen,

Grautöne gibt. Man denke nur an die Fälle Kohl und Mannesmann.⁵ In den Medien war die Rede vom Freikauf von strafrechtlicher Verantwortung und im strafrechtlichen Schrifttum wurde die Frage gestellt, ob nicht angesichts der vereinbarten und bezahlten Beträge als Gegenleistung für eine Einstellung des Strafverfahrens das nicht mehr rechtskräftig aufgeklärte Unrecht letztlich zu schwer wiegt, als dass es einfach – wenngleich nicht eben billig – ad acta gelegt wird.⁶

Diesen Aspekt möchte ich jetzt aber nicht weiter vertiefen, mich vielmehr dem materiellen Strafrecht zuwenden. Dabei soll es um die Frage gehen, ob das materielle Strafrecht als solches (jedenfalls auch) der Durchsetzung von Gleichheit dient, nicht dagegen der in der Strafrechtspraxis wie auch deren öffentlicher Wahrnehmung fundamentalen Frage nach der Gleichheit bei der Verurteilung – „Die Kleinen hängt man und die Großen lässt man laufen“ – sowie bei der Strafzumessung im Einzelfall;⁷ so verstößt es etwa gegen Art. 3 Abs. 3 GG, wenn im Rahmen von § 46 StGB eine Strafe allein unter Rekurs auf die Ausländereigenschaften des Verurteilten geschärft wird.⁸

Im Folgenden soll es einerseits darum gehen, inwieweit die Straftatbestände materiell Vergleichbares auch gleich behandeln (II.) bzw. der Durchsetzung von Gleichheit der Bürger untereinander – und nicht nur vor dem Gesetz bzw. Staat – dienen (III.).

II. Gleichheit im materiellen Strafrecht

Für das materielle Strafrecht ist der Blick in das Stichwortverzeichnis der StGB-Kommentare und Lehrbücher zum Allgemeinen Teil eher ernüchternd. Darin findet sich zu den Termini „Gleichheit“ bzw. „Gleichheitssatz“ nämlich so gut wie nichts.⁹ Und das ist – im Lichte der in anderen Rechtsge-

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 30.5.2008 im Rahmen der Wissenschaftswerkstatt der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu der Thematik „Gleichheit und Freiheit“ gehalten hat, ist aber aufgrund aktueller Entwicklungen grundlegend überarbeitet.

** Der Verf. lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Zur dogmatischen Entwicklung des allgemeinen Gleichheitssatzes in der Rspr. des BVerfG vgl. Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 8 ff.

² Vgl. dazu grundlegend Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 3 ff.

³ Vgl. dazu Paul, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 305.

⁴ Zur Verwertbarkeit der erlangten Daten vgl. den Kammerbeschluss des BVerfG JZ 2011, 249, m. Anm. Wohlers, JZ 2011, 252; dazu auch Trüg, StV 2011, 111.

⁵ Dazu BGHSt 50, 331. Allg. Zech, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2007, S. 66 ff.

⁶ Saliger, GA 2005, 155 (zu „Kohl“); Saliger/Sinner, ZIS 2007, 476 (zu „Mannesmann“).

⁷ Dazu Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 875 f., 890, 899; Hörnle, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 15. Symposium der Kommission: „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2010, S. 105 (S. 120 ff.). Der Gleichheitssatz ist schließlich auch beim Vollzug der Strafe zu berücksichtigen (dazu Jescheck/Weigend [a.a.O.], S. 27).

⁸ Vgl. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 46 Rn. 36b.

⁹ Eine Ausnahme bildet Jescheck/Weigend (Fn. 7), S. 989, doch zeigen gerade einmal drei angegebene Fundstellen zum „Gleichheitssatz“ (ohne Strafzumessung und Rechtsanwendung) letztlich deutlich, dass diesem im materiellen Strafrecht eine untergeordnete Rolle zukommt. Im Stichwortverzeichnis des Kommentars von Lackner/Kühl (Fn. 8) findet sich der Verweis auf die Kommentierung zu § 46, in einigen anderen Kommentaren (z.B. Schönke/Schröder, Strafgesetz-

bieten zunehmend gleichheitsfördernden Rspr. des BVerfG – „auch gut so“, schon weil – wie die frühere Verfassungsrichterin *Leke Osterloh* ausführt – „ein Anspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“ [...] und danach der Vergleich mit anderen nicht oder geringer sanktionierten Verhaltensweisen abgelehnt wird“.¹⁰

1. Gesetzlichkeitsprinzip

Seit *Feuerbach* gilt der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* als das Leitprinzip des materiellen Strafrechts.¹¹ Der potenzielle Straftäter soll vor Begehung der Tat wissen können, was ihn danach erwartet; von *Liszt* bezeichnete daher bekanntlich das StGB als „magna charta des Verbrechers“. Fehlt es im deutschen Strafrecht an einer geschriebenen Strafdrohung, liegt kein strafbares Verhalten vor. In Verbindung mit dem strafprozessualen Legalitätsprinzip des § 152 StPO folgt aus dem *nullum crimen*-Satz eine Gleichbehandlung durch die Strafjustiz: nur das, was nach dem Gesetz strafbar ist, darf verfolgt werden, muss aber bei Verdacht – gegenüber jedem Verdächtigen¹² – auch verfolgt werden.¹³

a) Ungleichbehandlungen in der Strafrechtsgeschichte

Allerdings kann aus dem *nullum crimen*-Satz gerade auch eine – gesetzlich sanktionierte und damit vom Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 GG auf den ersten Blick gerechtfertigte¹⁴ – strafrechtliche Ungleichbehandlung folgen. War etwa bis 1997 nur eine Vergewaltigung außerhalb der Ehe strafbar, weil § 177 StGB a.F. forderte, dass der Täter eine Frau „zum außerehelichen Beischlaf“ genötigt hat, so folgte daraus notwendig, dass die gleiche Vorgehensweise eines Ehemannes gegenüber seiner Ehefrau jedenfalls nicht als Vergewaltigung strafbar sein konnte.¹⁵ Und wenn bis 1994 noch für homosexuelle Handlungen unter Männern schärfere Schutzaltersgrenzen als für andere sexuelle Handlungen vorgesehen waren, gab es keine sexualstrafrechtliche Gleichbehandlung zwischen homosexuellen Handlungen von Schwulen und

Lesben, aber auch keine Gleichbehandlung zwischen homosexuellen und heterosexuellen Handlungen von Männern, eben weil diese im Lichte des berüchtigten § 175 StGB vor dem Strafgesetz nicht gleich zu behandeln waren.¹⁶ Im Lichte des speziellen Gleichheitssatzes zugunsten unehelicher Kinder in Art. 6 Abs. 5 GG¹⁷ wurde die strafrechtliche Privilegierung allein der Tötung nichtehelicher Kinder in § 217 StGB a.F.¹⁸ immer wieder angegriffen; letztlich wurde dieser Tatbestand angesichts der veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse 1998 gestrichen.¹⁹

Dass nicht nur im Lichte der Tatbestandsvorgaben Identisches gleich, sondern bereits im wesentlichen Gleiches grundsätzlich gleich behandelt werden soll, führt aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) insbesondere dann zu (jedenfalls scheinbaren) Ungerechtigkeiten, wenn Strafschärfungsgründe in einem Fall anwendbar sind, in einem – materiell betrachtet – gleich schwer wiegenden jedoch nicht. Auf solche Kritik reagierte der Strafgesetzgeber seit den 1970er Jahren (§ 243 StGB), insbesondere aber in den 1990er Jahren – auch in § 177 Abs. 2 StGB n.F. – mit einer Umgestaltung von Qualifikationstatbeständen in bloße Regelbeispiele,²⁰ welche dem Richter aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls auch bei Nichtvorliegen eines Regelbeispiels eine Strafschärfung oder trotz Vorliegens eines Regelbeispiels ein Absehen davon gestatten.²¹ Damit geht die materielle Gleichheit bei der Behandlung gleich schwer wiegender Straftaten freilich zulasten der Rechtssicherheit;²² dass der rechtsunterworfenen Bürger angesichts der Regelbeispiele nicht mehr mit Blick auf sein diebisches Tun exakt vorhersagen kann, ob er „nur“ wegen (einfachen) Diebstahls gem. § 242 StGB oder wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 i.V.m. § 243 StGB ver-

buch, Kommentar, 28. Aufl. 2010; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011; oder Dölling/Duttge/Rössner [Hrsg.], *Handkommentar*, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011), findet sich gar kein solches Stichwort.

¹⁰ *Osterloh* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 213.

¹¹ Vgl. dazu *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, S. 43 ff. und 70; *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, 1983, passim.

¹² BVerfG NStZ 1982, 430, sieht einen Verstoß gegen das Willkürverbot, wenn nur gegen einzelne, nicht aber gegen alle gleichermaßen Verdächtige ermittelt wird (dazu krit. *Kohlmann*, NStZ 1983, 130).

¹³ Statt aller *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 152 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. *Osterloh* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 2.

¹⁵ Vgl. nur *Schünemann*, GA 1996, 307.

¹⁶ In den 1950er und 1960er Jahren gab es 50.000 Strafverfahren wegen „Unzucht unter Männern“ (vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 3. Aufl. 2006, Rn. 338). Das BVerfG hat diese Ungleichbehandlung bekanntlich nicht beanstandet (vgl. BVerfGE 6, 389). Ablehnend zur Aufhebung des § 175 StGB a.F. und zur Gleichwertigkeit homosexueller und heterosexueller Beziehungen äußerte sich *Tröndle* (in: *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 47. Aufl. 1995, § 182 Rn. 3a).

¹⁷ Dazu *Schmitt-Kammler/v. Coelln*, in: *Sachs* (Fn. 1), Art. 6 Rn. 91.

¹⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung *Wächtershäuser*, Das Verbrechen des Kindsmordes im Zeitalter der Aufklärung, 1973.

¹⁹ Die vom Gesetzgeber angedachte grundsätzliche Anwendung von § 213 StGB auf Kindstötungen (BT-Drs. 13/8587, S. 34) wäre insofern diskriminierungsfrei, als sie für eheliche wie nichteheliche Kinder Anwendung finden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 80; BGH NStZ 2009, 439 [440]; *Lackner/Kühl* [Fn. 8], § 213 Rn. 9; *Fischer* [Fn. 9], § 213 Rn. 16).

²⁰ Dazu grundlegend und krit. *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, und *ders.*, JA 2006, 306.

²¹ OLG Stuttgart NJW 1982, 1659.

²² Dies ist von Verfassungswegen allerdings nicht zu beanstanden, vgl. BVerfGE 45, 363.

urteilt werden wird, macht für ihn die zu erwartende Strafe weniger kalkulierbar, greift aber schon deswegen nicht in seinen rechtlich geschützten Freiheitsraum ein, weil er auch einen einfachen Diebstahl nicht hätte begehen dürfen.

Unmittelbar nach der Wiedervereinigung wurde schließlich erwogen, ob die Bestrafung gem. § 99 StGB von DDR-Geheimdienstlern, die von ihren Dienststellen aus gegen die Bundesrepublik aktiv geworden sind, deswegen gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen könnte, weil bundesdeutsche Spione in der DDR nach deren Untergang nicht strafrechtlich verfolgt worden sind. Das BVerfG hat dies zu Recht verneint, aber zugunsten der DDR-Agenten ein Verfahrenshindernis wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip angenommen.²³

b) *Noch diskutierte Beispielfälle*

aa) *Drogenstrafrecht*

Immer wieder bemüht worden ist der Gleichheitssatz auch gegenüber den Strafnormen des BtMG, die auf einen Besitz auch sog. „weicher Drogen“ zum Eigenverbrauch mit Strafe reagieren, während traditionell weder das Rauchen von Tabak noch das Trinken von Alkohol – wiewohl beides gleichfalls Suchtstoffe – bei Strafe verboten sind. Das BVerfG hat zwar mit seinem „salomonischen Urteil“ Anfang der 1990er Jahre, wonach jedenfalls der Besitz geringer Mengen weicher Drogen zum Eigenbedarf nicht bestraft werden darf,²⁴ etwas an Schärfe aus der Diskussion genommen, doch bleibt die grundsätzliche Frage im Raum stehen, ob der Strafgesetzgeber den eigenverantwortlichen Gebrauch von Suchtstoffen ohne Gefährdung Dritter je nach Suchtstoff differenziert behandeln darf.

bb) *Doping im Sport*

Neuerdings wird der Gleichheitssatz auch bemüht, wenn es um eine Erweiterung von Strafvorschriften gegen Doping im Sport geht.²⁵ Weil in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens – etwa vor Prüfungen oder geschäftlichen Verhandlungen – eine Leistungssteigerung auch mittels Medikamenten o.Ä. grundsätzlich zulässig ist, halten manche das in § 6a AMG verankerte und in § 95 AMG strafbewehrte Verbot von Doping im Sport²⁶ für verfassungswidrig.²⁷ Dem lässt sich freilich entgegenen, dass Doping im Sport aufgrund der dort maßgeblichen allein körperlich bewirkten Leistung mit einer Stärkung der körperlichen Leistungsfähigkeit vor

einer Prüfung nicht vergleichbar ist, weil in letzterem Fall es nicht um den punktgenauen Abruf der körperlichen Höchstleistung,²⁸ sondern vielmehr um eine Möglichmachung der Entfaltung intellektueller Fähigkeiten geht.²⁹ Daher ist Doping im Sport als Form der Manipulation eher vergleichbar mit Täuschungsversuchen in Prüfungen: hier wie dort soll die abgeforderte körperliche bzw. intellektuelle Leistung mit in der Wettkampf- bzw. Prüfungsordnung nicht vorgesehenen und damit unzulässigen Hilfsmitteln erbracht werden. Etwas anderes mag es sein, wenn durch körperliche Eingriffe in Form eines sog. „enhancements“ vor Prüfungen die intellektuelle Leistungsfähigkeit als solche unnatürlich gesteigert wird.³⁰ Bis zu einer – von *Merkel* favorisierten³¹ – Strafnorm gegen Eingriffe ins Gehirn wäre aber auch hinzunehmen, dass solche Eingriffe – möglicherweise – (noch) nicht strafbar sind,³² während „klassisches“ Doping im Sport Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit der daran beteiligten Ärzte, Betreuer etc. sein kann.³³ Die Beibehaltung einer Strafnorm allein wegen neuer und ähnlicher Missbrauchsmöglichkeiten in anderen gesellschaftlichen Lebenslagen begründet sicherlich nicht ein Verdikt der Willkürlichkeit.

cc) *Stromdiebstahl*

Das Reichsgericht verneinte Ende des 19. Jahrhunderts bekanntlich aufgrund damaliger naturwissenschaftlicher Vorstellungen³⁴ die Sachqualität von elektrischem Strom und damit mangels Wegnahme einer fremden Sache eine Diebstahlsstrafbarkeit i.S.d. insoweit bis heute unveränderten § 242 (R)StGB,³⁵ weshalb vom Gesetzgeber mit einem Spezialtatbestand für die Entziehung von elektrischem Strom reagiert wurde (heute § 248c StGB).³⁶ Ist man – wie einige im Schrifttum³⁷ – heute freilich der Ansicht, Elektronen seien

²³ BVerfGE 92, 277; dazu krit. *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 289a.

²⁴ BVerfGE 90, 145.

²⁵ Zur Reformdebatte vgl. nur *Heger*, SpuRt 2007, 153; *Jahn*, ZIS 2006, 57.

²⁶ Dazu *Kühl/Heger*, in: *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar, Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht*, Stand: Februar 2011, 1520/87 ff.

²⁷ So hält etwa *Grotz*, ZJS 2008, 243 (253 ff.), die 2007 eingefügte Besitzstrafnorm des § 6a Abs. 2a AMG i.V.m. § 95 AMG wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für verfassungswidrig.

²⁸ Dazu als „Doping“ *Bublitz*, ZJS 2010, 306.

²⁹ Dagegen stellt *Grotz*, ZJS 2008, 243 (253 f.), auf die „Steigerung der körperlichen Leistungskraft durch die Anwendung von Mitteln“ ab, so dass in der Tat ein Unterschied zwischen dem Sport und anderen gesellschaftlichen Bereichen nicht so deutlich hervortritt.

³⁰ Zur Frage der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit solcher mentaler Enhancements *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919.

³¹ Vgl. *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919 (944 ff.). Zurückhaltend zu den derzeitigen Umsetzungschancen *Kühl*, in: *Geisler* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, 2011, S. 311 (S. 321).

³² Dazu *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919 (950 ff.).

³³ Vgl. nur *Heger*, JA 2003, 76.

³⁴ Das betonen *Hohmann/Sander*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 2011, § 1 Rn. 9.

³⁵ RGSt 29, 111; 32, 165.

³⁶ Zur Entstehung *Kohlrausch*, ZStW 20 (1900), 459.

³⁷ Z.B. *Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 248c Rn. 2; dagegen aber z.B. *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 9), § 242 Rn. 3; *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 2009, Rn. 17.

ebenfalls Sachen,³⁸ würde daraus eine gesetzliche Ungleichbehandlung beweglicher Sachen resultieren: Grundsätzlich können solche Gegenstand eines Diebstahls oder einer Unterschlagung sein, während für einen Ausnahmefall – eben die Elektronen – trotz anzunehmender Sachqualität eine Spezialnorm den Rückgriff auf diese *leges generales* verbietet.

dd) Sexuelle Handlungsfreiheit

Während es heute Männern und Frauen grundsätzlich unbenommen ist, mit wem sie wann und auf welche Weise sexuell verkehren, hat das BVerfG bekanntlich im Jahre 2008 das strafbewehrte Inzestverbot des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB auch unter Geschwistern gebilligt,³⁹ so dass es eben keine Gleichbehandlung des Geschlechtsverkehrs zwischen engen Verwandten mit dem zwischen anderen Personen, aber auch anderen sexuellen Handlungen unter Geschwistern gibt. Umgekehrt hat der BGH kürzlich sadomasochistische Handlungen nicht mehr i.S.v. § 228 StGB per se als sittenwidrig eingestuft,⁴⁰ womit die vorherige strafrechtliche Ungleichbehandlung solcher mit anderen sexuellen Handlungen aufgehoben wurde.

ee) Umweltstrafrecht

Auch ist der strafrechtliche Schutz der Umweltmedien Wasser, Boden und Luft strukturell teilweise durch Allgemeindelikte (§§ 324, 326 StGB) und teilweise durch Sonderdelikte (z.B. §§ 324a, 325 StGB) gewährleistet;⁴¹ bei letzteren kann nur der Anlagenbetreiber selbst strafbar sein, bei ersteren jeder, der das jeweilige Umweltmedium auch nur mittelbar verschmutzt.⁴² Schon hierin liegt sicherlich eine Ungleichbehandlung, allerdings eine vom Gesetzgeber gewollte und wohl auch durch die Unterschiede der einzelnen Umweltmedien und die Ausgestaltung der jeweiligen Tathandlungen begründbare.

Konsequenzen hat diese Unterscheidung aber auch für den Amtsträger, der das umweltschädigende Verhalten eines Dritten seinerseits bewusst rechtswidrig genehmigt hat, vielleicht – wie in einem BGH-Urteil aus den 1990er Jahren nachzulesen⁴³ – um sich im Ruf eines Abfallmanagers zu sonnen, der – wiewohl selbst Bürokrat – die allfälligen Probleme unbürokratisch zu lösen versteht. Ist nun der die behörd-

liche Genehmigung ausnutzende Umweltverschmutzer (z. B. der Unternehmer) seinerseits gutgläubig, weil er auf die verwaltungsrechtliche Richtigkeit einer ihm erteilten Genehmigung vertraut, scheidet eine Strafbarkeit des genehmigenden Amtsträgers wegen Anstiftung oder Beihilfe aus, weil diese beiden Teilnahmeformen nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorität der §§ 26 f. StGB eine vorsätzliche Haupttat erfordern.⁴⁴ In dem erwähnten Urteil hält der BGH in dieser Konstellation eine Strafbarkeit des Amtsträgers wegen mittelbarer Täterschaft für möglich, weil er mit seiner bewusst rechtswidrigen Genehmigung – mit *Horn*⁴⁵ bildlich gesprochen – die Rechtsschranke vor Begehung einer Umweltstraftat gehoben hat.⁴⁶ Dies kann aber nur gelten, wenn das jeweils einschlägige Umweldelikt ein Allgemeindelikt ist, denn bei Sonderdelikten kann der Amtsträger mangels ihm selbst zukommender Sonderpflichten als Anlagenbetreiber etc. nicht mittelbarer Täter i.S.v. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB sein.

Unser verurteilter „unbürokratischer Bürokrat“ rügte denn auch wegen seiner Verurteilung durch die Strafgerichte mit der Verfassungsbeschwerde u. a. einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG angesichts des aus der erwähnten Strukturdivergenz einzelner Umweltstraftatbestände resultierenden ungleichen Strafbarkeitsrisikos für die beteiligten Behördenmitarbeiter; in der Wasserbehörde Beschäftigten droht wegen dem Allgemeindelikt des § 324 StGB eine eigenständige täter-schaftliche Strafbarkeit, während z.B. Mitarbeiter der Immissionsbehörden nicht als Täter des § 325 StGB als Sonderdelikt in Betracht kommen. Das BVerfG nahm allerdings die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.⁴⁷

c) Zwischenfazit

Legalitätsprinzip und nullum crimen-Grundsatz bewirken damit nur, aber auch immerhin, dass die Strafgesetze in jedem Einzelfall buchstabengetreu zur Anwendung kommen. Ganz gemäß dem überkommenen Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 GG, ist jeder vor dem (Straf-)Gesetz gleich. Ausgeschlossen ist damit ein formales „*princeps legibus solutus*“ für den Territorialherrn bzw. faktisches „*impunidad*“ für einflussreiche Kreise. Eine strafrechtliche Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem und eine strafrechtliche Ungleichbehandlung von wesentlich Verschiedenem sind damit nicht verbunden.

Vor allem der nullum crimen-Grundsatz, aber auch die mit dem Legalitätsprinzip in § 160 Abs. 2 StPO verankerte Pflicht der Staatsanwaltschaft, auch die den Beschuldigten entlastenden Umstände zu ermitteln sowie das strafbewehrte Verbot einer Verfolgung Unschuldiger (§ 343 StGB) dienen daher – ganz im Sinne der „*Magna Charta*“-Argumentation *Franz v. Liszts* – vor allem der Freiheit des Betroffenen, soll er doch an den Strafgesetzen ablesen können, was er bei Strafe nicht darf.

³⁸ Vgl. *Brodowski*, ZJS 2010, 144 m.w.N.

³⁹ BVerfGE 120, 224 (dazu *Roxin*, StV 2009, 544; *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Noltenius*, ZJS 2009, 15; *Zabel*, JR 2008, 453; *Ziethen*, NSTZ 2008, 617; *Adam*, NSTZ 2010, 321; *Thurn*, KJ 2009, 74).

⁴⁰ BGHSt 49, 166 (dazu *Arzt*, JZ 2005, 103; *Hirsch*, JR 2004, 475; *Duttge*, NJW 2005, 260; *Stree*, NSTZ 2005, 40; *Vahle*, Kriminalistik 2005, 309). Vgl. dazu auch *Kühl*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 293.

⁴¹ *Lackner/Kühl* (Fn. 8), Vor § 324 Rn. 9.

⁴² Näher *Rengier*, in: *Hirsch/Wolter/Brauns* (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 225.

⁴³ BGHSt 38, 325.

⁴⁴ LG Hanau NJW 1988, 571.

⁴⁵ *Horn*, NJW 1981, 1 (4).

⁴⁶ BGHSt 38, 325.

⁴⁷ BVerfG NJW 1995, 186.

2. Pflichtwidrigkeit

Auch unter Bezug auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird allerdings vielfach vertreten, dass bei der Frage des Vorliegens eines objektiven Sorgfaltspflichtverstoßes auf die Anforderungen an die Teilnehmer eines bestimmten Verkehrskreises abzustellen ist und nicht auf darüber hinausgehende individuelle Fähigkeiten.⁴⁸ Könnte Michael Schumacher mit erlaubten 100 km/h auf der Landstraße einem knapp vor ihm einbiegenden Radfahrer mittels eines für ihn beherrschbaren, wenngleich halsbrecherischen Manövers noch ausweichen, handelt er nach h. M. danach nicht pflichtwidrig und damit fahrlässig, selbst wenn er aus Unachtsamkeit in concreto seine einmalige Reaktionsschnelligkeit ungenutzt außer Acht lässt und deshalb den Radler anfährt,⁴⁹ weil ein Ausweichen jedem besonnenen Normalfahrer objektiv unmöglich gewesen wäre.⁵⁰

Anders wäre freilich zu urteilen, wenn das unaufmerksame Nichtausweichen nicht im Straßenverkehr, sondern auf der Rennstrecke erfolgt wäre, denn hier stellen die Verkehrskreise nicht auf den – mit Autorennen überforderten – Normalfahrer, sondern auf den „Normalrennfahrer“ ab, so dass ein Unfall bereits dann einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen könnte, sofern ihn ein besonnener Formel 1-Fahrer in der gleichen Situation vermieden hätte. Dieser Fall mag in der deutschen Justizpraxis bislang kaum eine Rolle gespielt haben, doch liegt dies vor allem an den Besonderheiten des Wettkampfsportes: Nicht jeder fahrlässige Verstoß gegen Verkehrs- oder Wettkampfbestimmungen soll hiernach bereits eine (Straf-)Haftung begründen; im Regelfall sollen vielmehr Verbandssanktionen ausreichen.⁵¹

Mit Blick auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aufgrund staatlichen Kriminalstrafrechts und den Gleichheitsgrundsatz stellt sich aber das gleiche Problem im Medizinstrafrecht; wenn ein erfahrener Facharzt die Operation normalerweise sachgerecht durchführen könnte, darf er sich nicht damit herausreden, dass ein anderer Arzt auch nicht besser hätte agieren können.⁵²

⁴⁸ Insofern auf dem Gleichheitssatz rekurren auch *Jeschke/Weigend* (Fn. 7), S. 565.

⁴⁹ Zur Frage, ob Sonderfähigkeiten z.B. eines Rallyefahrers bei Fahrlässigkeitsdelikten strafbegründend wirken können sollen vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 17 Rn. 28 ff.

⁵⁰ Vgl. nur *Kühl* (Fn. 49), § 17 Rn. 22 ff.; dagegen z.B. *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Lfg., Stand: Juni 2004, Anh. zu § 16 Rn. 25, der einen „individualisierten Fahrlässigkeitsmaßstab“ anlegen will. Für die Berücksichtigung der Sonderfähigkeit des Rallyefahrers auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 61.

⁵¹ Zur rechtlichen Relevanz von Sportregeln *Rössner*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 313; *Kretschmer*, Jura 2000, 267 (270 f.); *Schild*, Sportstrafrecht, 2002, S. 25 ff.

⁵² Vgl. BGH NJW 2000, 2754 (2758).

3. Unternehmensethik

Brisanz gewinnt diese Orientierung an einem objektiven Sorgfaltsmaßstab aber nicht nur in Hinsicht auf individuelles Mehr- oder Wenigerkönnen, sondern auch in Bezug auf freiwillig selbst gesetzte Maßstäbe etwa in Unternehmen,⁵³ wie sie im Zuge von Corporate Governance⁵⁴ und Compliance zusehends an Bedeutung gewinnen.⁵⁵ Verpflichtet ein Unternehmen seine Mitarbeiter in einem „Code of Ethics“ zu besonders sorgfältigem Verhalten, stellt sich für den Strafrechtler die Frage, ob auch Verstöße allein gegen diesen Code of Ethics eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung darstellen können.⁵⁶ Dies betrifft nicht nur den Bereich strafbarer Fahrlässigkeit – etwa in Bezug auf die Umwelt-, Körperverletzungs- und Tötungsdelikte –, sondern auch Vorsatzdelikte wie die Untreue (§ 266 StGB), die eine – hier vorsätzliche – Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des Täters voraussetzen.⁵⁷ Liegt eine solche Pflichtverletzung bereits vor, wenn ein bevollmächtigter Mitarbeiter entgegen der niedergelegten Unternehmensethik einen Vertrag vor der Unterzeichnung nicht einem Kollegen zur Durchsicht gegeben hat?⁵⁸ Ohne Code of Ethics stellt der Verzicht auf das „Vier-Augen-Prinzip“ vor der Unterschrift nicht ohne weiteres eine Pflichtverletzung dar, so dass Mitarbeiter in vergleichbarer Situation in anderen Unternehmen mangels Pflichtverletzung straffrei bleiben. In der Ausweitung der Strafbarkeit aufgrund selbst gesetzter Verhaltensstandards mag man deswegen einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG erblicken, doch sehe ich das nicht so, denn natürlich könnte ein Unternehmen seine Unternehmensethik ausdrücklich zur Rechtspflicht erheben, indem es etwa die eingeräumte Vertretungsmacht im Innenverhältnis ausdrücklich beschränkt (z. B. durch das Erfordernis einer Gegenzeichnung in Satzung oder Arbeitsvertrag). Dann könnte man auch nicht die Situation in Unternehmen mit solcher Beschränkung mit derjenigen in Unter-

⁵³ Zum Verhältnis von business ethics und Wirtschaftsstrafrecht aus kriminologischer Perspektive *Bussmann*, Mschr-Krim 86 (2003), 89.

⁵⁴ So hängt etwa die Verbindlichkeit des Deutschen Corporate Governance Kodex für Aktiengesellschaften von deren Erklärung gem. § 161 AktG ab.

⁵⁵ Zur Criminal Compliance vgl. nur *Rotsch*, ZIS 2010, 614; *Sieber*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 449. Zur strafrechtlichen Haftung eines Compliance-Officers BGHSt 54, 44 m. Bspr. *G. Dannecker/Ch. Dannecker*, JZ 2010, 981, und *Heghmanns*, ZJS 2009, 706; grundsätzlich *Krüger*, ZIS 2011, 1 und *Beulke*, in: Geisler (Fn. 31), S. 23.

⁵⁶ Umgekehrt begründet für einige der Verzicht auf Compliance-Strukturen (sog. „willful blindness“) eine Haftung aus § 130 OWiG (vgl. *Schemmel/Kirch-Heim*, CCZ 2009, 96).

⁵⁷ Vgl. BGHSt 24, 386 (387 f.); *Fischer* (Fn. 9), § 266 Rn. 6.

⁵⁸ Krit. zur Durchsetzung von Compliance-Vorschriften mittels des Vermögensstrafrechts (§§ 263, 266 StGB) bei der Bildung von „schwarzen Kassen“ *Schünemann*, NSTZ 2008, 430 (433); *Knauer*, NSTZ 2009, 151 (152 f.).

nehmen mit unbeschränkter Vertretungsmacht vergleichen. Wenn dann eine derartige Beschränkung im Außenverhältnis unbeachtlich ist (wie bei Prokuristen gem. § 49 HGB), handelt es sich sogar um den klassischen Fall einer Missbrauchs-Untreue (§ 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB).⁵⁹

Schließlich scheint mir aber noch ein anderer Gesichtspunkt von Relevanz: Auch wenn die Rede zumeist von Unternehmensethik ist – und eine Ethik als solche eben ihrer Natur der Sache gemäß regelmäßig keine Rechtspflichten statuieren kann⁶⁰ –, ist doch der Kontext zu berücksichtigen; brüstet sich ein Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb mit seiner freiwilligen Selbstbindung an seinen Code of Ethics, dann ist es eben nicht mehr nur ein Gebot guter Unternehmensführung, diese Bindungen im Wirtschaftsverkehr auch einzuhalten. Sie sind nach ihrer öffentlichen Anerkennung nur insofern noch freiwillig, als das Unternehmen sich ihnen nicht hätte unterwerfen müssen und ex nunc auch wieder auf diese Selbstbindung verzichten könnte.⁶¹ Davor beeinflussen sie aber den Wettbewerb um Güter und Dienstleistungen ebenso – und zunehmend wichtiger – wie denjenigen am Kapitalmarkt.

4. Rechtsform

Das deutsche Strafrecht kennt – im Unterscheid zu der überwiegenden Mehrheit der Strafrechtssysteme der anderen EU-Staaten – keine eigenständige Strafhaftung von juristischen Personen und damit auch keine Unternehmensstrafbarkeit im engeren Sinne.⁶² Das heißt aber nicht, dass die Rechtsform von Unternehmen für die strafrechtliche Behandlung irrelevant ist. So ergeben sich etwa aus dem Sozial-, Insolvenz-, Handels- und Gesellschaftsrecht bestimmte strafbewehrte Pflichten für die Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder solcher juristischer Personen; daran anknüpfend droht etwa bei fehlerhafter Bilanzierung oder versäumter Insolvenzantragsstellung eine persönliche Strafhaftung des dafür innerhalb des Unternehmens Verantwortlichen (vgl. § 14 StGB). Wer das im Einzelfall ist und welche konkreten Pflichten ihn treffen, ergibt sich aus dem Gesellschaftsrecht. Bis der EuGH in den Urteilen „Überseering“⁶³ und „Inspire Art“⁶⁴ festgestellt hat, dass Unternehmen innerhalb der EU ihre Rechtsform behalten können, auch wenn sie in Staaten Niederlassungen eröffnen, denen eine solche Rechtsform unbekannt ist, kommt es dazu, dass in Deutschland nicht mehr nur der

im deutschen Gesellschaftsrecht anerkannte Kreis möglicher Rechtsformen (GmbH, AG etc.) anzutreffen ist, sondern insbesondere auch Unternehmen in Form einer Company Limited (Ltd.) des englischen Gesellschaftsrechts. Kommt es in solchen Unternehmen durch ihre regelmäßig deutschen, wengleich aufgrund englischen Gesellschaftsrechts errichteten Organe zu Rechtsverstößen, stellt sich nicht nur die Frage nach dem mit Blick auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung anzulegenden Maßstab (deutsches oder englisches Recht);⁶⁵ damit verbunden sein kann eine jedenfalls faktische strafrechtliche Ungleichbehandlung von wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten.

Solche Fragen könnten sich in Zukunft im Lichte der zunehmenden Europäisierung aller Rechtsgebiete vermehrt stellen. So könnte etwa die – für sich zunächst „gleiche“ – Rechtsprechung des BGH zum Betrug im „Haar-Verdicker-Fall“⁶⁶ auf dem Prüfstand des Europarechts fragwürdig werden, wenn (und soweit) es um die für den Normalbürger kaum glaubliche Werbeanpreisung eines z.B. österreichischen Unternehmens geht, das seine „Haar-Verdicker“ damit EU-weit vertreiben möchte und sich hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals einer Täuschung i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB darauf beruft, dass es im EU-Binnenmarkt für den Inhalt von Werbeaussagen angesichts der Rspr. des EuGH nicht – wie für den BGH – auf den leichtgläubigen, sondern auf den mündigen Verbraucher ankommen soll; solange der mündige Verbraucher eine vollkommen ungläubwürdige Anpreisung nicht als Tatsachenaussage erkennt, könne diese auch nicht als strafbare Täuschung über eine Tatsache qualifiziert werden.⁶⁷

III. Erzwingung von Gleichheit mittels des Strafrechts

1. Vorüberlegungen

Das materielle Strafrecht recurriert vor allem auf die Freiheit, daneben in einzelnen Fällen auf die Solidarität, doch gelten letztere Konstellationen durchaus als begründungsbedürftig, soll doch in einem rechtsstaatlichen Strafrecht nicht der Pflichtgedanke dominieren. Dass Normen des materiellen Strafrechts, insbesondere Straftatbestände, der Gleichheit verpflichtet sind, wird dagegen regelmäßig auszuscheiden haben. Der Grund ist in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung klar: Bestraft eine Strafnorm ungleiches Verhalten, verbietet sie nicht nur Eingriffe in die Freiheit anderer, sondern gebietet bei Strafe jedem einzelnen Rechtunterworfenen ein bestimmtes – nämlich das gleiche – Verhalten.

⁵⁹ Vgl. Fischer (Fn. 9), § 266 Rn. 15.

⁶⁰ Zum grundsätzlichen Verhältnis von Recht und Moral vgl. nur Kühl, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 2. Aufl. 2006, S. 469.

⁶¹ § 161 AktG verpflichtet zu einer jährlich erneuerten Erklärung über die Anwendung des Deutschen Corporate Governance Kodex, ermöglicht damit aber natürlich auch eine Rücknahme einer übernommenen Verpflichtung.

⁶² Für die Einführung eines originären Verbandsstrafrechts z.B. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 307 ff.; unter kriminologischen Gesichtspunkten dagegen Hefendehl, MschrKrim 86 (2003), 27.

⁶³ EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00 = Slg. 2002, I-9919.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01 = Slg. 2003, I-10155.

⁶⁵ Zur Untreue-Strafbarkeit des Limited-Directors Schramm/Hinderer, ZIS 2010, 473; Kraatz, JR 2011, 58; Fischer (Fn. 9), § 266 Rn. 53. Zum Insolvenzstrafrecht grundlegend Hinderer, Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares, 2010, passim.

⁶⁶ BGHSt 34, 199.

⁶⁷ Vgl. dazu grundsätzlich Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 9 Rn. 34 f.; ders., Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 66 f.; Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (711 ff.).

ten. Das Strafrecht würde damit vor allem auf die Verletzung der Pflicht zur Gleichbehandlung gestützt werden. Rechtspflichten dienen heutzutage im Sozialstaat zwar auch unter Privaten deren Gleichheit oder Gleichbehandlung⁶⁸ – man denke nur an das AGG – doch lässt sich dieser Gedanke eben nicht ohne weiteres auch auf das Strafrecht übertragen.

Eine auf Gleichmacherei zielende Strafrechtsordnung war in religiösen Dingen in der frühen Neuzeit verbreitet – die Unterstützung vom territorialstaatlichen Einheitsglauben abweichender Bekenntnissätze wurde teilweise als *crimen laese maiestatis* dem staatsbezogenen Hochverrat gleichgesetzt;⁶⁹ weniger durch das Strafrecht als durch Polizeiordnungen⁷⁰ wurde daneben Gleichheit in der Ungleichheit der ständischen Gesellschaft gefordert⁷¹ und eine Überschreitung des Standesgemäßen mancherorts sogar strafrechtlich sanktioniert. In politischen oder religiösen Dingen, aber auch mit Blick auf das Sexualleben wird noch heute in Diktaturen Gleichförmigkeit gefordert; Abweichungen von der Norm werden vielfach strafrechtlich sanktioniert.

Für eine pluralistische Gesellschaft passt das alles schlecht, beruht diese doch darauf, dass jeder – frei nach *Kant* – tun und lassen kann, was ihm beliebt, solange er dadurch nicht die Freiheitssphäre anderer tangiert. Im Strafrecht hat dies besonderen Niederschlag gefunden in der Rechtsgutstheorie, der ja für die ganz h.M.⁷² auch eine legitimatorische Funktion zukommt.⁷³ Strafgesetze gelten danach – jedenfalls im Grundsatz – nur dann als legitim, wenn sie dem Schutz eines anerkannten Rechtsguts dienen. Solche Rechtsgüter sind die Rechte und Freiheiten des einzelnen sowie die für ihre Gewährleistung erforderlichen sozialen Institutionen.⁷⁴ Dieses Rechtsgutskonzept sollte in einer auf Grundfreiheiten der Bürger vor und gegenüber dem Staat aufbauenden Gesellschaft freiheitsfunktional gedacht werden, d. h. auch der Schutz überindividueller Güter bedarf eines Rekurses auf den Menschen und dessen dadurch abgesicherte Frei-

heit.⁷⁵ Der Staat soll heute eben nicht mehr nur um seiner selbst willen strafrechtlich geschützt sein, sondern in seiner Funktion als Freiheitsgarant für die darin lebenden Menschen. Vor diesem Hintergrund sind manche Strafnormen freilich begründungsbedürftig. So ist der strafrechtliche Schutz vom Aussterben bedrohter Tier- und Pflanzenarten gerade auch vor dem Menschen (§ 66 BNatSchG) sowie der Schutz einzelner Tiere vor Quälerei auch durch ihren Besitzer (§ 17 TierSchG) schwerlich freiheitsfunktional zu deuten;⁷⁶ die Begrenzung der Freiheitsausübung – man darf eben auch nicht sein eigenes Tier quälen – folgt hier nicht aus der Sicherung des Freiheitsraums eines anderen Menschen, sondern steht da als bloße Unterlassungspflicht – als eine moralische Pflicht des Menschen gegen sich selbst,⁷⁷ nicht gegenüber anderen, die im Regelfall nicht einmal zu einer Rechtspflicht wird und erst recht nicht eine staatliche Strafe begründet.⁷⁸

Vereinzelte enthält das Strafrecht auch allgemeine Handlungspflichten, deren Nichtbeachtung bei Strafe verboten ist. Paradebeispiel ist die Strafbarkeit unterlassener Hilfeleistung (§ 323c StGB), weshalb dieser 1933 in das StGB eingefügte „Samariter“-Tatbestand auch in der Nachkriegszeit zunächst wegen seiner Nähe zum Pflichtstrafrecht der NS-Zeit in Frage gestellt wurde.⁷⁹ Heutzutage gibt es wohl in Deutschland kaum einen Zweifel, dass auch ein freiheitlicher Staat befugt ist, jeden Menschen – und nicht nur Garanten i.S.v. § 13 StGB – in Notsituationen auch unter Strafandrohung zur erforderlichen und ihm zumutbaren Hilfeleistung zu verpflichten. Begründen lässt sich dies mit einem Gebot der Mindestsolidarität. Zwar ist nicht jeder in jeder Situation – und schon gar nicht unter Strafandrohung – von Rechts wegen zu solidarischem Verhalten verpflichtet; begrenzt sich diese Hilfspflicht aber auf besondere Notlagen und Konstellationen, in denen obendrein die erforderliche Hilfe dem Helfer persönlich zumutbar ist, gilt nicht ein allgemeiner Grundsatz der Solidarität, sondern vielmehr nur ein „Allgemeininteresse an solidarischer Schadensabwehr in akuten Notlagen“.⁸⁰

In einzelnen Konstellationen kann aber auch das moderne Strafrecht letztlich Gleichheit durchzusetzen versuchen.

⁶⁸ Nach Ansicht verschiedener Zivilrechtler ist der Gedanke der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie als Grundlage des Zivilrechts (zu) sehr in die Defensive geraten; vgl. jüngst *Rittner*, JZ 2011, 269.

