

AUSGABE 6/2011

S. 453 - 563

6. Jahrgang

Inhalt

WISSENSCHAFT IM FOKUS II

AUFSÄTZE

Strafrecht

Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Von RiOLG Prof. Dr. Matthias Jahn, Erlangen-Nürnberg 453

Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser, Bonn 461

Zur Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes nach Systemwechseln

Von Prof. Dr. Arnd Koch, Augsburg 470

Bestechlichkeit und Bestechung von Sportschiedsrichtern – eine Straftat?

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück 475

(Schein-)Selbständigkeit von „Busfahrern ohne eigenen Bus“ und Fragen des § 266a Abs. 1 StGB

Von Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg 482

Juvenile Justice in Different Cultural Contexts: A Comparison of India and Germany

Von Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier, Hannover, Assistant Prof. Abhijit D. Vasmatkar, B.Sc., LL.M., NET, Pune 491

Die Pflicht ausländischer „Verkehrssünder“ zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung vor einem deutschen Straf- oder Bußgeldgericht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 502

Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Hannover 508

Konvergenz oder Divergenz? – Einstellungen zur Todesstrafe weltweit

Von Prof. Dr. Frank Neubacher, M.A., Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln 517

Die Rechtsprechung des BGH zum Rücktrittshorizont

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 524

Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung

Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle-Wittenberg 531

Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe

Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09

Von VRiBGH a.D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan, Karlsruhe 544

Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, München 552

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

Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Von RiOLG Prof. Dr. **Matthias Jahn**, Erlangen-Nürnberg

I. Einleitung

§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ordnet ein Beschlagnahmeverbot „für andere Gegenstände“ an, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3b StPO Genannten erstreckt. Die Norm setzt damit den personalen Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts in den gegenständlichen Bereich fort. Es ist schwer zu übersehen, dass der Gesetzgeber damit eine Umgehung des prinzipiell wehrhaft konstruierten Rechts zur Verweigerung des Zeugnisses verhindern wollte. Mit großer Klarheit hat dementsprechend der *1. Strafsenat* des BGH schon vor zwei Jahrzehnten gesehen, dass § 97 StPO im Ganzen dem Zweck dient, die Aushöhlung der Rechtsposition der in §§ 52, 53 StPO genannten Personen zu verhindern „sonst läge das Bestreben nahe, deren Wissen – das von ihnen als Zeugen nicht zu erlangen ist – aus ihren Unterlagen zu erforschen“¹.

Bei diesem unbestrittenen Befund ist es bemerkenswert, dass sich eine Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO mit großer Hartnäckigkeit das Prädikat herrschende Auffassung erworben hat, die diesen Schutz in den von § 53 StPO erfassten Fällen der Berufsgeheimnisträger untergräbt. Dem will der vorliegende Beitrag entgegenreten. Zwei aktuelle Sachverhalte aus der Praxis mögen das Problem veranschaulichen:

1. Zwei Fallkonstellationen

Fall 1: Gegen die Beschuldigten wurde ein Ermittlungsverfahren u.a. wegen des Verdachts der Untreue betrieben. Sie sollen als Mitglieder des Vorstands der HSH Nordbank in den Jahren 2007/2008 einem finanziellen Engagement unter Eingehung unvertretbarer finanzieller Risiken zugestimmt haben.² Zur näheren Aufklärung der Vorgänge um das Projekt „Omega 55“ hatte der Aufsichtsrat der HSH die Anwaltssozietät F mit einer internen Untersuchung („Internal Investigation“) zur Frage möglicher Pflichtverletzungen durch Mitglieder des Vorstandes der HSH beauftragt. Im Rahmen dieses Mandats führten Anwälte von F unter Zusage der Vertraulichkeit Gespräche mit derzeitigen und früheren Mitarbeitern der HSH, darunter auch den Beschuldigten, oder nahmen von diesen schriftliche Stellungnahmen entgegen. Als Ergebnis der internen Untersuchung erstellte die Sozietät F ein Rechtsgutachten, das auch der Staatsanwaltschaft bei dem LG Hamburg (StA) zugeleitet wurde. Die StA forderte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens die Sozietät F nunmehr auf, u.a. die Protokolle der geführten Interviews sowie in diesem Zusammenhang entstandene vorbereitende Unterlagen herauszugeben. Nachdem F dies abgelehnt hatte, beantragte die StA bei dem AG Hamburg die Durchsuchung der Geschäfts-, Büro- und sonstigen Betriebsräume der F zu dem

Zweck, sämtliche Unterlagen aufzufinden und sicherzustellen, die der Sozietät von Arbeitnehmern und ehemaligen Arbeitnehmern der HSH für die Erstellung des Rechtsgutachtens zur Verfügung gestellt worden waren, darunter Dateien, Vernehmungsprotokolle und weitere in diesem Zusammenhang erstellte Aufzeichnungen. Ein entsprechender Beschluss erging. Die F übergab daraufhin der StA Hamburg die von ihr zusammengestellten Beweismittel in einem versiegelten Behältnis. Nach einem prozessualen Zwischenspiel begann die StA Hamburg mit der Auswertung der übergebenen Unterlagen.