⁶⁹ Vgl. *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, Rn. 132; *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, S. 401 ff.

⁷⁰ Dazu ausf. *Schmelzeisen*, Polizeiordnungen und Privatrecht, 1955, passim.

⁷¹ Eine Überwindung gelang erst im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts durch eine Verbindung des Freiheits- mit dem Gleichheitsbegriff (vgl. *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 160 ff.).

⁷² Anders allerdings BVerfGE 120, 224.

⁷³ Vgl. nur *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 9; *Roxin* (Fn. 50), § 2 Rn. 1 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 7; *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), Vor § 1 Rn. 108 ff. Zur aktuellen Diskussion *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24.

⁷⁴ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 50), § 2 Rn. 9.

⁷⁵ Vgl. *Kühl*, in: Nida-Rümelin/Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2002, S. 245 (S. 248 ff.); *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 214 ff. Für *Stratenwerth*, in: *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens* (Fn. 73), S. 255 (S. 260), sind allerdings als „Konsequenz des Gleichheitssatzes [...] auch die Folgen unseres Handelns für künftige Generationen in den Gerechtigkeitsdiskurs einzubeziehen“.

⁷⁶ Vgl. *Frisch*, in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 69 (S. 73); *Hefendehl*, NuR 2001, 498.

⁷⁷ Vgl. *Woschnak*, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2003, 153.

⁷⁸ Dazu ausf. *Heger* (Fn. 75), S. 219 ff. m.w.N.

⁷⁹ Zur geschichtlichen Entwicklung *Gieseler*, Unterlassene Hilfeleistung – § 323c StGB, 1999, passim.

⁸⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 323c Rn. 1 m.w.N.

2. Abtreibungsstrafrecht

a) Strafbewehrte Rechtspflicht zur Austragung der Leibesfrucht

Muss es aufgrund des grundrechtlich gebotenen Schutzes auch des ungeborenen Lebens (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 GG)⁸¹ grundsätzlich bei Strafe verboten sein, eine Schwangerschaft abzubrechen – wie es das BVerfG bekanntlich im 1. Abtreibungsurteil 1975 betont hat⁸² – dann folgt daraus eben nicht nur die strafrechtlich abgesicherte Pflicht der Schwangeren und der Ärzte, einzelne Eingriffe in das werdende Leben zu unterlassen. Vielmehr folgt daraus für die Schwangere – und nur für diese – gegenüber dem Fötus eine Wohlverhaltenspflicht mindestens bis zum Abschluss der Geburt.⁸³ Damit wurde mit den Mitteln des Strafrechts – hier mit §§ 218 ff. StGB – bezweckt, dass sich jede Schwangere in Bezug auf den in ihr heranwachsenden Embryo insofern gleich verhält, als sie all das unterlässt, was nach ihrer Einschätzung zu einem Absterben der Leibesfrucht führen kann.⁸⁴

Eingeschränkt ist dieses Gleichverhaltensgebot letztlich durch das Vorsatzerfordernis; nimmt eine Frau bei ihrem, den Fötus gefährdenden Verhalten nicht dessen Abgang zumindest billigend in Kauf oder weiß sie gar nichts von ihrer Schwangerschaft fehlt ihr der für eine Strafbarkeit nach § 218 StGB erforderliche Vorsatz.⁸⁵ Das wäre anders, würde man – wie vor einigen Jahren diskutiert – bereits den (ggf. grob) fahrlässigen Schwangerschaftsabbruch auch der Schwangeren selbst unter Strafe stellen, denn damit müsste sie ihr Verhalten stets daran ausrichten, ob es mit Blick auf die Existenz des ungeborenen Lebens pflichtwidrig sein könnte. Für die Leibesfrucht u.U. gefährliche Sportarten stünden – kommt es zu einer Beendigung der Schwangerschaft – unter Kriminalstrafandrohung.

b) Diskriminierung Behinderter und das Problem der „Spät-abtreibungen“

Als einfachgesetzlich gestattete – vor allem im Lichte des speziellen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG⁸⁶ problematische – Diskriminierung mutmaßlich behinderter Kinder galt manchen⁸⁷ die von 1976 bis 1994 geltende embryopathische Indikation (§ 218a Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.); deswegen beschränkt sich seither § 218a Abs. 2 StGB auf eine sozialmedizinische Indikation, die allein an die Gefahren für Leib oder Leben der Schwangeren – und damit nicht mehr an das Risiko einer Behinderung des Kindes – anknüpft. Da aber Gesetzgeber⁸⁸ wie Rspr.⁸⁹ davon ausgehen, dass dies grundsätzlich auch die frühere embryopathische Indikation erfasst, hat sich an der Rechtfertigbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs wegen drohender Behinderung faktisch nichts geändert.⁹⁰ Solche Abtreibungen sind vielmehr sogar – entgegen § 218a Abs. 3 StGB a.F., der eine Befristung von Abbrüchen aufgrund embryopathischer Indikation auf die ersten 22 Wochen der Schwangerschaft vorschrieb – theoretisch bis zum Beginn der Geburt möglich. Der gut gemeinte – vom Grundgesetz freilich nicht erzwungene⁹¹ – Wunsch, im Abtreibungsstrafrecht das Risiko einer Behinderung de iure auszuklammern, hat de facto zu der Problematik sog. „Spät-abtreibungen“ geführt,⁹² welche wiederum 2009 partiell abgemildert worden ist durch eine Pflichtberatung vor Vornahme des Eingriffs bei dringenden Gründen für die Annahme, dass die körperliche oder geistige Gesundheit des Kindes geschädigt sein wird.⁹³

3. (Neo-)Nazistische Straftaten

Zunehmend an Bedeutung gewinnen Tatbestände im Staatsschutzbereich, die bestimmte Verhaltensweisen nicht generell oder allein im Interesse eines konkret Verletzten – und damit zum Schutz von dessen Freiheitssphäre – verbieten, sondern die an den konkreten Inhalt eines Symbols oder einer Äußerung anknüpfen. Wenn es – wie in § 86a i.V.m. § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB – bei Strafe verboten ist, bestimmte Symbole der NS-Zeit öffentlich zu tragen oder – wie in § 130 Abs. 3 und 4 StGB – den Holocaust zu leugnen bzw. Verbrechen des NS-Regimes zu verherrlichen oder zu verharmlosen, so geht es dabei um etwas anderes als um eine bloß individuelle Beleidigung der überlebenden Opfer des Holocausts oder um die Verhinderung eines erneuten Angriffs auf diese,⁹⁴ wie noch in der ursprünglichen Fassung des Volksverhetzungstatbestandes (§ 130 StGB a.F.), der sich auf eine Pönalisierung der

⁸¹ Vgl. nur BVerfGE 88, 203 (251 f.); *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 1), Art. 2 Rn. 143.

⁸² BVerfGE 39, 1.

⁸³ Diese betont die Richterin *Rupp-v. Brünneck* in ihrem Sondervotum (BVerfGE 39, 1 [68, 80]: „die Weigerung der Schwangeren, die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen, [ist] nicht allein nach dem natürlichen Empfinden der Frau, sondern auch rechtlich etwas wesentlich anderes als die Vernichtung selbständig existenten Lebens“).

⁸⁴ Die Ableitung dieser „Rechtspflicht der Schwangeren zur Austragung ihrer Leibesfrucht“ aus der staatlichen Schutzpflicht des ungeborenen Lebens, bezeichnet *Merkel* überzeugend als „unschlüssig“, *Merkel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 218 ff. Rn. 17.

⁸⁵ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 218 Rn. 9 f.

⁸⁶ Dazu *Osterloh* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 305 ff.

⁸⁷ Dagegen dezidiert *Merkel* (Fn. 84), § 218a Rn. 97 ff.

⁸⁸ BT-Drs. 13/1850, S. 26.

⁸⁹ OLG Frankfurt NJW 2008, 3790 (3792).

⁹⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 218 Rn. 14 f.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 88, 203 (257).

⁹² Dazu *Merkel* (Fn. 84), § 218a Rn. 106 ff.

⁹³ BGBl. I 2009, S. 2990.

⁹⁴ Anders *Junge*, *Das Schutzgut des § 130 StGB*, 2000, S. 26, wonach dieser Tatbestand Individualrechtsgüter von Mitgliedern der betroffenen Bevölkerungsgruppen schütze.

sog. „qualifizierten Ausschwitzlüge“ – das Leugnen des Holocaust verbunden mit einem Angriff auf die Menschenwürde der Opfer – beschränkte.⁹⁵

Sympathiebekundungen zu anderen Unrechtsregimes (auch auf deutschem Boden) – etwa zu den stalinistischen Säuberungen in der frühen DDR – sind dagegen trotz des mit ihnen in der Vergangenheit tatsächlich und bei Wiederholung jedenfalls potenziell verbundenen Eingriffs in den öffentlichen Frieden und die Würde der Betroffenen (man denke nur an die „Waldheimer Prozesse“) straffrei.⁹⁶ Die Suche nach dem von § 130 Abs. 3 und 4 StGB geschützten Rechtsgut fällt denn auch schwer, soll dieses doch – wie gesagt – freiheitsfunktional der Freiheitsausübung jetzt lebender Menschen und vielleicht auch noch zukünftiger Generationen dienen. Das in der Gesetzgebung wie auch in der Rechtsprechung als solches benannte Rechtsgut des „politischen Klimas“⁹⁷ erscheint im Vergleich zu anderen anerkannten Rechtsgütern jedenfalls begründungsbedürftig und ist deshalb in der Strafrechtslehre überaus umstritten.⁹⁸ Geschützt von § 130 StGB sind daher nach der wohl h.M. in der Literatur der öffentliche Friede und die Würde tatsächlicher oder (bei Wiederholung der NS-Gräueltaten) potenzieller Opfer.⁹⁹

Dass der Streit um das Rechtsgut und genereller um die Legitimation solcher Normen nicht nur um des „Kaisers Bart“ geht, zeigt die Kontroverse zwischen dem OLG Stuttgart, das auch ein durchgestrichenes Hakenkreuz als ein solches und damit als von §§ 86 Abs. 1 Nr. 4, 86a StGB verbotenes Kennzeichen einstuft, weil diese Strafnorm auf den generellen Ausschluss solcher Symbole aus der deutschen Öffentlichkeit ziele, und dem BGH, der im Einklang mit der h.M. und mit guten Gründen eine Strafbarkeit verneint hat, wenn und weil die erkennbar ablehnende Zielrichtung der Träger dieses durchgestrichenen Hakenkreuzes sie eben nicht

als Hakenkreuz-Träger ausweise.¹⁰⁰ Während das OLG Stuttgart jeden formal gleich behandelt, der ein Hakenkreuz gebraucht (und sei es durchgestrichen), schaut der BGH auf die Intention des Handelnden, der mit dem durchgestrichenen Hakenkreuz sich eben nicht als Nazi-Sympathisant (sondern als Gegner) outet.

Hinter Tatbeständen wie §§ 86a, 130 Abs. 3 und 4 StGB steht m.E. – ähnlich wie hinter Strafnormen zur Durchsetzung eines Mindestmaßes an Solidarität – ein Mindestmaß an notwendiger Gleichheit; unsere Gesellschaft gestattet nahezu jede Äußerung – insoweit dient sie unbestreitbar der (Meinungs-)Freiheit der Bürger –, aber eben – trotz des für jedermann geltenden Grundrechts der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) – nicht jede. Und sie missbilligt diese nicht (mehr) bloß moralisch, sondern – und das ist eine Entwicklung erst der letzten Jahre – sie setzt mittels des Rechts – und dabei (wieder) zunehmend auch des Strafrechts – Grenzen, innerhalb derer sich die Inanspruchnahme öffentlicher (Meinungs-)Freiheit abspielen darf. Jedermann darf das Kaiserreich verherrlichen, sogar von der Wiedererrichtung einer absoluten Monarchie schwadronieren, auch wenn diese Staatsform zweifelsohne mit den Staatszielbestimmungen des Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar ist, die Weimarer Republik – warum auch immer – verdammen, die DDR glorifizieren und Adenauer kritisieren; ja, man darf sogar die ebenfalls rassistisch motivierte Ausrottungspolitik des Generals v. Trotha in „Deutsch-Südwest“¹⁰¹ und den Genozid an den Armeniern im ersten Weltkrieg in Deutschland – anders als in Frankreich – straflos in Abrede stellen,¹⁰² nicht aber äußerlich vielleicht vergleichbares Verhalten der NS-Regierung. Ich denke, der Hinweis auf eine strafrechtlich abzusichernde „politische Klimapflege“ trifft dies ebenso wie der Wunsch nach Nichtstörung des öffentlichen Friedens nur begrenzt, denn der öffentliche Friede ist auch – derzeit vielleicht sogar stärker – in Gefahr, wenn in einer Berliner Galerie Karikaturen des Propheten Mohammed ausgestellt werden.

Meine These ist denn auch eine vielleicht typisch deutsche. Die deutsche Demokratie beruht eben nicht – wie wohl die angelsächsische und US-amerikanische – auf der absoluten Freiheit der Rede („freedom of speech“), egal mit welchem Inhalt. Die demokratische Grundordnung wird in Deutschland immer wieder herausgefordert – derzeit und auch gerade in den letzten fünfzehn Jahren, in denen die Ergänzungen in § 130 StGB aufgenommen wurden – durch rechtsextreme Bestrebungen. Während der islamische Terror im Kern nicht auf eine Änderung der bundesdeutschen Ge-

⁹⁵ Vgl. BGHSt 40, 97 (dazu *Baumann*, *NSStZ* 1994, 392; *Bert-ram*, *NJW* 1994, 2020; *Jakobs*, *StV* 1994, 540).

⁹⁶ Diese Zurückhaltung im deutschen Strafrecht könnte allerdings auf den Prüfstand kommen, wenn die EU, wie im Stockholmer Programm vom 11.12.2009 angedacht, eine Strafbewehrung des öffentlichen Billigens, Leugnens oder Verharmlosens von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch gegenüber einer Gruppe von Personen fordern sollte, „die sich durch andere Kriterien definieren als durch Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft, wie etwa sozialer Status und politische Überzeugungen“.

⁹⁷ BGHSt 46, 36 (40); BGHSt 47, 278; vgl. bereits BT-Drs. 12/8588, S. 8; zust. v. *Dewitz*, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, 2006, S. 208, 219. Für *Geilen*, in: *Ulsamer* (Hrsg.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 1168, ist § 130 StGB deswegen ein „Klimadelikt“.

⁹⁸ Vgl. nur *Kühl*, in: *Bernsmann/Ulsenheimer* (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen* am 12./13.10.2001, 2003, S. 103; *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 1.

⁹⁹ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 1 m.w.N.

¹⁰⁰ BGHSt 51, 244 (dazu *Vormbaum*, *JR* 2007, 524; *Schroeder*, *JZ* 2007, 851; *Kaspar*, *JR* 2008, 70; *Rau/Zschischack*, *NSStZ* 2008, 131); BGHSt 52, 364 (dazu *Stegbauer*, *JZ* 2009, 164; *Steinmetz*, *NSStZ* 2009, 384).

¹⁰¹ Dazu *Zimmerling/Zeller*, *Völkermord in Deutsch-Südwestafrika, Der Kolonialkrieg (1904-1908) in Namibia und seine Folgen*, 2004, passim; *Schlottau*, *Deutsche Kolonialrechtspflege*, 2007, S. 45 ff.

¹⁰² Strafbar ist dies gem. § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur, wenn das In Abrede Stellen des Opferschicksals verbunden ist mit einem Aufstacheln zum Hass etc.

sellschaftsordnung zielt, sondern z.B. auf eine Beendigung des deutschen Engagements in Afghanistan, treffen diese rechtsextremen Bestrebungen einen wunden Punkt der Gesellschaft.¹⁰³ Und vielleicht gerade weil es dem Öffentlichen Recht bislang nicht gelungen ist, die NPD endgültig verfassungskonform zu marginalisieren,¹⁰⁴ ist die Gesellschaft darauf angewiesen, dass der Staat ohne Rücksicht auf mehr oder weniger konkrete Gefährdungen der Freiheitssphäre anderer Bürger selbst klare (Rechts-)Grenzen zieht, bevor die Gesellschaft in ihren Grundfesten – wie am Ende der Weimarer Republik – gefährdet ist.¹⁰⁵ Somit schützen §§ 86a, 130 StGB m.E. einen Minimalkonsens aller demokratischen Kräfte als der heute tragenden Gesellschaftsschichten: Der Holocaust und andere Verbrechen des NS-Regimes dürfen sich nicht nur nicht wiederholen; sie dürfen – bei Strafe – nicht einmal relativiert werden.¹⁰⁶ Das wird deutlich, wenn man sieht, welche Anstrengungen die deutsche Strafjustiz unternimmt, um im Ausland erfolgte Handlungen wie das Zeigen des sog. Hitlergrußes durch deutsche Hooligans vor den Kameras deutscher Fernsehkanäle anlässlich eines Fußballländerspiels in Warschau¹⁰⁷ oder das Einstellen von volksverhetzenden Äußerungen in englischer Sprache auf einem australischen Server, mit Strafe belegen zu können.¹⁰⁸

¹⁰³ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2003, S. 12, der mit Blick auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts gem. §§ 3, 9 StGB auf das Auschwitz-Leugnen via Internet einen völkerrechtlich legitimierte Anknüpfungspunkt annimmt, „weil der Leugnungstatbestand in § 130 Abs. 3 StGB aufgrund der Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Verbrechen an Juden einen besonderen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland hat“.

¹⁰⁴ Das Verbotungsverfahren gegen die NPD scheiterte bekanntlich an deren nicht aufklärbarer Unterwanderung durch V-Leute (BVerfGE 107, 339; dazu *Ipsen*, JZ 2003, 485).

¹⁰⁵ Zu politisch motivierter Gewalt im Umfeld der NPD vgl. *Backes/Mletzko/Stoye*, NPD-Wahlmobilisierung und politisch motivierte Gewalt, 2010, passim.

¹⁰⁶ Insofern wollte der Gesetzgeber bewusst ein Zeichen setzen (vgl. *Krauß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 130 Rn. 101). Für *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten, Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005, S. 333 sowie *dies.*, GA 2006, 80, sind § 130 Abs. 3 und 4 StGB als Ausdruck bloßer „Sprechtabus“ nicht legitimierbar.

¹⁰⁷ KG NJW 1999, 3500; und dazu *Heinrich*, in: *Heinrich u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 18. September 2004, 2004, S. 91.

¹⁰⁸ BGHSt 46, 212 (dazu *Jefberger*, JR 2001, 432; *Lagodny*, JZ 2001, 1198; *Heghmanns*, JA 2001, 276; *Klengel*, CR 2001, 243; *Vassilaki*, CR 2001, 262; *Strahl*, FoR 2001, 76; *Koch*, JuS 2002, 123; *Roggan*, KJ 2001, 337; *Schulte*, KJ 2001, 341; *Vec*, NJW 2002, 1535; *Hörnle*, NStZ 2001, 309; *Kudlich*, StV 2001, 397).

Ganz deutlich wird es auch in dem Beschluss des BVerfG vom 4.11.2009,¹⁰⁹ in welchem die Verfassungskonformität von § 130 Abs. 4 StGB trotz des damit verbundenen Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit wie folgt begründet wird:

„Grundsätzlich sind Eingriffe in die Meinungsfreiheit nur zulässig auf der Basis eines allgemeinen Gesetzes gemäß Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG. Ein meinungsbeschränkendes Gesetz ist unzulässiges Sonderrecht, wenn es nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet. Dies gilt auch für Bestimmungen zum Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 2 und 3 GG. Die Allgemeinheit des Gesetzes verbürgt damit entsprechend dem Verbot der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 9 GG für Eingriffe in die Meinungsfreiheit ein spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen.“

Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dem entsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus. Den damit verbundenen Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs zu.

Zwar ist die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB kein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG, weil sie nicht dem Schutz von Gewalt- und Willküröpfen allgemein dient und bewusst nicht auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt abstellt, sondern auf positive Äußerungen allein in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt ist.

§ 130 Abs. 4 StGB ist aber auch als nichtallgemeines Gesetz ausnahmsweise mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. Angesichts des Unrechts und Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft verursacht hat, ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts immanent. Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden. Die Erfahrungen aus der Zerstörung aller zivilisatorischen Errungenschaften durch die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft prägen die gesamte Nachkriegsordnung und die

¹⁰⁹ BVerfG, NJW 2010, 47 (dazu *Holzner*, DVBl. 2010, 48; *Degenhart*, JZ 2010, 306; *Hörnle*, JZ 2010, 310; *Schaefer*, DÖV 2010, 379; *Hong*, DVBl. 2010, 1267; *Wüstenberg*, HRRS 2010, 471; *Lepsius*, Jura 2010, 527; *Breder/Przygoda*, JuS 2010, 1004; *Ladeur*, K&R 2010, 642; *Volkman*, NJW 2010, 417; *Scheidler*, NWVBl 2010, 131; *Kirsch*, NWVBl. 2010, 136; *Michael*, ZJS 2010, 155 und ausf. *Höfling/Augsberg*, JZ 2010, 1088).

Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die Völkergemeinschaft bis heute nachhaltig.

Diese Ausnahme nimmt die Meinungsfreiheit indes auch inhaltlich nicht zurück. Die Meinungsfreiheit gewährleistet, dass sich Gesetze nicht gegen rein geistige Wirkungen von Meinungsäußerungen richten. Das Ziel, Äußerungen wegen ihrer Unvereinbarkeit mit sozialen oder ethischen Auffassungen zu behindern, hebt das Prinzip der Meinungsfreiheit selbst auf und ist illegitim. Das Grundgesetz rechtfertigt deshalb auch kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts.

§ 130 Abs. 4 StGB genügt den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Vorschrift verfolgt mit dem Schutz des öffentlichen Friedens einen legitimen Zweck. Der Schutz des öffentlichen Friedens ist hierbei in einem begrenzten Sinn als Schutz der Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung zu verstehen, nicht aber als Schutz vor einer „Vergiftung des geistigen Klimas“ oder einer Kränkung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte. Der öffentliche Friede zielt auf einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft. Dabei ist es eine verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung des Gesetzgebers, dass ein Gutheißen der Gewalt- und Willkürherrschaft dieser Zeit der Bevölkerung heute regelmäßig als Aggression und als Angriff gegenüber denjenigen erscheint, die sich in ihrem Wert und ihren Rechten erneut in Frage gestellt sehen, und angesichts der geschichtlichen Realität mehr bewirkt als eine bloße Konfrontation mit einer demokratie- und freiheitsfeindlichen Ideologie. § 130 Abs. 4 StGB ist in seiner Ausgestaltung auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne. Weder verbietet er generell eine zustimmende Bewertung von Maßnahmen des nationalsozialistischen Regimes noch ein positive Anknüpfung an Tage, Orte oder Formen, denen ein an diese Zeit erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt. Seine Verwirklichung setzt vielmehr die Gutheißen des Nationalsozialismus als historisch real gewordene Gewalt- und Willkürherrschaft voraus. Diese kann auch in der glorifizierenden Ehrung einer historischen Person liegen, wenn sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass diese als Symbolfigur für die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft als solche steht.“

Auch wenn das BVerfG hier nur zu § 130 Abs. 4 StGB Stellung beziehen musste, dürfte sich diese Argumentation auf § 130 Abs. 3 StGB – die „Auschwitzlüge“ – übertragen lassen. Dass dieser Tatbestand – im Unterschied zu § 130 Abs. 4 StGB – bereits eine Gefährdung (und nicht erst eine Störung) des öffentlichen Friedens genügen lässt,¹¹⁰ spricht schon deswegen nicht dagegen, weil das BVerfG den Schutz des Friedens bereits „an sich abzeichnende Gefahren anknüpft“; verfassungsrechtlich problematisch wäre daher eine Pönalisierung allein bestimmter Meinungsäußerungen in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts, nicht aber – wie

in § 130 Abs. 3 StGB – strukturell als potenzielles Gefährdungsdelikts,¹¹¹ das tatbestandlich eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens erfordert.¹¹²

Insofern gibt es äußerlich eine gewisse Annäherung zum strafrechtlichen Schutz des Monopols einer Religion in den Territorialstaaten des cuius regio eius religio; wurde dort jedes nicht staatsglaubenskonforme Verhalten auch mit den Mitteln des Strafrechts als Häresie, Blasphemie, Hexerei o.Ä. verfolgt, werden heutzutage einzelne Äußerungen oder symbolhafte Verhaltensweisen in Bezug auf die NS-Zeit pönalisiert. Ein Unterschied springt allerdings sogleich ins Auge: Ging es in der frühen Neuzeit um eine Absicherung der Gleichheit i.S.e. identischen Bekenntnisses samt dazugehöriger Rituale, geht es heute nur um die strafrechtliche Durchsetzung einer Mindestgleichheit, die nahezu die gesamte Palette an Äußerungen und Verhaltensweisen gestattet, aber eben nicht einzelne ganz konkret bestimmte. Dazu kommt, dass das Strafrecht der frühen Neuzeit zumeist eine Ausübung des Bekenntnisses forderte, während heutzutage straflos jeder stillhalten kann, auch wenn er innerlich den Holocaust nicht wahrhaben will. Empathiebekundungen zum Staat sind nicht gefordert; im forum internum kann jeder denken, was er will. Und das meiste davon darf er auch straffrei laut sagen; aber eben in Deutschland nicht (mehr) alles.¹¹³

Auch im Strafrecht gilt aber heute bis zu einem gewissen Grade die Parole: Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit.¹¹⁴ Ein Minimal-Antifaschismus wird mithin strafrechtlich abgesichert. Manchen gilt § 130 StGB deshalb als Anti-Diskriminierungstatbestand, doch trifft dies nicht eigentlich dessen Struktur, denn – wertfrei gesprochen – wird ja gerade durch diesen Tatbestand eine Ungleichbehandlung verschiedener öffentlicher Äußerungen befördert.

4. Ein spezieller Anti-Diskriminierungs-Straftatbestand?

Einen „echten“ Anti-Diskriminierungstatbestand gibt es mithin im deutschen Strafrecht derzeit nicht. Ein solcher war allerdings im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 10.12.2001 (Punkt 13) vorgesehen; danach sollte in das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) folgender Straftatbestand eingefügt werden (§ 12):

„Wer einer vollstreckbaren Anordnung nach § 2 Abs. 3 zuwiderhandelt, die durch Urteil ergeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹¹¹ BGHSt 46, 212.

¹¹² Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 1.

¹¹³ Hierzu krit. *Vormbaum* (Fn. 11), S. 228. Für den – wenn gleich zeitlich befristeten – Schutz von Erinnerung durch Strafrecht *Zabel*, *ZStW* 122 (2010), 834.

¹¹⁴ Programmatisch *Ipsen*, *Der Staat der Mitte*, 2009, dessen Quintessenz *Austermann* (*Jura* 2010, 480) so zusammenfasst: „Politische Extremisten, die die deutsche Geschichte von 1933 bis 1945 und auf dem Gebiet der ehemaligen DDR unheilvoll und mit schrecklichen Konsequenzen bestimmten, haben im heutigen Deutschland keinen gestaltenden Platz mehr.“

¹¹⁰ Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 8b; *Fischer* (Fn. 9), § 130 Rn. 33.

Nach dem ebenfalls in das UKlaG aufzunehmenden § 2 Abs. 3 kann ein „Unternehmer, der gegen das Benachteiligungsverbot des § 319a BGB verstößt, [...] auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die wesentliche Belange der benachteiligten Personengruppe berührt werden“. § 319a BGB sollte schließlich – wie heute in eingeschränkter Form § 2 AGG – ein allgemeines Benachteiligungsverbot im Zivilrecht verankern, das in einer ersten Stufe über den Unterlassungsanspruch zivilgerichtlich durchgesetzt werden soll; die Wirkungen eines Unterlassungsurteils hätten dann gegen „Wiederholungstäter“ strafrechtlich abgesichert werden sollen. Strafbewehrt gewesen wären damit vorsätzliche Verstöße gegen gerichtlich angeordnete Diskriminierungsverbote; da der Unternehmer von dem Unterlassungs-Urteil spätestens mit dessen Zustellung Kenntnis erlangt hätte, hätte für eine Strafbarkeit gem. § 12 UKlaG genügt, dass der Unternehmer erneut – und vorsätzlich – die ihm zuvor gerichtlich verbotene Benachteiligung vornimmt.

Eine vergleichbare Strafnorm enthält das AGG nicht. Und – wird man ergänzen dürfen – das ist auch gut so, denn die vorsätzliche Verletzung zivilrechtlicher (Unterlassungs-)Ansprüche als solcher sollte grundsätzlich nicht zu einer Strafbarkeit führen.

5. Exkurs: Radbruchs Verleugnungsformel und die Mauerschützen-Fälle

Gustav Radbruch, der wohl in Deutschland wirkmächtigste Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts und ein ebenso bedeutender Strafrechtsdogmatiker wie Kriminalpolitiker,¹¹⁵ nennt – ausgehend von seiner im südwestdeutschen Neukantianismus wurzelnden Rechtsphilosophie¹¹⁶ – als die drei Elemente von Gerechtigkeit: Gleichheit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, vertritt dann aber in seiner Einführung in die „Rechtsphilosophie“, die in den Jahren 1914 bis 1932 zahlreiche Auflagen erleben sollte, einen positivistischen Ansatz, wengleich heute immer wieder darauf hingewiesen wird, dass dieser bereits in den einzelnen Auflagen zusehends relativiert worden ist.

In seiner sog. „Radbruchschen Formel“ gewährt er dann aber ausdrücklich auch naturrechtlichen Erwägungen Einfluss auf das Strafrecht – und zwar strafbegründend. Die Rechtssicherheit ist zwar weiterhin grundsätzlich das oberste strafrechtliche Gut und damit das Strafgesetzbuch in der Diktion seines Lehrers Franz v. Liszt¹¹⁷ die „Magna Charta des Verbrechers“,¹¹⁸ doch gilt dies nicht mehr ohne Ausnahme. Angesichts der von ihm vermeinten Wehrlosigkeit, die der Posi-

tivismus der deutschen Juristenschar gegenüber dem qualitativ wie quantitativ bis dahin undenkbar monströsen Unrecht der NS-Zeit vermittelt hatte, sieht Radbruch im Jahre 1946 Bedarf für zwei Ausnahmen, die man bis heute als „Unerträglichkeitsformel“ und „Verleugnungsformel“ zu besagter Radbruchscher Formel vereint. Erstgenannt und zumeist in den Mittelpunkt gestellt wird die Unerträglichkeitsformel; mit Blick auf die Gleichheit besonders interessant erscheint mir dagegen die Verleugnungsformel, die trotz der von Radbruch gerade darin erkannten Eindeutigkeit im Zuge der Rezeption der Radbruchschen Formel bei der Aufarbeitung des zweiten Unrechtsregimes auf deutschem Boden im 20. Jahrhundert eher ein „Mauerblümchen-Dasein“ fristet.¹¹⁹ Eben wegen der relativen Klarheit ihres Inhalts – wie ich finde – zu Unrecht. Radbruch sagt im zweiten Teil „seiner“ Formel:¹²⁰

„[...] eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht nur „unrichtiges Gesetz“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“

Gegen eine Rezeption der Radbruchschen Formel bei der strafrechtlichen Aufarbeitung der Schüsse an der innerdeutschen Grenze hatte der letzte Radbruch-Schüler Arthur Kaufmann eingewandt, dies widerspreche der Intention ihres Schöpfers, habe dieser sie doch für das unermessliche Unrecht des Nationalsozialismus konzipiert,¹²¹ dem das Unrecht des DDR-Grenzregimes weder qualitativ noch quantitativ auch nur annähernd vergleichbar sei.¹²² Knapp 300 Tote an der innerdeutschen Grenze kann man natürlich nicht mit der millionenfachen Vernichtung von Menschenleben, mit der planmäßigen Ausrottung ganzer Volksstämme innerhalb nur weniger Jahre in einen Topf werfen. Unrecht war aber auch die Tötung nahezu jedes Republikflüchtlings.¹²³ Kommt es allein auf die Unerträglichkeit des Unrechts an, verbietet sich unbestreitbar jeder Vergleich; das gilt umso mehr, als spätestens seit dem Historikerstreit 1986/1987 der Vergleich des NS-Unrechts selbst mit dem Gesamtunrecht des Stalinismus

¹¹⁵ Zu diesem vgl. nur Kaufmann, Gustav Radbruch, Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987; Kleinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, S. 354 ff.

¹¹⁶ Dazu jüngst v. d. Pfordten, JZ 2010, 1021.

¹¹⁷ Zu diesem jüngst Muñoz Conde, in: Grundmann (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 439.

¹¹⁸ Vgl. dazu Vormbaum (Fn. 11), S. 130 f.

¹¹⁹ Von v. d. Pfordten, JZ 2010, 1021 (1027), jüngst allerdings als wesentlicher Teil des Bewahrenswerten von Radbruchs Rechtsphilosophie benannt. Mit Blick auf die NS-Zeit dazu Werle, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im dritten Reich, 1989, S. 8 ff.

¹²⁰ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

¹²¹ Radbruch fährt in der Tat fort: „An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“ (Radbruch, SJZ 1946, 105 [107]).

¹²² Vgl. Kaufmann, NJW 1995, 81; gegen eine Strafbarkeit „normaler“ Mauerschützen z.B. auch Frisch, in: Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 133. Zu Problemen des Systemvergleichs vgl. nur Rüping/Jerouschek (Fn. 69), Rn. 343 ff.

¹²³ Grundlegend Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, 1999, passim.

in der Sowjetunion den Beigeschmack einer Relativierung des spezifischen nationalsozialistischen Unrechts – namentlich des Rassismus und Antisemitismus – in sich trägt.¹²⁴ Wenn sich danach aber eine Gleichsetzung der Unerträglichkeit des Unrechts in Nazi-Deutschland mit demjenigen in der DDR nicht nur in quantitativer, sondern vor allem auch in qualitativer Hinsicht verbietet, heißt dies andererseits aber noch nicht – wie von manchen gefordert –, dass nur Exzessfälle – wie das Dauerfeuer auf einen bereits gestoppten Flüchtling etc. – einer gesamtdeutschen strafrechtlichen Aufarbeitung bedürfen. Gerade der Umstand, dass auch solche Exzessfälle trotz regelmäßig lückenloser Aufklärung durch die DDR-Organen nicht zu einem Strafverfahren in Ostdeutschland geführt haben, führt uns vielmehr zur *Radbruch*-schen Verleugnungsformel.

Recht, das nicht einmal anstrebt Recht zu sein, weil es die Gleichheit als den Kern der Gerechtigkeit verleugnet – das ist für *Radbruch* überhaupt kein Recht. Auf das Strafrecht bezogen heißt dies, dass eine dadurch zementierte Ungleichheit der fraglichen Norm – zumeist geht es hier um Rechtfertigungsgründe wie in der DDR den Schießbefehl oder § 27 GrenzG – letztlich ihren Rechtscharakter nimmt. Unmittelbar ist auch das natürlich gemünzt gewesen auf die NS-Zeit, als Juden, Polen und andere sog. „Fremdvölkische“ absichtlich einem anderen Rechtsregime unterworfen wurden als deutsche „Normalarier“.¹²⁵ Eine derartige gesetzliche Diskriminierung war der DDR naturgemäß fremd; das sozialistische Recht – und damit auch das DDR-Strafrecht – war ein Mittel der Partei zur Durchsetzung ihrer Ziele.¹²⁶ Damit diente es formal gesehen sogar der Durchsetzung der Gleichheit aller Menschen in einer kommunistischen Gesellschaft. Auch mit den Mitteln des Strafrechts wurde von der sozialistischen Norm abweichendes Verhalten innerhalb der DDR sanktioniert.¹²⁷ Insofern gab es sozusagen ein atheistisches „*cuius regio eius religio*“. Allerdings ist – neben dem fehlenden Glauben – auf einen weiteren bemerkenswerten Unterschied hinzuweisen: In der frühen Neuzeit wurde den Betroffenen ein *ius emigrandi* als Alternative zu „gläubiger Gleichheit“ zuerkannt; daran fehlte es in der DDR.

Bedenkt man nun einerseits, dass die DDR – wie jeder Staat – vorsätzliche Tötungen auch in der Rechtspraxis mit

erheblichen Strafen belegte,¹²⁸ zugleich aber ein zunehmend verfeinertes System der Rechtfertigung geschaffen hatte, das tödliche Schüsse an der Grenze – egal in welcher Situation – zur straflosen Normalität erhob,¹²⁹ wird schon deutlich, dass vorsätzliche Tötungen innerhalb der DDR vor den Schranken der Strafgerichte eben nicht gleich behandelt wurden. Frei nach *George Orwells* „*animal farm*“: Die Tötungen an der Mauer waren gleicher als die anderen in der DDR. Ausgehend vom durch Tötungsdelikte in West wie Ost geschützten Rechtsgut – dem menschlichen Leben – tut sich somit innerhalb der DDR eine erhebliche Diskrepanz auf. Auch wenn natürlich wiederum alle Staaten Situationen kennen, in denen vorsätzliche Tötungen gerechtfertigt sein können – man denke nur an Notwehr (§ 32 StGB) und Krieg – so handelt es sich doch stets strukturell um Ausnahmefälle; selbst ein „*bellum iustum*“ entbindet die Kombattanten nicht von ihrer Verpflichtungen des „*ius in bello*“ und gestattet damit nicht jedwede Tötung von gegnerischen Soldaten. An der innerdeutschen Grenze dagegen war die Straflosigkeit für Tötungen von Flüchtlingen ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles die Regel. Dass dieses Grenzregime nicht dem Schutz des Lebens, sondern allein der Machterhaltung des SED-Staates diene, zeigt sich schließlich an den zur Vertuschung solcher Schüsse bereits vorab geplanten und praktizierten Maßnahmen wie etwa den Transport eines lebensgefährlich Verletzten nicht mittels Krankenwagen in das nächste Krankenhaus, sondern – teilweise in Militärfahrzeugen – in ein weiter entferntes Militärhospital. Priorität hatte nicht nur die Verhinderung des Grenzdurchbruchs; gegenüber dem Lebensschutz des gestoppten und verletzten Flüchtlings prioritär war sogar eine Vertuschung des vorherigen Verhaltens, so dass – selbst nach definitiver Verhinderung der Flucht – noch dessen Tod in Kauf genommen wurde. Umgekehrt wurden bestimmte „Grenzsicherungsmaßnahmen“ ausgesetzt, wenn sie gerade – wie wegen eines Staatsbesuchs – der Staatsführung inopportun erschienen.

IV. Fazit

Das materielle Strafrecht ist grundsätzlich nicht geeignet, Gleichheit im Sinne von Willkürfreiheit durchzusetzen, schon weil in einem freiheitlichen Rechtsstaat gleiches Verhalten der Staatsbürger nicht von (Straf-)Rechtswegen erzwungen werden sollte. Lediglich in Ausnahmekonstellationen mag die Erzwingung einer „Mindestgleichheit“ im *forum externum* auch mittels des Strafrechts oder aber – wie mit *Radbruch*-scher Verleugnungsformel – die Absage an eine Rechtfertigungswirkung für eine grob gleichheitswidrige Norm denkbar sein. Von Versuchen, einen – von historischen Sondersituationen wie namentlich den (Neo-)Nazismus losgelösten – allgemeinen Anti-Diskriminierungs-Straftatbestand zu schaffen, sollte daher weiterhin Abstand genommen werden. Im Privatrecht mag das Sozialstaatsprinzip etwa Eingriffe in die freiheitliche

¹²⁴ Dazu *Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 5, 2008, S. 284 ff. m.w.N.

¹²⁵ Zum Prinzip des Sonderrechts aufgrund „völkischer Ungleichheit“ vgl. nur *Majer*, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, 1987, S. 117 ff.; *dies.*, in: *Hertle/Schaarschmidt* (Hrsg.), *Strafjustiz im Nationalsozialismus*, 2008, S. 11.

¹²⁶ Dazu *Arnold*, in *Arnold* (Hrsg.), *Die Normalität des Strafrechts der DDR*, 1995, S. 63; *Rüping/Jerouschek* (Fn. 69), Rn. 344. Zur politischen Strafjustiz in der DDR vgl. nur *Werke*, *Politische Strafjustiz in der Ära Ulbricht*, 1995, passim.

¹²⁷ Zum Strafrecht der DDR vgl. die Beiträge in *Arnold* (Fn. 126), und *Vormbaum* (Fn. 11), S. 250 ff.

¹²⁸ Zur lebenslangen Freiheitsstrafe in der DDR *Arnold* (Fn. 126), S. 187.

¹²⁹ Zum Grenzregime der DDR vgl. nur *Werle/Burghardt*, in: *Geisler* (Fn. 31), S. 757 (S. 758 ff.) m.w.N.

Eigentumsordnung begründen,¹³⁰ schon weil Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG statuiert: „Eigentum verpflichtet“. Die flächendeckende Durchsetzung von Gleichheit mittels Strafnormen würde in Richtung auf ein gemeinschaftsgebundenes, auf den Pflichtgedanken aufbauendes Strafrecht führen, wie es in einem freiheitlichen Rechtsstaat keinen Platz hat.

¹³⁰ Zum Verhältnis von Sozialstaat und freiheitlicher Eigentumsordnung äußert sich der Strafrechtler *Kühl*, in: Richardi (Hrsg.), Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, Wolfgang Blomeyer zum Gedenken, 2003, S. 789.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Pressemitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellungen von Personen

Von Prof. Dr. Bernd Heinrich, Berlin

I. Einführung und Problemdarstellung

Die Veröffentlichung von Fotografien insbesondere prominenter Persönlichkeiten in Zeitungen ohne deren Zustimmung ist ein Problem, welches in Deutschland bisher vorwiegend im Zivilrecht diskutiert wird. Zivilrechtlich geht es hierbei regelmäßig um eine Klage auf Unterlassung der weiteren Veröffentlichung oder um die Frage, ob die abgebildete Person einen Schadensersatzanspruch oder einen Anspruch auf Schmerzensgeld gegen den Fotografen oder den Zeitschriftenverleger besitzt. Dabei hat sich in der deutschen zivilrechtlichen Rechtsprechung die Ansicht durchgesetzt, dass derjenige, der durch eine Fotografie, die gegen seinen Willen angefertigt und veröffentlicht wurde, in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht betroffen ist.¹ Dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als Grundrecht durch die Verfassung geschützt und findet seine Grundlage in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Hiernach hat jeder „das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“. Obwohl die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe darstellen, trifft den Staat darüber hinaus auch eine Schutzpflicht dahingehend, dass der Einzelne auch gegenüber seinen Mitmenschen verlangen kann, die ihm zukommenden Rechte zu achten. Insoweit ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch bei der Auslegung zivilrechtlicher Normen zu beachten. Wird dieses Recht verletzt, so können im Hinblick auf die Herstellung der Fotografien Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB folgen.² Im Hinblick auf die Veröffentlichung enthalten darüber hinaus die §§ 22, 23 des Kunsturheberrechtsgesetzes (KUG) Sondernormen, die als spezielle Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen sind und zudem ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen.

Dies heißt nun aber nicht, dass jede Aufnahme oder Veröffentlichung eines Fotos verboten ist, denn auch der Fotograf kann sich bei der Aufnahme der Fotografie jedenfalls auf seine allgemeine Handlungsfreiheit berufen, die ebenfalls durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird. Für den beruflich tätigen Journalisten oder Fotografen kommt noch hinzu, dass ein grundsätzliches Verbot von Fotoaufnahmen ihn in seiner durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit beeinträchtigen würde. Daneben werden in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG „die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film“ garantiert. Das Fernsehen wird dabei zum Rundfunk gezählt, während die Einordnung der Veröffentlichungen über das Internet rechtlich umstritten ist. Einerseits

wird hierfür ebenfalls die Rundfunkfreiheit³ herangezogen, andererseits aber auch die Pressefreiheit⁴ mit ins Spiel gebracht. Überwiegend wird jedoch eine differenzierende Betrachtung vorgenommen.⁵ Beide Formen neuer Medien – Fernsehen und Internet – sind aber jedenfalls vom Schutzbereich eines der genannten Grundrechte erfasst. Da insoweit verschiedene Grundrechte der Beteiligten kollidieren, muss der Richter im Einzelfall eine Abwägung treffen, wofür in der zivilrechtlichen Rechtsprechung mehrere Kriterien entwickelt wurden.⁶ Dennoch werden immer noch Urteile des Bundesgerichtshofes⁷ vom Bundesverfassungsgericht⁸ aufgehoben, weil sie entweder das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die Pressefreiheit zu sehr einschränken.

Aber nicht nur in der Rechtsprechung der deutschen Gerichtshöfe spielt die Frage der Abwägung eine entscheidende Rolle. In jüngster Zeit hat sich auch mehrfach der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingeschaltet und Entscheidungen sowohl des BGH als auch des BVerfG überprüft.⁹ Rechtsgrundlage ist hier Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), wonach jede Person

³ *Brand*, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002, S. 234 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art., 5 I, II Rn. 91; *Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 225, 228; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rn. 100; *Peine*, in: Zehetner (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ernst Folz, 2003, S. 257; *Röger*, ZRP 1997, 203 (205); *Schoch*, VVDStRL 57 (1988), 158 (197).

⁴ OLG München GRUR-RR 2005, 372 (373 f.) – jedenfalls in Bezug auf elektronische Presseerzeugnisse; vgl. auch *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2008, Teil C Rn. 32.

⁵ Zumeist wird hierbei zwischen den einzelnen Internetdiensten differenziert oder ein neues Grundrecht der „Internetfreiheit“ gefordert; vgl. hierzu *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse, 2008, S. 52; *Bullinger*, JZ 1996, 385 (386); *Grothe*, KritV 1999, 27 (32 ff.); *Grzeszick*, AöR 123 (1998), 173 (188); *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rn. 92 ff.; *Lerch*, CR 1997, 261 (263 ff.); *Möllers*, AfP 2008, 241 (247 f.).

⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Metz*, Das Recht Prominenter am eigenen Bild in Kollision mit Drittinteressen, 2008.

⁷ So BGHZ 131, 332 = NJW 1996, 1128 = GRUR 1996, 923 (Caroline von Monaco); vgl. zur jüngeren Rechtsprechung des BGH in diesem Zusammenhang BGH NJW 2007, 1981 = GRUR 2007, 523 – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGH NJW 2008, 3141 = GRUR 2008, 1020 (Caroline von Hannover/Ferrienvilla).

⁸ Vgl. BVerfGE 101, 361 = NJW 2000, 1021 = GRUR 2000, 446 (Caroline von Monaco).

⁹ Vgl. EGMR NJW 2004, 2647 = GRUR 2004, 1051 (Caroline von Hannover); hierzu *Metz* (Fn. 6), S. 286 ff.

¹ Vgl. *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2008, Vor §§ 22 ff. KUG Rn. 3.

² Vgl. hierzu *Grassmann/Begemann*, in: Wandtke (Hrsg.), Medienrecht, Praxishandbuch, 2008, Teil 6 Kap. 3 Rn. 85 ff., die darüber hinaus auch noch auf weitere zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen hinweisen.

„das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz“ hat.¹⁰ Andererseits enthält Art. 10 EMRK das Recht der freien Meinungsäußerung sowie die Meinungsfreiheit und – obwohl dies im Text der Vorschrift nicht ausdrücklich erwähnt ist – die Pressefreiheit. Die EMRK gilt in Deutschland im Range eines einfachen Bundesgesetzes,¹¹ daher muss auch die Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Gerichte beachtet werden. Zwar kann der EGMR keine Entscheidung eines deutschen Gerichts aufheben und die Urteile binden nach Art. 66 Abs. 1 EMRK auch nur die Vertragsparteien. Die Bundesrepublik ist jedoch auf der Grundlage des Art. 46 Abs. 1 EMRK völkerrechtlich dazu verpflichtet, die festgestellte Verletzung der EMRK zu beseitigen.¹²

Im Folgenden soll jedoch nicht auf die zivilrechtliche Problematik eingegangen, sondern die strafrechtliche Verantwortlichkeit der beteiligten Personen untersucht werden. Diese spielt in der Praxis allerdings, wie bereits erwähnt, (noch) keine große Rolle, obwohl an sich in vielen Fallkonstellationen, in denen man zu einer zivilgerichtlichen Verurteilung kommt, auch der Anfangsverdacht für die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen gegeben wäre (wobei allerdings bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, dass die entscheidenden strafrechtlichen Normen als absolute Antragsdelikte ausgestaltet sind und es in den überwiegenden Fällen an einem Strafantrag fehlt¹³). Dabei ist als erstes daran zu erinnern, dass das Strafrecht als ultima ratio jedenfalls insoweit abhängig vom Zivilrecht ist, als durch das Strafrecht keine

Verhaltensweisen verboten und unter Strafe gestellt werden können, die zivilrechtlich erlaubt sind. Was dem Reporter und dem Verleger zivilrechtlich nicht untersagt werden kann bzw. ihm sogar unter Berufung auf seine Grundrechte ausdrücklich gestattet werden muss, kann auch nicht zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen.

Wenn man sich im deutschen Recht nach entsprechenden Strafnormen umsieht, musste man bis vor wenigen Jahren lange suchen. Denn das deutsche Recht enthielt nur an ganz versteckter Stelle – und zudem außerhalb des Strafgesetzbuches – eine Strafvorschrift, die das unbefugte Verbreiten von Bildnissen anderer Personen unter Strafe stellt. Diese Strafnorm stand – und steht auch heute noch – im „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie“ aus dem Jahre 1907 (Kunsturheberrechtsgesetz – KUG).¹⁴ Nach dem dortigen § 33 macht sich strafbar, wer entgegen den §§ 22, 23 KUG ein Bildnis eines anderen verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt. Nach § 22 KUG dürfen Bildnisse anderer Personen nur mit deren Einwilligung verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Allerdings enthält § 23 KUG eine Reihe von Ausnahmen, die festlegen, wann eine solche Einwilligung entbehrlich ist. Die wichtigste Ausnahme ist in § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG geregelt. Zulässig ist es hiernach, „Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ auch ohne Einwilligung des Betroffenen zu veröffentlichen. Was unter dem Bereich der Zeitgeschichte zu verstehen ist, ob und inwieweit hierunter auch „Personen der Zeitgeschichte“ als solche fallen und ob gegebenenfalls auch der private Alltag solcher Personen erfasst ist, ist dabei allerdings sehr umstritten.¹⁵

Durch das KUG ist jedoch nur die Verbreitung der Fotografie verboten. Ausdrücklich nicht erfasst ist hingegen die Herstellung einer solchen Aufnahme. Ob und inwieweit nun aber bereits die bloße Herstellung von Fotografien unter Strafe gestellt werden sollte, war in Deutschland lange Zeit umstritten. Gegen den Widerstand insbesondere mancher Journalistenverbände¹⁶ wurde schließlich im Jahre 2004 ein neuer § 201a in das StGB eingefügt, der bereits die Herstellung von Fotos untersagt, wenn diese den „höchstpersönlichen Lebensbereich“ des Betroffenen verletzen. Dabei ist der höchstpersönliche Lebensbereich hier räumlich zu verstehen, sodass zwar eine Wohnung oder ein Hotelzimmer darunter fallen, nicht aber die Aufnahme, die während des Einkaufs in einem Supermarkt oder während des Besuchs in einem Restaurant gemacht wird.¹⁷

Umstritten ist darüber hinaus, ob für Journalisten im Bereich des Strafrechts Sonderregelungen im Vergleich zum

¹⁰ Vgl. auch Art. 17 Abs. 1 des Paktes über bürgerliche und private Rechte: „Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden“.

¹¹ Vgl. BVerfGE 10, 271 (274): Das BVerfG geht hier davon aus, dass jedenfalls eine Verfassungsbeschwerde nicht auf die EMRK gestützt werden kann – hieraus kann indirekt gefolgert werden, dass die EMRK lediglich als „einfaches Gesetz“ angesehen wird; BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 82, 106 (120): Hier geht das BVerfG davon aus, dass die EMRK zwar als Auslegungshilfe zur Interpretation des Begriffs der „Unschuldsvormutung“ herangezogen werden kann. Darüber hinaus wird aber klargestellt, dass die EMRK nur anzuwenden ist, solange die dortigen Regelungen nicht im Widerspruch zum Grundgesetz stehen; in diese Richtung auch BVerfGE 111, 307 (317).

¹² Das BVerfG nimmt allerdings in NJW 2005, 2685 (2688) – Görgülü, eine Bindungswirkung für deutsche Gerichte an; vgl. hierzu im Einzelnen *Grassmann/Begemann* (Fn. 2), Rn. 47; *Metz* (Fn. 6), S. 333 ff.

¹³ So finden sich insbesondere zu § 33 KUG kaum einmal strafgerichtliche Verurteilungen; so auch *Dreier* (Fn. 1), § 33 KUG Rn. 3; vgl. allerdings OLG Karlsruhe NJW 1980, 1701: Hier ging es um eine Verurteilung eines Journalisten, der im Rahmen einer Demonstration einen Polizeibeamten fotografiert und dieses Foto anschließend publiziert hatte; ähnlich OLG Celle NJW 1979, 57; LG Frankfurt a.M. NSTz 1982, 35.

¹⁴ RGBI. 1907, S. 7.

¹⁵ Vgl. zu dieser Frage näher unten III.

¹⁶ Vgl. die „Gemeinsame Stellungnahme der Medienverbände zum Entwurf eines sog. Intimsphäre-Gesetzes“, abgedruckt in AfP 2004, 110; kritisch hierzu *Tillmanns/Führ*, ZUM 2005, 441 (442): Es bestehe die Gefahr einer „juristischen Fessel gerade auch für engagierten, investigativen Journalismus“; den Gesetzentwurf hingegen begrüßend *Koch*, GA 2005, 589 (604 f.); vgl. ferner den Bericht von *Heymann*, AfP 2004, 240.

¹⁷ Zu § 201a StGB vgl. noch ausführlich unten II.

„normalen“ Bürger gelten. Dies wird insbesondere im Hinblick auf den „investigativen Journalismus“ seit längerem kontrovers diskutiert.¹⁸ Hierbei geht es darum, ob derjenige Journalist, der im politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Bereich Missstände und Skandale aufdeckt, in bestimmtem Umfang auch strafrechtliche Grenzen überschreiten darf.¹⁹

II. Die unbefugte Herstellung von Bildaufnahmen, § 201a StGB

Wie bereits erwähnt, wurde die Vorschrift des § 201a StGB, der die „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“ unter Strafe stellt, erst vor kurzer Zeit ins StGB eingefügt.²⁰ Seither genießt das Recht am eigenen Bild einen vergleichbaren Schutz wie das Recht am nichtöffentlich gesprochenen Wort, welches schon seit längerer Zeit durch § 201 StGB vor unbefugter Aufnahme auf einen Tonträger geschützt wird. Die Einfügung des § 201a StGB hat insbesondere seitens der Presseverbände starke Kritik erfahren, da sich die Presse hierdurch in ihrem Recherche-Journalismus beeinträchtigt fühlt.²¹ Allerdings ist die angeordnete Strafe (nämlich Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) im Vergleich zur Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe geahndet werden kann) wesentlich niedriger ausgefallen.

Strafbar ist nach § 201a Abs. 1 StGB das unbefugte Herstellen oder Live-Übertragen von Bildaufnahmen anderer Personen, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befinden. Allerdings fordert der Tatbestand darüber hinaus, dass die Aufnahmen den „höchstpersönlichen Lebensbereich“ der betreffenden Person

verletzen. Dieser Begriff ist leider alles andere als eindeutig.²² In der Diskussion wird oft auf den durch die zivilrechtliche Rechtsprechung geprägten Begriff der „Intimsphäre“ verwiesen. Dieser umfasst jedenfalls die Bereiche Sexualität, Krankheit und Tod, darüber hinaus aber auch bestimmte Bereiche des „normalen“ Familienlebens, d.h. der „Privatsphäre“.²³ Ausgenommen ist hingegen die bloße Sozialsphäre, also insbesondere das Berufs- und Erwerbsleben.²⁴ Fotoaufnahmen während einer geschäftlichen Besprechung gehören also nicht zum „höchstpersönlichen Lebensbereich“. Bei den Personen selbst muss es sich allerdings um lebende Personen handeln, sodass Aufnahmen von toten Menschen – im Gegensatz zu der späteren Veröffentlichung²⁵ – nicht erfasst sind.

Der strafrechtliche Schutz des § 201a StGB greift jedoch nur, wenn sich die betreffenden Personen in den hier genannten Räumlichkeiten aufhalten, die dem Einzelnen gleichsam als „letzter Rückzugsbereich“²⁶ verbleiben müssen.²⁷ Dabei lässt sich der Begriff der „Wohnung“ unter Heranziehung der zu § 123 StGB entwickelten Grundsätze noch einigermaßen konkret bestimmen.²⁸ Nicht erfasst sind z.B. Büro- und Geschäftsräume, die zumindest einer beschränkten Öffentlichkeit zugänglich sind. Dagegen ist der Bereich des „gegen Einblick besonders geschützten Raumes“ im Strafrecht neu und insoweit auch wesentlich problematischer.²⁹ In der Lehre ist man sich im Wesentlichen darüber einig, dass hierunter in erster Linie Gärten fallen, sofern sie von sichtundurchlässigen hohen Hecken umgeben sind, wobei der Sichtschutz allerdings gerade dazu dienen muss, einen höchstpersönlichen Lebensbereich abzugrenzen. Insoweit können z.B. ein Büro oder das Wartezimmer einer Arztpraxis nicht dadurch zu geschützten Räumlichkeiten werden, dass man die Jalousien

¹⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Heinrich*, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1241.

¹⁹ Vgl. hierzu noch ausführlich unten IV.

²⁰ Eingefügt durch Gesetz v. 30.7.2004, BGBl. I 2004, S. 2012; Materialien: BT-Drs. 15/2466; BT-Drs. 15/2995; frühere Entwürfe: BT-Drs. 15/361; BT-Drs. 15/533; BT-Drs. 15/1891; vgl. zu diesem neuen Tatbestand *Borgmann*, NJW 2004, 2133; *Bosch*, JZ 2005, 377; *Bosch*, JA 2009, 308; *Eisele*, JR 2005, 6; *Ernst*, NJW 2004, 1277 (1278); *Flechtsig*, ZUM 2004, 605; *Hesse*, ZUM 2005, 432; *Heuchemer/Bendorff/Paul*, JA 2006, 616; *Heymann*, ZUM 2004, 240; *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (329 ff.); *Kühl*, AfP 2004, 190; *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436; *Pollähne*, KritV 2003, 387 (405 ff.); *Wendt*, AfP 2004, 181; noch zum Entwurf der Norm: *Ernst*, NJW 2004, 1277; *Werwigk-Hertneck*, ZRP 2003, 293; ferner ausführlich *Kächele*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB), 2006.

²¹ Kritisch daher *Löffler/Ricker*, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl. 2005, Kap. 54 Rn. 24c; *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436; zur Bedeutung des § 201a StGB für die Presse vgl. auch *Flechtsig*, ZUM 2004, 605 (608), sowie den Bericht von *Heymann*, AfP 2004, 240; ausführlich zur Vereinbarkeit des § 201a StGB mit Art. 5 GG *Wendt*, AfP 2004, 181 (183 ff.).

²² Kritisch zu diesem Begriff insbesondere *Borgmann*, NJW 2004, 2133 (2134 f.); *Bosch*, JZ 2005, 377 (379 f.); *ders.*, JA 2009, 308 (309); *Flechtsig*, ZUM 2004, 605 (607, 609 f.); *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (336 f.); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 201a Rn. 1; *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (438 f.); vgl. ferner *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

²³ Vgl. BR-Drs. 164/1/03, S. 7; BT-Drs. 15/2466, S. 4 f.; hierzu auch *Flechtsig*, ZUM 2004, 605 (609); *Hesse*, ZUM 2005, 432 (434); *Valerius*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 201a Rn. 31 f.; *Wendt*, AfP 2004, 181 (189).

²⁴ *Hesse*, ZUM 2005, 432 (434).

²⁵ Vgl. hierzu noch unten III.

²⁶ BT-Drs. 15/2466, S. 5.

²⁷ Kritisch zu dieser Einschränkung *Bosch*, JZ 2005, 377 (379); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 201a Rn. 2; vgl. ferner *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (349); *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

²⁸ Dagegen plädiert *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 7, für eine engere Auslegung des Wohnungsbegriffs in § 201a StGB.

²⁹ Vgl. hierzu BT-Drs. 15/1891, S. 7; BT-Drs. 15/2466, S. 6; *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437).

sien herunterlässt.³⁰ Erfasst sind dagegen die Behandlungszimmer von Arztpraxen, Umkleidekabinen in Kaufhäusern und Badeanstalten oder Beichtstühle. Dagegen unterfallen Nacktaufnahmen von Besuchern einer öffentlich zugänglichen Saunaanlage nicht dem Schutzbereich des § 201a StGB.³¹

Unter den Begriff des „Herstellens“ von Aufnahmen fallen sämtliche Vorgänge, mit denen ein Bild (in analoger oder digitaler Form) auf einem Bild- oder Datenträger abgespeichert wird.³² Dabei muss es sich jedoch um eine erstmalige Aufzeichnung handeln, eine Anfertigung von Vervielfältigungsstücken einer bereits vorhandenen Aufnahme unterfällt also nicht dem Schutzbereich des § 201a Abs. 1 StGB. Die Vervielfältigung wird dann allerdings durch § 201a Abs. 2 StGB erfasst, der auch das Gebrauchen einer Erst-Aufnahme unter Strafe stellt.³³ Insoweit ist also z.B. auch der Vervielfältigungsvorgang bei der Herstellung einer Zeitung unter diese Strafnorm zu subsumieren. Die Herstellung einer Zeitung fällt nun aber regelmäßig nicht mehr in den Verantwortungsbereich des Journalisten oder Fotografen, sondern des Verlegers bzw. verantwortlichen Redakteurs. Als zweites Merkmal wurde neben dem „Herstellen“ das „Übertragen“ in § 201a StGB aufgenommen, um auch Live-Sendungen erfassen zu können. Denn sofern diese nicht abgespeichert, sondern nur weitergeleitet werden, liegt mangels Speicherung kein „Herstellen“ im Sinne des § 201a StGB vor. Aus der Gesamtschau der beiden Tatvarianten ergibt sich, dass aber auf jeden Fall die Verwendung von technischen Hilfsmitteln erforderlich ist. Von der Strafnorm nicht erfasst ist dagegen das bloße Beobachten anderer Personen (das sog. „Spannen“),³⁴ welches aber von dem ebenfalls neu ins StGB eingestellten „Stalking“-Tatbestand des § 238 StGB erfasst sein kann.

Liegt insoweit der Tatbestand des § 201a StGB vor (Vorsetzprobleme werden sich in diesem Bereich nur selten stellen), ist schließlich noch entscheidend, dass die Bildaufnahme „unbefugt“ hergestellt worden sein muss. Dabei ist zu beachten, dass die „Unbefugtheit“ kein Tatbestandsmerkmal darstellt, sondern eine „befugt“ hergestellte Aufnahme erst die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ausschließt.³⁵ „Befugt“ hergestellt ist eine Aufnahme insbesondere dann, wenn die betroffene Person eingewilligt hat. Ist dies nicht der Fall, liegt es zwar nahe, dass von einer unbefugt hergestellten Aufnahme auszugehen ist. Gerade im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Journalisten oder Fotografen könnten hiervon jedoch

Ausnahmen diskutiert werden. Denn in diesem Bereich ist insbesondere das Grundrecht der Pressefreiheit, verankert in Art. 5 GG, zu beachten, sodass im Einzelfall an dieser Stelle eine Interessenabwägung zu erfolgen hat.³⁶ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang außerdem noch § 193 StGB, der den besonders für die Presse relevanten Rechtfertigungsgrund der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ enthält. Dieser gilt jedoch nach ganz herrschender Ansicht nur für die Beleidigungsdelikte und kann auf andere Straftatbestände nicht analog angewendet werden.³⁷ Auch ist zu beachten, dass im Gesetzgebungsverfahren die Aufnahme eines entsprechenden speziellen Rechtfertigungsgrundes in § 201a StGB diskutiert, letzten Endes aber gerade verworfen wurde.³⁸ Alles in allem wird man allerdings zu dem Ergebnis kommen müssen, dass auch unter Berücksichtigung der Pressefreiheit wohl kaum einmal eine Aufnahme, die ohne Einwilligung des Betroffenen in dessen Wohnung (oder in einem sonstigen „höchstpersönlichen Lebensbereich“) gemacht worden ist, gerechtfertigt sein dürfte. Selbst die Aufdeckung von Skandalen rechtfertigt es nicht, einen prominenten Politiker in seinem Hotelzimmer zu fotografieren, wenn er sich dort mit seiner Geliebten trifft. Auf der Grundlage des allgemeinen Rechtfertigungsgrundes des § 34 StGB („Rechtfertigender Notstand“) kann es aber im Einzelfall zulässig sein, Fotografien von Personen zur Aufdeckung einer Straftat zu machen.³⁹ Wer sich also als Journalist oder Fotograf in eine Wohnung einschleicht und dort Aufnahmen macht, die beweisen, dass in dieser Wohnung Personen gefangen gehalten und misshandelt werden, darf dies nach § 34 StGB tun. Die Frage ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn diese Aufnahmen in einem späteren Strafprozess gegen die Geiselnnehmer als Beweismittel eingesetzt werden sollen. Denn die Zulässigkeit einer solchen Beweisverwertung hängt entscheidend davon ab, ob die Aufnahmen zuvor rechtmäßig hergestellt wurden oder nicht.

Nach § 201a Abs. 2 StGB wird die Strafbarkeit – wie bereits erwähnt – auch auf diejenigen Personen ausgedehnt, die nach § 201a Abs. 1 StGB unbefugt hergestellte oder übertragene Bildaufnahmen „gebrauchen“ oder anderen Personen „zugänglich machen“. Hierunter fällt jede Nutzung der Aufnahme zu privaten oder kommerziellen Zwecken. Tatbestandlich erfasst werden dabei sowohl das Speichern als auch das Archivieren und das Kopieren der entsprechenden Bilder oder Bilddateien.⁴⁰ Nach der Begründung des Gesetzgebers fällt sogar das bloße Betrachten einer unbefugt hergestellten

³⁰ Vgl. hierzu *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 9.

³¹ Hierzu OLG Koblenz NStZ 2009, 268; *Bosch*, JA 2009, 308 (309 f.); *Heuchemer/Bendorf/Paul*, JA 2006, 616 (617).

³² BR-Drs. 164/1/03, S. 7.

³³ *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 12.

³⁴ Hierzu *Eisele*, JR 2005, 6 (9); *Flechsigs*, ZUM 2004, 605 (607 f.); *Heuchemer/Bendorf/Paul*, JA 2006, 616 (617); *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

³⁵ BT-Drs. 15/2466, S. 5: „Die Befugnis wird sich in den überwiegenden Fällen aus dem Einverständnis der abgebildeten Person ergeben“; ferner *Eisele*, JR 2005, 6 (10); *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 16; *Kühl*, AfP 2004, 190 (196); *Lackner/Kühl* (Fn. 22), § 201a Rn. 9.

³⁶ *Löffler/Ricker* (Fn. 21), Kap. 43 Rn. 24c; gegen die Heranziehung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als allgemeiner Rechtfertigungsgrund aber *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 27; kritisch auch *Valerius* (Fn. 23), § 201a Rn. 39.

³⁷ *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 16; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 121. Lfg., Stand: April 2010, § 201a Rn. 24.

³⁸ BR-Drs. 164/03, S. 6; BT-Drs. 15/361, S. 2; zu dieser Problematik auch *Bosch*, JZ 2005, 377 (382 ff.).

³⁹ *Heinrich* (Fn. 18), S. 1241 (S. 1261 ff.).

⁴⁰ BT-Drs. 15/2466, S. 5; *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 18.

Bilddatei unter das Merkmal des „Gebrauchens“.⁴¹ Hierfür spricht, dass auch eine Live-Übertragung mittels eines technischen Hilfsmittels von § 201a Abs. 1 StGB erfasst ist. Dagegen spricht aber, dass das bloße Betrachten („Spannen“) einer Person in den geschützten Räumlichkeiten straflos ist. Hiermit ist jedoch das bloße Betrachten (nicht aber das Über-senden!) einer Bilddatei durchaus vergleichbar, sodass mehr dafür spricht, dieses Betrachten grundsätzlich straffrei zu lassen.

Im Hinblick auf die hier zu untersuchende Thematik ist unter Berücksichtigung der vorgenannten Ausführungen somit festzustellen, dass sich nicht nur der Journalist oder Fotograf nach § 201a Abs. 1 StGB bei der Aufnahme des Fotos strafbar machen kann, sondern dass auch der verantwortliche Redakteur, der Verleger bzw. der Herausgeber einer Zeitschrift, der das Bild anschließend veröffentlicht, Gefahr läuft eine Straftat nach § 201a Abs. 2 StGB zu begehen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Betroffenen jedenfalls mit der Möglichkeit rechnen, dass es sich um eine unbefugte Aufnahme handelt und sie dies auch billigend in Kauf nehmen, d.h. jedenfalls mit bedingtem Vorsatz handeln.

In § 201a Abs. 3 StGB findet sich sogar eine Erweiterung der Strafbarkeit auf ursprünglich befugt hergestellte Bildaufnahmen. Hiernach macht sich auch derjenige strafbar, der eine ursprünglich in den genannten privaten Räumlichkeiten befugt hergestellte Aufnahme nunmehr unbefugt einem Dritten zugänglich macht. Dies kommt insbesondere dann in Frage, wenn eine mit Einwilligung der anderen Person in einer Wohnung aufgenommene Fotografie nunmehr – entgegen einer vorherigen Absprache – veröffentlicht wird. Bestraft wird in diesen Fällen also der „nachträgliche Vertrauensbruch“.⁴² Wiederum ist es allerdings erforderlich, dass die Aufnahme den „höchstpersönlichen Lebensbereich“ des Opfers verletzt. Subjektiv muss noch hinzukommen, dass der Täter hinsichtlich seiner mangelnden Befugnis „wissentlich“ unbefugt handelt. Bedingter Vorsatz genügt also nicht. Im Gegensatz zu § 201a Abs. 1 StGB stellt die „Unbefugtheit“ in Abs. 3 insoweit also nicht nur einen Rechtfertigungsgrund, sondern ein Tatbestandsmerkmal dar.⁴³ Im hier interessierenden Zusammenhang kann dieser Tatbestand insbesondere dann einschlägig werden, wenn für eine Zeitschrift oder eine Fernsehreportage Aktfotos oder Bildnisse aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich („Big Brother“) befugt aufgenommen wurden, später dann aber die anfangs vorliegende Einwilligung (wegen gewandelter Überzeugung oder aus finanziellen Gründen) widerrufen wird.⁴⁴ Hier wird man die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Widerrufs ebenso zu prüfen

haben wie die Frage, ob die erteilte Einwilligung sich auch auf eine mögliche Zweitveröffentlichung (die unter Umständen Jahre später erfolgt) erstreckt. Allerdings sollte man hier – wie stets – beachten, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, bloße Vertragsverletzungen zu sanktionieren.

III. Die unbefugte Verbreitung von Bildaufnahmen, § 33 KUG

Nach § 33 KUG macht sich strafbar, wer entgegen den §§ 22, 23 KUG ein Bildnis „verbreitet“ oder öffentlich „zur Schau stellt“. Die Tat muss allerdings vorsätzlich begangen werden. Die Strafandrohung ist identisch mit derjenigen des § 201a StGB und befindet sich mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe eher am unteren Rand.

Nach § 22 S. 1 KUG ist es untersagt, Bildnisse ohne Einwilligung des Abgebildeten zu verbreiten oder öffentlich zur Schau zu stellen. Dabei enthält das Gesetz in § 22 S. 2 KUG noch den Hinweis, dass eine Einwilligung im Zweifel als erteilt gilt, wenn der Abgebildete eine Entlohnung dafür erhält, dass er sich abbilden lässt. Eine Sonderregelung trifft S. 3 dieser Vorschrift für Verstorbene: Nach deren Tod bedarf eine Veröffentlichung bis zum Ablauf von zehn Jahren der Einwilligung der Angehörigen. In erster Linie sind dies der überlebende Ehegatte, der Lebenspartner oder die Kinder des Abgebildeten, wenn solche nicht vorhanden sind, dessen Eltern (vgl. § 22 S. 4 KUG). Solche Fälle sind in Deutschland im Übrigen durchaus schon vorgekommen: So kursierten kurz nach dem Tod des damaligen Reichskanzlers Fürst von Bismarck im Jahre 1890 Fotografien von dessen Leichnam in seinem Sterbebett.⁴⁵ Vor etwas über zwanzig Jahren, am 11.10.1987, wurde Uwe Barschel, der ehemalige Ministerpräsident von Schleswig-Holstein, tot in einer Badewanne in einem Hotel am Genfer See aufgefunden. Auch hier fanden sich wenige Tage später Aufnahmen von ihm auf der Titelseite der Zeitschrift „Stern“, nachdem zuvor zwei Reporter in das nicht verschlossene Hotelzimmer eingedrungen waren, die Leiche entdeckt und diese fotografiert hatten.⁴⁶

Während die „Verbreitung“ eine Weitergabe des Originals oder von Vervielfältigungsstücken in körperlicher Form erfordert (z.B. die Herausgabe bzw. Verteilung einer Zeitung oder eines Buches), versteht man unter der öffentlichen „Zur-schaustellung“ die Sichtbarmachung eines Bildnisses gegenüber einer nicht begrenzten Öffentlichkeit.⁴⁷ Dies liegt in der Regel bei der unkörperlichen Wiedergabe im Wege der Ausstrahlung eines Filmes, im Fernsehen oder im Internet⁴⁸ vor.

⁴⁵ Vgl. RGZ 45, 170.

⁴⁶ Vgl. zum „Fall Barschel“ auch *Flechsigt*, ZUM 2004, 605 (612 f.); *Heinrich* (Fn. 18), S. 1241 (1247); *Puttfarcken*, ZUM 1988, 133; ferner den Entscheid des Schweizer Bundesgerichts in BGE 118 IV, 319; hierzu die Berichte in AfP 1990, 292 und NJW 2004, 504.

⁴⁷ Vgl. *Gass*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 60 Anh. § 22 KUG Rn. 37 f.; *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 22 KUG Rn. 9.

⁴⁸ Vgl. *Dreier* (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 11; *Gass* (Fn. 47), § 60 Anh. § 22 KUG Rn. 37; vgl. allerdings auch BGHSt 47, 55

⁴¹ BT-Drs. 15/1891, S. 7; kritisch hierzu *Bosch*, JZ 2005, 377 (380); *Heuchemer/Bendorff/Paul*, JA 2006, 616 (619).

⁴² Vgl. *Bosch*, JZ 2005, 377 (382); *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 22.

⁴³ Vgl. *Bosch*, JZ 2005, 377 (382); *Fischer* (Fn. 27), § 201a Rn. 24; *Flechsigt*, ZUM 2004, 605 (615); *Heuchemer/Bendorff/Paul*, JA 2006, 616 (620); *Kühl*, AfP 2004, 190 (196); *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (439); kritisch hierzu *Eisele*, JR 2005, 6 (10).

⁴⁴ Vgl. *Bosch*, JZ 2005, 377 (384 f.).

Wird der Film allerdings nicht (öffentlich) aufgeführt, sondern werden Vervielfältigungsstücke desselben auf DVD vertrieben, liegt wiederum eine Verbreitung vor.

Allerdings enthält § 23 Abs. 1 KUG eine Reihe von bedeutenden Ausnahmen von diesem strikten Verbot. Hiernach ist eine Einwilligung entbehrlich (1.) für Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte, (2.) für Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen, (3.) für Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben⁴⁹ und (4.) für Bildnisse, deren Verbreitung oder Zurschaustellung einem höheren Interesse der Kunst dienen, sofern diese Bildnisse nicht auf Bestellung angefertigt worden sind.⁵⁰

In diesen Fällen darf eine Aufnahme also auch ohne Einwilligung des Abgebildeten veröffentlicht werden. Dennoch gibt es auch hier eine Grenze, denn diese Privilegierung erstreckt sich nach der ausdrücklichen Regelung des § 23 Abs. 2 KUG nicht auf solche Verbreitungen und Zurschaustellungen, durch die ein „berechtigtes Interesse“ des Abgebildeten oder, falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird. Auch insoweit hat also letztlich eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Individualinteresse des Abgebildeten zu erfolgen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einem „abgestuften Schutzkonzept“ (Grundregel: Verbot = § 22 KUG; Ausnahmen = § 23 Abs. 1 KUG; Einschränkung der Ausnahmen = § 23 Abs. 2 KUG).⁵¹ Dies ist insbesondere für das Zivilrecht bedeutsam, da hier die Beweislast für das Vorliegen eines Umstandes jeweils derjenige trägt, der sich auf den entsprechenden Umstand beruft (so trägt die Beweislast dafür, dass es sich um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt, der Veröffentlichende, während der Abgebildete wiederum dafür beweispflichtig ist, dass die Veröffentlichung im konkreten Fall seinen berechtigten Interessen widerspricht). Für das Strafrecht stellt dieses abgestufte Schutzkonzept unter Verwendung von unbestimmten Rechts-

(59 f.) – hier hat der BGH im Hinblick auf Veröffentlichungen im Internet einen „internetspezifischen Verbreitungsbe-
griff“ entwickelt.

⁴⁹ Vgl. hierzu aus der Rechtsprechung BGH JZ 1976, 31 (32) m. Anm. Schmidt.

⁵⁰ Vgl. hierzu Schertz, GRUR 2007, 558.

⁵¹ Vgl. zu diesem abgestuften Schutzkonzept BVerfGE 101, 361 (387) = NJW 2000, 1021 (1023 f.) = GRUR 2000, 446 (451) – Caroline von Monaco; BVerfGE 120, 180 (211) = NJW 2008, 1793 (1795) = GRUR 2008, 539 (542) – Caroline von Hannover; BGHZ 171, 275 (278 f.) = NJW 2007, 1977 (1978 f.) = GRUR 2007, 527 (527 f.) – Winterurlaub; BGH NJW 2005, 594 (595) = GRUR 2005, 76 (77) – „Rivalin“ von Uschi Glas; BGH NJW 2007, 1981 (1982) = GRUR 2007, 523 (524 f.) – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGH NJW 2008, 749 (750 f.) = GRUR 2007, 902 (903 f.) – Abgestuftes Schutzkonzept II; inhaltlich identisch, ohne jedoch den Begriff des „abgestuften Schutzkonzeptes“ zu verwenden: BGH NJW 2006, 599 = GRUR 2006, 257 – Ernst August von Hannover.

begriffen wie z.B. dem „berechtigten Interesse“ jedoch eine nicht allzu glückliche Regelung dar, da sich im Zweifel kaum einmal vorhersehen lässt, wie diese Abwägung (insbesondere im Rahmen des § 23 Abs. 2 KUG) durch die Gerichte vorgenommen wird, hiervon aber letztlich die Strafbarkeit des Einzelnen nach § 33 KUG abhängt.⁵²

Besonders umstritten und daher auch öfter Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen ist in diesem Bereich die Frage, ob und wann Bildnisse aus dem Bereich der „Zeitgeschichte“ vorliegen. Dabei versteht man unter Zeitgeschichte das gesamte politische, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben,⁵³ der Begriff ist also weit auszulegen. Hier ist als erstes darauf hinzuweisen, dass § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG nicht von „Personen der Zeitgeschichte“ schlechthin spricht, sondern von „Bildnissen aus dem Bereich der Zeitgeschichte“. Die Aufnahme selbst muss also zeitgeschichtlichen Charakter haben.

Gerade im Hinblick auf die Personen der Zeitgeschichte hatte sich nun in den letzten Jahren eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, die zwischen „absoluten Personen der Zeitgeschichte“ und „relativen Personen der Zeitgeschichte“ trennt.⁵⁴ Absolute Personen der Zeitgeschichte waren Personen, die auf Grund ihrer hervorgehobenen Stellung in Staat und Gesellschaft oder durch außergewöhnliches Verhalten oder besondere Leistungen aus der Masse der Mitmenschen herausragen.⁵⁵ Es handelte sich hier in erster Linie um Politiker,⁵⁶ Angehörige regierender Königs- und Fürstenhäuser,⁵⁷

⁵² Kritisch zu der kaum noch prognostizierbaren Rechtsprechung und der damit einher gehenden Rechtsunsicherheit auch *Klass*, AfP 2007, 517 (527); *Söder*, ZUM 2008, 89 (95).

⁵³ Vgl. *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 3; ferner BGHZ 171, 275 (281) = NJW 2007, 1977 (1979) = GRUR 2007, 527 (528) – Winterurlaub; BGH NJW 2007, 1981 (1982) = GRUR 2007, 523 (525) – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGH NJW 2008, 749 (750) = GRUR 2007, 902 (903) – Abgestuftes Schutzkonzept II.

⁵⁴ Die Differenzierung geht zurück auf *Neumann-Duesberg*, JZ 1960, 114. Das BVerfG hält die Differenzierung für verfassungsrechtlich unbedenklich, sofern die notwendige Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und den Interessen des Abgebildeten auch bei den absoluten Personen der Zeitgeschichte nicht unterbleibt; vgl. BVerfGE 101, 361 (392) = NJW 2000, 1021 (1025) = GRUR 2000, 446 (452) – Caroline von Monaco; BVerfG NJW 2001, 1921 (1922 f.) – Prinz Ernst August von Hannover.

⁵⁵ *Grassmann/Begemann* (Fn. 2), Rn. 43; *Götting*, in: Schri-
cker/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 23 KUG Rn. 21; *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 8; vgl. auch *Dreier* (Fn. 1), § 23 KUG Rn. 5.

⁵⁶ BVerfGE 91, 125 (138) = NJW 1995, 184 (186) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; BVerfG NJW 1992, 3288 (3289); BVerfG ZUM 1994, 636 (639) – Erich Honecker; BGH GRUR 1996, 195 – Abschiedsmedaille (Willy Brandt); KG AfP 2006, 369 (370) – Heide Simonis; KG AfP 2007, 573 (573 f.) – Joschka Fischer; vgl. auch LG Hamburg AfP 2007, 275 (276) – Desiree Nick (diese wurde hier aufgrund eines gemeinsamen Auftritts und einer gemeinsamen Abbil-

Schauspieler,⁵⁸ Musiker,⁵⁹ Fernsehmoderatoren,⁶⁰ Vertreter der Wirtschaft,⁶¹ Erfinder⁶² und bekannte Sportler⁶³. Bei diesen Personen ging jedenfalls die Rechtsprechung davon aus, dass sie unabhängig von einem bestimmten Ereignis regelmäßig bereits wegen ihrer Person öffentliche Aufmerksamkeit genossen und daher selbst schon einen zeitgeschichtlichen Gegenstand darstellten.⁶⁴ Daher wären sie stets von der Ausnahmeklausel des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG erfasst und könnten eine Veröffentlichung ihrer Fotos nur dann verhindern, wenn sie nach § 23 Abs. 2 KUG ein berechtigtes Interesse geltend machen können.⁶⁵ Dies hatte auch zur Folge,

dung mit Klaus Wowereit [= absolute Person der Zeitgeschichte] auf einer Spendengala als relative Person der Zeitgeschichte angesehen).

⁵⁷ BVerfGE 101, 361 (392 f.) = NJW 2000, 1021 (1025) = GRUR 2000, 446 (452 f.) – Caroline von Monaco; BGHZ 131, 332 (336 f.) = NJW 1996, 1128 (1129) = GRUR 1996, 923 (924 f.) – Caroline von Monaco II; BGHZ 171, 275 (280) = NJW 2007, 1977 (1978 f.) = GRUR 2007, 527 (528) – Winterurlaub; OLG Karlsruhe NJW 2006, 617 (618) – Albert von Monaco; so bereits KG JW 1928, 363 – Piscator.

⁵⁸ BGH GRUR 1956, 427 (428) – Paul Dahlke; BGH GRUR 1992, 557 – Joachim Fuchsberger; BGH GRUR 2000, 709 (714) – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2002, 690 (691) – Marlene Dietrich; OLG Hamburg AfP 1992, 159; OLG Hamburg ZUM 1995, 494 (495) – Michael Degen; LG München I AfP 1997, 559 (561) – Gustl Bayrhammer.