Die hiergegen zum LG Hamburg³ erhobene Beschwerde hatte in der Sache keinen Erfolg. Die Kammer meinte, es ergebe sich kein Beschlagnahmeverbot aus den §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Entgegen dem umfassenden Wortlaut sei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO einschränkend auszulegen, so dass das Beschlagnahmeverbot das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts im Sinne einer ebenso umfassenden Freistellung von der Beschlagnahme nicht vollständig spiegele. Vielmehr sei allein das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten im Strafverfahren zu einem von ihm in Anspruch genommenen Zeugnisverweigerungsberechtigten geschützt. Der Beschluss wurde in der *Wirtschaftspresse*⁴ umgehend als ein Schlag ins Kontor der Aufklärungsbemühungen von Straftaten in Unternehmen kommentiert. Wer sich gegenüber Anwälten seines Arbeitgebers zur Aufklärung von Korruptionsvorwürfen und anderen Straftaten offenbart, müsse von nun an damit rechnen, dass die Protokolle hinterher bei der staatlichen Anklagebehörde landeten.

Fall 2: Ein Rechtsanwalt wird während laufender Hauptverhandlung durch Gerichtsbeschluss aufgefordert, Schriftverkehr und weitere Unterlagen zum Zwecke der Beweiserhebung über den Tatvorwurf auszuhändigen. Sie waren ihm von seiner Mandantin, zugleich Adhäsionsklägerin im gegenständlichen Strafverfahren, vorprozessual übergeben worden.

2. Zwei Widmungen

Ob und auf welcher Rechtsgrundlage der Prozessbevollmächtigte in *Fall 2* als Berufsgeheimnisträger zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt oder sogar verpflichtet sein könnte, ist Gegenstand eines Beitrages unter dem Titel „Die Grenzen der Editionsspflicht des § 95 StPO“⁵ zu der gerade erschienenen Festschrift II für *Claus Roxin* zu seinem 80. Geburtstag am 15. Mai 2011.⁶ Freilich konnte der dort erschienene Text den *Ausgangsfall 2* nicht erschöpfend behandeln.

¹ BGHSt 38, 144 (145); *Nack*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 97 Rn. 1.

² Die damit berührten materiell-wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen aus dem Kontext der Finanzmarktkrise müssen hier auf sich beruhen, s. dazu *Jahn*, *JZ* 2011, 340 (343).

³ LG Hamburg StV 2011, 148 (149) m. abl. Anm. v. *Galen*, *NJW* 2011, 945 und abl. Anm. *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151.

⁴ Etwa *J. Jahn*, *FAZ* v. 15.3.2011, S. 20.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte des Textes näher *Jahn*, in: *M. Heinrich/C. Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Bd. 2, S. 1357.

⁶ S. Fn. 5.

Die Herausgeber wollten es aus leicht nachvollziehbaren Gründen bei einer zweibändigen Festschrift belassen und unterwarfen deshalb alle Autoren dem unbeugsamen, aber besonders demokratischen Regime einer strikten Seitenbegrenzung. Der hier vorgelegte Beitrag gibt also willkommene Gelegenheit, die in der FS II-Roxin noch offengelassene Frage, ob die dem Rechtsanwalt von der Adhäsionsklägerin im *Fall 2* überlassenen Unterlagen „andere Gegenstände“ im Sinne des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO sind, abschließend zu erörtern. Zugleich kann ich diesen Text erneut *Claus Roxin* herzlich zueignen.

Darüber hinaus sollen im Folgenden Gedanken aus einer Anmerkung⁷ zu der Entscheidung, die dem *Ausgangsfall 1* zugrunde liegt, vertieft und sowohl in historisch-systematischer als auch verfassungsrechtlicher Hinsicht weiter abgesichert werden. Beides sind Markenzeichen nicht weniger Beiträge in der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik der letzten fünf Jahre.

II. Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

1. Die Kontroverse um die Auslegung des Beschlagnahmeverbots in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Mit beiden Ausgangsfällen befinden wir uns inmitten einer grundsätzlichen Auslegungskontroverse zur zentralen Vorschrift über die Beschlagnahmeverbote. Mit § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO hat der Gesetzgeber jedenfalls in sachlicher Hinsicht unstreitig einen Auffangtatbestand geschaffen, der alle „anderen“ Gegenstände erfassen soll.⁸ Umstritten ist jedoch, ob sich dieser sachliche Schutz nur, wie ein etwas eindimensionales systematisches Verständnis der Vorschrift des § 97 Abs. 1 StPO nach Lesart des LG Hamburg⁹ ergeben mag, nur auf das Vertrauensverhältnis zum „Beschuldigten“ (Nrn. 1, 2) bezieht oder ob auch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsheimnisträger und einem Zeugen erfasst ist, wie dies der Wortlaut der Nr. 3 nahe legt, der das Merkmal des „Beschuldigten“ gerade nicht mehr aufgreift. Zur Klärung dieser seit 1953 schwellenden Streitfrage sind zunächst die gängigen Auslegungsmethoden heranzuziehen. Sodann wird unter Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien darzustellen sein, dass deren noch nicht ganz eindeutiges Ergebnis durch eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO abgesichert werden kann.