⁵⁹ BGH GRUR 1997, 125 (126) – Bob Dylan; KG GRUR 2004, 1056 – Lebensgefährtin von Herbert Grönemeyer; OLG Hamburg AfP 1991, 437 (438) – Roy Black; OLG München AfP 1995, 658 (660) – Anne-Sophie Mutter; LG Berlin AfP 2001, 246 (247) – Nina Hagen.

⁶⁰ BGH GRUR 1992, 557 – Joachim Fuchsberger; KG NJW-RR 2007, 109 (110) = GRUR 2007, 82 – Sabine Christianen; LG Berlin NJW-RR 2006, 1639 – Günther Jauch.

⁶¹ BGH AfP 1993, 736 – FCKW; BGH GRUR 1994, 391 (392) – „Alle reden vom Klima“; vgl. aber auch BGH WRP 2004, 240 (241) – Fotomontage.

⁶² RGZ 74, 308 (313) – Graf Zeppelin (wobei damals noch nicht sauber zwischen „absoluten“ und „relativen“ Personen der Zeitgeschichte differenziert wurde).

⁶³ BGH GRUR 1968, 652 (653) – Ligaspieler; BGH GRUR 1979, 425 (426) – Franz Beckenbauer; BGH GRUR 1979, 732 (734) – Fußballtor; OLG Frankfurt a.M. AfP 1988, 62 (62 f.) – Boris Becker; OLG Frankfurt a.M. NJW 2000, 594 – Katharina Witt; OLG München AfP 2007, 237 (238) – Boris Becker; vgl. auch RGZ 125, 80 (81 f.), wobei damals noch nicht sauber zwischen „absoluten“ und „relativen“ Personen der Zeitgeschichte differenziert wurde.

⁶⁴ BVerfGE 101, 361 (392 f.) = NJW 2000, 1021 (1025) = GRUR 2000, 446 (452) – Caroline von Monaco; BGHZ 131, 332 (336) = NJW 1996, 1128 (1129) = GRUR 1996, 923 (924 f.) – Caroline von Monaco II; BGH GRUR 2007, 899 (900) – Grönemeyer; *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 8.

⁶⁵ Vgl. aber auch AG Ahrensböck DJZ 1920, 196: Hier wurde eine Strafbarkeit bei der Veröffentlichung eines Fotos abgelehnt, welches den damaligen Reichspräsidenten Ebert

dass sie grundsätzlich in jeder Lebenslage aufgenommen werden konnten, es sei denn, es griff im Einzelfall die Ausnahmeklausel des § 23 Abs. 2 KUG ein. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn sich die Person in Ihrer Wohnung befand oder wenn sie sich zwar außerhalb der Wohnung aufhielt, sich dort aber in einer örtlichen Abgeschiedenheit bewegte „in die [sie] sich zurückgezogen hat, um dort objektiv erkennbar für sich allein zu sein und in der [sie] sich im Vertrauen auf die Abgeschiedenheit so verhält wie [sie] es in der breiten Öffentlichkeit nicht tun würde“⁶⁶. Anders sollte die Lage hingegen bei den relativen Personen der Zeitgeschichte sein. Hier handelte es sich um Personen, die – unabhängig von ihrem Willen – nur im Zusammenhang mit einem bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignis vorübergehend aus der allgemeinen Anonymität heraustraten und ins Blickfeld der Öffentlichkeit gelangten.⁶⁷ Bei ihnen waren nur diejenigen Umstände als solche der Zeitgeschichte anzusehen, die gerade im Zusammenhang mit demjenigen Ereignis standen, welches sie zur Person der Zeitgeschichte machte.⁶⁸ Zu nennen sind hier insbesondere Straftäter, die eine Tat begangen hatten, welche in den Medien Schlagzeilen machte,⁶⁹ be-

und den Reichswehrminister Noske in Badehose zeigte; kritisch hierzu *Petersen*, Medienrecht, 5. Aufl. 2010, 5. Teil Einleitung Rn. 5; vgl. weitere Fälle aus der Rechtsprechung: BVerfGE 101, 361 = NJW 2000, 1021 = GRUR 2000, 446 – Caroline von Monaco; OLG Hamburg ZUM 1991, 550; OLG Köln AfP 1982, 181 – Rudi Carrell; OLG Stuttgart AfP 1981, 362 – Rudi Carrell; KG NJW 2007, 703.

⁶⁶ BVerfGE 101, 361 (393) = NJW 2000, 1021 (1025) = GRUR 2000, 446 (448) – Caroline von Monaco.

⁶⁷ BVerfG AfP 2001, 212 (214) – Prinz Ernst August von Hannover; OLG Hamburg AfP 1995, 665 (666) – Esther Schweins; *Dreier* (Fn. 1), § 23 KUG Rn. 8; *Grassmann/Begemann* (Fn. 2), Rn. 44; *Löffler/Ricker* (Fn. 21), Kap. 43 Rn. 14; *Prinz/Peters*, Medienrecht, Die zivilrechtlichen Ansprüche, 1999, Rn. 849; *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 14; v. *Strobl-Albeg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 8 Rn. 13.

⁶⁸ BGH GRUR 1966, 102 – Spielgefährtin; vgl. hierzu *Dreier* (Fn. 1), § 23 KUG Rn. 8.

⁶⁹ BVerfG GRUR 1973, 541 (546 f., 548) – Lebach; BVerfG AfP 2006, 354 (355 f.) – Ernst August von Hannover; BGH GRUR 1967, 205 (208 f.) – Vor unserer eigenen Tür; BGH NJW 2006, 599 (600 f.) = GRUR 2006, 257 (259) – Ernst August von Hannover; KG NJW 2007, 703; KG NJW-RR 2007, 345 (346) = GRUR-RR 2007, 126 (127) – El Presidente; OLG Celle NJW-RR 2001, 335 (336); OLG Düsseldorf AfP 2002, 343 (345); OLG Frankfurt a.M. AfP 2006, 185 (188) – Kannibale von Rotenburg; OLG Frankfurt a.M. ZUM 2007, 546 (548); OLG Hamburg AfP 1983, 466 (467) – Oktoberfest-Attentäter; OLG Hamburg AfP 1987, 518; OLG Hamburg NJW-RR 1991, 990 (991); OLG Hamburg AfP 1994, 232 (233); OLG Hamburg NJW-RR 1994, 1439 (1440) = ZUM 1995, 336 (337 f.); OLG Hamm AfP 1988, 258; LG Berlin AfP 2007, 282 (283) – Ehemaliges RAF-Mitglied; LG Frankfurt a.M. CR 2007, 194; LG Halle AfP 2005, 188 (190); LG Wiesbaden NJW-RR 2005, 1069; vgl. hierzu auch

stimmte Tatzeugen⁷⁰, Richter⁷¹, Verteidiger⁷², Verbrechensoffer⁷³ oder auch Journalisten, die einen Skandal aufgedeckt hatten. Diese Personen durften auf dem Weg zum Gerichtssaal oder zur Pressekonferenz aufgenommen und die derart hergestellten Fotos auch anschließend veröffentlicht werden. Etwas anderes galt jedoch dann, wenn sich dieselben Personen abends mit Freunden in einer Gaststätte trafen.

Auch für die relativen Personen der Zeitgeschichte galt aber selbstverständlich § 23 Abs. 2 KUG: Selbst wenn sie im Zusammenhang mit einem bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignis aufgenommen wurden, war die Verbreitung des Fotos dennoch unzulässig, wenn berechnete Interessen des Abgebildeten entgegenstehen. Zu den relativen Personen der Zeitgeschichte wurden im Übrigen auch Familienangehörige und Lebensgefährten von absoluten Personen der Zeitgeschichte gezählt,⁷⁴ wobei für minderjährige Kinder zuweilen Ausnahmen gemacht wurden.⁷⁵

Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl. 2008., Rn. 221 ff., 239 ff.; *Engau*, Straftäter und Tatverdächtige als Personen der Zeitgeschichte, 1993, passim; *Gass* (Fn. 47), § 60 Anh. § 23 KUG Rn. 17; *Götting* (Fn. 55), § 23 KUG Rn. 34; *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 15; v. *Strobl-Albeg* (Fn. 67), Kap. 8 Rn. 21.

⁷⁰ Einschränkung allerdings BGH GRUR 1966, 102 (103) – Spielgefährtin; OLG Frankfurt a.M. AfP 1976, 181 (hier war der Tatzeuge allerdings zugleich auch Tatopfer); OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 1328 (1329) = GRUR 1989, 823 (824) – Unfallfoto; LG Berlin AfP 2004, 68 (69); LG Berlin AfP 2004, 152 (153); vgl. auch LG Köln AfP 1991, 757.

⁷¹ BVerfG NJW 2000, 2890 (2891).

⁷² OLG Hamburg AfP 1982, 177 (178).

⁷³ OLG Frankfurt a.M. AfP 1976, 181 – Verbrechensoffer; vgl. auch LG Köln AfP 1991, 757: Angehörige eines getöteten Verbrechensoffers sind hiernach keine relativen Personen der Zeitgeschichte.

⁷⁴ BVerfG AfP 2001, 212 (214) – Prinz Ernst August von Hannover; BGHZ 158, 218 (221) = NJW 2004, 1795 (1796) = GRUR 2004, 592 (593 f.) – Charlotte Casiraghi; BGH GRUR 2007, 899 (902) – Grönemeyer; KG GRUR 2004, 1056 (1057) – Lebensgefährtin von Herbert Grönemeyer; KG GRUR 2005, 79 – Lebensgefährtin von Herbert Grönemeyer; OLG Hamburg GRUR 1990, 35 – Begleiterin; OLG Hamburg AfP 1995, 512 (513); LG Hamburg ZUM 2003, 577 – Ehefrau von Guido Horn; LG Köln AfP 1994, 165 (165 f.) – Lebensgefährtin von Harald Schmidt; vgl. auch *Klass*, ZUM 2007, 818; *Schmitt*, ZUM 2007, 186; vgl. nunmehr aber auch BGH NJW 2007, 1981 = GRUR 2007, 523 (524 f.) – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGH NJW 2008, 749 (751) = GRUR 2007, 902 (904) – Abgestuftes Schutzkonzept II.

⁷⁵ Vgl. zu diesem Komplex BVerfGE 101, 361 (385 f.) = NJW 2000, 1021 (1023) = GRUR 2000, 446 (450 f.) – Caroline von Monaco; BVerfG NJW 2000, 2191; BVerfG ZUM 2005, 556 (557); BGH GRUR 1996, 227 (228) – Wiederholungsveröffentlichung; BGHZ 158, 218 = NJW 2004, 1795 = GRUR 2004, 592; BGH NJW 2005, 56 = GRUR 2005, 74; BGHZ 160, 298 (304 ff.) = NJW 2005, 215 (217) = BGH

Die Unterscheidung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte ist allerdings in letzter Zeit insbesondere hinsichtlich der absoluten Personen der Zeitgeschichte stark kritisiert worden.⁷⁶ Denn auch diesen Personen muss ein bestimmter Rückzugsbereich verbleiben, in dem Fotoaufnahmen (und eine anschließende Veröffentlichung derselben) grundsätzlich unzulässig sind. Zutreffend wird dabei darauf hingewiesen, dass § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG von „Bildnissen aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ und nicht von „Personen der Zeitgeschichte“ spricht. Daher ist die Rechtsfigur der „absoluten Person der Zeitgeschichte“ insoweit als verfehlt anzusehen, als dadurch die Person selbst zur „Zeitgeschichte“ erklärt wird (mit der Folge, dass dann ohne weitere Prüfung stets unabhängig von der jeweiligen Tätigkeit der Tatbestand der Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG als erfüllt angesehen wird und nur noch eine Korrektur über § 23 Abs. 2 KUG möglich ist).⁷⁷ § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG setzt vielmehr voraus, dass die Aufnahmen selbst im Zusammenhang mit einem bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignis stehen. Wenn ein Staatspräsident auf einem Wochenmarkt Obst einkauft, kann dies aber kaum als „zeitgeschichtliches Ereignis“ anerkannt werden.

Auch der EGMR hat die deutsche Rechtsprechung zur „absoluten Person der Zeitgeschichte“ inzwischen kritisiert und hierin einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK erblickt.⁷⁸

GRUR 2005, 179 (181) – Tochter von Caroline von Hannover; OLG Hamburg AfP 2008, 525 (525 f.) = NJW 2009, 87 (88); OLG München AfP 1995, 658 (660) – Tochter von Anne-Sophie Mutter; *Löffler/Ricker* (Fn. 21), Kap. 43 Rn. 14; *Soehring*, Presserecht, 4. Aufl. 2010, § 21 Rn. 7e; *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 20.

⁷⁶ Vgl. insbesondere EGMR NJW 2004, 2647 = GRUR 2004, 1051 (1054, 1055 f.) – Caroline von Hannover; auf dieses Urteil wird sogleich noch näher einzugehen sein; vgl. auch *Halfmeier*, AfP 2004, 417; *Mann*, NJW 2004, 3220; *Soehring/Seelmann-Eggebert*, NJW 2005, 571 (576); *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 11.

⁷⁷ Diese Orientierung am Wortlaut wird auch begrüßt von *Grassmann/Begemann* (Fn. 2), Rn. 48.

⁷⁸ Vgl. EGMR NJW 2004, 2647 = GRUR 2004, 1051 (1054, 1055 f.) – Caroline von Hannover; zustimmend *Beuthien*, K&R 2004, 457; *Forkel*, ZUM 2005, 192; *Halfmeier*, AfP 2004, 417; *Herrmann*, ZUM 2004, 665; *Stürner*, AfP 2005, 213; *Teichmann*, NJW 2007, 1917 (1919 f.); vgl. auch *Bartnik*, AfP 2004, 489 (492 ff.); *Kaboth*, ZUM 2004, 818; *Götting* (Fn. 55), § 23 KUG Rn. 28; dagegen tendieren die deutschen Gerichte dazu, an der bisherigen Differenzierung dem Grunde nach festzuhalten; vgl. BGH GRUR 2007, 899 (900) – Grönemeyer; KG AfP 2006, 369 (371); KG GRUR 2007, 82; OLG Karlsruhe NJW 2006, 617 (619) – Albert von Monaco; OLG München AfP 2007, 237 (238 f.) – Boris Becker; LG Berlin AfP 2007, 257 (258); auch in der Literatur wird die Entscheidung des EGMR vielfach kritisiert und die bisherige Differenzierung befürwortet; vgl. *Dreier* (Fn. 1), § 23 KUG Rn. 4 ff.; *Gersdorf*, AfP 2005, 221; *Grabenwarter*, AfP 2004, 309; *Lettl*, WRP 2005, 1045 (1055); *Mann*, NJW 2004, 3220; *Metz* (Fn. 6), S. 201; *Ohly*, GRUR Int. 2004, 902 (905,

Nach Ansicht des EGMR könne der Vorrang der Pressefreiheit höchstens im Hinblick auf Politiker⁷⁹ gelten und dürfe auch hier das rein private Verhalten nicht erfassen, sofern die Berichterstattung nur das Sensationsbedürfnis befriedige und vor allem kommerziellen Interessen des berichtenden Presseunternehmens diene.⁸⁰ Das BVerfG ist der Rechtsprechung des EGMR jedoch nicht in allen Punkten gefolgt und hält auch weiterhin daran fest, dass die Abbildungsfreiheit nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG nicht auf solche Bildnisse beschränkt ist, welche die Personen der Zeitgeschichte gerade bei der Ausübung ihrer gesellschaftlichen Funktion zeigen.⁸¹ Der BGH seinerseits vermeidet zwar seit der Entscheidung des EGMR die Verwendung der Begriffe der „absoluten“ und „relativen Person der Zeitgeschichte“⁸² und spricht seither lediglich noch von einem „abgestuften Schutzkonzept“⁸³, ob dies jedoch auch zu einer inhaltlichen Änderung der Rechtsprechung führen wird, ist derzeit noch nicht absehbar.

Liegt nun ein „Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG vor, so ist – wie bereits mehrfach erwähnt – nach § 23 Abs. 2 KUG als weiteres Korrektiv noch zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten einer Veröffentlichung entgegensteht. Diesbezüglich haben sich einige Fallgruppen herausgebildet, in denen typischerweise berechnete Interessen des Abgebildeten betroffen sind,⁸⁴ wie z.B. beim Eindringen in die geschützte

Privat- oder Intimsphäre des Abgebildeten⁸⁵, bei der Verfälschung des Aussagegehalts eines Bildnisses⁸⁶ oder beim Einsatz eines Bildnisses zu Werbezwecken⁸⁷. Sind diese berechtigten Interessen tangiert, so heißt dies jedoch noch nicht zwangsläufig, dass eine Bildveröffentlichung unzulässig ist. Vielmehr hat in diesen Fällen gerade die von § 23 Abs. 2 KUG geforderte Abwägung stattzufinden. Hierbei ist z.B. beim Eindringen in die Privatsphäre des Abgebildeten weiter zu berücksichtigen, ob es sich um eine Aufnahme aus dem Intimbereich bzw. einem Bereich handelt, der jedem Menschen als „letzter Rückzugsbereich“ verbleiben muss, wie dies insbesondere in der häuslichen Sphäre oder aber

911); *Soehring/Seelmann-Eggebert*, NJW 2005, 571 (576 f.); *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 11.

⁷⁹ Abweichend hiervon allerdings noch in der Folgezeit KG GRUR 2005, 79 (80) – Lebensgefährtin von Herbert Gröne-meyer II.

⁸⁰ Vgl. EGMR NJW 2004, 2647 = GRUR 2004, 1051 – Caroline von Hannover; so auch EGMR NJW 2006, 591 – Karhu-vaara und Iltalehti; hierzu *Dreier* (Fn. 1), § 23 KUG Rn. 1a.

⁸¹ BVerfG NJW 2008, 1793 (1799) = GRUR 2008, 539 (542) – Caroline von Hannover.

⁸² BVerfG NJW 2006, 2835; BVerfG NJW 2006, 2836; BGHZ 171, 275 (278 f.) = NJW 2007, 1977 (1978 f.) = GRUR 2007, 527 (528) – Winterurlaub; BGH NJW 2006, 599 = GRUR 2006, 257 – Ernst August von Hannover; BGH NJW 2007, 1981 (1982) = GRUR 2007, 523 (525) – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGH NJW 2008, 749 (750 f.) = GRUR 2007, 902 (903) – Abgestuftes Schutzkonzept II; vgl. aber auch BGH NJW 2005, 594 (595 f.) = GRUR 2005, 76 (78) – „Rivalin“ von Uschi Glas (hier wird die Verwendung der Rechtsfigur der „absoluten“ und „relativen Person der Zeitgeschichte“ durch das OLG vom BGH verteidigt).

⁸³ BGHZ 171, 275 (278 f.) = NJW 2007, 1977 (1978 f.) = GRUR 2007, 527 (528) – Winterurlaub; BGH NJW 2007, 1981 (1982) = GRUR 2007, 523 (525) – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGH NJW 2008, 749 (750 f.) = GRUR 2007, 902 (903) – Abgestuftes Schutzkonzept II; zum Ganzen *Grassmann/Begemann* (Fn. 2), Rn. 47 ff.

⁸⁴ Vgl. hierzu auch *Fricke* (Fn. 47), § 23 KUG Rn. 35 ff.

⁸⁵ BVerfGE 101, 361 (382 f.) = NJW 2000, 1021 (1025 f.) = GRUR 2000, 446 (450) – Caroline von Monaco; BVerfG NJW 2008, 1793 (1799) = GRUR 2008, 539 (541) – Caroline von Hannover; BGHZ 131, 332 (337 f.) = NJW 1996, 1128 (1129 f.) = GRUR 1996, 923 (925 f.) – Caroline von Monaco II.

⁸⁶ LG Hamburg ZUM 1998, 579 (583 f.) – Caroline von Monaco; LG München I AfP 2003, 373 – Freundin von Oliver Kahn; ferner BVerfGE 85, 1 (16 ff.) = NJW 1992, 1439 (1440) – Bayer; vgl. aber auch BVerfG GRUR 2005, 500 (501 f.) – Ron Sommer (Zulässigkeit reproduktionstechnisch bedingter Änderungen); OLG Karlsruhe AfP 1982, 48 – Satireposter.

⁸⁷ BGH GRUR 1956, 427 (428) – Paul Dahlke; BGH GRUR 1961, 138 (139 f.) – Familie Schölermann; BGH GRUR 1968, 652 (653 f.) – Ligaspieler; BGH GRUR 1972, 97 (99) – Liebestropfen; BGH GRUR 1979, 732 (734) – Fußballtor; BGH GRUR 1992, 557 – Joachim Fuchsberger; BGH GRUR 1997, 125 (126 f.) – Bob Dylan; BGH GRUR 2000, 709 (714 f.) – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2002, 690 (691) – Marlene Dietrich; BGH WRP 2000, 754 (756) – „Der blaue Engel“; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2003, 1 – Jan Ullrich; OLG Hamburg AfP 1999, 486 (488) – Backstreet Boys; OLG Hamburg ZUM 2004, 309 – Fußballspieler; OLG Karlsruhe AfP 1996, 282 (283) – Ivan Rebroff (Einsatz eines „Doubles“ eines bekannten Schauspielers zu Werbezwecken); OLG München AfP 2003, 272 – „Blauer Engel“ (Nachstellung einer berühmten Filmszene); OLG München ZUM 2003, 139 – Tennisspieler; OLG München ZUM 2006, 341 – Vergleichende Werbung; LG Berlin NJW 1996, 1142 (1143); LG Düsseldorf AfP 2002, 64 – Franz-Beckenbauer-Imitation; LG Frankenthal (Pfalz) AfP 2004, 294; LG München I AfP 2000, 473 (475) – Boris Becker; LG München I ZUM 2002, 565 – Boris Becker; LG München I ZUM 2003, 418 – Fußballnationalmannschaft; LG München I AfP 2004, 295 (296 f.); LG München I ZUM 2004, 318 – Vergleichende Werbung; vgl. aber auch BVerfG ZUM 2001, 232 (233) – Abschiedsmedaille (Willy Brandt); BGH GRUR 1979, 425 (427) – Fußballspieler; BGH GRUR 1996, 195 (197 f.) – Abschiedsmedaille (Willy Brandt); BGH GRUR 2007, 139 (141 f.) – Rücktritt des Finanzministers; OLG Frankfurt a.M. NJW 1989, 402 (403) – Boris Becker; OLG München NJW-RR 1990, 1327 (1328) – Franz Josef Strauß.

dann der Fall ist,⁸⁸ wenn die betreffende Person sich zwar in der Öffentlichkeit bewegt, hier aber erkennbar eine „örtliche Abgeschiedenheit“ sucht.⁸⁹ Dagegen ist – jedenfalls nach der früheren Rechtsprechung – eine Veröffentlichung zulässig, wenn es sich um die Darstellung von Alltagssituationen handelt.⁹⁰ Fraglich ist allerdings, ob diese Differenzierung infolge der Rechtsprechung des EGMR⁹¹ inzwischen noch in dieser Form aufrecht erhalten bleiben kann. Der BGH differenziert in seinen jüngsten Entscheidungen jedenfalls danach, ob der Abbildung ein gewisser Informationswert zukomme (dann sei die Veröffentlichung zulässig) oder diese nur dem Sensationsbedürfnis diene (dann sei sie unzulässig), wobei bei der Beurteilung des Informationsgehalts immer auch der sich in dem Bericht wiederfindende Text zu berücksichtigen sei.⁹² Zu den berechtigten Interessen gehören ferner z.B. die Resozialisierungsinteressen eines Strafgefangenen, der kurz vor seiner Entlassung steht und der insoweit verhindern kann, dass unter Verwendung seines Namens und dokumentarischen Materials mit seinen Bildnissen ein Fernsehfilm über die seiner Verurteilung zu Grunde liegenden Straftaten ge-

⁸⁸ Ein solcher Rückzugsbereich wurde z.B. auch angenommen bei einem Privatgespräch in einem nur schlecht beleuchteten Gartenlokal; vgl. BGHZ 131, 332 (341 f.) = NJW 1996, 1128 (1130) = GRUR 1996, 923 (926) – Caroline von Monaco II.

⁸⁹ BVerfGE 101, 361 (384 f., 393 f.) = NJW 2000, 1021 (1022 f., 1025) = GRUR 2000, 446 (450, 453) – Caroline von Monaco.

⁹⁰ Die Veröffentlichung von Abbildungen in Alltagssituationen wurde von der deutschen Rechtsprechung bislang durchweg als zulässig angesehen; vgl. BVerfGE 101, 361 (395 f.) = NJW 2000, 1021 (1026) = GRUR 2000, 446 (453) – Caroline von Monaco (Einkaufen, Reiten, Fahrradfahren); BVerfG NJW 2000, 2192 – Caroline von Monaco (Besuch einer öffentlichen Badeanstalt); BGHZ 131, 332 (343 ff.) = NJW 1996, 1128 (1130) = GRUR 1996, 923 (926 f.) – Caroline von Monaco II (Besuch einer öffentlichen Gaststätte); KG GRUR 2004, 1056 (1057) – Lebensgefährtin von Herbert Grönemeyer (Besuch einer öffentlichen Gaststätte); LG Hamburg ZUM 1998, 579 – Caroline von Monaco (u.a. Skilaufen, Tennisspielen, Shopping).

⁹¹ Vgl. insbesondere EGMR NJW 2004, 2647 = GRUR 2004, 1051 – Caroline von Hannover.

⁹² Vgl. BGH NJW 2007, 1981 (1982) = GRUR 2007, 523 (526) – Abgestuftes Schutzkonzept I (Prinz Ernst August von Hannover); BGHZ 171, 275 (281 ff.) = NJW 2007, 1977 (1980) = GRUR 2007, 527 (529) – Winterurlaub; BGH GRUR 2007, 899 (902) – Grönemeyer; BGH GRUR 2007, 902 (904) – Abgestuftes Schutzkonzept II; vgl. auch KG AfP 2006, 369 – Heide Simonis; KG AfP 2007, 375 – Joschka Fischer; OLG Karlsruhe NJW 2006, 617 (619) – Albert von Monaco; OLG Karlsruhe ZUM 2006, 571 – Kranzniederlegung; LG Berlin GRUR-RR 2006, 198 (199) – Lukas Podolski. Das BVerfG hat in NJW 2008, 1793 = GRUR 2008, 539 – Caroline von Hannover dieses Vorgehen gebilligt.

dreht wird.⁹³ Dies ist in Deutschland in den letzten Jahren einige Male vorgekommen und betraf dabei zum Teil auch bereits gedrehte Fernsehfilme, die dann nicht gesendet werden durften.⁹⁴ Zwar lag auch hier regelmäßig der Schwerpunkt auf zivilrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen. Insbesondere für den Produzenten und den Programmverantwortlichen des Fernsehsenders dürfte es allerdings von Interesse sein, dass an die unbefugte Ausstrahlung eines solchen Films durchaus auch strafrechtliche Konsequenzen geknüpft werden können.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass in denjenigen Fällen, in denen die verbreiteten Aufnahmen zugleich unbefugt hergestellte Bildaufnahmen im Sinne des § 201a StGB darstellen, beide Vorschriften nebeneinander anwendbar sind.⁹⁵

IV. Das Sonderproblem des „investigativen Journalismus“

Fraglich ist, ob die vorstehenden Erörterungen auch in vollem Umfang auf Journalisten Anwendung finden können. Es ist dabei auf die grundsätzliche Problematik einzugehen, inwieweit für Journalisten, die im Rahmen einer Recherche strafrechtliche Grenzen überschreiten (müssen), gewisse Privilegierungen gelten.⁹⁶ Angesprochen ist dabei in erster Linie der „investigative Journalismus“, also diejenigen Fälle, in denen Journalisten durch eine umfangreiche Recherche Skandale im politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Bereich aufdecken. Darf also ein Journalist – wie im oben genannten Fall „Uwe Barschel“ – unter Verstoß gegen das Hausrecht anderer in fremde Hotelzimmer eindringen, um dort Informationen zu erlangen? Darf er Fotos von einem Verstorbenen aufnehmen, diese anschließend in einer Zeitschrift veröffentlichen und somit der Öffentlichkeit präsentieren? Als klassischer Fall des „investigativen Journalismus“ wird regelmäßig die Aufdeckung des „Watergate“-Skandals durch die amerikanischen Journalisten Bob Woodward und Carl Bernstein

⁹³ BVerfGE 35, 202 – Lebach I; hierzu Dreier (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 11a; Petersen (Fn. 65), § 2 Rn 29; vgl. aber auch BVerfG NJW-RR 2007, 1340, 1341: Hier wird ausgeführt, dass eine Presseberichterstattung über eine getilgte Vorstrafe zulässig sei, da die Meinungsfreiheit im konkreten Fall das Resozialisierungsinteresse überwiege; ferner LG Koblenz NJW 2007, 695 (698); vgl. in diesem Zusammenhang ferner OLG Frankfurt a.M. NJW 2007, 699: Auch ohne die Verwendung von Originalbildnissen kann die Verfilmung einer Straftat (hier: des „Kannibalen von Rotenburg“) dann, wenn der Film ohne ausreichende Verfremdung das Privatleben des Straftäters darstellt, gegen dessen Persönlichkeitsrecht verstoßen, selbst wenn es sich bei dem Täter um eine „relative“ Person der Zeitgeschichte handelt; vgl. hierzu v. Becker, AfP 2006, 124; Kaboth, ZUM 2006, 412.

⁹⁴ BVerfGE NJW 2000, 1859 – Verfilmung Fall Lebach.

⁹⁵ Vgl. Fischer (Fn. 27), § 201a Rn. 30a; Lackner/Kühl (Fn. 22), § 201a Rn. 11 (Tatmehrheit); Löffler/Ricker (Fn. 21), Kap. 54 Rn. 24a.

⁹⁶ Vgl. hierzu ausführlich Heinrich (Fn. 18), S. 1241.

von der „Washington Post“⁹⁷ genannt, der zum Rücktritt des damaligen US-Präsidenten Richard Nixon am 9.8.1974 führte.⁹⁸

In diesem Zusammenhang sind aber auch drei Fälle herauszustellen, welche die deutschen Gerichte bereits beschäftigt haben: Im sog. „Weltbühnenprozess“⁹⁹ aus dem Jahre 1929 wurde durch den Journalisten Walter Kreiser in einem Artikel in der deutschen Wochenzeitschrift „Die Weltbühne“¹⁰⁰ nachgewiesen, dass die deutsche Reichswehr entgegen den Verpflichtungen aus dem Versailler Friedensvertrag eine geheime Aufrüstung betrieb, d.h. heimlich eine Luftwaffe aufbaute. Die Journalisten und Herausgeber der „Weltbühne“, unter ihnen der spätere Friedensnobelpreisträger Carl von Ossietzky, wurden wegen Verrats militärischer Geheimnisse verurteilt, wobei sich im Verlauf des Prozesses heraus-

⁹⁷ Vgl. zur „Watergate“-Affaire *Bernstein/Woodward*, Die Watergate-Affaire, 1974; *Bernstein/Woodward*, Amerikanischer Alptraum, Das unrühmliche Ende der Ära Nixon, 1976; *Emery*, Watergate, The Corruption of American Politics and the Fall of Richard Nixon, 1990; *Kutler*, The Wars of Watergate, The Last Crisis of Richard Nixon, 1990; *Schudson*, Watergate in American Memory, How We Remember, Forget, and Reconstruct the Past, 1992; *Woodward*, Der Informant, Deep Throat, die geheime Quelle der Watergate-Entwickler, 2005.

⁹⁸ Als weitere Standardwerke, die aus dem Bereich des „Enthüllungsjournalismus“ zu nennen sind, sei aus dem deutschen Sprachraum verwiesen auf *Bertram*, Mattscheibe, Das Ende der Fernsehkultur, 2006; *Daum*, Außer Kontrolle, 2003; *Gammel/Hamann*, Die Strippenzieher: Manager, Minister, Medien – wie Deutschland regiert wird, 2005; *Roth*, Die Gangster aus dem Osten, 2003; *ders.*, Ermitteln verboten!, 2004; *ders.*, Der Deutschland-Clan, 2006; *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes, Ein Justizirrtum und seine Folgen, 2007; aus dem englischen Sprachraum vgl. nur *Bly*, Ten Days in a madhouse, 1887; *Ehrenreich*, Nickel and dimed, Undercover in low-wage USA, 2001; *Woodward*, Die Macht der Verdrängung, George W. Bush, das Weiße Haus und der Irak, 2007.

⁹⁹ RG, Urt. v. 23.11.1931 – 7 J 35/29 (unveröffentlicht; eine Urteilsabschrift befindet sich im Politischen Archiv des Auswärtigen Amtes zum Weltbühnen-Prozess, Bd. 1-3, R 2695-42697); vgl. zum Weltbühne-Prozess im Einzelnen *Gusy*, GA 1992, 195 (208 ff.); *Hannover/Hannover-Drück*, Politische Justiz 1918-1933, 2. Aufl. 1987, S. 186 ff.; *Hanten*, Publizistischer Landesverrat vor dem Reichsgericht, 1999, S. 158 ff.; *Heinrich* (Fn. 18), S. 1241 (S. 1247 f.); *Klug*, in: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, 1990, S. 249; zur Ablehnung des Wiederaufnahmeverfahrens vgl. BGHSt 39, 75; KG NJW 1991, 2505; *Gössel*, NStZ 1993, 565; *Heiliger*, KJ 1991, 498; *Heiliger*, KJ 1993, 194; *Joerden*, JZ 1994, 582; *Klug*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, 679; *Meyer*, ZRP 1993, 284; *Müller/Jungfer*, NJW 2001, 3461.

¹⁰⁰ Artikel „Windiges aus der deutschen Luftfahrt“, Die Weltbühne 1929, Nr. 11, S. 402.

stellte, dass ihre Behauptungen durchaus der Wahrheit entsprachen. Ein besonderes Journalistenprivileg wurde also nicht anerkannt. Ähnlich erging es den Journalisten Berthold Jakob und Fritz Küster im sog. „Ponton-Prozess“.¹⁰¹ Auch hier wurden letztlich geheime Machenschaften der deutschen Reichswehr aufgedeckt und anschließend am 25.7.1925 in der Wochenzeitschrift „Das Andere Deutschland“ veröffentlicht. Die Journalisten wurden daraufhin vom Reichsgericht am 14.3.1928 wegen versuchten Landesverrates zu neun Monaten Festungshaft verurteilt. In einem weiteren Prozess wurde vor knapp 30 Jahren der Journalist Günther Wallraff in einem Zivilverfahren verurteilt, weil er sich unter falschem Namen in die Redaktion der „BILD“-Zeitung eingeschlichen hatte, um später in seinem Buch „Der Aufmacher – Der Mann, der bei ‚Bild‘ Hans Esser war“ darauf hinzuweisen, in welchem Maße die Zeitung mit unlauteren Methoden arbeitete und systematisch falsche Meldungen publizierte. Dabei kamen allerdings auch Betriebsgeheimnisse zur Sprache.¹⁰² Auch im bereits genannten Fall „Uwe Barschel“ fand eine, dieses Mal sogar strafrechtliche, Verurteilung statt, allerdings durch das schweizerische Bundesgericht, da der Tote in einem Hotel in der Schweiz gefunden und fotografiert wurde.¹⁰³

Aus den genannten Urteilen wird deutlich, dass in Deutschland (ebenso wie in der Schweiz) eine Privilegierung der Journalisten in den Fällen des investigativen Journalismus abgelehnt wird. Trotz des von ihnen in Anspruch genommenen Grundrechts auf Pressefreiheit müssen sich daher auch Journalisten in vollem Umfang an die für jedermann geltenden Normen des Strafrechts halten, was in den hier zu beurteilenden Fällen heißt: Auch wenn ein Journalist durch eine geheime Fotoaufnahme in den privaten Räumlichkeiten eines Prominenten oder durch die Veröffentlichung von entsprechendem Material einen Skandal aufdecken könnte, gelten für ihn die oben beschriebenen strafrechtlichen Regelungen in gleicher Weise. Allenfalls in Ausnahmefällen ist an eine Rechtfertigung wegen eines „rechtfertigenden Notstandes“ nach § 34 StGB zu denken, wenn das Allgemeininteresse an der Aufdeckung und Information im Vergleich zu den geschützten Interessen des Einzelnen wesentlich überwiegt. Dies wird aber kaum einmal angenommen werden können.¹⁰⁴

¹⁰¹ RGSt 62, 65.

¹⁰² Vgl. hierzu auch BVerfGE 66, 116 = NJW 1984, 1741 – Wallraff; BGHZ 80, 25 = NJW 1981, 1089 = GRUR 1981, 437 – Wallraff; vgl. ferner auch die Vorinstanz OLG Hamburg GRUR 1979, 735 – Wallraff; zum Ganzen auch *Heinrich* (Fn. 18), S. 1241 (S. 1247).

¹⁰³ Vgl. hierzu den Entscheid des Schweizer Bundesgerichts in BGE 118 IV, 319; ferner die Berichte in AfP 1990, 292, sowie in NJW 1994, 504; zu diesem Fall auch *Flechsig*, ZUM 2004, 605 (612 f.); *Heinrich* (Fn. 18), S. 1241 (S. 1245 ff.); *Puttfarcken*, ZUM 1988, 133.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Heinrich* (Fn. 18), S. 1241 (S. 1256 ff.).

V. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Herausgeber, Verleger und verantwortlichen Redakteure

Abschließend soll noch auf die Frage eingegangen werden, ob und inwieweit sich auch der Herausgeber und Verleger einer Tageszeitung oder der verantwortliche Redakteur einer Fernsehanstalt strafbar machen kann, wenn er Foto- oder Filmaufnahmen publiziert bzw. ausstrahlt, welche die Rechte anderer Personen verletzen.

1. Grundlagen

Bei der Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist als erstes an den Grundsatz zu erinnern, dass ein strafrechtlicher Vorwurf stets an das vorwerfbare Verhalten einer natürlichen Person anknüpfen muss, eine „Verbandsstrafe“ dem deutschen Strafrecht also fremd ist. Nicht das Medienunternehmen an sich, sondern nur eine einzelne Person kann sich also strafbar machen. Ist ein Medienunternehmen körperchaftlich strukturiert, richtet sich die Verantwortlichkeit der Vertreter und Organe nach § 14 StGB.¹⁰⁵ Dabei trifft den Verleger regelmäßig die Hauptverantwortung innerhalb eines Presseunternehmens.¹⁰⁶ Er ist für die Prüfung und Kontrolle sämtlicher Veröffentlichungen in Publikationen seines Verlages verantwortlich.¹⁰⁷ Veranlasst er also die Veröffentlichung einer unbefugten Bildaufnahme nicht selbst, so trifft ihn jedenfalls eine Prüfungs- und Kontrollpflicht, die ihn im Wege einer strafrechtlichen Garantenstellung verpflichtet, die Veröffentlichung zu verhindern. Kommt er dieser nicht nach, kann er sich wegen Unterlassens strafbar machen, wobei er, da es sich im hier interessierenden Zusammenhang regelmäßig um Vorsatzdelikte handelt, hinsichtlich des strafbaren Inhaltes jedenfalls bedingten Vorsatz besitzen muss.¹⁰⁸ Dar-

über hinaus findet sich in den meisten Landespresse- bzw. Landesmediengesetzen (welche die Länder gemäß ihrer Zuständigkeit für die „Materie Presserecht“ erlassen haben¹⁰⁹) für den Verleger eigenständige Strafnormen.¹¹⁰ In diesen – inhaltlich nur leicht divergierenden – Vorschriften der Landesgesetze wird im ersten Absatz zumeist im Wege einer Generalverweisung klargestellt, dass auch für den hier vorliegenden Sachverhalt die allgemeinen Strafgesetze (des Bundes) Geltung besitzen. Diese Verweisung wird zum Teil deswegen für erforderlich gehalten, weil das pressespezifische Strafrecht in die (ausschließliche) Kompetenz des Landesgesetzgebers falle und es sich von daher nicht von selbst verstehe, dass die allgemeinen strafrechtlichen Regelungen des Bundes auch für diese Sachverhalte anwendbar sind.¹¹¹ Dies ist indes bedenklich, da nicht alle Länder eine entsprechende Regelung erlassen haben, die allgemeinen Strafnormen aber selbstverständlich im Hinblick auf Presseveröffentlichungen auch in diesen Ländern gelten müssen. Insoweit ist zu differenzieren: Es steht den Ländern lediglich frei, neben den allgemeinen Straftatbeständen Sondertatbestände zu schaffen, wie dies in Abs. 2 der jeweiligen Normen der Landespresse- bzw. Landesmediengesetze zumeist geschehen ist. Für diese Vorschriften stellt der jeweilige Abs. 1 klar, dass die Regelungen des allgemeinen Strafrechts, also insbesondere die Regelungen des Allgemeinen Teils des StGB, für diese Sondertatbestände Anwendung finden. Im jeweiligen Abs. 2 findet sich nun regelmäßig ein landesrechtliches Sonderdelikt für Redakteure und Verleger, welches insbesondere der Tatsache Rechnung trägt, dass wegen des Zusammenwirkens vieler Personen beim Zustandekommen eines Druckwerks eine strafrechtlich verantwortliche Person oft nur schwer bestimmbar ist.¹¹² Strafbar macht sich hiernach der Verleger von nicht-periodischen Druckwerken (also z.B. von Büchern) regelmäßig dann, wenn durch das Druckwerk eine rechtswidrige Tat begangen wurde, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht und er vorsätzlich oder fahrlässig seine Verpflichtung verletzt hat, das Druckwerk von diesem strafbaren Inhalt freizuhalten. Das strafrechtlich vorwerfbare Verhalten besteht also in der (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Vernachlässigung seiner Kontroll- und Überwachungspflicht

¹⁰⁵ Vgl. hierzu auch Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 14 Rn. 8 ff.; ferner Dannecker, GA 2001, 101, mit Überlegungen zu Anforderungen und Ausgestaltung eines möglichen Verbandsstrafrechts.

¹⁰⁶ Breutz, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht, 2008, § 39 Rn. 135.

¹⁰⁷ BGHZ 14, 163 (174 ff.) = NJW 1954, 1682 (1683) = GRUR 1955, 97 (100 f.) – Constanze II (jedenfalls für den Verleger nicht-periodischer Druckerzeugnisse); BGH NJW 1974, 1371 = GRUR 1974, 797 – Fiete Schulze; BGH NJW 1974, 1762 = GRUR 1975, 208 – Deutschland-Stiftung; BGHZ 66, 182 (187 f.) = NJW 1976, 1198 (1199 f.) = GRUR 1976, 651 (652 f.) – Panorama (Gleichstellung einer Sendeanstalt mit einem Verleger); BGHZ 73, 120 = NJW 1979, 647 = GRUR 1979, 418 – Kohl/Biedenkopf; BGH NJW 1987, 1400 = GRUR 1987, 189 – Oberfaschist; BGH NJW 1987, 2225 (2226) – Chemiegift; vgl. aber auch BGHZ 3, 270 (275) – hier führt der BGH aus, dass in erster Linie nicht der Verleger, sondern der nicht weisungsgebundene Schriftleiter (zivilrechtlich) verantwortlich ist und sich der Verleger nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren könne, wenn der Schriftleiter weisungswidrig Schriften veröffentlicht.

¹⁰⁸ BVerfGE 113, 63 (85) = NJW 2005, 2912 (2916) – Junge Freiheit; Breutz (Fn. 106), § 39 Rn. 135.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu allgemein Kühl, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. 2006, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 12, § 20 LPG Rn. 61.

¹¹⁰ Vgl. hierzu die Regelungen in § 20 Abs. 2 Nr. 2 LPG Baden-Württemberg; § 19 Abs. 2 Nr. 2 LPG Berlin (nicht ausdrücklich auf Fahrlässigkeit bezogen); § 14 Abs. 2 Nr. 2 LPG Brandenburg; § 20 Nr. 2 LPG Bremen; § 19 Abs. 2 Nr. 2 LPG Hamburg; § 19 Abs. 2 Nr. 2 LPG Mecklenburg-Vorpommern; § 20 Nr. 2 LPG Niedersachsen; § 21 Abs. 2 Nr. 2 LPG Nordrhein-Westfalen; § 63 Abs. 1 Nr. 2 LMG Saarland; § 12 Nr. 2 Abs. 2 LPG Sachsen; § 12 Nr. 2 LPG Sachsen-Anhalt; § 14 Abs. 2 Nr. 2 LPG Schleswig-Holstein; ähnlich auch Art. 20 Abs. 3 LPG Bayern; keine ausdrückliche Regelung findet sich in den Presse- bzw. Mediengesetzen der Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz und Thüringen.

¹¹¹ Kühl (Fn. 109), § 20 LPG Rn. 61.

¹¹² Kühl (Fn. 109), Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 12, § 20 LPG Rn. 112; vgl. auch Groß, NSTz 1994, 312 f.

und muss sich nicht auf den strafbaren Inhalt an sich beziehen. Das Vorliegen der mittels des Druckwerks begangenen strafbaren Handlung selbst ist (nur) eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, sodass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit hierauf nicht beziehen müssen.¹¹³ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung des jeweiligen Abs. 2 immer nur subsidiär gilt, sofern der Verleger sich wegen seines Verhaltens nicht bereits nach Abs. 1 (d.h. nach den Vorschriften des allgemeinen Strafrechts) als Täter oder Teilnehmer strafbar gemacht hat. Veranlasst er also, dass in einem von ihm verlegten Buch Fotografien von Personen unter Verletzung des § 22 KUG abgedruckt werden, so ist er (über Abs. 1 des jeweiligen Landespresse- bzw. Landesmediengesetzes) nach § 33 KUG i.V.m. §§ 22, 23 KUG strafbar. Kontrolliert er vorsätzlich nicht und hat er im Hinblick auf den strafbaren Inhalt jedenfalls bedingten Vorsatz, kommt unter den Voraussetzungen des § 13 StGB eine Unterlassungsstrafbarkeit nach allgemeinem Strafrecht in Frage. Unterlässt er jedoch vorsätzlich (oder fahrlässig) eine Kontrolle, rechnet er aber nicht damit, dass strafbare Inhalte abgedruckt werden, d.h. hat er keinen (bedingten) Vorsatz im Hinblick auf das konkrete Delikt nach allgemeinem Strafrecht, so kommt die subsidiäre Strafvorschrift des Abs. 2 der jeweiligen Landespresse- bzw. Landesmediengesetze zur Anwendung. Hinsichtlich der Frage, wer als Verleger haftet, kommt es dabei entscheidend darauf an, wer selbstständig die Verlagsleitung innehat. Bei juristischen Personen ist dies etwa der Betriebsleiter oder der Direktor. Zwar kann der Verleger, was insbesondere bei großen Presseunternehmen regelmäßig der Fall sein wird, seine Prüfungs- und Kontrollpflichten sowohl an Mitarbeiter des Unternehmens als auch an Externe delegieren.¹¹⁴ Wählt er jedoch die betreffenden Personen unsorgfältig aus¹¹⁵ oder bleibt er bei einem Vorliegen eines Verdachts auf unsorgfältige Durchführung der – delegierten – Aufsichts- und Kontrollpflichten untätig, kann seine strafrechtliche Verantwortlichkeit wieder aufleben. Da sich das vorwerfbare Verhalten somit in dem Verstoß gegen diese Verpflichtung zur Überwachung erschöpft, handelt es sich bei der jeweiligen landesrechtlichen Strafnorm um ein Unterlassungsdelikt, und zwar in der Form des echten Unterlassungsdelikts, da alle notwendigen Voraussetzungen, die zur Strafbarkeit führen, in der Norm eigenständig umschrieben sind und es daher keines Rückgriffs auf § 13 StGB mehr bedarf.¹¹⁶ Während den Verleger darüber hinaus zivilrechtlich im Rahmen einer solchen Delegation auch verschuldensunabhängige Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsansprüche treffen,¹¹⁷

ist eine solche verschuldensunabhängige Haftung im Strafrecht dagegen nicht möglich.

Darüber hinaus kann auch der Herausgeber eines Druckwerks strafrechtlich verantwortlich sein. Diesem obliegt grundsätzlich die geistige Gesamtleitung der Publikation.¹¹⁸ Hier kommt es jedoch auf den Einzelfall an, inwieweit er, da er oftmals in den Herstellungsprozess des Presseerzeugnisses nicht entscheidend eingebunden ist, neben dem Verleger Einfluss auf die konkreten Veröffentlichungen hat. Ist er insoweit allerdings als „Herr der Veröffentlichung“ anzusehen, treffen ihn die gleichen Sorgfaltspflichten wie den Verleger, was zu seiner Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Strafrechtsnormen führen kann.¹¹⁹ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass er von den speziellen Straftatbeständen der Landespresse- bzw. Landesmediengesetze nicht eigenständig erfasst wird.

Im Hinblick auf periodisch erscheinende Druckwerke (und um diese wird es sich in den vorliegenden Konstellationen regelmäßig handeln) ist hingegen in erster Linie der verantwortliche Redakteur strafrechtlich haftbar zu machen. Hierbei handelt es sich um denjenigen, der vom Unternehmer oder Verleger tatsächlich beauftragt wurde und kraft seiner Stellung darüber entscheiden kann, ob ein Beitrag veröffentlicht wird oder wegen seines strafbaren Inhalts zurückzuziehen ist.¹²⁰ Dabei hat auch der verantwortliche Redakteur – vergleichbar mit dem Verleger – nach den Presse- bzw. Mediengesetzen der einzelnen Bundesländer die Pflicht, dafür zu sorgen, dass sich in Druckwerken keine strafbaren Inhalte wiederfinden. Verletzt er eine entsprechende Prüfungs- und Kontrollpflicht, kann dies eine eigenständige Strafbarkeit begründen.¹²¹ Wiederum kommt hier bei zumindest bedingt vorsätzlichem Verhalten hinsichtlich des Inhalts des Druckwerkes eine Beteiligung an einer Straftat nach § 201a StGB, § 33 KUG in Frage. Im Hinblick auf die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Prüfungs- und Kontrollpflicht findet sich zudem auch für ihn – wiederum vergleichbar mit dem Verleger – in den meisten der genannten Landespresse- bzw. Landesmediengesetze eine entsprechende Strafnorm, die wiederum nicht voraussetzt, dass der verantwortliche Redakteur in Bezug auf den konkreten strafbaren Inhalt vorsätzlich handelt.¹²² Hinsichtlich der Struktur dieses Unterlas-

¹¹³ *Breutz* (Fn. 106), § 39 Rn. 145.

¹¹⁴ BGHZ 14, 163 (178) = NJW 1954, 1682 (1684) = GRUR 1955, 97 (101) – Constanze II; BGH NJW 1980, 2810 (2811) = GRUR 1980, 1099 (1104) – Medizinsyndikat; OLG München NJW 1989, 910 (910 f.); *Breutz* (Fn. 106), § 39 Rn. 147; *Prinz/Peters* (Fn. 67), Rn. 314; *Burkhardt*, in: *Wenzel* (Fn. 67), Kap. 14 Rn. 62.

¹²⁰ *Held*, in: *Paschke/Berlit/Meyer* (Fn. 106), § 71 Rn. 13.

¹²¹ BVerfGE 113, 63 (85) = NJW 2005, 2912 (2916) – Junge Freiheit; vgl. hierzu auch *Heinrich*, in: *Wandtke* (Fn. 2), Teil 7 Kap. 3 Rn. 321.

¹²² Vgl. hierzu die Regelungen in § 20 Abs. 2 Nr. 1 LPG Baden-Württemberg; § 19 Abs. 2 Nr. 1 LPG Berlin (nicht ausdrücklich auf Fahrlässigkeit bezogen); § 14 Abs. 2 Nr. 1 LPG Brandenburg; § 20 Nr. 1 LPG Bremen; § 19 Abs. 2 Nr. 1 LPG Hamburg; § 19 Abs. 2 Nr. 1 LPG Mecklenburg-Vor-

¹¹³ *Kühl* (Fn. 109), § 20 LPG Rn. 144.

¹¹⁴ *Breutz* (Fn. 106), § 39 Rn. 137.

¹¹⁵ Vgl. zu den bei der Delegation zu beachtenden Pflichten auch OLG München NJW 1975, 1129 (1130); vgl. ferner *Breutz* (Fn. 106), § 39 Rn. 139 ff.

¹¹⁶ Anders allerdings *Kühl* (Fn. 109), § 20 LPG Rn. 114, 128, der von einem unechten Unterlassungsdelikt ausgeht, die Garantienpflicht dann aber aus den Landespresse- bzw. Landesmediengesetzen ableitet.

¹¹⁷ BGH NJW 1986, 2503 (2504); *Breutz* (Fn. 106), § 39 Rn. 135.

sungsdelikts und seines Verhältnisses zu den allgemeinen Strafvorschriften gelten die Ausführungen hinsichtlich des Verlegers entsprechend.

2. Beteiligung an der unbefugten Herstellung

Im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang interessierenden Straftaten ist zwischen den beiden bereits zuvor dargestellten unterschiedlichen Tathandlungen der unbefugten Herstellung und der unbefugten Verbreitung der entsprechenden Aufnahmen zu trennen.

Da die Herstellung der jeweiligen Aufnahmen regelmäßig nicht durch den Herausgeber, Verleger oder den verantwortlichen Redakteur selbst, sondern vielmehr durch den betreffenden Journalisten oder Fotografen vorgenommen wird, wird eine Täterschaft, die ohnehin nur in Form der Mittäterschaft oder der mittelbaren Täterschaft möglich wäre, regelmäßig ausscheiden. Denn einerseits handelt der Journalist bzw. Fotograf (unabhängig davon, ob es sich um einen „freien“ oder einen angestellten Journalisten bzw. Fotografen handelt) selbst voll verantwortlich, andererseits wird auch nur er alleine die erforderliche Tatherrschaft innehaben, denn im Regelfall entscheidet er selbst, wann, wo und unter welchen Umständen er eine Aufnahme anfertigt. Lediglich dann, wenn der Herausgeber, Verleger oder verantwortliche Redakteur – gleichsam wie der im Hintergrund bleibende Bandenchef – die funktionelle Tatherrschaft innehat und sein fehlendes „Minus“ bei der Tatausführung durch ein deutliches „Plus“ bei der Vorbereitung und Planung des Delikts ausgleicht, kommt eine Mittäterschaft überhaupt in Frage.¹²³ Noch seltener wird man Konstellationen einer mittelbaren Täterschaft antreffen, z.B. dann, wenn der Herausgeber, Verleger oder verantwortliche Redakteur den Journalisten oder Fotografen zu einem strafbaren Verhalten mittels einer Drohung zwingt und der Journalist oder Fotograf daraufhin entweder im Rahmen eines entschuldigenden Notstandes handelt oder die Situation jedenfalls mit einem solchen vergleichbar ist.¹²⁴

Insoweit kommt im Hinblick auf den im Hintergrund tätig werdenden Herausgeber, Verleger oder verantwortlichen Redakteur lediglich eine Anstiftung, § 26 StGB, oder eine

pommern; § 20 Nr. 1 LPG Niedersachsen; § 21 Abs. 2 Nr. 1 LPG Nordrhein-Westfalen; § 63 Abs. 1 Nr. 1 LMG Saarland; § 12 Abs. 2 Nr. 1 LPG Sachsen; § 12 Nr. 1 LPG Sachsen-Anhalt; § 14 Abs. 2 Nr. 1 LPG Schleswig-Holstein; ähnlich auch Art. 11 Abs. 3 LPG Bayern; keine ausdrückliche Regelung findet sich in den Presse- bzw. Mediengesetzen der Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz und Thüringen.

¹²³ Die Möglichkeit einer solchen arbeitsteiligen Mittäterschaft durch ausschließliche Beteiligung im Vorbereitungsstadium ist allerdings nicht unbestritten; vgl. zum Streitstand *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, Rn. 1226 ff.

¹²⁴ Vgl. zur rechtlichen Einordnung und den Voraussetzungen eines solchen „Nötigungsnotstandes“ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, Rn. 580; zur mittelbaren Täterschaft, wenn die Drohung die Schwelle des entschuldigenden Notstandes noch nicht überschritten hat vgl. *Heinrich* (Fn. 123), Rn. 1261.

Beihilfe, § 27 StGB, in Betracht. Zu beachten ist hierbei, dass die Rechtsprechung jedenfalls bei der Anstiftung an die Konkretisierung der Haupttat regelmäßig sehr hohe Anforderungen stellt.¹²⁵ So müssen Tatobjekt, Tatzeit und die einzelnen Tatumstände zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen umschrieben werden. Eine Aufforderung an den Journalisten, er solle über „intime Verhältnisse eines Prominenten berichten, egal mit welchen Methoden“ reicht hierfür jedenfalls noch nicht aus. Auch die grundsätzliche Anweisung, der Journalist solle sich bei der Recherche „um strafrechtliche Vorschriften nicht kümmern“, ist nicht konkret genug, um eine strafrechtliche Verantwortung wegen einer Anstiftung zu einer bestimmten Straftat zu begründen.

Dagegen sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an eine strafrechtliche Beihilfe stellt, regelmäßig niedriger.¹²⁶ Es genügt, wenn das Vorstellungsbild des Gehilfen den wesentlichen Unrechtsgehalt der Tat erfasst. Auch hier ist jedoch zu fordern, dass der Journalist nicht nur allgemein damit beauftragt wird, eine gute Story „egal um welchen Preis“ zu liefern. Vielmehr muss verlangt werden, dass das jeweilige Vorgehen jedenfalls in den Grundzügen abgesprochen wird. Dagegen scheidet eine Beihilfe stets dann aus, wenn der Journalist aus eigenen Stücken und ohne konkrete Anweisung recherchiert, selbst wenn ihm der Verantwortliche vorher zusichert, „jede Story“, d.h. im vorliegenden Fall jedes aufgenommene Bild zu veröffentlichen oder ihm im Voraus die Tatwerkzeuge (Foto- oder Filmkamera) zur Verfügung stellt. Handelt es sich jedoch um einen konkreten Auftrag, d.h. wird der Journalist oder Fotograf dazu abgeordnet, eine Reportage über eine bestimmte Persönlichkeit bzw. entsprechende Fotos zu erstellen, und macht ihm der verantwortliche Verleger, Herausgeber oder Redakteur klar, dass hierzu auch unbefugt aufgenommene Fotos erwünscht sind, liegt jedenfalls eine strafbare Beihilfe, § 27 StGB, nahe. Je konkreter die Aufforderung ausfällt, desto eher kann aber in diesen Fällen tatsächlich auch einmal eine Anstiftung z.B. zur „Verletzung des höchstpersönlichen Bereichs durch Bildaufnahmen“, § 201a StGB, oder zum Hausfriedensbruch, § 123 StGB, in Frage kommen. Eine Teilnahme an einer Strafbarkeit nach § 33 KUG ist dagegen regelmäßig fraglich, da diese eine Veröffentlichung voraussetzt, die aber durch den Journalisten bzw. Fotografen selbst nicht vorgenommen wird.

3. Beteiligung an der unbefugten Veröffentlichung

Hinsichtlich der Straftat des § 33 KUG kommt für den Verleger, Herausgeber oder verantwortlichen Redakteur jedoch ein täterschaftliches Handeln in Betracht, wenn er die Fotos unbefugt in der Zeitung veröffentlicht, im Fernsehen ausstrahlt oder im Internet ausstellt. Bei der Frage, welche Per-

¹²⁵ Vgl. RGSt 26, 361 (362 f.); BGHSt 6, 359 (361); BGHSt 15, 276 (277); BGHSt 34, 63 (66 f.); BGHSt 40, 218 (231); BGHSt 42, 332 (334); vgl. hierzu auch *Heinrich* (Fn. 123), Rn. 1288.

¹²⁶ Vgl. hierzu RGSt 67, 343 (344); BGHSt 42, 135 (138); BGHSt 42, 332 (334); BGHSt 46, 107 (109); BGH NStZ 1990, 501; BGH NStZ 2002, 145 (146); BGH NStZ 2007, 230 (233).

son hier als Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter anzusehen ist, muss nun allerdings genau geprüft werden, wem im jeweiligen Verlag oder der jeweiligen Fernsehanstalt die Verantwortung zukommt.

Da es sich bei § 33 KUG um ein reines Vorsatzdelikt handelt, muss der Verantwortliche aber stets wissen bzw. jedenfalls mit der Möglichkeit rechnen, dass eine unbefugte Veröffentlichung vorgenommen wird und er muss dies auch billigend in Kauf nehmen. Versäumt er es lediglich fahrlässig, etwa im Wege des Organisationsverschuldens, entsprechende Kontrollen durchzuführen bzw. das zu veröffentlichende Material zu sichten, scheidet eine Strafbarkeit jedenfalls nach § 33 KUG aus, da dieser, wie erwähnt, keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit kennt. Diese Frage spielt insbesondere in denjenigen Fällen eine Rolle, in denen der Verantwortliche davon ausgeht, dass eine Einwilligung des Betroffenen im Hinblick auf die Veröffentlichung einer Fotoaufnahme erteilt wurde. In diesem Fall unterliegt der Verantwortliche einem Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB, der seinen Vorsatz ausschließt, da die Einwilligung bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen ist. Es bleibt in diesen Fällen dann aber eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach den jeweiligen Vorschriften der Landespresse- und Mediengesetze möglich. Verletzt er seine Prüfungs- und Kontrollpflicht vorsätzlich ohne im Hinblick auf die unbefugte Bildveröffentlichung selbst auch vorsätzlich zu handeln, verbleibt es wiederum bei dem entsprechenden Vorsatztatbestand der Landespresse- bzw. Landesmediengesetze.

VI. Zusammenfassung

Die bisherigen Erörterungen haben folgende Leitlinien aufgezeigt: Stets ist bei der strafrechtlichen Beurteilung zwischen der Herstellung und der Verbreitung zu unterscheiden, wobei sich der Verleger bzw. Herausgeber ebenso wie der verantwortliche Redakteur im Hinblick auf die Herstellung regelmäßig höchstens wegen Beihilfe – und lediglich in Ausnahmefällen einmal wegen Anstiftung, ganz selten einmal wegen Mittäterschaft oder mittelbarer Täterschaft – strafbar machen kann. Dagegen können die genannten Personen im Hinblick auf die Verbreitung als Täter anzusehen sein, wobei stets geklärt werden muss, wem im jeweiligen Unternehmen die Verantwortung für die Veröffentlichung zugewiesen ist. Im Einzelfall hat stets eine Abwägung der betroffenen Interessen der Öffentlichkeit und des Einzelnen stattzufinden – eine für das Strafrecht nicht sehr befriedigende Lösung. Dabei kann die Herstellung einer Fotografie nur dann strafbar sein, wenn sie den höchstpersönlichen Lebensbereich des Betroffenen verletzt. Dagegen ist die Veröffentlichung eines Fotos in einer Zeitschrift, im Fernsehen oder im Internet bis auf die genannten Ausnahmen stets unzulässig, wenn der Betroffene nicht eingewilligt hat. Insgesamt gilt für Journalisten, Fotografen und Verleger, dass sie strafrechtlich keine Privilegien genießen, es gelten also die strafrechtlichen Vorschriften in gleichem Umfang wie bei Privatpersonen, wobei die Grundrechte der Pressefreiheit in die Abwägung allerdings mit einfließen können. Für das Strafrecht sind dabei sowohl § 201a StGB als auch § 33 KUG i.V.m. den §§ 22, 23 KUG durchaus problematische Tatbestände, da sie durch die

Verwendung mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe stets eine Abwägung im Einzelfall erfordern und daher in vielen Fällen weder der Journalist noch der Verleger, Herausgeber oder der verantwortliche Redakteur voraussehen können, ob die Herstellung oder Veröffentlichung einer bestimmten Fotoaufnahme als strafbares Verhalten anzusehen ist oder nicht. Insoweit verbleibt allerdings auch sehr viel Spielraum sowohl für einen vermeidbaren als auch für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum.

Elterliche Züchtigung und Strafrecht

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel

Das elterliche Züchtigungsrecht als gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund gehört angesichts der heutigen Fassung des § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB der Vergangenheit an. Dennoch stellt sich nach wie vor die Frage, ob tatsächlich jede aus erzieherischen Gründen verabreichte Ohrfeige zur Bestrafung des Erziehungsberechtigten wegen Körperverletzung führen muss. Während dies einerseits noch immer überwiegend verneint wird, vermag andererseits keine der bislang dafür angeführten Begründungen zu überzeugen. Ein den gesetzgeberischen Intentionen einer „Ächtung der Gewalt in der Erziehung ohne Kriminalisierung der Familie“ entsprechender Ausweg aus dem Dilemma könnte sich aus einer Anwendung des § 34 StGB auf bestimmte Fälle elterlicher „Züchtigung“ ergeben.

I. Einführung

Zu Beginn zwei Fälle:

Fall 1: „Der damals im 16. Lebensjahr stehenden Tochter“ – so die Schilderung des BGH¹ – wurden von ihren Eltern „zu Zwecken der Erziehung [...] in einem Falle [...] ‚zweieinhalb‘ Mahlzeiten entzogen, weil sie wahrheitswidrig in Abrede gestellt hatte, in Abwesenheit der Eltern vom Fenster aus mit Jungen sich verständigt zu haben. Sie erhielt kein Mittag- und kein Abendessen und am nächsten Tag zum Frühstück [nur] ein Stück trockenes Brot und Kaffee. In einem anderen Falle band die Angekl. das Mädchen an einem Stuhl fest, ehe sie für etwa 2 Stunden zum Zwecke von Besorgungen das Haus verließ. Ferner band der Angekl. das Mädchen zweimal die Nacht über im Bett um Leib und Beine über der Decke fest. In einem weiteren Falle schnitt die Angekl. dem Mädchen das Kopfhaar in so unregelmäßiger Weise kurz, daß es sich auf der Straße nicht sehen lassen konnte“.

Fall 2: „Dem zwölfjährigen Sohn wurde vom Vater aus erzieherischen Gründen eine nicht allzu heftige Ohrfeige auf die linke Wange verabreicht, weil das Kind – nach eigener Einlassung – ‚nur so aus Spaß‘ beim Nachbarn eine Fensterscheibe eingeworfen hatte“.

Der erste Fall stand im Jahr 1952 beim BGH zur Entscheidung an. Der zweite Fall – nun, er ist (ungeachtet seiner durchaus zu vermutenden Alltagsrelevanz) in concreto frei erfunden; er könnte aber jederzeit in dieser oder vergleichbarer Form unsere Gerichte beschäftigen. In beiden Fällen geht es dabei gleichermaßen um die Frage, ob die Eltern bzw. der Vater sich wegen Körperverletzung (im ersten Fall auch wegen Freiheitsberaubung und Nötigung) strafbar gemacht haben oder ob ihr Verhalten jeweils – etwa aufgrund elterlichen Züchtigungsrechtes – gerechtfertigt war.

In *Fall 1* verneinte der BGH, ohne dabei auch nur im entferntesten Zweifel erkennen zu lassen, eine Strafbarkeit der Eltern: „Zuchtmittel, die einem ungehorsamen Kinde gegenüber angewendet werden, bestehen ihrem Wesen und ihrem

Zwecke nach in der Zufügung körperlichen oder seelischen Schmerzes. Dadurch soll auf die Gesinnung und den Willen des Kindes eingewirkt werden. [...] Art und Maß der Züchtigung muß sich nach der körperlichen Beschaffenheit des Kindes, nach seinem Alter, nach der Größe seiner Verfehlung und nach seiner allgemeinen sittlichen Verdorbenheit richten. Rechtfertigen diese Umstände die Anwendung solcher Züchtigungsmittel, die eine nachhaltige und schmerzhaft wirkung hervorrufen, so wird regelmäßig anzunehmen sein, dass damit die Grenzen einer vernünftigen Züchtigung nicht überschritten sind“².

In *Fall 2* wäre es demgegenüber nun, im Jahre 2011, durchaus denkbar, dass es zu einer Verurteilung des Vaters wegen strafbarer Körperverletzung kommt. Denn – anders als zu Zeiten der geschilderten BGH-Entscheidung – findet sich heute (um genau zu sein: bereits seit dem Jahr 2000³) in der insoweit auch für das Strafrecht maßgeblichen Gesetzesnorm des § 1631 Abs. 2 BGB folgende Formulierung: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“.

II. Befund

Zwischen den beiden geschilderten Fällen – dem Fall des BGH von 1952 und dem fiktiven des Jahres 2011 – liegen nahezu 60 Jahre. Doch mehr noch: Betrachtet man den Wandel der Auffassungen zum elterlichen Züchtigungsrecht, so liegen Welten zwischen ihnen. Was damals – zumindest vom BGH – noch als ganz legitim angesehen wurde („Eltern, die ihre 16-jährige sittlich verdorbene Tochter durch Kurzschneiden der Haare und Festbinden an Bett und Stuhl bestrafen, überschreiten nicht das elterliche Züchtigungsrecht“⁴), erscheint uns heute als probates Erziehungsmittel völlig undenkbar. Was damals wohl noch nicht einmal ein missbilligendes Stirnrunzeln hervorgerufen hätte (die Ohrfeige), mag so manchem heute – und augenscheinlich ja gerade auch dem Gesetzgeber – als unzweifelhaft strafwürdiges kriminelles Verhalten erscheinen.

Dabei ist es freilich keineswegs so, dass das im Gesetz – wie soeben gesehen – seit nunmehr bereits über zehn Jahren verankerte „Recht auf gewaltfreie Erziehung“⁵ bereits seit langem verinnerlichtes Allgemeingut in unserer Gesellschaft wäre. Gewiss, eine in den letzten Jahrzehnten des zwanzigsten Jahrhunderts auf breiter Front vonstattengegangene Abkehr von einer Befürwortung allzu drastischer Züchtigungsmaßnahmen ist durchaus zu verzeichnen – nicht nur im Ge-

² BGH NJW 1953, 1440.

³ Die am 8.11.2000 in Kraft getretene Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB erfolgte durch das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung v. 2.11.2000, BGBl. I 2000, S. 1479.

⁴ So der Leitsatz von BGH NJW 1953, 1440.

⁵ Vgl. nur *Kargl*, NJ 2003, 57: „Mit der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber Kindern ein Recht auf gewaltfreie Erziehung eingeräumt.“

¹ BGH NJW 1953, 1440.

setz, sondern ebenso in der strafgerichtlichen Rechtsprechung und im strafrechtlichen Schrifttum sowie insbesondere auch im Rechtsgefühl des Großteils der Bevölkerung. Entscheidungen wie die eingangs geschilderte des BGH würden längst schon von keinem Gericht mehr auch nur ernsthaft in Erwägung gezogen werden, könnten auf keinerlei Zustimmung in der Strafrechtslehre mehr hoffen und dürften auch bei der Allgemeinheit kaum noch auf nennenswerte Akzeptanz stoßen. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der bekannten „Wasserschlauch-Entscheidung“ des BGH aus dem Jahre 1986, in welcher das Gericht es (im Gegensatz zu dem insoweit bereits wesentlich fortschrittlicher judizierenden erstinstanzlichen LG Siegen) nicht – *noch* nicht – beanstandet hatte, dass ein Vater seine 8jährige Tochter zum Zwecke der Züchtigung mehrmals mit einem „1,4 cm starken und in sich stabilen Wasserschlauch“ auf das Gesäß und die Oberschenkel schlug, „wobei jeweils rote Striemen entstanden“⁶. Die Befürwortung oder auch nur Tolerierung derartiger „erzieherischer“ Auswüchse gehört gottlob seit Jahren der Vergangenheit an. Insoweit also stand der um die Beförderung gewaltfreier Erziehung besorgte Gesetzgeber des Jahres 2000 auf sicherem Boden.

Im Bereich der milderen körperlichen Bestrafung hingegen – ich denke hier vor allem an die Ohrfeige als den unbestrittenen „Klassiker“ körperlicher Züchtigung – ließ sich jedenfalls 2000 allenthalben noch ein ganz anderes Bild zeichnen: Nach einer damals durchaus noch aktuellen, 1995 von *Bussmann* vorgestellten Studie⁷, im Zuge deren im Herbst 1992 annähernd 2.400 Jugendliche aus Ost- und Westdeutschland im Alter zwischen 13 und 16 Jahren interviewt worden waren,⁸ ergibt sich ein eindeutiges Bild: Neben verschiedenen anderen Körperstrafen und einer ganzen Reihe sonstiger Sanktionen (wie Fernseh- bzw. Ausgehverbot, Kürzung des Taschengeldes, Schweigen und Niederbrüllen) „stellt die Ohrfeige mit 81,5 % weiterhin die häufigste und am meisten verbreitete Sanktion dar und deftige Ohrfeigen haben immerhin 43,5 % [der Befragten ...] erfahren“⁹. Ganz entsprechend und letztlich unverändert ist in einer Pressemitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) vom 21.3.2000 die Rede davon, dass „etwa 80 % der Kinder und Jugendlichen in Deutschland in unterschiedlichem Ausmaß Gewalt in der Erziehung [...] erfahren“¹⁰, wobei gerade der Ohrfeige hier eine zentrale Rolle zukommen dürfte. Diesem tatsächlich praktizierten Erziehungsverhalten entsprach es denn auch, wenn aktuelle Umfragen seinerzeit ergaben, dass die Mehrheit der Deutschen die Ohrfeige immer noch für ein angemessenes Erzie-

hungsmittel hielt und nur 25 % unserer Mitbürger dafür eintraten, jede Form körperlicher Züchtigung, also auch Ohrfeigen, gesetzlich zu verbieten, während doch 70 % dies ablehnten.¹¹ Ob sich an dieser gesellschaftlichen Grundjustierung in den vergangenen zehn Jahren Wesentliches geändert hat, mag zu bezweifeln sein.

Aber wie auch immer, zur Zeit der Neufassung des § 1631 Abs. 2 StGB im Jahr 2000 trat hier jedenfalls ganz unverschleiert ein Widerspruch zutage zwischen dem vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Idealbild einer nunmehr vollkommen gewaltfreien Erziehung auf der einen und der offenkundig mit der gesetzlichen Entwicklung längst nicht Schritt haltenden Rechtswirklichkeit auf der anderen Seite. Und dieser Dissens spiegelte sich letztlich auch wieder in der durchaus zwiespältigen Haltung des einschlägigen Schrifttums zur geänderten Situation des elterlichen Züchtigungsrechts. Von den einen wurde die „Ächtung der Gewalt in der Erziehung“¹² durch den neuen § 1631 Abs. 2 BGB uneingeschränkt begrüßt; so hieß es etwa in einer Stellungnahme der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung: „Kinder sind heute nicht bloße Objekte von Erziehungsbemühungen; Kinder werden selbst als Subjekte gesehen. Das hat seinen Niederschlag auch in der schrittweisen Formulierung der Rechte von Kindern gefunden. Das Recht auf gewaltfreie Erziehung zieht eine notwendige Konsequenz aus dieser Entwicklung“¹³. Im selben Sinne sprach etwa *Mathilde Diederich* in ihrem „Plädoyer für ein Ende häuslicher Gewalt“¹⁴ bereits im Vorfeld der Gesetzesänderung von der „Notwendigkeit des Gesetzesvorhabens“¹⁵ und führte dazu ergänzend aus:¹⁶ „Eine gewalttätige Atmosphäre in der Familie hat [...] über die unmittelbaren Verletzungen physischer und psychischer Art hinaus auch mittelbare Auswirkungen dadurch, dass Kinder, die Gewalt gegen sich [...] erleben mussten, später deutlich häufiger selbst durch Gewaltdelikte auffallen als Kinder, denen es vergönnt war, in gewaltfreier Umgebung aufzuwachsen“.

Demgegenüber fand sich bei anderen Autoren eine mehr oder minder deutlich zum Ausdruck gebrachte Ablehnungshaltung gegenüber der vom Gesetzgeber verordneten „gewaltfreien Erziehung“. So etwa, wenn *Roellecke* mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG („Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“) dartauf: „Das Erziehungsrecht der Eltern schließt ein rechtliches Urteil über ‚falsch oder richtig?‘ der Erziehung grundsätzlich aus. Deshalb kann man ein gesetzliches Verbot von ‚Gewalt als Erziehungsmittel‘ nicht mit der

⁶ BGH NSStZ 1987, 173.

⁷ *Bussmann*, in: Gerhardt/Hradil/Lucke/Nauck (Hrsg.), *Familie der Zukunft*, 1995, S. 261.

⁸ *Bussmann* (Fn. 7), S. 261.

⁹ *Bussmann* (Fn. 7), S. 261.

¹⁰ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend v. 21.3.2000 anlässlich der Fachtagung „Gewaltfreies Erziehen in Familien – Schritte der Veränderung“ in Berlin, zitiert nach *Diederich*, NJ 2000, 225 (229).

¹¹ Vgl. *Schwind*, *Kriminologie*, 10. Aufl. 2000, § 10 Rn. 46.

¹² So der Titel des Aufsatzes von *Baltz*, ZfJ 2000, 210.

¹³ Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V., ZfJ 2001, 20.

¹⁴ So der Titel des Aufsatzes von *Diederich*, NJ 2000, 225.

¹⁵ *Diederich*, NJ 2000, 225 (230).

¹⁶ *Diederich*, NJ 2000, 225 (230), sich dabei explizit auf die „neue wissenschaftliche Untersuchung von *Pfeiffer/Wetzels* von November 1999“ beziehend (*Pfeiffer/Wetzels*, *Innerfamiliäre Gewalt gegen Kinder und Jugendliche und ihre Auswirkungen*, 1999).

Erwägung rechtfertigen, gewalttätige Erziehung sei eben falsch¹⁷.

Hier soll nun aber nicht im Einzelnen auf die eben angeklungenen prinzipiellen Argumente für und gegen eine im eigentlichen Sinne gewaltfreie Erziehung eingegangen werden. Auch soll insbesondere nicht die grundsätzliche „Richtigkeit“ oder „Unrichtigkeit“ des nun einmal in der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB Gesetz gewordenen – um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: mir selbst äußere sympathischen! – Bekenntnisses zu gewaltfreier Erziehung einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Im Folgenden soll vielmehr nur der strafrechtsdogmatischen Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung diese nun einmal vorgenommene Änderung des BGB für die strafrechtliche Beurteilung einschlägiger „Züchtigungs“-Fälle hat. Auch nahezu elf Jahre nach jener Änderung ist die Antwort auf diese Frage alles andere als einfach.¹⁸

III. Zur Geschichte des Züchtigungsrechts

Um zunächst kurz den bisherigen Stand der strafrechtlichen „Lehre vom Züchtigungsrecht“ zu referieren: Noch bis vor wenigen Jahrzehnten kannte man gleich mehrere Arten von Züchtigungsrechten: das elterliche Züchtigungsrecht, das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern sowie das Züchtigungsrecht des Lehrers gegenüber seinen Schülern. Bei ihnen allen handelt bzw. handelte es sich um gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgründe.

Das Züchtigungsrecht des Lehrers fand noch bis in die Mitte der 1970er Jahre hinein Anerkennung in Rechtsprechung und Lehre – bei freilich immer weiter zunehmender Ablehnung vor allem im strafrechtlichen Schrifttum. Heute jedenfalls steht der Annahme eines derartigen Gewohnheitsrechts die inzwischen „auch schon gefestigte Rechtsüberzeugung entgegen, dass die Ausübung der Züchtigung in diesem Rahmen nicht mehr dem geltenden Recht entspricht“¹⁹ und ist man sich demgemäß darüber einig, „dass ein Züchtigungsrecht des Lehrers gegenüber den Schülern nicht [mehr] besteht“²⁰. Ganz entsprechend verhält es sich hinsichtlich des ehemals durchaus anerkannten²¹ Züchtigungsrechts gegenüber fremden Kindern: Nach heutigem Verständnis „haben beliebige Dritte, im Verhältnis zu fremden Kindern, keinerlei

Befugnis zu körperlicher Züchtigung“²². Denn längst schon hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass das Züchtigungsrecht, so es denn überhaupt anzuerkennen ist, eine *höchstpersönliche* Befugnis des Erziehungsberechtigten darstellt²³ und es deshalb „nicht angeht, sie gegen dessen Willen aufgrund eines angeblichen öffentlichen Interesses, entsprechend § 679 BGB“ [d.h. entsprechend den zivilrechtlichen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, M.H.] gewähren zu wollen“²⁴.

Übrig geblieben war somit gegen Ende des vergangenen Jahrhunderts nur noch das innerfamiliäre Züchtigungsrecht, das sich zumindest bis zur jüngsten Änderung des § 1631 Abs. 2 BGB im Jahr 2000 noch weitestgehend hat behaupten können, obwohl auch diese Form des Züchtigungsrechts schon bis dahin immer mehr an Boden verloren hatte und zuletzt auch immer häufiger per se in Frage gestellt worden war.²⁵ Über viele Jahrzehnte hinweg aber entsprach es der herrschenden Meinung, dass „eine Züchtigung im familiären Bereich gegenüber minderjährigen Kindern aus erzieherischen Gründen zulässig ist“²⁶. Dabei wurde das Züchtigungsrecht für *Eltern* – und nur von diesem wird, der Einfachheit halber,²⁷ „als pars pro toto für das Recht *aller* Erziehungsberechtigten“²⁸ nachfolgend die Rede sein – eben aus § 1631 BGB, also aus dem allgemeinen Erziehungsrecht, hergeleitet, für die Mutter eines nichtehelichen Kindes, für Adoptiveltern und für den Vormund aus derselben Vorschrift jeweils i.V.m. §§ 1705, 1754 bzw. 1800 BGB.²⁹

Dabei konnte man sich bis in die zweite Hälfte des vergangenen Jahrhunderts hinein gar noch auf die positivrechtliche Regelung des damaligen § 1631 Abs. 2 BGB berufen, in der es hieß: „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden“ – der Vater wohl gemerkt, die Mutter nicht; sie musste damals wohl schon froh sein, nicht selbst Objekt des Züchtigungsrechts des pater familias zu sein. Im Ergebnis nicht anders wurde es aber auch dann noch gesehen, als mit dem am 1.7.1958 in Kraft getretenen Gleichberechtigungsgesetz³⁰ (aufgrund vollständiger Streichung des § 1631 Abs. 2 BGB) die positive gesetzliche Ermächtigung zu Zuchtmitteln entfiel, ging doch

¹⁷ Roellecke, NJW 1999, 338.

¹⁸ Vgl. nur etwa Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 32: „Ein elterliches Züchtigungsrecht als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen existiert jedenfalls in der früher anerkannten Form heute nicht mehr. Ob und ggf. in welchen Fällen eine Strafbarkeit nach § 223 bei gleichwohl erfolgenden Züchtigungen entfallen kann, ist Gegenstand lebhaften Streitens.“

¹⁹ Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 151.

²⁰ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 82; ebenso statt vieler etwa Roxin (Fn. 18), § 17 Rn. 52; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 141.

²¹ Vgl. zuletzt nur Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 14 V a.E.

²² Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 20), § 9 Rn. 141 (*Hervorhebung* auch im Original); ebenso etwa Kühl (Fn. 20), § 9 Rn. 56; Mitsch, JuS 1992, 289 (290).

²³ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 17 Rn. 37; ebenso Roxin (Fn. 18), § 17 Rn. 56.

²⁴ Roxin (Fn. 23), § 17 Rn. 37; im selben Sinne Roxin (Fn. 18), § 17 Rn. 56.

²⁵ Vgl. den nachfolgenden Abriss der Geschichte des § 1631 Abs. 2 BGB.

²⁶ Roxin (Fn. 23), § 17 Rn. 33, der dies damals explizit als „die h.M.“ bezeichnete.

²⁷ ... und insoweit auch bewusst dem Beispiel *Beulkes*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 539 (S. 540) folgend ...

²⁸ Beulke (Fn. 27), S. 539 (S. 540).

²⁹ Näher hierzu Roxin (Fn. 23), § 17 Rn. 33.

³⁰ Gesetz v. 18.6.1958, BGBl. I 1958, S. 609 (S. 624 f.).

die allgemeine Meinung nunmehr davon aus, dass das elterliche Züchtigungsrecht – jetzt natürlich für Vater *und* Mutter – als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund gewohnheitsrechtlich fortbestehe.