⁷ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153-155).

⁸ Sachlich geschützt sind daher nicht nur „schriftliche Mitteilungen“ (§ 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO) und jegliche „Aufzeichnungen“ (§ 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO) des Berufsheimnisträgers, sondern, wie § 97 Abs. 5 S. 1 StPO erkennen lässt, u.a. auch Datenträger (§ 11 Abs. 3 StGB). Näher zum Schutzzumfang *Schäfer*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 25. Aufl. 2004, § 97 Rn. 30a; *Korge*, Die Beschlagnahme elektronisch gespeicherter Daten bei privaten Trägern von Berufsheimnissen, 2009, S. 104; *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153 Fn. 13).

⁹ LG Hamburg StV 2011, 148 (149); siehe oben I. 1.

a) *Ein argumentatives Patt: Der Meinungsstand zum Schutz des nichtbeschuldigten Dritten durch § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO*

Nach einer im Schrifttum weit verbreiteten¹⁰ Auslegung des einfachen Rechts ist § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf das Verhältnis zwischen dem Nichtbeschuldigten und dem zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger zu erstrecken. Diese Auslegung kann aber nicht als vorherrschend bezeichnet werden. Überwiegend wird in der Instanzgerichtsbarkeit¹¹ und in einem großen Teil der Stellungnahmen aus der Wissenschaft¹² die Auffassung vertreten, das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO erfasse lediglich solche Gegenstände, die aus dem Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und denjenigen Personen stammen, die nach den §§ 52 ff. StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind. Beachtung verdient in dieser Pattsituation, dass der

¹⁰ *Beulke*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 693 (S. 706); *Krekeler*, NStZ 1987, 199 (201); *Bauwens*, wistra 1985, 179 (180); *Amelung*, DNotZ 1984, 195 (207); *H. H. Rupp*, Gutachten für den 46. DJT Essen, 1966, S. 165 (S. 179 f.); *Kohlhaas*, JR 1965, 109 (110); *Maaßen*, MDR 1952, 377 (378); *Lenckner*, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 1966, S. 159 (S. 196); *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl. 2009, Rn. 560; *Bär*, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, 1992, S. 416 f.; *Muschallik*, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozeß, 1984, S. 141; *Böing*, Das Beschlagnahmeprivileg der steuerberatenden Berufe gem. § 97 StPO unter besonderer Berücksichtigung der Bedingungen der modernen Informationsverarbeitung, 1993, S. 43 f.; *Lemcke*, Die Sicherstellung gem. § 94 StPO und deren Förderung durch Inpflichtnahme Dritter als Mittel des Zugriffs auf elektronisch gespeicherte Daten, 1995, S. 265.

¹¹ LG Bielefeld StV 2000, 12 (13) m. abl. Anm. *Samson*, StV 2000, 55; LG Koblenz MDR 1983, 779; LG Hildesheim NStZ 1982, 394 (395); OLG Celle NJW 1965, 362 f. Auf einfach-rechtlicher Ebene ebenso LG Hamburg NJW 1990, 780, allerdings mit dem Vorschlag eines verfassungsunmittelbaren Beschlagnahmeverbots (anders jetzt aber – ohne den vorgenannten Beschluss auch nur zu erwähnen – LG Hamburg StV 2011, 148); dagegen jedoch LG Fulda NJW 1990, 2946 (2947).

¹² *Goeckenjan*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 641 (S. 654); *Welp*, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 626 (S. 648); *G. Schäfer*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 77 (S. 93); *Chr. Schröder/Gocke*, wistra 2010, 466 (468); *Samson*, StV 2000, 55 (56); *Moosburger*, wistra 1989, 252 (253); *Nack* (Fn. 1), § 97 Rn. 1; *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 97 Rn. 10; *Tschacksch*, Die strafprozessuale Editionsspflicht, 1988, S. 155; *Schmitt*, Die Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen, 1993, S. 116 f.

BGH in zwei Entscheidungen die Frage, ob § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf Nichtbeschuldigte anwendbar ist, ausdrücklich offen gelassen hat.

Während die in BGHSt 43, 300 abgedruckte Entscheidung des 4. Strafsenats¹³ die hier nicht interessierende Sonderkonstellation des Beschlagnahmeverbots gegenüber dem früheren Mitbeschuldigten betrifft, findet der 3. Senat im Urteil vom 23.7.1997¹⁴ den richtigen Zugang zum zu erörternden Problem. Allerdings fehlt es an einer dogmatisch überzeugenden Verortung. In dem zugrunde liegenden Fall war die Beiziehung der Krankenunterlagen einer Zeugin vom Angeklagten beantragt worden. Der Senat meint aber, diese Unterlagen hätten schon deshalb nicht verwertet werden dürfen, weil dies gegen den Willen des Geschädigten und des Arztes einen unverhältnismäßigen Eingriff in einen besonders sensiblen Bereich der Privatsphäre darstelle. Unbefriedigend ist daran, dass das Urteil das Rechtsproblem nur vom Ergebnis – also der Frage des Verwertungsverbots – her angeht. Es muss aber gefragt werden, ob nicht schon ein Erhebungsverbot besteht.

b) Eigene Stellungnahme zur einfachrechtliche Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

aa) Der ambivalente Wortlaut

In persönlicher Hinsicht spricht im Wege des Umkehrschlusses einiges dafür, dass der Gesetzgeber mit § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch den Schutz sonstiger Vertrauensverhältnisse herbeigeführt hat, weil der „Beschuldigte“, anders als in den beiden vorangegangenen Ziffern, keine Erwähnung mehr findet. Dies wird auch von der Gegenauffassung ausdrücklich eingeräumt.¹⁵ Dagegen lässt sich aber immerhin einwenden, dass diese Auslegung zumindest nicht zwingend ist. Der gesamte Absatz 1 des § 97 StPO könnte nur das Verhältnis zum Beschuldigten regeln und die Auffangfunktion der Nr. 3 könnte nur sachlich („sonstige Gegenstände“) gemeint sein. Es bedarf also zunächst einer vertieften Analyse der Gesetzgebungsgeschichte.

bb) Zur Entstehungsgeschichte: Der Mythos vom Redaktionsversehen

Vor der Gesetzesänderung im Jahr 1953¹⁶ war in § 97 RStPO wie auch in den Vorläufern der Reichsstrafprozessordnung – etwa Art. 134 Abs. 2 WürttStPO – allein die Vertrauenssphäre zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten geschützt. Die Erwartung, dass die Legislative den eindeutigen Willen hätte bekunden müssen, nunmehr von dieser Tradition abweichen zu wollen, liegt nicht fern. Doch hatte sich der Gesetzgeber des 3. StrÄG andererseits im Grundsatz nur eine eng begrenzte Aufgabe gestellt.

Dies sollte ausweislich der Einleitung zur Gesetzesbegründung¹⁷ bereits durch den amtlichen Untertitel „Strafrechtsbereinigungsgesetz“ zum Ausdruck kommen. Zudem heißt es in der amtlichen Begründung, der Entwurf lege sich auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts große Zurückhaltung auf und verzichte – so wörtlich – auf „eigentliche“ Reformen.¹⁸ Ungeachtet der für die Gesetzgebungslehre sicherlich interessanten Frage, was man unter einer „uneigentlichen“ Reform zu verstehen haben könnte, ist auch dieses historisch-genetische Argument letztlich ambivalent. Es ist schon nicht ganz außergewöhnlich, dass Regierungsentwürfe bewusst oder unbewusst trotz verbaler Distanzierung weitreichende Reformen herbeiführen. Zudem wird die generelle Zurückhaltung des Entwurfs speziell von der Neuregelung des Zeugnisverweigerungsrechts in den §§ 53, 53a StPO sowie der damit in Zusammenhang stehenden Beschlagnahmebeschränkungen in § 97 StPO durchkreuzt. In der amtlichen Begründung wird insoweit ausdrücklich auf die besondere Bedeutung dieses Reformteils hingewiesen.¹⁹

Führen damit die allgemeinen Reformgrundsätze noch zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist eine Untersuchung der Begründung zu Nr. 11 des Entwurfs – § 97 StPO – ergiebiger. Dort heißt es wörtlich:

„Der Entwurf dehnt in Absatz 1 Nr. 2 die Vorschriften des geltenden Rechts über das Verbot der Beschlagnahme schriftlicher Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, auf die Aufzeichnungen aus, die der Geheimnisträger über die ihm vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht hat, auf die sich sein Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt. Der Begriff ‚Aufzeichnungen‘ soll hier in weitem Sinne verstanden werden und umfaßt z.B. auch Tonbandaufnahmen. Der Vorschlag beruht auf der Überlegung, daß das Recht eines Geheimnisträgers, über sein Wissen das Zeugnis zu verweigern, nicht dadurch umgangen werden darf, daß sein schriftlich niedergelegtes Wissen beschlagnahmt werden darf. Die umstrittene Frage, ob die Handakten des Verteidigers oder Anwalts und die Krankenblätter des Arztes beschlagnahmt werden können, ist damit den praktischen Bedürfnissen entsprechend geregelt. Darüber hinaus besteht jedoch aus den gleichen Gründen das Bedürfnis, auch sonstige Gegenstände (z.B. den vom Arzt aus dem Körper des Beschuldigten entfernten Fremdkörper, dem Anwalt übergebene Dokumente) einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde (z.B. Röntgenaufnahmen, Kardiogramme, Blutbilder) zu schützen, soweit sich das Zeugnisverweigerungsrecht auf diese Gegenstände erstreckt (Abs. 1 Nr. 3).“

Zwar könnte man aus dem durch die Gesetzesbegründung hergestellten Zusammenhang zwischen § 97 Abs. 1 Nr. 2 und

¹³ BGHSt 43, 300 (304).

¹⁴ BGH NStZ 1997, 562.

¹⁵ Siehe OLG Celle NJW 1963, 406 (408).

¹⁶ Durch Art. 4 Nr. 12 des 3. StrÄG vom 4.8.1953 (BGBl. I, S. 735); umfassend zur Gesetzgebungsgeschichte Schmitt (Fn. 12), S. 25 ff., knapp auch schon Jahn/Kirsch, StV 2011, 151 (153 f.).