Obwohl sich gegen diese Aufrechterhaltung des Züchtigungsrechts von Seiten progressiver Pädagogen erheblicher Protest regte, wurde mittels des Sorgerechtsgesetzes³¹, das am 1.1.1980 in Kraft trat, lediglich – aber immerhin! – nun erstmals negativ ausgrenzend das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen in § 1631 Abs. 2 BGB aufgenommen: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig.“ Zumindest seit diesem Zeitpunkt entsprach es denn auch der ganz h.M., dass eine Züchtigung der eigenen Kinder aus erzieherischen Gründen dann, aber auch nur dann, „zwar tatbestandsmäßig, aber gerechtfertigt“ sei, „solange sie keine Gesundheitsbeschädigung [heute würde man sagen: Gesundheitsschädigung] hervorruft und nicht in entwürdigender Art und Weise erfolgt“³². Soviel also stand nunmehr fest: „Tolerabel“ sei das innerfamiliäre Züchtigungsrecht „nur, wenn die Zufügung von blutenden Wunden, Blutergüssen und ähnlichem als Mißbrauch des Erziehungsrechtes ebenso [...] bestraft wird, wie die nach § 1631 Abs. 2 BGB ausdrücklich verbotene entwürdigende Züchtigung (z.B. durch Fußtritte oder entstellendes Abschneiden der Haare, Schläge nach einer Fesselung oder unter dem Zwang, sich völlig nackt auszukleiden)“³³.

Gänzlich problematisch für die Annahme eines – wie auch immer bereits zurückgeschränkten – elterlichen Züchtigungsrechtes wurde es dann allerdings, als im Anschluss unter anderem an den im Jahre 1990 die Einführung eines „Züchtigungsverbots“ vorschlagenden Bericht³⁴ der von der Bundesregierung 1987 eingesetzten „Gewaltkommission“ und weiterer zumindest eine deutliche Einschränkung des Züchtigungsrechtes fordernder Verlautbarungen³⁵ im Rahmen des Kindschaftsreformgesetzes eine zum 1.7.1998 in Kraft getretene Ergänzung des seit 1980 unverändert gebliebenen § 1631 Abs. 2 BGB vorgenommen wurde³⁶. Hieß es in dieser Norm bis dahin schlicht: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig“, wurde dies nun näher erläutert: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen, sind unzulässig“. Ging es bis dahin darum, die Grenze zur „entwürdigenden Erziehungsmaßnahme“ – unter selbstaufgelegtem völligem Ausschluss von vornherein der Fälle der „Gesundheitsbeschädigung“ – nach mehr oder minder freiem Dafürhalten irgendwo durch die Fälle der „körperlichen Misshandlung“ des § 223 Abs. 1 StGB hindurchzulegen, war dies jetzt nicht

länger möglich: Der Gesetzestext erklärte nunmehr eben ausnahmslos eine jede „körperliche Misshandlung“ zur per se „entwürdigenden Erziehungsmaßnahme“.

Damit stellte sich ganz entschieden die Frage, welche Konsequenzen für das elterliche Züchtigungsrecht aus der damaligen Gesetzesergänzung zu ziehen seien, ja mehr noch die Frage, ob es denn ein elterliches Züchtigungsrecht überhaupt noch gab. Im Ergebnis war man sich allerdings weitestgehend einig: Zwar bleibe nach der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB durch das Kindschaftsreformgesetz für ein familienrechtliches Züchtigungsrecht „kaum noch Raum“³⁷, ob dies „freilich zwingend zur Strafbarkeit jeglicher körperlicher Erziehungsmaßnahmen führen sollte“, erscheine „zweifelhaft“³⁸, denn: „So wenig einerseits das Züchtigungsrecht als Deckmantel für Kindesmisshandlungen missbraucht werden darf, so wenig wäre andererseits die Strafjustiz ein adäquates Instrument, um im ‚familiären Kleinkrieg‘ pädagogisch verunsicherte Eltern schon bei jedem [noch so geringen, M.H.] körperlichen Übergriff durch kriminalisierende Sanktionen in die Schranken zu weisen“³⁹. Diese Sicht der Dinge entsprach übrigens auch durchaus dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Neufassung zwar eine Klarstellung dessen erreichen wollte, was unter einer „entwürdigenden Erziehungsmaßnahme“ zu verstehen ist, aber erklärtermaßen eine verstärkte Kriminalisierung züchtigender Eltern nicht im Auge hatte. Wie schon in der Begründung zum damaligen Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu lesen steht:⁴⁰ „Durch die vorgeschlagene Präzisierung des § 1631 Abs. 2 BGB soll die Strafverfolgung gegen Eltern nicht ausgeweitet werden. [...] Durch die vorgesehene Änderung wird die geltende Regelung nicht verschärft, sondern präzisiert. [...] Es ist nicht Absicht des Entwurfs, [...] die bereits gegenwärtig bestehenden Strafdrohungen auszudehnen“.

Insbesondere *Beulke* versuchte nun, mit diesem Ergebnis vor Augen, eine auch dogmatisch befriedigende Antwort auf die sich aus der neuen Gesetzeslage ergebenden Fragen zu finden. Soweit er dabei im Einklang mit dem übrigen Schrifttum, aber eben durchaus auch mit dem Gesetzgeber selbst, zu der Anfangserkenntnis gelangte, dass einerseits „die Neuregelung des § 1631 Abs. 2 BGB auch Auswirkungen auf das Strafrecht haben“ müsse,⁴¹ es andererseits aber nicht angehe, selbst „die pädagogisch motivierte Backpfeife“⁴² in Zukunft als strafbare Körperverletzung einzustufen,⁴³ so soll diese (im

³¹ Gesetz v. 18.7.1979, BGBl. I 1979, S. 1061 (S. 1062).

³² *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 33.

³³ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 35.

³⁴ Endgutachten der Gewaltkommission, in: Schwind u.a. (Hrsg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. 1, 1990, S. 157 f., 183, 280 f.

³⁵ Vgl. nur etwa *Schneider*, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie, 1988, S. 210 ff.

³⁶ Gesetz v. 16.12.1997, BGBl. I 1997, S. 2942 (S. 2946), in Kraft seit 1.7.1998.

³⁷ *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 223 Rn. 20.

³⁸ *Eser* (Fn. 37), § 223 Rn. 20.

³⁹ *Eser* (Fn. 37), § 223 Rn. 20.

⁴⁰ BT-Drs. 12/6343, S. 9, 11, 12.

⁴¹ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541).

⁴² *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541).

⁴³ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 542): „Bei leichten Schlägen im Sinne einer spontanen Reaktion auf ein von den Eltern ausdrücklich untersagtes Verhalten (z. B. Backpfeife nach Beleidigung der Eltern) dürfte in der Bevölkerung keine Einigung darüber zu erzielen sein, dass dies einer sinnvollen Erziehung zuwiderlaufe“.

Ergebnis richtige) Grundjustierung hier zunächst einmal nicht näher hinterfragt werden – es wird später noch darauf zurückzukommen sein. Einer näheren Betrachtung bedarf jedoch *Beulkes* eigentlicher Lösungsansatz.

Den (damaligen) neuen Gesetzeswortlaut ernstnehmend – man erinnere sich: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen, sind unzulässig“ – legte er seinen weiteren Überlegungen das Eingeständnis zugrunde, dass eine jede „körperliche Misshandlung“ i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB ohne Wenn und Aber eine „entwürdigende Erziehungsmaßnahme“ darstelle und somit unzulässig sei.⁴⁴ Der unentrinnbar erscheinenden Folgerung hieraus, dass damit auch jede über eine – von vornherein als unerhebliche Beeinträchtigung einzustufende – leichte Ohrfeige oder den – mangels Erheblichkeit ebenfalls nicht tatbestandsmäßigen⁴⁵ – leichten Klaps auf den Po hinausgehende Handgreiflichkeit eine am Ende strafbare Körperverletzung sei, wollte er dann freilich durch eine einschränkende Uminterpretation des Begriffs der „körperlichen Misshandlung“ entgehen: „Da uns durch § 1631 Abs. 2 BGB vorgegeben ist, dass jede ‚körperliche Mißhandlung‘ des Kindes ausnahmslos als unzulässig angesehen werden muss, selbst wenn sie Erziehungszwecken dient, wird damit die genaue Definition des Tatbestandsmerkmals ‚körperliche Mißhandlung‘ zur Schicksalsfrage“⁴⁶. Im Ergebnis plädierte *Beulke* nun dafür, eine „körperliche Mißhandlung“ schon tatbestandlich – und damit eine Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB – hinsichtlich aller der Fallgruppen zu verneinen, die „früher durch den Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts abgedeckt wurden“⁴⁷, also etwa für den Fall eines „kräftigen Schlags auf das Gesäß“ oder des „Ziehens an den Haaren oder Ohren als Reaktion auf einen Gelddiebstahl aus dem Portemonnaie der Mutter“⁴⁸. Denn als körperliche „Miss“-handlung lasse sich stets nur eine *unangemessene* Behandlung begreifen; es sei aber „eine erzieherisch sinnvolle Maßnahme [...] nicht von vornherein ‚unangemessen‘, sondern könne ‚im Einzelfall als Ausfluß des durch Art. 6 GG abgesicherten und in den §§ 1626 ff. BGB näher geregelten Erziehungsrechts eingestuft werden“.⁴⁹

Dieser Ansatz *Beulkes* zu einer Neuorientierung im Hinblick auf die Problematik elterlichen Züchtigens hat seinerzeit viel Anklang im Schrifttum gefunden.⁵⁰ Vermutlich hätte

sich diese – übrigens schon vom Gesetzgeber in seiner Entwurfsbegründung selbst als Möglichkeit in den Raum gestellte⁵¹ – „Tatbestandslösung“⁵² bei weiterhin unveränderter Gesetzeslage als herrschende Auffassung etablieren können. Eine solche Lösung der Züchtigungsproblematik über eine Einschränkung des Begriffs der „körperlichen Mißhandlung“ scheint mir jedoch – unabhängig von der dann bald nachfolgenden neuerlichen Gesetzesänderung des Jahres 2000 – schon damals nicht überzeugend gewesen zu sein. Zum einen hatte es der bis dahin absolut h.M.⁵³ entsprochen, dass „die Ansicht, eine zu erzieherischen Zwecken erfolgende körperliche Züchtigung [sei] keine Mißhandlung und daher schon nicht tatbestandsmäßig i.S.d. § 223 StGB, [...] keinen Beifall“ verdiene.⁵⁴ Denn § 223 StGB schütze das körperliche Wohlbefinden. Da dieses aber „durch eine Züchtigung gerade beeinträchtigt werden soll“, sei „der Deliktstypus durch sie verwirklicht und der Tatbestand erfüllt; ob eine solche Schmerzzufügung wegen des damit verfolgten Zweckes gestattet ist“, sei „allein eine Frage der Rechtfertigung“.⁵⁵ Warum sollte dies jetzt plötzlich nicht mehr gelten?

Zum anderen aber entspräche es letztlich einem Zirkelschluss, zunächst mittels Inbezugnahme des in § 223 StGB anzutreffenden Begriffs der „körperlichen Misshandlung“ zwischen den in § 1631 Abs. 2 BGB genannten „entwürdigenden“ und den daneben verbleibenden „nicht entwürdigenden“ Erziehungsmaßnahmen zu unterscheiden, dann aber diesen zu diesem Zweck in Bezug genommenen Begriff der „körperlichen Misshandlung“ inhaltlich an dem – so ja ausdrücklich *Beulke*⁵⁶ – „in den §§ 1626 ff. BGB näher geregelten Erziehungsrecht“ und damit gerade auch wieder an § 1631 Abs. 2 BGB zu bemessen. Hier schwimmt der Goldfisch im Kreis: Was eine nach § 1631 Abs. 2 BGB „entwürdigende Erziehungsmaßnahme“ ist, bestimme sich anhand des Begriffs der „körperlichen Misshandlung“ des § 223 StGB; eine „körperliche Misshandlung“ sei aber nur in einer „unangemessenen“ Erziehungsmaßnahme zu erblicken – und eine solche wiederum gerade dann gegeben, wenn sie „entwürdigend“ im Sinne des § 1631 Abs. 2 BGB ist.

Als letztes schließlich ist gegen die von *Beulke* ehemals entwickelte Züchtigungslehre vorzubringen, dass für ihn die „Tatbestandslösung“ nur im Hinblick auf „körperliche Misshandlungen“ gelten sollte, nicht aber für die in § 1631 Abs. 2 BGB ja nicht eigens genannten „Gesundheitsschädigungen“ des § 223 StGB und erst recht nicht für Freiheitsberaubungen, Nötigungen und Beleidigungen.⁵⁷ Erschien *Beulke* „eine

⁴⁴ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545): „durch § 1631 Abs. 2 BGB vorgegeben [...], dass jede ‚körperliche Mißhandlung‘ des Kindes ausnahmslos als unzulässig angesehen werden muß“.

⁴⁵ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546): „Mangels ‚Erheblichkeit‘ können wir also [...] die ganz leichten Klapse etc., also die eindeutigen Bagatellen, aus dem Tatbestand ausscheiden, die selbst das kleine Kind nur peripher wahrnimmt und die deshalb unstreitig als straflos angesehen werden“; ebenso *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 35.

⁴⁶ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁴⁷ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁴⁸ Beispiele von *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁴⁹ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁵⁰ So auch der Befund bei *Roxin* (Fn. 18), § 17 Fn. 52.

⁵¹ Zur Möglichkeit einschränkender Auslegung des Merkmals „körperliche Misshandlung“ in § 223 Abs. 1 StGB vgl. BT-Drs. 13/8511, S. 65 sowie schon BT-Drs. 12/6343, S. 15; näher zu diesem Aspekt der Entwurfsbegründung *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541).

⁵² So die von *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 547) und passim selbst verwendete Bezeichnung.

⁵³ So explizit *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34 Fn. 49 m.w.N.

⁵⁴ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁵⁵ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁵⁶ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁵⁷ So explizit auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 548) selbst.

generelle Tatbestandslösung für alle Fallgruppen elterlicher Erziehungsmaßnahmen nicht möglich“, weil er im Rahmen der genannten Tatbestände „keinen Auslegungsspielraum für die Berücksichtigung erzieherischer Gesichtspunkte zu entdecken“ vermochte,⁵⁸ so heißt dies nichts anderes, als dass es jenseits der „körperlichen Misshandlung“ bei der bisherigen Konstruktion einer Rechtfertigung aus elterlichem Erziehungsrecht bleiben sollte.⁵⁹ Wenn *Beulke* nun in vager Diktion beschwichtigt, dass „diese Differenzierung [...] bei Lichte betrachtet so dramatisch nun auch wiederum nicht“ sei,⁶⁰ bleibt doch kritisch festzuhalten, dass damit eine dogmatisch höchst eigenartige Situation entsteht: Bei einer Züchtigungsmaßnahme, die einerseits Schmerzen, andererseits aber etwa auch Blutergüsse hervorruft (man denke beispielsweise an einen heftigen Schlag oder eine Tracht Prügel), bemisst sich nach diesem dualistischen Ansatz die Strafbarkeit im Hinblick auf den ersten Aspekt (die Schmerzen) danach, ob es sich angesichts der erzieherischen Zielsetzung um ein „unangemessenes“ Verhalten und damit überhaupt tatbestandlich um eine „körperliche Misshandlung“ handelt; demgegenüber wäre hinsichtlich des zweiten Aspekts (der Blutergüsse) zwar ohne weiteres eine „Gesundheitsschädigung“ zu konstatieren, die Zulässigkeit der Züchtigungsmaßnahme insoweit aber erst über die Frage nach dem Vorliegen eines aus dem elterlichen Erziehungsrecht resultierenden Rechtfertigungsgrundes zu ermitteln.

IV. Die heutige Rechtslage

Aber wie auch immer – selbst wenn man davon auszugehen bereit wäre, dass die von *Beulke* entwickelte „Tatbestandslösung“ der damaligen Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB noch gerecht zu werden vermochte, ist damit für die Klärung unserer heutigen Situation nicht viel gewonnen. Denn wie bereits mehrfach erwähnt wurde diese Vorschrift erneut geändert⁶¹ und die seit dem 8.11.2000 geltende Gesetzesfassung lautet nunmehr: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“ Da ist nicht mehr die Rede von „körperlicher Misshandlung“, da findet sich keine Formulierung mehr, an die sich die „Tatbestandslösung“ anknüpfen ließe.⁶² Kristallklar – und gerade darum ging es dem Gesetzgeber erklärtermaßen⁶³ – findet

sich nunmehr (insbesondere durch das Wort „andere“⁶⁴) zum Ausdruck gebracht, dass schlechterdings eine jede körperliche Bestrafung eine entwürdigende Maßnahme darstellt und als solche unzulässig ist – womit von vornherein einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung⁶⁵ entgegenzutreten ist, es könne auch körperliche Bestrafungen ohne „entwürdigenden“ Charakter geben, so dass man folglich nicht alle körperlichen Bestrafungen als unzulässig und damit als strafbare Körperverletzungen anzusehen habe.

Doch selbst in den Gesetzesmaterialien auch zu dieser jüngsten Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB liest man wieder, wie schon in der Begründung zum Kindschaftsreformgesetz von 1997,⁶⁶ dass die Strafbarkeit elterlicher Gewaltausübung durch das neue Gesetz nicht ausgeweitet werden, sondern im bisherigen Umfang unverändert bestehen bleiben solle.⁶⁷ Ziel der Änderung sei vielmehr „die Ächtung der Gewalt in der Erziehung ohne Kriminalisierung der Familie“.⁶⁸ Nimmt man insofern den Gesetzgeber beim Wort und geht demgemäß davon aus, dass sowohl bei der Gesetzesänderung von 1997, wie auch bei derjenigen von 2000 die Strafbarkeit züchtigender Eltern im Ergebnis nicht oder zumindest nicht wesentlich erweitert werden sollte, so heißt das letztlich nichts anderes, als dass in der überwiegenden Zahl der Fälle, in denen man in den Jahren zuvor eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung aufgrund elterlichen Züchtigungsrechts angenommen hatte, auch jetzt keine unbedingte Bestrafung des innerhalb jener Grenzen Züchtigenden stattfinden soll.⁶⁹

Man mag die Frage stellen, warum der Gesetzgeber einerseits den Gesetzeswortlaut des § 1631 Abs. 2 BGB so restriktiv fasst, dass prima vista jegliche körperliche Beeinträchtigung die sichere Folge der Strafbarkeit nach sich zu ziehen scheint, andererseits aber doch in den Einlassungen ebendieses Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck gelangt, dass offenbar eine flächendeckende tatsächliche Bestrafung am Ende gar nicht gewollt ist. Die Antwort hierauf ist freilich im Grunde recht einfach: Auf der einen

⁵⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 548).

⁵⁹ So ausdrücklich *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 548).

⁶⁰ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 549).

⁶¹ [...] durch das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung v. 2.11.2000, BGBl. I 2000, S. 1479.

⁶² Anders freilich u.a. *Beulke*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 29 (S. 37 ff., insbes. S. 39 f.). Die von ihm dazu angestellten linguistischen Betrachtungen des Gesetzestextes des § 1631 Abs. 2 BGB vermögen mich aber nicht zu überzeugen; in diesem Sinne auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 39.

⁶³ BT-Drs. 14/1247, S. 8; vgl. hierzu auch *Otto* (Fn. 19), § 8 Rn. 150.

⁶⁴ Sehr aufschlussreich hierzu *Hoyer*, *FamRZ* 2001, 521 (522).

⁶⁵ Vgl. insb. *Beulke* (Fn. 62), S. 29 (S. 37 ff., insb. S. 39 f.); *Kühl* (Fn. 20), § 9 Rn. 77b; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 11; *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 2008, Vor §§ 32-35 Rn. 24 sowie *Krey*, in: *Krey/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 312; dagegen insb. *Hoyer*, *FamRZ* 2001, 521 (522) sowie *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 39.

⁶⁶ Vgl. bereits oben bei Fn. 40.

⁶⁷ BT-Drs. 14/1247, S. 3, 6.

⁶⁸ BT-Drs. 14/1247, S. 5.

⁶⁹ Dementsprechend setzt denn auch die Begründung des Gesetzesentwurfes ganz zentral auf die Lösung „Hilfe statt Strafe“ (BT-Drs. 14/1247, S. 5) und formuliert: „Nicht die Strafverfolgung oder der Entzug der elterlichen Sorge dürfen deshalb in Konfliktlagen im Vordergrund stehen, sondern Hilfen für die betroffenen Kinder, Jugendlichen und Eltern“ (BT-Drs. 14/1247, S. 5 f.).

Seite soll mit der immer stärker und nunmehr völlig konzeptionslos herausgestellten Ächtung jeglicher Gewalt, insbesondere jeglicher körperlicher Bestrafung, auf das Bewusstsein der Allgemeinheit in ebendieser Richtung eingewirkt, soll letztlich der Kreislauf der Gewalt in unserer Gesellschaft durchbrochen werden.⁷⁰ § 1631 Abs. 2 BGB kommt somit in erster Linie eine dezidierte Appellfunktion zu. Auf der anderen Seite aber soll ersichtlich⁷¹ nicht mittels einer strikten Bestrafungspraxis von außen in die Familien hineingegriffen werden in einer Weise, die den Familienfrieden in noch erheblich stärkerem Maße als die zugrundeliegende Züchtigungsmaßnahme beeinflussen, stören oder gar zerstören würde.

Doch auch einmal ganz ungeachtet dieser aus dem Miteinander von Gesetzestext und Gesetzesmaterialien herausleuchtenden Intentionen des Gesetzgebers und der damit einhergehenden offenkundigen Relativierung der vordergründig dem Gesetz inhärenten Bestrafungsnotwendigkeit erschiene eine umfassende Sanktionierung jeder in die Körperintegrität des Kindes eingreifender Erziehungsmaßnahme auch tatsächlich in der Sache nicht oder doch nur schwer akzeptabel. Zum einen wäre eine solche strikte Durchsetzung des Ideals einer „gewaltfreien Erziehung“ unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zumindest bedenklich,⁷² heißt es doch dort: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. Denn zwar ist angesichts der „Wächterklausel“ des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG („Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft“) nichts dagegen einzuwenden, kraft Gesetzes das elterliche Züchtigungsrecht einzuschränken;⁷³ es aber auf diese Weise *gänzlich* auszuschließen, mag die Grenzen einfachgesetzlicher Rechtsetzungskompetenz überschreiten⁷⁴ – wenigstens dann, wenn der Züchtungsverzicht

nicht nur als bloßer Appell im Gesetz steht, sondern ein Zuwiderhandeln auch tatsächlich strafrechtlich geahndet würde. In diesem Sinne heißt es denn auch im Grundgesetz-Kommentar von v. Mangoldt/Klein/Starck zur Frage gesetzlicher Reglementierung des Eltern-Kind-Verhältnisses: „Der Staat soll sich bis zur Grenze des Missbrauchs (Wächteramt: Art. 6 Abs. 2 S. 2) nicht in dieses Verhältnis einmischen. Daraus resultiert die Duldung elterlicher Züchtigungsmaßnahmen, wenn sie nicht einen Missbrauch des elterlichen Erziehungsrechts darstellen. Ohrfeigen, ein ‚Klaps‘, aber auch eine die Gesundheit nicht beeinträchtigende Tracht Prügel aus gegebenem Anlass sind vom verfassungsrechtlich garantierten Erziehungsrecht der Eltern gedeckt und dürfen vom Staat nicht verboten werden. An dieser Analyse der Rechtslage kann man auch nicht vorbei, wenn man ein Gegner des elterlichen Züchtigungsrechts ist“⁷⁵. Gewiss, dies ist auch im verfassungsrechtlichen Schrifttum nicht unumstritten.⁷⁶ Jedenfalls aber wäre es im Dienste einer nicht bereits per se grenzwertigen Interpretation des in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingeräumten elterlichen Erziehungsrechts wünschenswert, einer allzu strikten Umsetzung des in § 1631 Abs. 2 BGB Gesetz gewordenen Appells zu gewaltfreier Erziehung – dessen Verfassungsmäßigkeit hier trotz nicht unerheblicher Bedenken einmal zugrunde gelegt werden soll – entgegenzutreten.

Aber auch in familien- und kriminalpolitischer Hinsicht wäre es verfehlt, jeder auch noch so geringen Züchtigungsmaßnahme die Strafe auf den Fuß folgen zu lassen. Dabei wäre es, worauf schon *Beulke* hinweist, „schon deshalb wenig opportun, [...] den strafrechtlichen Bannstrahl über jede noch so leichte, gewaltsame Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens zu verhängen, [...] weil ein solches Staatsziel der antiautoritären Erziehung auch in unserer libe-

⁷⁰ So explizit BT-Drs. 14/1247, S. 3: Es gehe darum, „diesen ‚Kreislauf‘ der Gewalt zu durchbrechen und eindeutig klarzustellen, dass Gewalt kein geeignetes Erziehungsmittel ist“.

⁷¹ Nur so kann es zu verstehen sein, wenn es in BT-Drs. 14/1247, S. 5 heißt, es gehe dem Gesetzentwurf um die Ächtung der Gewalt in der Erziehung „ohne Kriminalisierung der Familie“. Nur so ist auch zu verstehen, dass es dem Gesetzgeber erklärtermaßen im Wesentlichen um „Hilfe statt Strafe“ zu tun ist (BT-Drs. 14/1247, S. 5; vgl. bereits oben Fn. 69).

⁷² Teile der Literatur erblicken denn auch in der jetzigen Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB einen klaren Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und halten die Vorschrift von daher für nichtig; vgl. etwa *Noak*, JR 2002, 402 m.w.N. und *Roellecke*, NJW 1999, 337.

⁷³ Insoweit ist denn auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 37 durchaus zuzustimmen, wenn er mit Blick gerade auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG darlegt: „Es ist nicht so, dass die Eltern ohne staatliche Kontrolle die Grenzen ihres Erziehungsrechts selbstständig festsetzen können.“

⁷⁴ Insoweit anders jedoch die wohl h.M.; vgl. nur etwa *Roxin*, (Fn. 18), § 17 Rn. 37: „Wenn [...] eine körperliche Bestrafung von Kindern nach der heute durchaus herrschenden pädagogischen Auffassung erzieherisch schlechthin nicht

mehr legitimierbar ist, kann sie auch vom Erziehungsrecht nicht erfasst sein, so dass ihr Verbot dem Grundgesetz nicht widerspricht.“ In diesem Sinne auch bereits BT-Drs. 14/1247, S. 5: „Wo [...] das Wohl des Kindes gefährdet ist, kommt das Wächteramt des Staates zum Tragen.“

⁷⁵ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Abs. 2 Rn. 239; in diesem Sinne auch *Robbers*, in: Mangoldt/Klein/Starck (a.a.O.), Art. 6 Abs. 2 Rn. 154: „Das Grundgesetz entscheidet sich nicht für eine konkrete pädagogische Theorie, die es verpflichtend an die Eltern herantragen würde. Zu den zulässigen Erziehungsmitteln gehören Lob wie Tadel, Anreiz wie Strafe. Auch die körperliche Züchtigung ist nicht von vornherein verfassungsrechtlich unzulässig.“ Mit dieser Auffassung zumindest sympathisierend auch *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (522).

⁷⁶ Vgl. nur *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 6 Rn. 65: „Gesicherte Erkenntnisse über die schädlichen Wirkungen körperlicher Strafen würden sogar ein Verbot körperlicher Züchtigung [...] verfassungsrechtlich zulassen“; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 46: „Das Wächteramt rechtfertigt ein Verbot körperlicher Züchtigung.“

ralen Gesellschaft nicht konsensfähig sein dürfte⁷⁷. Auch wäre es – bei aller Sympathie für eine tatsächlich vollkommen gewaltfreie Erziehung – wohl doch „lebensfremd anzunehmen, daß unter den gegebenen sozialen und psychologischen Bedingungen alle Eltern ganz ohne handgreifliche Belehrungen auskommen könnten“⁷⁸. Vor allem aber würde eine uneingeschränkte Pönalisierung in diesem innersten Bereich des sozialen Miteinanders zu erheblichen, nicht hinnehmbaren Verwerfungen führen, würde in die Familie als der Kernzelle unserer Gesellschaft ein Konfliktpotential hineingetragen, das weit friedensbedrohender zu wirken geeignet wäre als leichte körperliche Züchtigungen als solche es jemals sein könnten. Um es mit *Roxin* zu formulieren: „Wenn man [...] wegen jeder durch schwere Unarten ausgelösten Ohrfeige das Strafrecht mobilisieren wollte, würde man mehr Familien zerstören als befrieden“⁷⁹. Stellen wir uns nur einmal den *Ausgangsfall 2* in concreto vor: Der Vater ohrfeigt aus erzieherischen Gründen bei gegebenem Anlass seinen Sohn, dieser zeigt ihn an, der Vater wird wegen Körperverletzung verurteilt. Dass hier ein weit tieferer Graben durch die Familie gezogen wird, als es im Falle einer Strafflosigkeit dieser – ja keineswegs nicht nachvollziehbar willkürlichen – Ohrfeige der Fall wäre, braucht wohl nicht näher dargelegt zu werden.

Nachdem – wie gesagt – aber auch der Gesetzgeber selbst die Dinge letztlich in dieser Weise sieht, wird man auch für die Zukunft davon ausgehen können und müssen, dass im Ergebnis – insoweit nicht anders, als dies auch schon nach der bisherigen Rechtslage der Fall war – keinesfalls eine jede körperliche Bestrafung *durch den Erziehenden* auch zu einer tatsächlichen Bestrafung *des Erziehenden* führen muss.

V. Die heute gängigen Lösungen

Die Frage kann mithin nur lauten: Wie lässt sich angesichts der jetzigen Gesetzeslage ein solches Ergebnis gesetzeskonform bewirken und strafrechtsdogmatisch schlüssig begründen? Nun – Lösungsvorschläge gibt es hierzu gleich einige. Nur vermag letztlich keiner von Ihnen zu überzeugen.

1. Da ist zunächst einmal die Idee, das überlieferte gewohnheitsrechtlich begründete strafrechtliche Züchtigungsrecht der Eltern aus erzieherischen Gründen bestünde ungeachtet der Regelung des § 1631 Abs. 2 BGB weiter, da das Strafrecht insoweit als eigenständige Rechtsmaterie dem Zivilrecht nicht zwingend in der konkreten Beantwortung einer jeden zur Beurteilung anstehenden rechtlichen Frage zu folgen habe.⁸⁰

Doch auch wenn man einer solchen partiellen Losgelöstheit des Strafrechts vom Zivilrecht prinzipiell zustimmen bereit ist, wird man dennoch nicht einer Beibehaltung des

bislang anerkannten Rechtfertigungsgrundes des elterlichen Züchtigungsrechts das Wort reden können: Denn dieser Rechtfertigungsgrund wurde über die Jahrzehnte hinweg ja explizit gerade auf das elterliche Erziehungsrecht gestützt, wie es im BGB und dort insbesondere im § 1631 Abs. 2 zum Ausdruck gebracht war. Hier lehnte sich das Strafrecht seit ehedem ganz bewusst an das Zivilrecht an. Wenn nunmehr ebendort die Zulässigkeit körperlicher Bestrafung verneint wird, kann man sich nicht urplötzlich aus dieser letztlich selbstauferlegten Anbindung lösen.⁸¹

Man wird damit schlechterdings nicht umhin kommen, die betreffende zivilrechtliche Änderung auch im Strafrecht zur Kenntnis zu nehmen und daraus die Konsequenz zu ziehen, dass damit die Grundlage jenes Rechtfertigungsgrundes des „elterlichen Züchtigungsrechtes“ zur Gänze entfallen ist.⁸²

2. In Richtung einer teilweisen Losgelöstheit des Strafrechts vom Zivilrecht geht auch der von *Günther* stammende⁸³ und schon seit Jahren immer wieder in die Diskussion geworfene Vorschlag, von vornherein „zwischen zivil- und strafrechtlicher Rechtswidrigkeit einer Erziehungsmaßnahme zu differenzieren und letztlich für elterliche Züchtigungen einen speziellen Strafunrechtsausschluß zu entwickeln“⁸⁴. Nicht der aus dem im BGB näher umgrenzten elterlichen Erziehungsrecht hergeleitete Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts sei damit sedes materiae, sondern ein auf den Binnenbereich des Strafrechts beschränkter und vom Zivilrecht unabhängiger Erlaubnissatz, eben ein sog. „Strafunrechtsausschließungsgrund“⁸⁵, der es ermögliche, die gem. § 1631 Abs. 2 BGB als Unrecht einzustufende „körperliche Bestrafung“ als „schlichtes“, aber nicht strafbares Unrecht zu begreifen.⁸⁶

Dagegen ist freilich mit der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum⁸⁷ einzuwenden, dass es doch „Aufgabe des Tatbestandes [ist] festzulegen, welches Verhalten strafbar sein soll, und diese Entscheidung des Gesetzgebers [...] nicht durch einen ungeschriebenen, von der Wertung des Richters abhängigen Unrechtsausschließungsgrund umgangen werden [...] darf. Man zwänge sonst den Gesetzgeber geradezu dazu, neben der Tatbestandsmäßigkeit zusätzlich zu bestimmen, in

⁸¹ In diesem Sinne auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541 f.).

⁸² In diesem Sinne auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 32, 46.

⁸³ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 352 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, 1992, S. 891; *ders.*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Lfg., Stand: Mai 1998, Vor § 32 Rn. 63.

⁸⁴ So die zusammenfassende Beschreibung des *Güntherschen* Ansatzes bei *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (523 m.w.N. in Fn. 38).

⁸⁵ Vgl. nur *Günther* (Fn. 83 – SK-StGB), Vor § 32 Rn. 63.

⁸⁶ Näher hierzu *Günther* (Fn. 83 – SK-StGB), Vor § 32 Rn. 63.

⁸⁷ Vgl. (speziell zur Problematik des Züchtigungsrechts) statt vieler nur *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 543 ff.); *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (523 f.); *Roxin*, JuS 1988, 425 (431); *ders.* (Fn. 18), § 17 Rn. 40 f.

⁷⁷ *Beulke* (Fn. 27), S. 537 (S. 542); er fügt hinzu – und dem schließe ich mich an – dass damit „natürlich kein Plädoyer zugunsten drakonischer Leibesstrafen nach ‚guter alter Väter-sitte‘ gehalten werden soll“.

⁷⁸ So noch *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁷⁹ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁸⁰ Zu der prinzipiellen Frage nach einem Gleichlauf von Zivil- und Strafrecht vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 14 Rn. 31 ff.

welchen Einzelfällen das Strafunrecht durch den Rechtsanwender als nicht ausgeschlossen angesehen werden dürfe. Die Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem wäre bei Anerkennung eines ungeschriebenen Strafunrechtsausschlussgrundes kaum noch klar zu ziehen.⁸⁸ Im Übrigen hätte die Auffassung, dass die Züchtigungshandlung zwar rechtswidrig und nur nicht strafwürdig sei, zur Folge, dass der Gezüchtigte Notwehr bzw. ein Dritter Nothilfe gegenüber dem Züchtigenden üben dürfte.⁸⁹ Daraus aber entstünde, da der Züchtigende unter dem Schutz des Strafunrechtsausschlussgrundes stünde und der Gezüchtigte bzw. sein Verteidiger unter dem der Notwehr – zugespitzt formuliert – „eine vom Strafrecht akzeptierte Schlägerei“.⁹⁰ Das kann nicht sein.

3. Ein weiterer, heute wohl überwiegend präferierter⁹¹ Vorschlag geht dahin, das Problem auf prozessuellem Wege zu lösen, nämlich über eine Einstellung des Verfahrens wegen Körperverletzung nach §§ 153 ff. StPO – jedenfalls für den in Nr. 235 Abs. 3 RiStBV vorgezeichneten Fall, dass sozialpädagogische, familientherapeutische oder andere unterstützende Maßnahmen eingeleitet worden sind und diese erfolversprechend erscheinen.⁹² Diese verfahrensrechtliche Notbremse scheint auch der Gesetzgeber selbst ins Auge gefasst zu haben, spricht er doch – in durchaus befürwortender Weise – davon, dass „Maßnahmen wegen elterlicher Mißhandlungen gegenüber ihren Kindern häufig gar nicht ergriffen werden, sondern Verfahrenseinstellungen erfolgen“.⁹³

Eine solche Lösung vermag jedoch nicht zu befriedigen,⁹⁴ „setzt“ doch „jede Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153 StPO zunächst eine Einleitung durch Maßnahmen der Strafverfolgung voraus (Bejahung eines Anfangsverdachts, Aufnahme polizeilicher Ermittlungen, Befragung der Eltern, Kinder, Nachbarn) und bildet daher schon für sich einen erheblich belastenden staatlichen Eingriff“⁹⁵ und führt damit gerade zu jener empfindlichen Störung des Familienfriedens, die es gerade zu verhindern gilt.⁹⁶ Und überhaupt: „Wenn

wir“ – wie es der Gesetzgeber ja auch selbst ganz offenkundig tut – „meinen, die Eltern sollten auch in Zukunft ihre Kinder [in dem Sinne, M.H.] frei erziehen dürfen, [dass sie keiner verstärkten Kriminalisierung unterworfen werden, M.H.], und zwar unter Einsatz auch von uns vielleicht nicht gewünschter, aber immerhin doch noch geduldeter Erziehungsmethoden, so sollten wir das Schicksal der Eltern nicht dem Beurteilungsspielraum des Staatsanwalts anheim geben“⁹⁷ – ist doch, wie *Beulke* ganz richtig anschließt⁹⁸ – die Vorstellung, dass „die Staatsanwaltschaft [...] [hier, M.H.] in den Erziehungsvorgang durch intensive Kontrolle und u.U. lenkende Maßnahmen (§ 153a StPO) hineinregieren dürfte, [...] sicherlich keine verlockende Zukunftsperspektive“. Und schließlich, um insoweit mit *Hoyer* zu sprechen: „Jedenfalls kann die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung keinesfalls eine Legitimation für eine etwaige materiell-rechtliche Überkriminalisierung abgeben“⁹⁹.

4. Als letztes schließlich hat *Hoyer* einen zwar höchst interessanten, aber im Ergebnis ebenfalls nicht überzeugenden¹⁰⁰ Ansatz dargetan. Er geht davon aus, dass § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB dem Kind lediglich ein Recht auf gewaltfreie „Erziehung“ gewähre, während doch die gesamte elterliche Sorge nach § 1631 Abs. 1 BGB das Recht umfasse, das Kind „zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen“. Es scheine sich also „das Gewaltverbot des § 1631 II S. 1 BGB auf Pflege, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung gar nicht zu beziehen“¹⁰¹ und wegen der Wechselwirkung mit § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB würde das auch für Satz 2 dieser Vorschrift gelten. Nur für Maßnahmen im Bereiche der „Erziehung“ solle das Züchtigungsverbot des § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB mithin von Bedeutung sein, nicht hingegen für Maßnahmen im Bereich von „Pflege, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung“. Man müsse also zwischen diesen verschiedenen Segmenten der elterlichen Sorge fein säuberlich unterscheiden.

Ob dies aber nun tatsächlich überhaupt möglich ist, darf bezweifelt werden.¹⁰² Wenn *Hoyer* etwa in dem Fall, dass „eine elterliche Züchtigungsmaßnahme [...] darauf abzielt, das Kind von selbstschädigendem oder -gefährdendem Verhalten abzuhalten“¹⁰³, ohne weiteres davon ausgehen möchte, dass „diese Züchtigung also gar keine Erziehungszwecke [...] verfolgt, [...] sondern [...] zur Pflege und Beaufsichtigung [...] zählt“, scheint mir diese Einstufung doch durchaus fragwürdig zu sein. Man denke nur an das von *Beulke* in die Diskussion eingeführte Beispiel der „verantwortungsbewusst den-

dem staatlichen Vorgehen „für den Familienfrieden und die weitere Entwicklung des Kindes resultierende Schaden kann weit größer sein, als wenn nach einer – obgleich unzulässigen – Ohrfeige alles wieder gut ist“.

⁹⁷ So ganz richtig *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁹⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁹⁹ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521.

¹⁰⁰ So auch *Beulke* (Fn. 62), S. 29 (S. 38); *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 43; *Salgo*, RdJB 2001, 283 (289).

¹⁰¹ Hier und nachfolgend *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹⁰² In diesem Sinne auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 43.

¹⁰³ Hier und nachfolgend *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

⁸⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 544).

⁸⁹ So ganz richtig der weitere Einwand von *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 544).

⁹⁰ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 544); in diesem Sinne und näher hierzu (freilich zum Fall des züchtigenden Lehrers) bereits *Roxin*, JuS 1988, 425 (431).

⁹¹ Vgl. statt vieler nur etwa *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 46.

⁹² Jedenfalls in diesen Fällen kann – und soll – auch nach Auffassung des Gesetzgebers des § 1631 Abs. 2 BGB „ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung entfallen“, vgl. BT-Drs. 12/6343, S. 12.

⁹³ BT-Drs. 14/1247, S. 3; vgl. auch bereits bei und in Fn. 92.

⁹⁴ So auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545): „Aber auch der Vorschlag, das Problem auf dem prozessualen Wege zu lösen, verbreitet wenig Glanz“, sowie *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 und letztlich auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 47, 48.

⁹⁵ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521; in diesem Sinne auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁹⁶ Dies erkennt, trotz prinzipieller Befürwortung der prozessualen Lösung, auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 48, 49: Der aus

kenden Mutter“¹⁰⁴, die sich angesichts der in concreto vermutlich nur geringen Überzeugungskraft eines „harmlosen Klapses“ dazu „durchringt“, ihrem unvorsichtig auf die Straße gelaufenen und beinahe von einem Auto angefahren vierjährigen Sohn „eine maßvolle, aber dennoch deutlich spürbare und schmerzhaft, also die Erheblichkeitsschwelle des § 223 StGB überschreitende Ohrfeige bzw. einen entsprechenden Schlag auf das Gesäß zu geben“, um für „ein andermal sein Verhalten zu beeinflussen und es für die Gefahren des Straßenverkehrs zu sensibilisieren“. Lässt sich hier wirklich behaupten, diese Ohrfeige oder dieser Schlag auf das Gesäß – zweifelsfrei darauf abzielend, „das Kind von [künftigem, M.H.] selbstschädigendem oder -gefährdendem Verhalten abzuhalten“ – diene nicht auch oder gar in erster Linie erzieherischen Zwecken?¹⁰⁵

Ganz Entsprechendes ist einzuwenden, wenn *Hoyer* des Weiteren anführt:¹⁰⁶ „Verhängen die Eltern Hausarrest gegen ihr Kind, um es von Gesetzesbrüchen abzuhalten, so nehmen sie mit dieser Aufenthaltsbestimmung (auch) auf zulässige Weise ihre Aufsichtsbefugnisse wahr. Wird derselbe Hausarrest verhängt, um das Kind zu Fleiß, unbedingten Gehorsam oder Höflichkeit anzuhalten, so dient die Aufenthaltsbestimmung allein Erziehungszwecken und ist demgemäß wegen § 1631 II BGB verboten“. Ob es hinsichtlich der Zulässigkeit derartiger Maßnahmen wirklich einen Unterschied machen kann, ob das Kind von Gesetzesbrüchen ab- oder zu Höflichkeit angehalten werden soll, erscheint mir höchst zweifelhaft, geht es doch beide Male letztlich darum, das Kind *erziehend* auf ein mit den sozialen Spielregeln konformes künftiges Leben einzuschwören.