¹⁷ BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 17 li. Sp.

¹⁸ BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 19 re. Sp.

¹⁹ BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 19 f. Andererseits geht Dallinger, JZ 1953, 432 (437), seinerzeit (auch gerade für das 3. StrÄG verantwortlicher?) Ministerialrat im BMJ, ohne weitere Begründung offenbar davon aus, dass das Beschlagnahmeverbot nur im Verhältnis zum Beschuldigten gelte.

Nr. 3 StPO herauszulesen versuchen, dass es dem Gesetzgeber in erster Linie um die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift zu tun war, soweit er auf die „gleichen wie oben angeführten“ Gründe rekurriert. Auch das ist aber nicht zwingend. Während er in dem erklärenden Klammerzusatz, der zwei „sonstige Gegenstände“ exemplarisch aufführt, im ersten Beispiel ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Beschuldigten abstellt, ist dies bei dem zweiten Beispiel der „dem Anwalt übergebene[n] Dokumente“ gerade nicht der Fall. Dies hat besondere Bedeutung deshalb, weil in dem Entwurf zwei Seiten vorher mit der vorgeschlagenen (und später auch Gesetz gewordenen) Regelung des § 53a Abs. 1 Nr. 3 StPO der Kreis der Geheimnisträger um Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ganz erheblich erweitert werden sollte. Wenn der Gesetzgeber in dem vorstehenden Beispiel aber gerade nicht – was durch den Austausch eines Wortes ein Leichtes gewesen wäre – den „Verteidiger“ im Sinne des unveränderten § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO erwähnt, sondern den „Rechtsanwalt“ im Sinne des um andere Personengruppen erheblich erweiterten § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, kann darin ein Indiz für die gleichfalls intendierte personale Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift gesehen werden. Dies gilt umso mehr, als acht Zeilen vorher ausdrücklich der Begriff „Verteidiger“ verwendet wird. Verstärkend kommt die explizite Zielrichtung der Reform hinzu, das Recht „eines Geheimnisträgers, über sein Wissen das Zeugnis zu verweigern“, nicht länger durch die Beschlagnahmenvorschriften hintergebar machen zu wollen. Diese Zielbestimmung spricht dafür, dass der Gesetzgeber den durch § 97 Abs. 1 StPO vermittelten Schutz auch in personaler Hinsicht der (erweiterten Neu-)Regelung des § 53 StPO angleichen wollte. Es handelt sich damit, wie Müller-Dietz²⁰ bündig formuliert, bei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO um „eine Art Auffangtatbestand, der den Schutz vor der Beschlagnahme abrunden, vervollständigen soll“. Das Zeugnisverweigerungsrecht sollte so nicht länger dadurch illusorisch gemacht werden, dass Gegenstände der Beschlagnahme unterliegen, aus deren Inhalt sich gerade das ergibt, was der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigte dem Gericht verschweigen möchte.²¹

Selbst wenn man der subjektiv-historischen Methode der Gesetzesauslegung²² – wofür sehr gute Gründe sprechen – mit großer Reserve gegenüber steht, vermag das am Ergebnis nichts zu ändern. Im Gegenteil: Entscheidend ist für die objektive Auslegungsmethode nicht, was der Gesetzgeber will, sondern was er tut. Den Ausschlag gibt hier also nicht der

²⁰ Müller-Dietz, Die Beschlagnahme von Krankenblättern im Strafverfahren, 1965, S. 27.

²¹ Siehe BVerfGE 32, 373 (385) unter ausdrücklichem Hinweis auf BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 49 sowie gleichsinnig schon LG Kiel SchlHA 1955, 368 (369) m. zust. Anm. Mayer, SchlHA 1955, 348 (349) und Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nachtr. I, 1967, § 97 Rn. 2.

²² Grundlegend Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 796 ff.; Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 55 ff.

subjektive Wille des historischen Gesetzgebers, sondern sein in der tatsächlichen Fassung der Norm zum Ausdruck gekommener Wille.²³ Dann muss sich der Gesetzgeber aber erst recht daran festhalten lassen, dass er im Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf den Begriff des „Beschuldigten“ verzichtet und damit den Anwendungsbereich der Norm mit der Vorschrift des § 53 Abs. 1 StPO parallelisiert hat. Es ist bereits unverständlich, wie bei dieser besonders komplexen Entstehungsgeschichte selbst von Gerichten, die sich mit den Gesetzesmaterialien (wenn auch nur durch kursorische Bezugnahme) auseinandersetzen, die Auffangfunktion des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ohne weitere Problematisierung allein auf die Art der privilegierten Unterlagen bezogen wird.²⁴ Wissenschaftlichen Erkenntnisstandards genügt es angesichts der diffizilen Materialienlage jedenfalls nicht, die Nichterwähnung des Begriffes „Beschuldigter“ als schlichtes Redaktionsversehen einzuordnen.

cc) Systematische und teleologische Gesichtspunkte

Wie sich damit gezeigt hat, wurde das Beschlagnahmeverbot in § 97 Abs. 1 StPO im Ganzen als akzessorischer Umgehungsschutz für das Zeugnisverweigerungsrecht nach den §§ 52 bis 53a StPO konstruiert. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO vermittelt jedoch – wie die gesamte Vorschrift – unterschiedslos Schutz für Informationen, die von Beschuldigten und Nichtbeschuldigten stammen. Dies sollte, wie insbesondere Amelung²⁵ in einer gründlichen Abhandlung zum Beschlagnahmeschutz des Notars herausgearbeitet hat, eine mit § 53 Abs. 1 StPO parallelisierte, wortlautgetreue Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nach sich ziehen.

Dass der Gedanke einer solchen Parallelisierung dem Gesetz nicht fremd ist, belegt bereits Art. 47 S. 2 GG. Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht reicht, ist die Beschlagnahme von Schriftstücken nach Art. 47 S. 2 GG unzulässig. Zweck des Beschlagnahmeverbotes ist es also, das Zeugnisverweigerungsrecht des Art. 47 S. 1 abzusichern: Der unzulässige Zeugenbeweis soll nicht durch einen zulässigen Urkundenbeweis umgangen werden können.²⁶ Man kann diese Vorschrift dann als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens lesen. Auch die Konkordanz zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht streitet für diese parallelisieren-

²³ Vgl. BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130); Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 153 ff.; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 434 ff. sowie für das Strafprozessrecht z.B. Jahn, ZStW 118 (2006), 427 (453).

²⁴ So aber LG Bielefeld StV 2000, 12 (13) m. abl. Anm. Samson, StV 2000, 55 und OLG Celle NJW 1965, 362 (363). Berechtigte Kritik an der zweitgenannten Entscheidung auch im DJT-Gutachten von H. H. Rupp (Fn. 10), S. 165 (S. 180): „Das Gericht verbaut sich mit der unrichtig gestellten Frage, ob die staatliche Aufgabe der Strafverfolgung gegenüber dem Schutz der Intimsphäre des einzelnen stets ein überwiegendes Interesse darstellt, selbst den Lösungsansatz.“

²⁵ Amelung, DNotZ 1984, 195 (198 ff., 206 f.).

²⁶ Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 61. Lfg., Stand: Januar 2011, Art. 47 Rn. 27.

de Auslegung. Es führte anderenfalls zu der merkwürdigen Schiefelage, dass der Rechtsanwalt zwar verpflichtet ist, die Geheimnisse aller Mandanten zu wahren (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB), aber Gegenstände, die aus der Vertrauensbeziehung herrühren, von dem (Herausgabe- und) Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur dann erfasst sein sollen, wenn der betroffene Mandant auch Beschuldigter eines Strafverfahrens ist.²⁷

Gegen das damit favorisierte einfach-rechtliche Auslegungsergebnis wird zuletzt noch eingewandt, dieses führe zu Wertungswidersprüchen mit den beiden anderen Ziffern des § 97 Abs. 1 StPO. Es sei paradox, im Verhältnis des Berufsgeheimnisträgers zum Beschuldigten sämtliche Unterlagen beschlagnahmefrei zu stellen, während beim nichtbeschuldigten Dritten gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur die „sonstigen Gegenstände“ nicht beschlagnahmt werden dürften. Dies bedeute, dass gerade schriftliche Mitteilungen des Nichtbeschuldigten und Aufzeichnungen des Berufsgeheimnisträgers über von ihm anvertraute Mitteilungen der Beschlagnahme unterlägen. Dadurch würden die Nrn. 1 und 2 letztlich überflüssig.²⁸ Dieses Gegenargument erschöpft aber bereits den Regelungsgehalt des § 97 Abs. 1 StPO nicht. Nur in § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO erstreckt sich der Beschlagnahmeschutz auch auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO, während die Nrn. 2 und 3 den Schutz vor Beschlagnahme auf die beruflichen Schweigerechte nach § 53 StPO beschränken.²⁹

c) Zur verfassungskonformen Auslegung des Beschlagnahmeverbotes in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Verbleibende Zweifel auf Ebene der Auslegung des einfachen Rechts können nach dem nun zu entwickelnden Ansatz dadurch ausgeräumt werden, dass die Vorschrift innerhalb ihrer Wortlautgrenze verfassungskonform dahingehend ausgelegt wird, dass sie das Berufsgeheimnisträger-Beschuligten-Verhältnis nicht zwingend voraussetzt.³⁰

²⁷ Insoweit zutr. LG Koblenz MDR 1983, 779; LG Hildesheim NStZ 1982, 394 (395) und OLG Celle NJW 1965, 362 (363). Im Schrifttum ebenso *Gülzow*, NJW 1981, 265 (266); *Krekeler*, NStZ 1987, 199 (201) und *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153).

²⁸ So *Schäfer* (Fn. 8), § 97 Rn. 21; *Moosburger*, wistra 1989, 252 (253); *Spangenberg*, Umfang und Grenzen der Beschlagnahmeverbote gem. § 97 StPO in der steuerlichen Beratungspraxis, 1992, S. 107 f.

²⁹ So auch *Amelung*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 2, 1992, § 97 Rn. 15 sowie bereits *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153 f.).