Vor allem aber geht es doch in § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB ganz allgemein um das Verbot „körperlicher Bestrafung“, ohne dass hier danach unterschieden würde, zu welchem konkreten Zweck die Bestrafung vorgenommen wird – als Ansporn zu künftigem Legalverhalten (damit für *Hoyer* ohne weiteres zulässig) oder bloß zur „Förderung der persönlichen Erziehungsziele der Eltern“¹⁰⁷ (dann nach seiner Auffassung unzulässig). Der Hinweis *Hoyers* auf die nur die Erziehungskomponente heraushebende Formulierung des § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB¹⁰⁸ überzeugt hier angesichts des m.E. klaren Wortlautes der Vorschrift nicht.¹⁰⁹ Ganz abgesehen davon müsste man aber, wollte man denn tatsächlich im *Hoyerschen* Sinne differenzieren, dann – *Hoyers* Darlegungen zufolge – ganz offenkundig zwischen zwei verschiedenen Arten von Erziehungszielen unterscheiden: einerseits den weniger schüt-

zenswerten¹¹⁰ „persönlichen Erziehungszielen“ und andererseits den offenbar schützenswerteren sonstigen (überpersönlichen?) Erziehungszielen. Ebendies scheint *Hoyer* denn auch vorzuschweben, wenn er zum einen dartut, es handele sich (nicht um ein persönliches Erziehungsziel der Eltern, sondern) „um ein allgemein gebilligtes, rechtlich gebotenes Einwirkungsziel [...], wenn die Eltern ihr Kind zu Legalverhalten veranlassen wollen“, und er zum anderen zu den (zu Pflege und Beaufsichtigung zu zählenden) dem Kinderschutz dienenden Maßnahmen anfügt, dass „es eben einen Unterschied [...] bedeutet [...], ob Eltern ihr Kind mit Gewalt zum Tennisstar dressieren wollen oder ob sie ihm den Verzehr giftiger Stoffe abzugewöhnen versuchen“. Im Grunde scheint es also letztlich darum zu gehen, zwischen höher- und minderwertigeren Einwirkungszielen zu unterscheiden und nur letzteren die Beschränkung des § 1631 Abs. 2 BGB aufzuerlegen.¹¹¹ Jedoch stellt sich hier nicht nur wiederum die Frage, ob eine solche Differenzierung überhaupt möglich ist (für die meisten Eltern dürfte etwa der „Ansporn zu künftigem Legalverhalten“ ebenso wie „der Versuch, dem Kind den Verzehr giftiger Stoffe abzugewöhnen“, durchaus auch ein „persönliches Erziehungsziel“ darstellen) bzw. anhand welcher Kriterien eine solche Sortierung erfolgen sollte. Vielmehr tun sich hier auch zwei sehr grundsätzliche, dem Ansatz vollends die Überzeugungskraft nehmende, Probleme auf: zum einen, ob es denn – gerade Angesichts des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – überhaupt angehen kann, ein ja letztlich tief in das elterliche Erziehungsrecht einschneidendes, dergestalt abschichtendes Zwei-Klassen-System elterlicher Einwirkungsziele zu postulieren; zum anderen, ob mit einer solchen an der Dignität der Einwirkungsziele orientierten Vorgehensweise nicht der in § 1631 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebrachte, (jedenfalls nach der Intention des Gesetzgebers) als absolut konzipierte, unbedingte Anspruch auf gewaltfreie Erziehung von vornherein relativiert, ja desavouiert wird.

VI. Die eigene Lösung

Was also dann? Natürlich wäre de lege ferenda daran zu denken, „einen persönlichen Strafausschlussgrund für den Fall zu schaffen, dass ein Sorgeberechtigter ‚im Einzelfall aus erzieherischen Gründen ein schwerwiegendes Fehlverhalten des Kindes oder Jugendlichen mit einer maßvollen Züchtigung ahndet“¹¹². Ob sich freilich der Gesetzgeber,

¹⁰⁴ *Beulke* (Fn. 62), S. 29 f.

¹⁰⁵ So aber *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524), daraus folgernd: „Zielt eine elterliche Züchtigung darauf ab, Rechtsgüter des Kindes [...] zu schützen, so ist § 1631 Abs. 2 BGB [...] gar nicht einschlägig – z. B. wenn das Kind dazu motiviert werden soll, nicht auf der Straße bzw. mit dem Feuer zu spielen“.

¹⁰⁶ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹⁰⁷ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹⁰⁸ Vgl. oben bei Fn. 101.

¹⁰⁹ In diesem Sinne mit ausführlicher Begründung auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 43.

¹¹⁰ „Um ihre persönlichen Erziehungsziele zu fördern, müssen sich Eltern künftig darauf beschränken zu überzeugen, vorbildhaft zu wirken oder eventuelle Vergünstigungen zu entziehen“, *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹¹¹ In diesem Sinne auch *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524) selbst: „Daß den Eltern zur Wahrung der objektiven Kindesinteressen rechtlich mehr an Befugnissen zugestanden wird als zur Durchsetzung lediglich des subjektiven Elternwillens, vermag auch im Ergebnis einzuleuchten: Je dringender und eindeutiger der Rechtsgemeinschaft an der Erreichung bestimmter Einwirkungsziele gelegen ist, desto umfangreicher werden auch die Eingriffsbefugnisse sein, die sie zwecks Verfolgung dieser Ziele zur Verfügung zu stellen bereit ist.“

¹¹² So der Vorschlag von *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 50.

dem es doch ersichtlich um eine rigorose – und damit vermutlich auch kompromisslose – Ächtung einer jeden Form von innerfamiliärer Gewalt zu tun ist, darauf einlassen wird, halte ich für mehr als fraglich.

Jedoch scheint mir eine demgegenüber bereits *de lege lata* gegebene Lösungsmöglichkeit, die ich bereits vor einigen Jahren in die Diskussion eingebracht habe,¹¹³ einen Ausweg zu bieten aus dem Dilemma, einerseits nunmehr ohne den bisher gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts auskommen zu müssen, andererseits aber – durchaus im Einklang mit den Vorstellungen des Gesetzgebers – eine überbordende Kriminalisierung elterlichen Erziehungsverhaltens zu vermeiden. Gemeint ist eine Rechtfertigung bestimmter Formen gemäßigten elterlichen Züchtigungsverhaltens über die Regelung des rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB.

1. Der wesentliche Gedanke ist – grob gesagt – der, dass jedenfalls in zwei Fallgruppen¹¹⁴ eine Rechtfertigung über § 34 StGB in Betracht kommt: Zum einen dann, wenn das Kind so „verstockt“ ist – nennen wir es einmal so, ungeachtet aller nur denkbaren Vorbehalte gegen dieses Wort¹¹⁵ –, dass (objektiv) mit gewaltfreiem Vorgehen eine erzieherische Einwirkung durch die Eltern nicht mehr möglich erscheint. Zum anderen aber auch dann – und dies mag durchaus der bedeutsamere Fall sein – wenn der Erziehende (subjektiv) sich nicht mehr imstande sieht, gewaltfrei zu erziehen. In beiden Fällen besteht für das Kind die Gefahr, gewissermaßen in einen erzieherischen Leerraum hineinzugeraten und aufgrund des Fehlens auch nur irgendwelchen (und sei es auch nur weniger geeigneten) erzieherischen Wirkens der Eltern in seiner Entwicklung größeren Schaden zu nehmen, als dies durch (gemäßigte) körperliche Züchtigung – so suboptimal diese auch sein mag – der Fall wäre. Und in beiden Fällen besteht auch für den Erziehenden die Gefahr, aller ihm realiter zu Gebote stehender Erziehungsmittel verlustig zu gehen, jeglicher ihm persönlich zugänglicher Einwirkungsmöglichkeit auf sein Kind beraubt zu sein und damit *de facto* aus seiner verfassungsmäßig garantierten Rolle als für Wohl und Wehe des Kindes verantwortlicher Primär-Erziehender hinausgedrängt zu sein.

Ist die als Eingangsvoraussetzung für § 34 StGB genügende Gefahr einer Fehlentwicklung des Kindes durch völliges Ausbleiben elterlichen Erziehungswirkens somit in diesen Fällen „nicht anders abwendbar“, so bleiben natürlich noch die Interessen abzuwägen zwischen dem (wie ich meine

eben schutzwürdigen) Anspruch des Kindes darauf, nicht im erzieherischen Vakuum alleingelassen zu werden, einerseits und seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit andererseits. In gewissem Rahmen wird es für das Kind mitunter besser sein, mit der (vergleichsweise nur minder tauglichen) körperlichen Züchtigung eine – wenn auch gewiss hinsichtlich des Mittels nicht optimale, so doch immerhin überhaupt eine jedenfalls in ihrer Zielsetzung akzeptable – elterliche Erziehung zu genießen. Dass dabei freilich auch bei noch so „verstockten“ bzw. „schwer erziehbaren“ Kindern und ebenso bei auch noch so unfähigen Erziehenden nicht jede körperliche Gewalt zulässig sein kann, versteht sich von selbst; die Grenze des „wesentlichen Überwiegens“ dürfte in etwa dort liegen, wo auch bisher schon die Grenzen des elterlichen Züchtigungsrechtes gezogen wurden.

2. Im Einzelnen nun einige Worte zu den – teilweise eben schon vorwegnehmend angesprochenen – konkreten Voraussetzungen einer Rechtfertigung elterlichen Züchtigungsverhaltens gem. § 34 StGB:

a) Die Eingangsvoraussetzung des rechtfertigenden Notstandes ist das Bestehen einer „nicht anders abwendbaren“ Gefahr für das geschützte Rechtsgut bzw. das rechtlich geschützte Interesse, hier: das Recht des Kindes auf elterliche Erziehung. Wenn zuvor davon die Rede war, dass diesem Erfordernis dann genüge getan wäre, wenn eine auch nur irgend taugliche erzieherische Einwirkung seitens der Eltern mittels gewaltfreier Erziehungsmaßnahmen nicht mehr möglich erscheint, so mag man versucht sein einzuwenden, dass der Gesetzgeber in § 1631 Abs. 2 BGB doch unmissverständlich kundtut, die Anwendung von Gewalt in der Erziehung sei letztlich *immer* verzichtbar.

Mit der Verankerung der Zielvorgabe gewaltfreier Erziehung im Gesetz ist aber – und dies ist der Faktizität des Tatsächlichen geschuldet – noch längst nicht der empirische Beweis erbracht, dass es nicht doch Situationen bei der Erziehung eines Kindes geben kann, in der ausnahmsweise einmal der Einsatz einer – leichten – körperlichen Züchtigungsmaßnahme zur erzieherischen Einwirkung auf das Kind erforderlich ist oder zumindest erscheint – man denke nur einmal an den weiter oben¹¹⁶ bereits referierten *Beulkeschen* Fall der „verantwortungsbewusst denkenden Mutter“, die ihrem gerade fast vor ein Auto gelaufenen Sohn eine Ohrfeige verabreicht, um ihm klar vor Augen zu führen, in Zukunft im Straßenverkehr achtsamer zu sein. Dass nicht ist, was nicht sein soll, ist nicht überzeugungskräftiger als der Glaube an den Weihnachtsmann. Diese simple Erkenntnis darf nicht unbeachtet bleiben, will man nicht dem Trugschluss verfallen, der Gesetzgeber könne mit einem Federstrich nicht nur die rechtliche Bewertung des Tatsächlichen, sondern auch das Tatsächliche selbst, die der rechtlichen Wertung zugrundeliegende Lebenswirklichkeit, verändern. Jedenfalls aber wird sich – ungeachtet aller vermeintlichen oder tatsächlichen erziehungswissenschaftlichen Erkenntnisse – nicht bestreiten lassen, dass gewiss nicht jeder Erziehende dem Idealbild des vollkommen souveränen, in jeder auch noch so schwierigen Situation ohne die berühmte Ohrfeige auskommenden Erzie-

¹¹³ Im Rahmen meines am 31.5.2001 gehaltenen Münchener Habilitationsvortrages; vgl. zu dieser Lösung bereits *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 44 f.

¹¹⁴ An eine dritte Fallgruppe wäre etwa zu denken in Fällen wie dem von *Beulke* in die Diskussion eingeführten Fall der „verantwortungsbewusst denkenden Mutter“, die ihrem gerade fast vor ein Auto gelaufenen Sohn eine Ohrfeige verabreicht, um ihm klar vor Augen zu führen, in Zukunft im Straßenverkehr achtsamer zu sein, *Beulke* (Fn. 62) S. 29 f. (vgl. bereits oben bei und in Fn. 104).

¹¹⁵ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 44 zieht es denn auch vor, von „schwer erziehbar“ zu sprechen.

¹¹⁶ Bei Fn. 104

henden gerecht zu werden vermag. Für viele Erziehende wird es in der Praxis einfach hin und wieder so sein, dass sie „mit ihrem Latein am Ende“ sind und die einzige Rettung für sie (und im Hinblick auf den Anspruch des Kindes auf Erziehung letztlich auch für dieses) in der – mäßigen – körperlichen Züchtigung ihres Sprösslings liegt.

Hieran ändert auch der von *Roxin* gegen den hier vertretenen Ansatz ins Feld geführte Umstand¹¹⁷ nichts, dass doch „der Gesetzgeber im SGB VIII umfangreiche Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe vorgesehen“ hat und es somit „also einen vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weg zur Verhinderung des von *M. Heinrich* befürchteten ‚erzieherischen Leerraums‘ [...] gibt [...], so dass die Anwendung des § 34 schon daran scheitert, dass es an einer ‚nicht anders abwendbaren Gefahr‘ fehlt“. Denn die Idee, den Erziehenden in der die Ohrfeige auslösenden „kritischen Situation“ auf die im SGB VIII ins Auge gefassten Maßnahmen zu verweisen, erscheint kaum minder akademisch als das in § 1631 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gelangende Postulat, jeder Erziehende sei in jeder Situation ohne weiteres in der Lage, seinen erzieherischen Aufgaben in eben jener vom Gesetzgeber als Leitbild idealer Erziehung ins Auge gefassten Weise gerecht zu werden. Wenn *Roxin* in diesem Zusammenhang im Übrigen darauf hinweist, es böten sich doch „variantenreiche Möglichkeiten für die Strafverfolgungsbehörden zur Kooperation mit freien und öffentlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe an, die im Rahmen einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zur Weiterentwicklung von Diversionenmodellen genutzt werden könnten“¹¹⁸, so betrifft das doch nur den Fall des bereits aufgrund der erfolgten Züchtigungsmaßnahme wegen Körperverletzung strafbar Gewordenen, eröffnet aber keine Verhaltensalternativen für den gerade zu einer Ohrfeige ansetzenden Erziehungsberechtigten.

b) Als weiteres Problem mag erscheinen, dass doch in aller Regel in den Notstandsfällen des § 34 StGB die Rechtsgüter zweier verschiedener Rechtsgutsträger im Konflikt miteinander stehen und gegeneinander abgewogen werden müssen,¹¹⁹ in den Züchtigungsfällen jedoch ein und dasselbe Rechtssubjekt, nämlich das zu erziehende Kind, Träger sowohl des geschützten wie auch des beeinträchtigten Interesses ist. Bei genauerem Hinsehen lassen sich jedoch hieraus keine durchgreifenden Bedenken gegen die hier vorgetragene Lösung ableiten. Denn zwar ist es sicher richtig, dass Erhaltungs- und Eingriffsgut in den Fällen des § 34 StGB für gewöhnlich verschiedenen Rechtsgutsträgern zustehen und dass in den Fällen einer insoweit bestehenden Personenidentität im Normalfall die zugrundeliegenden Sachverhalte nach den Regeln der mutmaßlichen Einwilligung zu behandeln sind.¹²⁰ Anders aber verhält es sich immer dann, wenn – so liest man etwa im Lehrbuch von *Roxin* – „der Rechtsgutsträger einwilligungsunfähig ist oder über das gefährdete Individualrechts-

gut nicht verfügen kann“.¹²¹ Dieser Grundsatz muss auch hier gelten. Denn so sehr es bei einer jeden Erziehung zentral um den zu Erziehenden geht und auch gehen muss heißt dies doch noch lange nicht, dass der zu Erziehende verbindlich über die konkrete Art und Weise der auf ihn anzuwendenden Erziehungsmaßnahmen zu bestimmen hätte. So ist es also für die prinzipielle Anwendbarkeit des § 34 StGB unschädlich, dass bei der erforderlichen Interessenabwägung auf beiden Seiten der Waagschale ein rechtlich geschütztes Interesse gerade des zu Erziehenden zur Abwägung gelangt.

c) Als Drittes sei noch kurz auf die Frage eingegangen, innerhalb welcher Grenzen elterlichen Züchtigungsverhaltens von einem wesentlichen Überwiegen des die Züchtigungsmaßnahme dann im Ergebnis rechtfertigenden Kindesinteresses am Weiterbestehen einer – trotz gelegentlicher Wahl des falschen Mittels – seiner Gesamtentwicklung förderlichen konsistenten elterlichen Erziehung gesprochen werden kann. Hier eine scharfe Trennlinie zwischen den unter diesem Gesichtspunkt noch und den nicht mehr zulässigen Züchtigungsmaßnahmen zu ziehen, ist naturgemäß nur schwer möglich. Doch mit diesem „Schmerz der Grenze“ hat man – wie vielfach auch sonst im Strafrecht – im Hinblick auf die Frage nach der Eingrenzung noch hinnehmbarer Züchtigungsmaßnahmen immer schon leben müssen und man kann vernünftigerweise nicht erwarten, nunmehr eine kristallklare Antwort auf diese im Kern noch immer unveränderte Sachfrage geben zu können.

Vertretbar und richtig scheint mir zu sein, die Interessenabwägung immer dann zugunsten einer Rechtfertigung ausfallen zu lassen, wenn sich die konkrete Zwangsmaßnahme im Rahmen dessen bewegt, was nach überkommener Auffassung als vom Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts umfasst gegolten hat. In concreto bedeutet dies, dass – letztlich nicht anders als bisher – etwa die (durchaus auch heftigere) Ohrfeige ebenso straflos bleiben kann, wie der kräftige Schlag auf das Gesäß. Nicht zu rechtfertigen wären hingegen weiterhin – und dies halte ich für unabdingbar! – die Zufügung von blutenden Wunden, Blutergrissen und ähnlichem, Fußtritte, das entstellende Abschneiden der Haare, Schläge nach einer Fesselung oder unter dem Zwang, sich zu entblößen.

d) Als letztes schließlich zu dem von *Roxin* gegen die hier vorgetragene Lösung erhobenen Einwand,¹²² dass doch „der Gesetzgeber jede körperliche Bestrafung, ‚auch wenn sie nicht die Intensität der Misshandlung erreicht‘, für eine unzulässige ‚Demütigung‘ hält“, was zur Folge habe, dass „eine darüber hinausgehende Misshandlung [...] also nach Einschätzung des Gesetzgebers die Menschenwürde des Kindes [...] tangiert“, was wiederum einen Verstoß gegen die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB bedeute.

Selbst wenn man zugesteht, dass jene Angemessenheitsklausel tatsächlich als Auffangbecken für Menschenwürdeverletzungen fungiert,¹²³ ist doch kaum hinreichend belegbar, dass etwa die aus erzieherischen Gründen verabreichte Ohr-

¹¹⁷ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 45.

¹¹⁸ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 45 im Anschluss an *Salgo*, RdJB 2001, 283 (290).

¹¹⁹ Näher zu dieser Problematik *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 101.

¹²⁰ So ganz richtig *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 101.

¹²¹ *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 102.

¹²² Vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 45.

¹²³ So durchaus überzeugend *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 95 ff.

feige eine Menschenwürdeverletzung darstellt! Auch nach Auffassung des Gesetzgebers durchaus erziehungstaugliche Alternativsanktionen wie Fernseh- oder Ausgehverbot, Schweigen, Anbrüllen oder Taschengeldkürzung sind – muss das Kind sich doch hier ebenfalls hilflos und zähneknirschend der Erziehungsmacht der Eltern beugen – nicht bar eines demütigenden Charakters und ließen sich von daher mit ebensoviel Fug und Recht zu einer Menschenwürdeverletzung hochstilisieren. Zum einen sollte man mit der Annahme von Menschenwürdebeeinträchtigungen sehr zurückhaltend umgehen, um einem inflationären Gebrauch des unbestritten höchstrangigen Menschenwürdekriteriums vorzubeugen, zum anderen stellt sich die Frage, ob die bloße Äußerung in der Begründung zu einem Gesetzesentwurf bereits ohne weiteres dazu führen kann, ein vom Gesetzgeber als unzulässig erachtetes Verhalten als menschenwürdeverletzend zu stigmatisieren – mit entsprechend weitreichenden Folgen etwa im Hinblick auf § 34 StGB. Im Übrigen, sollte es sich bei der hier beispielhaft zu nennenden Ohrfeige tatsächlich um eine Menschenwürdebeeinträchtigung handeln, wäre auch die von *Roxin* de lege ferenda ins Auge gefasste Möglichkeit der Einräumung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes für den gegen das Bestrafungsverbot des § 1631 Abs. 2 BGB Verstoßenden¹²⁴ kaum vorstellbar; eine solche Privilegierung eines Straftäters erschiene mit der Annahme eines Menschenwürdeverstoßes nicht vereinbar.

Demgemäß wird man nach meinem Dafürhalten der hier vorgetragenen Lösung der Züchtigungsproblematik über die in geeigneten Fällen erfolgende Annahme eines rechtfertigenden Notstandes nicht mit auch nur irgend hinreichender Überzeugungskraft ein die Rechtfertigung hinderndes Eingreifen der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB entgegenhalten können.

3. Alles in allem – so die zusammenfassende Bewertung – wäre mit einer solchen Lösung über eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB sichergestellt, dass auf der einen Seite die körperliche Züchtigung auch aus dem Blickwinkel des Strafrechts heraus keine reguläre Erziehungsmaßnahme darstellt, damit aber auf der anderen Seite dem Umstand Rechnung getragen, dass die gesetzgeberische Idealvorstellung einer vollkommen gewaltfreien Erziehung wohl kaum in allen – ja vielleicht noch nicht einmal in den meisten – Fällen ohne jede Einschränkung umsetzbar sein wird – schon allein deswegen nicht, weil gewiss nicht alle Eltern dem Idealbild des optimal Erziehenden genügen können. Entwicklungsbezogene Schäden für das Kind, die gerade dadurch entstehen könnten, dass dem betreffenden Erziehenden die im Einzelfall doch einmal erforderliche oder ihm zumindest als erforderlich erscheinende körperliche Züchtigung vollständig unmöglich gemacht würde, könnten auf diese Weise vermieden werden, während demgegenüber der Appellcharakter des § 1631 Abs. 2 BGB nicht unterlaufen würde. Die Vorschrift des § 1631 Abs. 2 BGB könnte ihrer zentralen Zielsetzung der Bewusstseinsbildung hin zu einer immer stärker von der Gesellschaft verinnerlichten Abstandnahme von Gewalt in der Erziehung gerecht werden, ohne dass dies mit einer geradezu kontrapro-

duktiven Überkriminalisierung der Familie erkaufte wäre. Auch für das Strafrecht wäre klar ersichtlich, dass die gegebenenfalls gem. § 34 StGB zu rechtfertigenden mäßigen körperlichen Bestrafungen zwar alles andere als wünschenswert sind und keinesfalls per se zulässige Erziehungsmittel darstellen, sie aber doch zur Vermeidung schwerer wiegender Schäden für die Gesamterziehung innerhalb gewisser Grenzen im Sinne des kleineren von zwei Übeln akzeptabel erscheinen.

Dass dieses Konzept noch einer näheren Ausarbeitung im Einzelnen bedarf, sollte den Ansatz nicht von vornherein desavouieren, sondern stattdessen Anlass dazu geben, über das Problem „elterliche Züchtigung und Strafrecht“ weiter nachzusinnen, um auf diese Weise zu einer Lösung zu gelangen, mit der es möglich wird, das Idealbild des Gesetzgebers von elterlicher Erziehung mit den Gegebenheiten der Rechtswirklichkeit in Einklang zu bringen.

¹²⁴ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 50; vgl. bereits oben bei Fn. 112.

Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)*

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Deutsche Gerichte bestrafen seit eh und je auch Fahrlässigkeitstäter. Sie tun dies mit Selbstverständlichkeit, z.B. in Anwendung des § 222 StGB. Die Garderobenfrau, die die Pistole im Mantel des Theaterbesuchers für ungeladen hält, im Scherz auf ihre Kollegin abdrückt und zu ihrem Entsetzen einen tödlichen Schuss auslöst (vgl. RGSt 34, 91), würde auch heute wohl kaum unbestraft bleiben. Wenn der Richter fände, die Angeklagte habe im Hinblick auf die tödliche Auswirkung ihres Tuns fahrlässig gehandelt, dann würde er sie wegen fahrlässiger Tötung bestrafen. Aber dürfte er es? Das könnte man bestreiten, indem man auf Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes hinweist. Denn danach kann „eine Tat [...] nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“. Zwar ist § 222 StGB eine auf die Tat zutreffende „Bestimmung“, sodass man sagen könnte: Weil eine Bestimmung des Gesetzes die Strafbarkeit anordnet, ist diese mit begrifflicher Notwendigkeit „gesetzlich bestimmt“. Aber der Einwand würde den Sinn der radikalen Kritik verfehlen. Denn sie entnimmt dem Art. 103 Abs. 2 GG die Pflicht des Strafgesetzgebers, die Strafbarkeit etwa einer Todesverursachung genauer zu bestimmen als mittels der Voraussetzung „durch Fahrlässigkeit“. Sie bewertet ein solches Tatbestandsmerkmal als dermaßen „unbestimmt“, dass die Vorschrift dem Bestimmtheitserfordernis, wie es im Grundgesetz gemeint sei, nicht genüge. Ist das stichhaltig?

I. Zur Lehre Gunnar Duttges

1. Verfassungswidrigkeit?

Die kühne und provokante These, dass die Fahrlässigkeitstatbestände verfassungswidrig seien, verbindet mancher mit einem bestimmten Namen: Gunnar Duttge hat eine große Monographie vorgelegt, worin er nach langer Untersuchung die Zweifel „an einer Vereinbarkeit der fraglichen Vorschriften mit Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB“ für bestätigt erklärt: „Die derzeit vorfindliche Gesetzeslage widerspricht eindeutig dem dort verankerten Bestimmtheitsgebot.“ Genauer besehen wird aber von Duttge die These der Verfassungswidrigkeit in der Sache gar nicht vertreten. Er lässt nämlich dem zitierten Satz sogleich dessen totale Entschärfung folgen, indem er betont, es sei „damit nicht etwa schon eine Entscheidung über die [...] Rechtsfolge getroffen. Denn eine Nichtigkeit der betroffenen Strafvorschriften läßt sich erst annehmen, wenn selbst eine im Verhältnis dazu vorrangige und deshalb zwingend vorab zu prüfende verfassungskonforme Auslegung ausscheiden sollte“.¹ Diese sei möglich, heißt es schon im

Buch² und später noch einmal in einem Aufsatz über „Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot“: Das „Verdikt der Verfassungswidrigkeit aller fahrlässigkeitsbezogenen Strafnormen mit seiner hiermit verbundenen ‚ungeheuerlichen Konsequenz‘“ liege nach den gewonnenen Erkenntnissen zwar nahe, könne „jedoch durch ‚verfassungskonforme Auslegung‘ des Gesetzes abgewendet werden“.³ Was Duttge „unterm Strich“ für eine Strafbarkeitsbestimmung wie § 222 StGB feststellt, ist also in Wahrheit nicht die behauptete Unvereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Die Konsequenz dieses Befundes wäre ja die Nichtigkeit der Vorschrift und die Illegitimität der auf sie gegründeten Verurteilungen.⁴ Wer im Beispielsfall die Bestrafung aufgrund § 222 StGB erlaubt und fordert, darf nicht mehr sagen, der Paragraph widerspreche in seiner derzeitigen Fassung „eindeutig dem Bestimmtheitsgebot“. Übrig bleibt nur die Kritik an einer dem Grundgesetz zwar genügenden, aber der Verbesserung zugänglichen Norm mit dem Ziel künftiger Explizierung dessen, was mit dem Merkmal „durch Fahrlässigkeit“ des Näheren gemeint sei.⁵

² Vgl. Duttge (Fn. 1), S. 487: „Solange sich der Gesetzgeber aber der Aufforderung in Richtung einer Klarstellung des Fahrlässigkeitsbegriffs verweigert, können und müssen die hier herausgearbeiteten Grundsätze [...] zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Rechtslage im Wege der verfassungskonformen Auslegung Geltung beanspruchen.“

³ Duttge, in: Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 13 (S. 29). Auf die „ungeheuerliche Konsequenz“ hatte ich kritisch hingewiesen, vgl. Herzberg, GA 2001, 568 (571).

⁴ Schmitz meint zurückhaltend, Duttges Ausweichen in das Einfordern einer „verfassungskonformen Auslegung“ sei „nicht ganz stringent“, vgl. Schmitz, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 181 (S. 182 Fn. 16).

⁵ Nicht plausibel finde ich, dass Duttge aus dem „Verbesserungs-“ gleich ein „Optimierungsgebot“ macht, vgl. Duttge (Fn. 1), S. 186: Konzept der „größtmöglichen Bestimmtheit“. Es kann nicht sein, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber auch nur empföhle, „jede unnötige Unbestimmtheit“ zu vermeiden. Überall könnte man durch Begriffsdefinitionen, Zusätze, Klarstellungen usw. die „Bestimmtheit“ steigern, es gehe nun um den „Vorsatz“, die „Wegnahme“, den „Vermögensvorteil“ oder auch um den „Menschen“, da doch der Gesetzgeber Definitionen zum Beginn und Ende des Menschseins durchaus sinnvoller Weise aus dem Kommentar ins StGB verlegen könnte. Ein Optimierungsgebot fordert in der Konsequenz einen progressum ad infinitum und der ist so illusionär wie die Vorstellung des Alten Fritz, sein „Allgemeines Landrecht“ werde die Richter Rechtsfälle wie Rechenaufgaben lösen lassen – ohne dass Zweifel blieben, in denen sie werten müssten und vertretbarer Weise so oder so entscheiden könnten.

* Claus Roxin, dem ich so vieles und auch hier wieder eine wichtige Einsicht verdanke, zum 15. Mai 2011 in herzlicher Verbundenheit gewidmet.

¹ Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 206.

2. Verfassungskonforme Auslegung

Was die Auslegung der geltenden Vorschriften betrifft, verdient *Duttge* im Prinzip natürlich Zustimmung. Wie alle Straftatbestände muss man auch z.B. §§ 222, 229, 163 StGB im Geist des Grundgesetzes interpretieren. So kann man jede konkrete Grenzziehung zwischen einem noch und einem nicht mehr „erlaubten Risiko“ als eine Entscheidung betrachten, die hervorgeht aus der Abwägung, ob das riskante Handeln wegen des Rechtes „auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit“ (Art. 2 Abs. 1 GG) noch erlaubt oder wegen fremder Rechte schon unerlaubt war.

Die Beachtung des Grundgesetzes kann sogar gebieten, bei gleich großer Gefahrschaffung zwischen dem einen und dem anderen Verursacher zu unterscheiden. So kann im Fall der Verursachung einer Körperverletzung (§ 229 StGB) das Erziehungsrecht des Vaters (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) die Fahrlässigkeit entfallen lassen, während die gleiche Handlung einem anderen als fahrlässig vorzuwerfen wäre. So z.B. beim Versuch, einem Kind das Radfahren beizubringen auf die nicht vollständig vermeidbare Gefahr hin, dass das Kind auch einmal stürzt und sich wehtut. Die „verfassungskonforme Auslegung“ des § 229 StGB wird bei gleich großer Gefährdung für den Vater die Grenze anders ziehen als für einen Nachbarn, der sich eigenmächtig des Kindes annimmt.

Nicht zu erkennen vermag ich jedoch, welche Relevanz Art. 103 Abs. 2 GG für die fallkonkrete Auslegung einer Fahrlässigkeitsnorm jemals haben könnte. *Duttge* will gerade diese Vorschrift, weil auch der Richter verpflichtet sei, sich um die gebotene „Bestimmtheit“ der Strafbarkeit zu bemühen, für die Auslegung etwa des § 229 StGB maßgebend sein lassen. Aber das Grundgesetz wirft hier ja allein die Frage auf, ob die Strafbarkeit des jeweils betrachteten Verhaltens „gesetzlich bestimmt“ war oder ob sie es nicht war. Bewerte ich nun – mit *Duttge*! – z.B. § 229 StGB als eine gültige, prinzipiell anwendbare Norm, dann hat das Bestimmtheitsgebot seine Rolle ausgespielt. Es kann mir bei der Auslegung der Strafvorschrift, sie mag relativ präzise oder relativ unscharf gefasst sein, die Antwort nicht vorzeichnen – etwa im Hinblick auf den Vater, der beim Üben mit seinem Kind dessen Sturz verursacht hat. Das möglichst genaue „Bestimmen“ der Strafbarkeit zum Zweck der richtigen und gleichmäßigen Beurteilung solcher Fälle hat mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nichts mehr zu tun. Es geht insoweit um eine der Wissenschaft gestellte Aufgabe. Die Strafrechtsdogmatik muss der Strafbarkeit durch differenzierende Interpretation der Gesetze möglichst klare Grenzen ziehen. Das gilt für ein Merkmal wie „wegnimmt“ genauso wie für die als „unbestimmt“ geltenden Begriffe, etwa „durch Fahrlässigkeit“, „gegen die guten Sitten“ oder „rechtlich dafür einzustehen hat“.

II. Die konsequente Antwort bei Roland Schmitz

Aber unsere Ausgangsfrage ist ja solcher strafrechtlichen Prüfung vorgelagert: Darf der Richter, und sei der Vorwurf fahrlässiger Tötung sachlich auch so berechtigt wie im Eingangsbeispiel des tödlichen Schusses, vielleicht niemals einen Menschen nach § 222 StGB bestrafen, solange die Vorschrift so knapp gefasst ist wie heute? In der Tat, so ist

die Rechtslage, antwortet *Schmitz*, und zwar sowohl in seiner Kommentierung des § 1 StGB⁶ wie – neuestens und noch deutlicher – in einem Aufsatz zum Thema „Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns“.⁷ Hier lesen wir, dass es „keine gesetzlichen Festlegungen darüber gibt, was als ‚fahrlässiges‘ Handeln in einer konkreten Situation anzusehen ist“, dass es „mithin an einer gesetzlichen Grundlage von fahrlässiger Tatbegehung überhaupt fehlt und damit die Vorgabe des Art. 103 Abs. 2 GG verfehlt wird“.⁸ Den praktischen Konsequenzen seiner Rechtsauffassung weicht *Schmitz* keineswegs aus. Er ironisiert den Einwand einer „riesigen Strafbarkeitslücke“⁹ mit der Zwischenüberschrift „Es kann nicht sein, was nicht sein darf“ und setzt ihm entgegen, dass aus „erschreckenden Konsequenzen einer These nicht bereits deren Unrichtigkeit“ folgt. „Der Schluss von ‚das darf nicht wahr sein‘ auf ‚es kann nicht wahr sein‘ lässt sich eben nicht ziehen“.¹⁰

Für sich genommen verdient *Schmitz*’ Mut zur Konsequenz natürlich Beifall. Wenn die besseren Argumente die Unvereinbarkeit z.B. des § 222 StGB mit Art. 103 Abs. 2 GG ergeben, dann muss man bis auf weiteres mit einer „riesigen Strafbarkeitslücke“ leben, muss gegen die Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung im Eingangsbeispiel protestieren sowie sich überhaupt auflehnen gegen das staatliche Unrecht, das die Strafgerichte durch ungesetzliche Bestrafung von Fahrlässigkeitstätern permanent verüben würden.¹¹ Nullum crimen sine lege, und eine verfassungswidrig-nichtige Strafbestimmung kann nicht als lex gelten. Darüber hinaus gestehe ich *Schmitz* zu, dass man die fragliche Deliktsvoraussetzung als „offen“ und „unscharf“ bezeichnen kann (jedenfalls als unschärfer als das Merkmal „Tod eines Menschen“ in § 222 StGB) und von daher der Mangel an gesetzlicher Bestimmtheit, den *Schmitz* behauptet, durchaus in Betracht gezogen werden kann. Sollte er zu lesen bekommen haben, er möge aufhören, mit Blick auf das Grundgesetz müßige Flausen auszuhecken,¹² so wäre das zwar vielleicht ein guter Rat, aber doch auch allzu saloppe Bekundung der Ansicht, dass er sich irre. Ich teile schließlich mit *Schmitz* auch noch den methodischen Ausgangspunkt seines Versuches, das Problem zu lösen. Er beginnt ihn damit, unter II. Überlegungen „zur Aufgabe und Bedeutung des Bestimmtheitsgebots“ anzukündigen und der Überschrift sogleich die schlichte und klare Frage folgen zu lassen, „ob das fahrlässige Delikt im deutschen Strafrecht hinreichend bestimmt ist“¹³. *Schmitz* ordnet damit das Problem ganz richtig ein als ein solches der *Auslegung* des Art. 103 Abs. 2 GG.

⁶ *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 1 Rn. 47 f.

⁷ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 181 ff.

⁸ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 182.

⁹ Von mir erhoben, vgl. *Herzberg*, NStZ 2004, 593 (594).

¹⁰ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 187.

¹¹ *Herzberg*, NStZ 2004, 593 (594).

¹² *Herzberg*, NStZ 2004, 593 (600).

¹³ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 183.

III. Die Suche nach Sinn und Wirkung des Art. 103 Abs. 2 GG

1. Schmitz' teleologischer Ansatz

Unsere Divergenzen erklären sich nun als verschiedene Ansichten, wie man die Sinnsuche zu betreiben hat. Bei *Schmitz* ist sie von Anfang an aufs Allgemeine gerichtet und teleologisch geprägt. Man könne, meint er, die Ausgangsfrage nicht beantworten „ohne Klärung der vorgelagerten Frage, welche Aufgabe dem Bestimmtheitsgrundsatz als Teil des Gesetzlichkeitsprinzips i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB im Gesamtzusammenhang zukommt“. Ohne zunächst den Wortlaut zu betrachten, fragt er sogleich nach der „Ratio“ dieser Vorschriften und sieht sie darin, dass „der Bestimmtheitsgrundsatz es dem Gesetzesunterworfenen ermöglichen (soll), den Bereich des strafrechtlich Verbotenen ex ante zu erkennen und sein Verhalten danach auszurichten“. Nach *Schmitz* ist der Gesetzeszweck also jedenfalls auch die Schaffung einer Pflicht des Strafgesetzgebers. *Schmitz* behauptet mit seiner Sinnbeschreibung – durchaus im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht – eine „Lenkungsfunktion“ der Straftatbestände und ein sich daraus ergebendes „Freiheitsrecht des Bürgers“. Konkret behelnde, die Grenzen aufzeigende Strafnormen garantieren dem Bürger, „sanktionsfrei zu bleiben, solange er sich durch die strafrechtlichen Verhaltensnormen lenken lässt“. Daraus sei aber auch zu folgern, „dass Strafnormen, bei denen der Gesetzgeber seine Pflicht, ihre Reichweite hinreichend bestimmt zu umschreiben, missachtet hat, verfassungswidrig sind“.¹⁴

Es liegt nahe, *Schmitz* das teleologische Denken zunächst einmal zu konzedieren, ihm dann aber in diesem Geiste die Zweckfrage nicht in leerer Abstrahierung, sondern ganz konkret zu stellen: War es „Sinn und Zweck“ des Artikelabsatzes, eine Tat wie die der Garderobenfrau straflos zu stellen, solange das Delikt der fahrlässigen Tötung nur mit den Worten des § 222 StGB beschrieben ist, und war damit also zugleich bezweckt, eben diesen Paragraphen für null und nichtig zu erklären? Und hatte die Wiederholung des Textes in § 1 StGB (in Kraft seit 1.1.1975) wenigstens den Sinn der Aufforderung, nun endlich die Gültigkeit der im selben Gesetz festgehaltenen und vermehrten Fahrlässigkeitsnormen in Zweifel zu ziehen und zu überprüfen? Das bringt, im teleologischen Gewand, das Interpretament des Gesetzgeberwillens ins Spiel. Ich habe beide Fragen verneint,¹⁵ und was die erste betrifft, gibt *Schmitz* mir jetzt recht: Man dürfe wohl annehmen, dass die Schöpfer des Grundgesetzes „bei der Abfassung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht daran gedacht haben [...] die bis dato geltende Bestrafung fahrlässigen Handelns abzuschaffen“. Er verteidigt seinen Standpunkt aber mit der Überlegung, es könne ja sein, „dass bereits mit der Abfassung von Art. 103 Abs. 2 GG das fahrlässige Delikt implizit in seiner bisherigen Form verworfen wurde [...] – auch wenn sich [...]

dessen keiner explizit bewusst war“. Dass „1949 die fehlende gesetzliche Regelung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit möglicherweise nicht als Problem erkannt wurde, bedeutet noch nicht, dass sie nach heutigen Maßstäben immer noch problemlos ist“.¹⁶

Ich finde, dass *Schmitz* damit dem Auslegungsaspekt des Gesetzgeberwillens zu wenig Gewicht gibt. Auch belastet es seine Argumentation, dass er die moderne Gesetzgebungsarbeit, die seit 1975 immer wieder § 1 StGB mit alten und neuen Fahrlässigkeitsnormen verknüpft, gar nicht erwähnt. Irgendwann, sollte man meinen, müsste doch der Gesetzgeber die Vielleicht-Nichtigkeit, die 1949 „nicht als Problem erkannt wurde“, in Betracht ziehen, statt immer weiter die Gültigkeit für selbstverständlich zu halten. Aber sowenig mich *Schmitz*' Gegenerwägung in der Sache zu überzeugen vermag, ihre *Schlüssigkeit* räume ich ein. Die Auswirkung, die eine Vorschrift objektiv hat, muss sich nicht decken mit der, die der Gesetzgeber sich vorstellt. So mag es sein, dass bei Abfassung des Art. 103 GG alle Autoren überzeugt waren, in puncto Bestimmtheit lägen die Strafdrohungen des geltenden Strafgesetzbuchs ausnahmslos „im grünen Bereich“. Aber daraus kann man nicht folgern, dass sie alle tatsächlich darin lagen. Jedenfalls für § 360 Nr. 11 StGB a.F. („wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt“) ergibt das m.E. richtige Bestimmtheitskriterium, dass diese Vorschrift mit ihrer zweiten Alternative die Strafbarkeit gesetzlich *nicht* (i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG) „bestimmt“ hat.¹⁷ Schlechthin entscheidend, für sich allein ausschlaggebend ist „der Wille des Gesetzgebers“ nicht, man muss noch andere Auslegungsaspekte heranziehen.¹⁸ So ist es nicht von vornherein auszuschließen, dass *Schmitz* mit seiner betont teleologischen Interpretation Gehalt und Auswirkung der grundgesetzlichen Norm, indem er ihr die Nichtigkeit z.B. der §§ 222, 229 StGB entnimmt, tiefer und richtiger erfasst, als es ihre Schöpfer getan haben.