³⁰ Siehe dazu schon die Skizze bei *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154).

aa) Rechtsmethodische Vorfragen

Ausdruck des seit dem Spiegel-Urteil für die Durchführung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen anerkannten³¹ Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es, dass über den Wortlaut der Regelung in § 97 Abs. 1 StPO hinaus jede Beschlagnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Auf Ebene der Angemessenheit hat dabei eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen zu erfolgen. Diese kann auch dazu führen, dass verfassungsunmittelbare Beschlagnahmeverbote dort anzuerkennen sind, wo wegen der Eigenart des Beweisthemas in grundrechtlich geschützte Bereiche unverhältnismäßig eingegriffen würde.³² Somit lässt sich eine verfassungskonforme Auslegung dann begründen, wenn eine jedenfalls vertretbare Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO eine Einschränkung des Beschlagnahmeverbotes gestatten würde, die, an den Maßstäben des Grundgesetzes gemessen, verfassungsmäßig wäre.³³ Im Bereich des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO stellen sich hier jedenfalls rechtsmethodisch keine Probleme, denn die verfassungskonforme fällt mit einer wortlautgetreuen Auslegung zusammen. Dass insoweit überhaupt auf das Instrumentarium dieser auch im Strafprozessrecht etablierten Methode³⁴ zurückgegriffen werden muss, ist allein durch das hartnäckig verfestigte Meinungsbild veranlasst.

Aus diesem methodischen Ansatz erwachsen Konsequenzen für § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Zweifelhaft kann im Einzelfall bereits sein, ob eine Normdeutung, die den Nichtbeschuldigten aus dem Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO exkludiert, geeignet ist, das Ziel der Wahrheitsermittlung tatsächlich zu fördern. Die Gründe, in welcher Weise gerade die herauszuhebenden Gegenstände zu einem solchen Erkenntnisfortschritt führen könnten, sind bei der Aufforderung zur Herausgabe jedenfalls von Verfassungs wegen ausdrücklich darzulegen. Erforderlich ist die konkrete Maßnahme nur dann, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber den Berufsgeheimnisträger nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel bestünde, das den erstrebten Zweck der Beweissicherung in zumindest gleich wirksamer Weise erfüllt. Damit ist zunächst der Versuch zu unternehmen, die Gegenstände auf direktem Wege – im *Ausgangsfall 2* also von der Mandantin des Anwalts – zu erlangen. Ansonsten liegt ein Fall der Umgehung eines rechtsförmlich geregelten Verfahrens vor. Jedenfalls ist eine Beschlagnahmeanordnung aber dort unangemessen, wo sie in die Vertrauenssphäre zwischen Mandant und Rechtsanwalt eingreift, ohne dass hierfür über-

³¹ St. Rspr., vgl. BVerfGE 20, 162 (187); 32, 373 (383 f.); 44, 353 (373); BGHSt 38, 144 (148 f.); BGH NJW 1997, 562.

³² BVerfGE 38, 103 (105); BGHSt 43, 300 (303).

³³ Dies ist in der Rechtsprechung des BVerfG seit dem grundlegenden Beschluss vom 8.3.1972 geklärt. Schon in dieser in BVerfGE 32, 373 (384 ff.) veröffentlichten Entscheidung hat der 2. Senat § 97 Abs. 2 S. 1 StPO für das Arzt-Patienten-Verhältnis im Hinblick auf die Möglichkeit der Beschlagnahme ärztlicher Karteikarten verfassungskonform ausgelegt.

³⁴ S. *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2006, Bd. 1, Einl. M Rn. 37 m.w.N.

wiegende verfassungsrechtliche Gründe streiten. Dafür kommen drei Ansatzpunkte in Betracht:

bb) Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Klient. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO gewinnt durch jene Vorschrift also „verfassungsrechtlichen Boden“³⁵. Soweit dessen sachlicher Schutz durch § 97 Abs. 1 StPO in den gegenständlichen Bereich erstreckt wird, ist Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls betroffen.³⁶ Ein relevanter Eingriff in diesen Schutzbereich durch die Möglichkeit der Herausgabeaufforderung und Beschlagnahme von Gegenständen, die der Berufsgeheimnisträger in Zusammenhang mit der Mandatierung durch einen Nichtbeschuldigten in Gewahrsam hat, setzt allerdings voraus, dass der Hoheitsakt objektiv berufsregelnde Tendenz hat. Das liegt für die tatbestandliche Situation des § 97 Abs. 1 StPO sicher nicht auf der Hand. Dafür spricht aber, dass die Beschlagnahme- und Herausgabevorschriften des Strafprozessrechts die Grenzen des Vertrauensschutzes im Verhältnis zwischen (nichtbeschuldigtem) Mandanten und Anwalt festlegen.³⁷