2. Kritik

a) Der prinzipielle Einwand

Nun ist es aber um das teleologische Argumentieren, worauf sich *Schmitz* im Grunde beschränkt, sehr schlecht bestellt. Sinn und Zweck des Gesetzes zu finden ist *Ziel* der Auslegung. Erst mit ihrem Ergebnis lässt sie uns den Sinn des Gesetzes und damit zugleich die Grenzen seiner Auswirkung und Anwendbarkeit erkennen. Vorher kann der Interpret nur vollkommen Banales sagen, so in unserem Fall, die Vorschrift habe den Sinn und verfolge den Zweck, dass eine Tat nur dann bestraft werde, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Wer „teleologisch“ auslegt, oder richtiger: gerade nicht auslegt, sondern die Verfolgung eines bestimmten Zweckes zur „ratio legis“ erklärt und *daraus* seine Erkenntnisse zu gewinnen sucht,

¹⁴ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 183 f. und S. 185 f.

¹⁵ *Herzberg*, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 31 (S. 37); *Herzberg*, NSTZ 2004, 593 (594).

¹⁶ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 188.

¹⁷ Dies habe ich ausführlich begründet in meinem Beitrag für Schünemann, vgl. *Herzberg* (Fn. 15), S. 49-59; s.a. unten, Fn. 34.

¹⁸ Näher *Herzberg* (Fn. 15), S. 36-48.

setzt voraus, was es herauszufinden gilt; er will den Sinn des Gesetzes am Gesetzessinn erkennen.

Natürlich begegnet uns der Teleologismus kaum einmal in Reinform. Wer etwa, wie üblich, den „Schutz des Eigentums“ zur Ratio des § 246 StGB erklärt, muss und wird doch anerkennen, dass die Vorschrift diesen Schutz nur nach Maßgabe ihrer Merkmale gewährt, also nicht bei bloßer Gebrauchsanmaßung und überhaupt nicht, soweit es um das Eigentum an Grundstücken geht; womit offenbar wird, dass eine solide Sinnbeschreibung wieder nur die banale sein kann: Die Strafandrohung soll die Menschen davon abhalten, sich oder einem Dritten fremde bewegliche Sachen rechtswidrig zuzueignen.

Weil der Teleologiker nun über solche Trivialfeststellungen möglichst hinausgelangen will, löst er seine Vorabausgabe zur ratio legis meistens eben doch so weit von der auslegenden Vorschrift ab, dass sie etwas hergibt, was man der Vorschrift selbst nicht entnehmen kann. So macht es auch *Schmitz*. Vorgegeben ist in seinen Augen, dass es sich um ein Gebot der mehr oder minder *exakten Grenzziehung* handle. Sinn und Zweck sei die Verpflichtung des Strafgesetzgebers, die Straftatbestände so auszugestalten, dass sie den Bürger über ihre Reichweite verlässlich belehren und ihm so hinreichende Sicherheit geben, wie weit er gehen kann, ohne sich strafbar zu machen. Diese Pflicht habe der Gesetzgeber mit seinen Fahrlässigkeitsnormen nicht erfüllt. Sie machen „zwar erkennbar, dass man für ein (un-)gewisses Verhalten bestraft werden wird, nicht aber, welches Verhalten gerade zur Bestrafung führt. Und dieses Verhalten muss notwendigerweise für den Bürger erkennbar sein – wenigstens in Grundzügen“.¹⁹

b) Allgemeine Unbestimmtheit der Strafbarkeitsvoraussetzungen

In einem hat *Schmitz* ohne Zweifel recht. Man kann einer Vorschrift wie z.B. § 229 StGB zwar entnehmen, dass beim Verursachen einer Körperverletzung die Strafbarkeit von der Fahrlässigkeit abhängt, nicht aber, wann im konkreten Fall Fahrlässigkeit im strafrechtlichen Sinne vorliegt. Nehmen wir den Fall einer Mutter, die die Ängstlichkeit ihres Sechsjährigen bekämpfen und ihn deshalb dahin bringen will, von einer Mauer mutig herabzuspringen. Stellen wir uns nun weiter vor, sie ist sich der entfernten Möglichkeit einer Verletzungsfolge bewusst und will Klarheit haben, ob sie sich ggf. wegen Körperverletzung strafbar mache! § 229 StGB gibt ihr keine Antwort, oder vielmehr, er fordert sie auf, sich die Antwort selbst zu geben: Wenn unter den vorliegenden Risiko-Umständen deine Aufforderung zum Absprung im Hinblick auf eine Verletzungsfolge „fahrlässig“ ist, dann überschreitest du die Verbotsgrenze und begehst bei unglücklichem Ausgang ein Delikt. Bilde dir selbst dein Urteil! Ob im Ernstfall der Richter genauso urteilt, ist eine andere Frage. Es ist, wie *Schmitz* es sagt: § 229 StGB hat, was das Vorliegen von Fahrlässigkeit im konkreten Fall betrifft, keine Belehrungskraft, er warnt, aber er belehrt die Mutter nicht, „wo die

Grenzlinie zwischen erlaubtem und strafrechtlich verbotenem Verhalten verläuft“.²⁰

Zu fragen ist jedoch, ob hier, was die „Bestimmtheit“ im grundgesetzlichen Sinne angeht, eine Besonderheit vorliegt, die *Schmitz'* Nichtigkeitsurteil rechtfertigen könnte. Alle Strafbarkeitsvoraussetzungen drücken sich in abstrakten Merkmalen aus, deren Erfülltsein im konkreten Fall nur mittels einer mehr oder weniger unsicheren Wertung erkannt werden kann. Mittels einer ganz sicheren z.B., dass vom Standpunkt des Täters aus seine alte Schulkameradin eine „andere Person“ ist, was man von einem Schimpansen, einer menschlichen Leiche oder auch einem „Ungeborenen“ (§ 219 StGB) nicht sagen könnte. Aber ist der derbe Schlag auf die Schulter, der die so begrüßte Frau ärgert, bereits eine „körperliche Misshandlung“ (§ 223 StGB)? Oder die Pflegerin, die eine Todkranke betreut und deren Schmuck heimlich für sich nutzt, indes mit der Absicht, ihn nach dem Tod unauffällig zurückzulegen. Hier ist die Strafrechtslage mit Worten zu beschreiben, die den oben gebrauchten genau entsprechen: Man kann § 242 StGB zwar entnehmen, dass beim Wegnehmen fremder beweglicher Sachen die Strafbarkeit von der Zueignungsabsicht abhängt, nicht aber, wann Zueignungsabsicht im strafrechtlichen Sinne vorliegt. § 242 StGB hat insoweit keine Lenkungs kraft. Er warnt die Pflegerin, sagt ihr aber nicht, „wo die Grenzlinie verläuft“. Oder der Vermögensverwalter, der aus dem betreuten Vermögen, nicht ohne Risiko, einen Kredit zu gewähren erwägt. Will er sich über seine etwaige Strafbarkeit informieren, so sagt ihm § 266 StGB nicht mehr, als die Mutter dem § 229 StGB entnehmen konnte. Er muss selbst abschätzen, ob unter den gegebenen Umständen das Risiko so groß ist, dass er durch die Kreditvergabe seine Befugnis schon „missbraucht“ und dem Vermögensinhaber (durch Gefährdung des Vermögens) „Nachteil zufügt“. Eine Belehrung, „wo die Grenzlinie zwischen erlaubtem und strafrechtlich verbotenem Verhalten verläuft“ (wie *Schmitz* sie fordert), erhält er nicht. Er sieht sich vom Gesetz, wie die Mutter, nur gewarnt, dass er *vielleicht* – nach richterlicher Wertung – das erlaubte Risiko überschreiten und sich strafbar machen würde.

Anzumerken ist, dass dieser normale Befund speziell bei § 266 StGB zum Anlass genommen wird, die Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Grundgesetz anzuzweifeln. Das BVerfG²¹ gelangt zur Feststellung: „Der Untreuetatbestand des § 266 I StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG zu vereinbaren.“ Dem ist zuzustimmen, aber die teleologische Weichenstellung in Rn. 71, die der *Schmitz*-schen gleicht („Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist“; „freiheitsgewährende Funktion“), lässt eine überzeugende Begründung nicht mehr zu. Es heißt resümierend in Rn. 85: „§ 266 I StGB lässt ein Rechtsgut ebenso klar erkennen wie die besonderen Gefahren, vor denen der Gesetzgeber dieses mit Hilfe des Tatbestandes schützen will. Vor diesem Hintergrund kann der Tatbestand trotz seiner Weite und damit einhergehenden relativen Unschärfe hinreichend restriktiv und präzisierend

¹⁹ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 185.

²⁰ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 184 f.

²¹ BVerfG NJW 2010, 3209.

ausgelegt werden, um den unter dem Gesichtspunkt ausreichender Bestimmtheit bestehenden Bedenken angemessen Rechnung zu tragen.“ Einem „Jedermann“ ist solche Auslegung nicht möglich. Ohne fachmännische Belehrung – selbst diese ist angewiesen auf das Studium erklärender Literatur und wird auch danach keine sichere Vorhersage machen können – bleibt er in der Grauzone ratlos; mehr als allenfalls ein Risikowissen wird er aus der Gesetzeslektüre nicht schöpfen. Es ist dies der ständige Fehler der Gerichte, wenn sie sich auf ihre „ständige Rechtsprechung“ berufen: Stehende Formeln werden wiederholt, aber nicht hinterfragt und nicht dem Risiko des Widerrufens ausgesetzt. Liegt es doch hier geradezu auf der Hand, dass § 266 StGB vor dem Grundgesetz nicht bestehen kann, wenn man diesem die Pflicht des Strafgesetzgebers entnimmt, den Jedermann präzise zu belehren, „welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist“.

c) Die Fahrlässigkeit als allgemeingültige Deliktsvoraussetzung

Mein Einwand lautet also, dass unter dem Aspekt der Grenzlinienziehung die Fahrlässigkeitstatbestände keinerlei Besonderheit aufweisen. Doch erschöpft sich meine Kritik nicht im Aufzeigen anderer, beliebig herauszugreifender Merkmale, mit dem Befund, dass sie die gleiche Unschärfe und Wertungsunsicherheit bewirken, die *Duttge* und *Schmitz* als eigentümliche Auswirkung des Merkmals „fahrlässig“ ansehen. Man muss vielmehr weiter gehen und betonen, dass *eben diese Voraussetzung selbst*, also die Fahrlässigkeit, für schlechthin alle Delikte Geltung beansprucht und sachlich allgemein anerkannt wird, wenn sie auch bei Vorsatzdelikten als eine „ungeschriebene“ meist einen anderen Namen erhält.

Ein Beispiel soll das veranschaulichen: Frau A setzt mit ihrem Pkw dazu an, den Radfahrer R, in dem sie einen ihr verhassten Nachbarn erkennt, zu überholen. Dabei wird ihr bewusst, dass Radfahrer, wenn sie überholt werden, nicht selten einen Fehler machen und mit dem Auto zusammenstoßen. So kommt es tatsächlich; R kollidiert mit A und erleidet tödliche Verletzungen. Die Strafbarkeit der A wird man in erster Linie an § 222 StGB messen, wobei natürlich zur Klärung, ob A „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht“ gelassen hat (so die Fahrlässigkeitsdefinition in § 276 Abs. 2 BGB), sofort § 5 StVO in den Blick kommt. Er gibt an, was ein Verkehrsteilnehmer zur Vermeidung von Unfällen sorgfältigerweise beachten muss, wenn er einen anderen Verkehrsteilnehmer überholt.

Hier scheint mir, am Rande bemerkt, für unser Problem eines aufschlussreich. Diese Vorschrift gibt manches an Belehrung, wo die von *Schmitz* geforderte Grenzlinie zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten speziell beim Überholen im Straßenverkehr verläuft. Sie informiert darüber so detailliert, wie es der Gesetzgeber innerhalb der von *Schmitz* als nichtig verworfenen §§ 222, 229 StGB oder in einer die Fahrlässigkeit definierenden AT-Vorschrift schlechterdings nicht leisten könnte. Doch auch der Verordnungsgeber verwendet im konkret heikelsten Punkt – wie nahe darf A dem R kommen? – einen offenen Begriff, den *Schmitz* folgerichtig des Mangels an Bestimmtheit zeihen müsste. „Beim Überho-

len“ sagt § 5 Abs. 4 S. 2 StVO, „muss ein ausreichender Seitenabstand zu anderen Verkehrsteilnehmern, insbesondere zu Fußgängern und Radfahrern, eingehalten werden.“ Das kann sich A auch ohne Belehrung denken. Der Abstand zu R muss ein „ausreichender“ sein! Wann er das ist, wie viel Zentimeter ihr Auto von R mindestens trennen müssen, das kann A nicht einmal der hochspeziellen „Grenzziehungsbestimmung“ der StVO entnehmen. Es kommt auf die konkret vorliegenden Umstände an, die der Ordnungsgeber nicht kennen konnte. Darum *musste* er es den Betroffenen überlassen, sich selbst von Fall zu Fall die Antwort zu geben.

Aber in diesem Abschnitt geht es mir um etwas anderes. Angenommen, der Richter stellt für R ein fehlerhaftes Verhalten fest und für A, dass sie die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ eingehalten oder, strafrechtsdogmatisch gesagt, das „erlaubte Risiko“ nicht überschritten hat. Das heißt dann: A hat den Tod des R verursacht, aber nicht „durch Fahrlässigkeit“. Wie nun, wenn sie zynisch gesteht, sie habe darauf gehofft, durch ihr korrektes Überholen dank einem tödlichen Fehler des R dessen Tod zu bewirken? Dann stellt sich die Frage des Vorsatzdelikts, aber sie wäre ebenso zu verneinen wie vorher die Frage, ob A eine fahrlässige Tötung begangen habe. Es entfielen im objektiven Tatbestand des § 212 StGB die „objektive Zurechnung“, und ganz offensichtlich ist der Grund dafür identisch mit dem, der uns im anderen Fall den § 222 StGB hat verneinen lassen: Wie immer beim Überholen eines Radfahrers ist A ein kleines Risiko eingegangen, doch hat sie die Sorgfaltsregeln beachtet und sich darum im Spielraum des *erlaubten* Risikos bewegt. Das lässt, je nach dem betrachteten Straftatbestand, entweder die Fahrlässigkeit oder, was in der Sache dasselbe ist, die objektive Zurechenbarkeit entfallen.

Der böse Wille der A im zweiten Fall geht ins Leere. Darum ist es bei dieser Konstellation falsch (wenngleich üblich), zu sagen, der Täter habe zwar Tötungsvorsatz, doch sei mangels Zurechenbarkeit der objektive Tatbestand nicht erfüllt. Dass A auf den Tod des R spekuliert und gehofft hat, die Schaffung des erlaubten Risikos möge sich im Tod des R realisieren, begründet keinen Tötungsvorsatz. Denn der verlangt ein Kennen (§ 16 Abs. 1 StGB) bzw. ein Sichvorstellen (§ 22 StGB) der Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Was A kennt und sich vorstellt, sind aber umgekehrt Umstände, die den gesetzlichen Tatbestand (§ 212 StGB) gerade nicht erfüllen – mangels objektiver Zurechenbarkeit des Todeserfolgs. Sie hat weder den Kenntnisvorsatz des § 16 StGB noch den Vorstellungsvorsatz des § 22 StGB.

Allgemein gefasst lautet *Schmitz'* These, dass die Unbestimmtheit der Strafbarkeitsvoraussetzung „fahrlässig“ jeden Straftatbestand, der sie enthält, verfassungswidrig und nichtig macht. Dem setze ich entgegen, dass dieselbe Voraussetzung, meist anders benannt, etwa als objektive Zurechenbarkeit wegen Überschreitung des erlaubten Risikos, auch für jedes Vorsatzdelikt gilt. Wenn das zutrifft, dann hätte *Schmitz'* These zur Konsequenz, dass es überhaupt keine verfassungsgemäßen Strafbarkeitsbestimmungen gäbe. Keine einzige hätte es geschafft, die Strafbarkeit im spezifischen Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG zu „bestimmen“.

Das sich daraus ergebende *argumentum ad absurdum* versteht sich von selbst. *Schmitz* hat sich ihm gestellt und es zu entkräften versucht. Zunächst räumt er etwas halbherzig ein, dass dann, wenn „der Tatbestand des fahrlässigen Delikts vollständig in der Vorsatztat enthalten“ sei, „deren Bestimmtheit ebenfalls zu schwanken“ beginne (würde sie dann auch kippen?). „Die Implementation unbestimmter Strafbarkeitsvoraussetzungen in das (ohne sie regelmäßig ausreichend bestimmte) Vorsatzdelikt führt natürlich nicht zu der Bestimmtheit eben dieser Voraussetzungen.“²² Er bestreitet dann aber das, worauf es in der Tat entscheidend ankommt, nämlich dass ein Vorsatzdelikt, z.B. § 212 StGB, das entsprechende Fahrlässigkeitsdelikt, im Beispiel also § 222 StGB, umschließe, d.h. dessen Voraussetzungen vollständig in sich aufnehme. Es könne, sagt er, „das vorsätzliche Delikt nicht aus dem vollständigen Fahrlässigkeitsdelikt zuzüglich der Vorsätzlichkeit bestehen“. *Schmitz'* Begründung ist rein begrifflich und verzichtet auf jede Veranschaulichung: „Wenn Fahrlässigkeit (u.a.) durch die Erkennbarkeit der Überschreitung des erlaubten Risikos gekennzeichnet ist, dann müsste sich beim Vorsatzdelikt hierauf der Vorsatz beziehen. Der Vorsatz besteht aber nicht in der Kenntnis der Erkennbarkeit der Tatumstände, sondern im Erkennen eben dieser. Und Kenntnis ist etwas ganz anderes als Erkennbarkeit. Sie ist ein Faktum, während die Erkennbarkeit ein Urteil über eine bestimmte Situation darstellt.“²³

Dem ist zu widersprechen. Was für den Täter bei unbewusst fahrlässigem Handeln nur *erkennbar* sein muss, das muss er in den Fällen der bewussten Fahrlässigkeit und des Vorsatzes *erkennen*: die Überschreitung des erlaubten Risikos. Die „Erkennbarkeit“ – das verkennt *Schmitz* – ist kein Gegenstand des Vorsatzes bzw. – bei der bewussten Fahrlässigkeit – des Wissens, sondern sie ist als ein Minus darin *enthalten*: Was man erkennt, das ist einem auch erkennbar. Darum gilt für die unbewusst fahrlässige Tötung keine Voraussetzung, die nicht genauso für die bewusst fahrlässige und für den Totschlag gilt. Bestreiten lässt sich das nur mit der These, dass man einen Totschlag auch durch vollkommen korrektes, erlaubt riskantes Handeln begehen könne, z.B. in einem fairen Boxkampf, wenn sich bei einem, wie vom anderen erhofft oder auch nur „billigend in Kauf genommen“, das erlaubte Restrisiko einer tödlichen Gehirnblutung infolge korrekter Kopftreffer realisiert.

Es fragt sich, ob *Schmitz* diesen Schritt, der ein Rückschritt wäre, zur Rettung seiner Verfassungswidrigkeitslehre tun will oder ob er es nicht doch vorzieht, die Lehre preis-

²² Vgl. *Schmitz* (Fn.4), S. 191 f. – Warum *Schmitz* deshalb, a.a.O., „*Herzbergs* These vollständig ins Leere“ gehen sieht, ist mir nicht verständlich. Die Überschreitung des erlaubten Risikos ist für mich wie für *Schmitz* ein grenzunscharfes Merkmal, auch als ein Merkmal im objektiven Tatbestand des Vorsatzdelikts. Meine These beruft sich eben darauf und lautet, dass trotz dieser hier wie dort geltenden unscharfen Voraussetzung die Strafbarkeit unstreitig von § 212 StGB und also auch von § 222 StGB i.S.d. Grundgesetzes „bestimmt“ wird.

²³ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 192.

zugeben. Man darf wohl sagen, dass ihm der Stand der strafrechtswissenschaftlichen Erkenntnis das zweite gebietet. *Roxin* gibt diesen Erkenntnisstand und, wenn man auf die Sache selbst und auf die inhaltlichen Aussagen blickt, auch die heute wohl allgemeine Lehre wieder, indem er schreibt: „Die praktische Bedeutung der Lehre von der objektiven Zurechnung (liegt) vor allem bei den fahrlässigen Delikten. In der Erfüllung des objektiven Tatbestandes realisiert sich stets schon eine fahrlässige – wenngleich meist nicht strafbare – Erfolgsherbeiführung, sodass in jedem vorsätzlichen Delikt ein fahrlässiges darinsteckt. Andererseits bedeutet das, dass die fahrlässige Erfolgsherbeiführung allein nach den Regeln der objektiven Zurechnung zu bestimmen ist.“²⁴

Schmitz will ein solches „Plus-Minus-Verhältnis“ nicht anerkennen, weil darin eine „Gleichsetzung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt“ liege, die „weder die tatsächlichen noch die normativen Unterschiede hinreichend“ berücksichtige.²⁵ Er neigt dahin, ein „normatives Stufenverhältnis“ anzunehmen. Das läuft aber auf dasselbe hinaus. Die zweite normative Stufe baut auf der ersten auf. Damit eine Todesverursachung das Niveau eines Totschlags erreicht, muss sie auch die normative Stufe einer fahrlässigen Tötung erklimmen. Die zweite Stufe hat die erste zum Sockel, und darum ist es auch nach der Stufenmetapher richtig, aus § 222 StGB zu bestrafen, selbst wenn der Täter *vielleicht vorsätzlich* getötet hat. Konsequenz beachtet schließt das von *Duttge* beschworene Aliud-Verhältnis diese Lösung aus.

Es ist auch nicht richtig, das verschwommene Merkmal auf den objektiven Tatbestand der sog. Erfolgsdelikte beschränkt zu sehen.²⁶ Nehmen wir das „Tätigkeitsdelikt“ des § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB und stellen wir uns vor, dass der Täter die sexuellen Handlungen an einer fünfzehnjährigen Prostituierten vornimmt nach ausdrücklicher Zusicherung des Vermittlers, sie sei schon sechzehn. Auch dann stellt sich die Frage, ob der Täter das erlaubte Risiko eingehalten oder überschritten hat. Es kommt auf die konkreten Umstände an und auf die Wertung des Richters, die sich naturgemäß in einem Wertungsspielraum bewegt. Eine die Pflichtwidrigkeit verneinende Wertung verneint zugleich das deliktische Unrecht und macht es belanglos, ob der Täter sich des „Restrisikos“ bewusst war und den Verkehr mit einer Noch-nicht-Sechzehnjährigen „billigend in Kauf genommen hat“.

Ich spüre oder ahne bei *Schmitz* die Neigung, das Problem der grenzunscharfen „objektiven Zurechnung“ bei Vorsatzde-

²⁴ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 49.

²⁵ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 190. Das sagt sich so dahin, wenn man es bei der Behauptung bewenden lässt. Worin liegen sie denn, diese „tatsächlichen“ und „normativen Unterschiede“, außer eben darin, dass, wie der Raub im Vergleich zum Diebstahl, das Vorsatzdelikt *mehr* voraussetzt als das Fahrlässigkeitsdelikt? Es ist doch nicht so, dass der Mörder, im Unterschied zum fahrlässig Tötenden, die Sorgfaltspflicht, die er dem Opfer schuldet, *erfüllt*; vielmehr verletzt auch er sie, und zwar sogar durch krasse und absichtliche Überschreitung des erlaubten Risikos.

²⁶ So anscheinend *Roxin* (Fn.24), § 11 Rn. 52.

likten zu vernachlässigen, weil es hier rein quantitativ kein Gewicht habe. Diese Einschätzung ist an sich richtig. Denn das fragliche Merkmal ist bei der Prüfung eines Vorsatzdelikts nur ausnahmsweise problematisch. Die Beabsichtigung des schlimmen Geschehens oder die Ernstnahme seiner Möglichkeit, die das Vorsatzdelikt in Betracht bringt, geht ja meistens einher mit einer ganz klar unerlaubten Gefahrschaffung. Aber das ist eine *tatsächliche* Gegebenheit, die am Prinzip nichts ändert. Die Voraussetzung ist allgemeingültig, und man darf eine „Unbestimmtheit“, die für jeden Straftatbestand festzustellen wäre, nicht nur dort beanstanden, wo sich das Gesetz zu ihr mit dem Merkmal „fahrlässig“ ausdrücklich bekennt.

d) Gesetzesvorschläge

Wer von *Duttges* und *Schmitz*' kritischen Ausführungen zur Bestimmtheitsproblematik speziell der Fahrlässigkeitsdelikte noch keine Zeile gelesen hat und davon erst jetzt erfährt, wird eines wohl für selbstverständlich halten: dass die Kritiker Gesetzesvorschläge machen. Denn ihrer bedürfte es dringlich, um dem grotesken Übelstand abzuweichen, den *Duttge* und *Schmitz* erkannt zu haben glauben. Das gilt für *Schmitz* in besonderem Maße, denn ihm erscheint ja die Bestrafung von Fahrlässigkeitstätern mangels „Bestimmung“ der Strafbarkeit *de lege lata* ohne Wenn und Aber verfassungswidrig; nach seiner Sicht beugen die Gerichte täglich das Recht, indem sie solche Strafen verhängen.

Aber der erwartungsvolle Leser sieht sich enttäuscht. Weder hier noch dort verbindet sich die Kritik mit dem Vorschlag eines Textes, den der Gesetzgeber in das StGB übernehmen könnte. *Schmitz* begnügt sich damit, auf „ausländische Rechtsordnungen“ und „historische Vorbilder“ hinzuweisen und meine Auffassung zu bestreiten; d.h. meine Ansicht, dass der Gesetzgeber eine Grenzziehung, deren Genauigkeit und Belehrungskraft den beiden Kritikern genügen würde, gar nicht leisten könne. Darauf erwidert *Schmitz*, „dass dieses für das fahrlässige Delikt offensichtlich nicht gilt“. Die Fähigkeit des Gesetzgebers, „die Voraussetzungen des Fahrlässigkeitsdelikts zu normieren“, erscheint ihm „selbstverständlich“. Denn „verschiedene ausländische Rechtsordnungen machen es – mehr oder minder gut – vor“.²⁷ Um dies zu belegen, verweist *Schmitz* auf *Duttges* Darstellung im Münchener Kommentar. In der Tat finden sich dort in einem 20 Seiten langen Abschnitt, überschrieben mit „Begriff, Historie und Rechtsvergleichung“, in Gestalt von Zitaten und Übersetzungen zahlreiche, teils geltende, teils historische Gesetzesvorschriften, ferner Gesetzesvorschläge und schließlich auch höchstrichterliche Formulierungen, die *Duttge* selbst als „Fahrlässigkeitsdefinitionen“ anerkennt.²⁸ Unter dem hier interessierenden Aspekt betrachtet, sind sie aber ausnahmslos so beschaffen, dass sie das, was sie nach den von *Duttge* und *Schmitz* erhobenen Forderungen zur „Bestimmung“ der Strafbarkeit leisten müssten, ganz offensichtlich *nicht* leisten. Die Leitbegriffe, die jeweils als Definientia

dienen, belehren „über die konkrete Scheidelinie zwischen kriminellem und straffreiem Verhalten“²⁹ kein bisschen besser als das Definiendum. Da soll zu dessen Klärung etwa zu fragen sein nach „gehöriger Aufmerksamkeit und Überlegung“, nach „Bedachtsamkeit“, „unbesonnenem Leichtsin“, „gewöhnlicher Aufmerksamkeit“ und nach der „Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt“; ferner soll es etwa ankommen auf „Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit oder Ungeschick“ auf die „Verletzung der unter den gegebenen Umständen erforderlichen Sorgfalt“, auf „pflichtwidrige Unvorsichtigkeit“, das Nichtbeobachten der „Vorsicht, zu der der Täter nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist“, und auf die „verantwortungsbewusste Prüfung der Sachlage“. Bei derart vagen Formeln ist klar, dass *Duttge* von keiner einzigen sagt, sie sei es, sie ziehe die „konkrete Scheidelinie“ und der deutsche Gesetzgeber solle sie zur Behebung der derzeitigen „Unbestimmtheit“ übernehmen. Es ist offensichtlich und konsequent, dass er keine einzige der zitierten Definitionen als Erfüllung seiner strengen Forderungen genügen lässt.

Duttge selbst unterlässt es, wie gesagt, mit einem eigenen Vorschlag die Lücke, die für ihn (und noch mehr für *Schmitz*) eine höchst fatale ist, zu schließen. Aber man muss die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass das Gedankengut seiner Arbeiten inhaltlich eine „Scheidelinie“ aufzeigt, die sich unschwer auch mit gesetzesgemäßen Worten formulieren ließe. So gerichtet fällt der Blick sogleich auf das „Veranlassungsmoment“, das uns *Duttge* als „normative Begrenzung“ und als „Kern der Fahrlässigkeit“ vorstellt. Entscheidend für das Vorliegen von Fahrlässigkeit sei „ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot, trotz triftigen Anlasses (in den äußeren Gegebenheiten unter Einschluss auch des eigenen Wissens) von dem weiteren Geschehensverlauf in Richtung einer Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht oder nicht rechtzeitig Abstand genommen zu haben“.³⁰ Das „Abstandnehmen“ ist natürlich nichts anderes als ein Vermeiden. Wenn die Mutter mit dem Sohn auf der Mauer den „triftigen Anlass“ zur Abstandnahme hat, dann heißt das, dass sie es vermeiden muss, den gefährlichen Sprung ihres Sohnes herbeizuführen oder auch nur zuzulassen. Man könnte also *Duttges* Kerngedanken normativ umsetzen durch die folgende Neufassung des § 229 StGB: „Wer die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, obwohl er wegen der äußeren Gegebenheiten und wegen seines eigenen Wissens einen triftigen Anlass hatte, sein ursächliches Verhalten zu vermeiden, wird [...] bestraft.“

Ich räume ein, dass es *Duttge* mit seiner Fahrlässigkeitsumschreibung gelingt, ganz ohne die oben aufgeführten Abstrakta auszukommen, die zu verwenden er dem Gesetzgeber nicht empfiehlt und die auch nach meiner Überzeugung die Qualität der gesetzlichen Regelung nicht verbessern würden. Aber ich bestreite, dass das in seinem Sinne gefasste Gesetz die Grenze schärfer zöge und den fragenden Bürger im konkreten Fall genauer belehren würde, als es die geltenden Vorschriften tun. Diese geben der Mutter die Frage auf, ob

²⁷ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 189.

²⁸ *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Fn. 6), § 15 Rn. 38 ff., besonders Rn. 54-80.

²⁹ Vgl. *Duttge* (Fn. 28), § 15 Rn. 80.

³⁰ Vgl. *Duttge* (Fn. 28), § 15 Rn. 120, 121.

nach den Umständen und ihren Kenntnissen das Bewirken des Absprungs eine Außerachtlassung „der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ und somit „fahrlässig“ wäre (§ 276 Abs. 2 BGB, § 229 StGB).³¹ *Duttges* Gesetz dagegen legt ihr die Frage vor, ob sie umstände- und wissensbedingt einen „triftigen Anlass“ hatte, die Herbeiführung des Absprungs zu vermeiden. Die ganze Unsicherheit der Wertung würde sich ohne die geringste Minderung lediglich verschieben – von den Begriffen „Fahrlässigkeit“ und „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ weg und hin zum Merkmal „triftiger Anlass“.

Schmitz favorisiert in seinem Aufsatz keines der Vorbilder, auf die er sich durch Verweis auf *Duttges* Sammlung prinzipiell anerkennend bezieht. In der Kommentierung des § 1 StGB beruft er sich aber, zum Beweis, dass die geforderte grenzscharfe Belehrung möglich sei, speziell auf § 18 Abs. 4 des Schweizerischen Strafgesetzbuches,³² der da lautet: „Ist die Tat darauf zurückzuführen, dass der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat, so begeht er das Verbrechen oder Vergehen fahrlässig. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.“ Denken wir uns nun, der Kritikerlogik gemäß, dass die Mutter meines Beispiels sich durch Lektüre des Gesetzes zu informieren sucht, ob sie bei unglücklichem Ausgang strafbar wäre! Die deutsche Gesetzesaussage lautet: Ja, wenn dein Herbeiführen des Absprungs auf Außerachtlassung der „im Verkehr erforderliche(n) Sorgfalt“ zurückzuführen und damit als „Fahrlässigkeit“ zu bewerten ist. Die schweizerische Belehrung lässt sich so formulieren: Ja, wenn dein Herbeiführen des Absprungs auf Nichtbeobachtung der „Vorsicht“, zu der du „nach den Umständen“ und deinen „persönlichen Verhältnisse verpflichtet“ bist, zurückzuführen und damit als „fahrlässig“ zu bewerten ist. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die zweite Belehrung der Mutter auch noch sagt, es komme für die Bemessung der Vorsichtspflicht (= Sorgfaltspflicht) auf die „Umstände“ und ihre „persönlichen Verhältnisse“ an. Aber das erleichtert der Mutter die Beurteilung nicht im Mindesten. Denn sie erfährt ja nicht, wie die Umstände und persönlichen Verhältnisse konkret beschaffen sein müssen, damit ihr Tun eine – oder noch keine – Vorsichtspflichtverletzung ist. Die Belehrung des Bürgers durch deutliche Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem Tun leistet das Gesetz in der Schweiz so wenig wie in Deutschland.

Aber können Gesetzesvorschriften sie überhaupt leisten? Meine Antwort ist: Nein, und zwar selbst dann nicht, wenn der Gesetzgeber seine abstrakten Merkmale ganz nah an die konkrete Situation, worin der Betroffene sich sein Urteil

bilden muss, heranführen, also etwa für die Mutter, was natürlich Unfug wäre, einen maßgeschneiderten Extraparagraphen schaffen würde: Wer die Körperverletzung seines sechsjährigen Sohnes dadurch verursacht, dass er ihn veranlasst, von einer Mauer herabzuspringen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn im Hinblick auf die Verletzungsfolge die Veranlassung des Springens [...]. Es gibt selbst in dieser eng umrissenen Gefahrlage noch viele und ganz verschiedene Gründe, die die motivierende Einwirkung auf das Kind als Überschreitung des „erlaubten Risikos“ erscheinen lassen können (alle möglichen Behinderungen, Ungewandtheit, Mauerhöhe, grobes Geröll, Glasscherben, ein lauernder Rottweiler). Darum muss der Gesetzgeber abstrahierend auf die jeweiligen Umstände und „Kenntnisse“ abstellen und einen ebenso abstrakten Wertungsbegriff einsetzen wie „fahrlässig“, „unvorsichtig“, „leichtsinnig“, „sorgfaltswidrig“.

IV. Ergebnis

Schmitz behauptet das Fehlen einer „Regelung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im deutschen StGB“,³³ weil er die äußerlich vorhandenen Strafdrohungen gegen Fahrlässigkeitstäter für unvereinbar mit Art. 103 Abs. 2 GG und somit für null und nichtig achtet. Sein Versuch, diese Thesen zu beweisen, kann nicht überzeugen. Zwar stimmt sein Ansatz, den Sinn der grundgesetzlichen Vorschrift klären zu wollen. Aber dieser Ansatz verlangt, danach zu fragen, ob etwa durch § 222 StGB für die fahrlässige Tötung „die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt“ wird – im Sinne des Artikels. Den Sinn gilt es durch Auslegung herauszufinden. Es ist methodisch falsch, die Sinnfrage, wie *Schmitz* es tut, als eine „vorgelagerte Frage“ zu behandeln und sie vorab und unabhängig von einer methodisch regelgerechten Auslegung zu beantworten. Dass das BVerfG genauso verfährt, macht die Sache nicht besser und das falsche Vorgehen nicht richtig. Argumenta ad verecundiam, so sehr sie manchen beeindrucken, haben in Wahrheit kein Gewicht.

Wer sich streng an das geltende Recht und an die Regeln der Gesetzesauslegung bindet, kann die „ratio legis“, die *Schmitz* behauptet und woraus er seine Nichtigkeitsthese ableitet, nicht bestätigen. Dass die „Strafbarkeit“ der fahrlässigen Tötung „gesetzlich bestimmt“ ist, dafür spricht schon der Wortsinn. Denn § 222 StGB ordnet Strafbarkeit an und ist eine Gesetzesbestimmung. Sodann ist vollkommen gewiss, dass der Wille des Gesetzgebers bei Schaffung des Art. 103 GG und des § 1 StGB dahin ging, Bestimmungen der Strafbarkeit durch Fahrlässigkeitstatbestände, z.B. durch §§ 222, 229, 163 StGB, gelten, d.h. das von diesen Bestimmungen geschaffene Bestimmtheitsgebot zu lassen.³⁴ Ent-

³¹ Dass die zivilrechtliche Bestimmung auch für die strafrechtliche Frage beachtlich ist, folgt schon aus dem Nebeneinander der § 823 Abs. 1 BGB, § 222 StGB. Es wäre widersprüchlich, wenn wir etwa im Fall der den Tod des Radfahrers R verursachenden A die Frage nach der Fahrlässigkeit zivilrechtlich bejahen und strafrechtlich verneinen könnten (oder umgekehrt); näher *Herzberg*, NSStZ 2005, 602 (605).

³² Vgl. *Schmitz* (Fn. 6), § 1 Rn. 48 mit Fn. 156.

³³ Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), S. 198.

³⁴ Unsere Aussage zum Gesetzgeberwillen ist beschränkt auf Fahrlässigkeitstatbestände des geltenden Rechts. Nicht gesagt ist, dass der Verfassungsgeber eine Strafbarkeit schon dann als „gesetzlich bestimmt“ habe anerkennen wollen, wenn ein abwegiger Paragraph sie behauptet. Eine gegen alle Regeln vernünftiger Strafgesetzgebung gemachte Aussage, wie etwa „mit Geldstrafe wird bestraft, wer böse ist“, oder „wer unvor-

scheidende Bestätigung verschafft uns schließlich das Interpretament der systematischen Prüfung. Denn Wertungsunsicherheit und Unvollkommenheit belehrender Grenzziehung sind keine Spezifika der Fahrlässigkeitsdelikte. Sie lassen sich in verschiedenen Graden für fast alle Strafbarkeitsvoraussetzungen aufweisen. Vor allem aber gehen die Unschärfen schon deshalb in sämtliche Vorsatzdelikte ein, weil das Merkmal der Fahrlässigkeit, wenngleich meist anders benannt, bei Lichte besehen auch für sie gilt; z.B. für das Vergehen des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wo die irrige Annahme, die Prostituierte sei schon sechzehn, bei fehlender Fahrlässigkeit das Unrecht entfallen lässt.

So ergibt sich uns für den fraglichen Artikelabsatz eine andere ratio legis als die von *Schmitz* behauptete. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB haben den Sinn und verfolgen den Zweck, dass die Richter immer nur Taten bestrafen, deren Strafbarkeit in gesetzlichen Bestimmungen schon vor der Begehung festgelegt war, oder andersherum, dass sie auch eine als strafwürdig empfundene Tat unbestraft lassen, wenn es an einer solchen Bestimmung fehlt. Das heißt dann für Fahrlässigkeitstaten: Die fahrlässige Tötung eines Menschen darf dank der gesetzlichen Strafbarkeitsbestimmung in § 222 StGB bestraft werden, die fahrlässige Tötung von Menschenaffen oder die fahrlässige Offenbarung eines ärztlichen Geheimnisses oder die fahrlässige Zerstörung wertvoller fremder Sachen dürfen es nicht, wie schwer die Schuld auch wiegen und wie groß die Empörung auch sein mag. Kurzum, es handelt sich um ein Bestrafungsverbot, und dieses bezweckt, dass die Richter das Verbotene unterlassen. Selbstverständlich kann man die Beschreibung von Sinn und Zweck verlängern und vertiefen, indem man die Gründe nennt, die der Gesetzgeber für sein Bestrafungsverbot hatte. Aber damit antwortet man auf die Warum-Frage, die der Frager nach jeder Antwort neu stellen kann. Sind wir etwa bei der „historischen“ Antwort angelangt, die auf die berüchtigte Gesetzesnovelle von 1935 hinweist und ihre Verwerflichkeit behauptet, so könnte man weiterfragen, wieso sie verwerflich sei und warum der Gesetzgeber nach 1945 dagegen war, dass der Richter auch schon dann bestraft, wenn der Täter „nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“. Solche Fragen und Antworten können uns bei der Normauslegung nicht helfen.

sichtig ist“, mag die Wortauslegung des Art. 103 Abs. 2 GG noch passieren, aber es wäre klar, dass es der Wille des Grundgesetzgebers verbietet, auch darin noch i.S.d. Artikels eine „Bestimmung“ der Strafbarkeit zu sehen; näher dazu *Herzberg* (Fn. 15), S. 49-59.