Allerdings hat die nachfolgende Senatsentscheidung BVerfGE 113, 29 (48 f.) jedenfalls gerichtliche Entscheidungen über die Beschlagnahme des elektronischen Datenbestands einer Rechtsanwaltskanzlei allein am Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG gemessen, obwohl der *Senat* in einer in diesem Verfahren ergangenen einstweiligen Anordnung³⁸ noch einen Grundrechtsschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG erwogen hatte. Nunmehr will der *Senat* den strafprozessualen Eingriffsnormen des VIII. Abschnitts des Ersten Buchs, „welche unterschiedslos sämtliche Beschuldigte strafrechtlicher Vorwürfe betreffen“, keine berufsregelnde Tendenz mehr beimessen. Dem Zusammenhang dieses Satzes kann aber kaum entnommen werden, dass nur der nur subsidiäre Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG auch dann greifen soll, wenn es gerade nicht um den Beschuldigten, sondern um den Schutz des Verletzten und seines Prozessbevollmächtigten geht. Der *Senat* will ersichtlich nur verhindern, dass jeder berufstätige Beschuldigte, nachdem strafprozessuale Zwangsmaßnahmen gegen ihn ergriffen wurden, auch zusätzlich unter Berufung auf seine Berufsfreiheit Verfassungsbeschwerde einlegen kann. Letztlich mag diese Frage sogar auf sich beruhen. Der

³⁵ Rengier, Das Zeugnisverweigerungsrecht im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 14.

³⁶ So auch OLG Koblenz NStZ 1985, 426 (427).

³⁷ So auch BVerfG (Vorprüfungsausschuß) wistra 1990, 97 für den Eingriff durch Beschlagnahme in Bezug auf solche Tätigkeiten des Rechtsanwalts, die – wie im *Fall 2* die Vertretung des Adhäsionsklägers – notwendig zum Anwaltsberuf gehören, ebenso Krämer, BB 1972, 1225 (1226 f.); Weinmann, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 199 (S. 209 f.) und Erhart, Die Beschlagnahme von Buchhaltungsunterlagen des Beschuldigten bei dem steuerlichen Berater, 1994, S. 179.

³⁸ BVerfGE 105, 365 (371).

Senat stellt nämlich (obgleich mit einer dogmatisch sehr unklaren Konstruktion) fest, dass trotz des Nichteingreifens von Art. 12 Abs. 1 GG „die Besonderheiten der beruflichen Tätigkeit der Beschwerdeführer als Rechtsanwälte [...] bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der angegriffenen Maßnahmen zu berücksichtigen [sind]“. Danach müssen die Fachgerichte im Rahmen der Anwendung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen auch das Ausmaß der – wenn auch nur mittelbaren – Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit berücksichtigen.

Folgt man dem, sind in Anlehnung an die Drei-Stufen-Lehre³⁹ zunächst einmal nur solche Eingriffe gerechtfertigt, die ein verfassungsmäßiges, legitimes Ziel verfolgen und hierzu auch geeignet sind. Das § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO determinierende staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten und der Durchsetzung des Sanktionenanspruchs kann ohne Weiteres hierzu gezählt werden.⁴⁰ Bereits auf der ersten Stufe der Berufsausübungsregelungen kann es aber schon schwerlich als unbezweifelbar vernünftiges Gemeinwohlinteresse bezeichnet werden, dass durch die vom Wortlaut nicht nahe gelegte Herausnahme des Nichtbeschuldigten aus dem Anwendungsbereich des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO die Strafverfolgungsbehörden Zugriff auch auf Beweisgegenstände bekommen sollen, die entweder die Rechtssphäre unbeteiligter Dritter oder – wie im *Ausgangsfall 2* – des möglichen Verletzten betreffen. Ohne die Möglichkeit einer bedingungslosen Offenbarung gegenüber den Berufsgeheimnisträgern könnte der Anwalt „häufig nicht die bestmögliche Heilung und Hilfe zuteil werden lassen“⁴¹. Dieser Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertrauenssphäre ist damit regelmäßig, jedenfalls aber für dem *Ausgangsfall 2* entsprechende Sachverhalte unverhältnismäßig, wenn er darauf hinausläuft, dass die Unterlagen nicht nur dem Berufsgeheimnisträger entzogen, „sondern daß diese auch dem präsumtiven Prozeßgegner zivilrechtlicher Auseinandersetzungen zur Verfügung gestellt werden“⁴².

cc) Schutz der Freiheit der Advokatur

Das BVerfG betont neben dieser subjektiv-rechtlichen Ebene in ständiger Rechtsprechung⁴³ die fundamentale Bedeutung der freien Advokatur gegenüber staatlicher Kontrolle. Auch der EGMR⁴⁴ hat wiederholt entschieden, dass die Behinderung von Anwälten den Kernbereich des Konventionssystems berührt und deshalb besonders intensiv auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden muss. Die Unabhängigkeit von staatlicher Ingerenz gerät jedoch in Gefahr, wenn die Straf-

³⁹ BVerfGE 7, 377 (400 ff.); 115, 276 (304 ff.) m. Anm. Horn, JZ 2006, 783 (790).

⁴⁰ St. Rspr., siehe nur BVerfGE 33, 367 (383); 113, 29 (54); LG Fulda NJW 1990, 2646 (2647).

⁴¹ Rengier (Fn. 35), S. 14; i.d.S. auch Schäfer (Fn. 8), § 97 Rn. 12; Krekeler, NStZ 1987, 199 (201); Lemcke (Fn. 10), S. 140 f.

⁴² OLG Koblenz NStZ 1985, 426 (427).

⁴³ BVerfGE 15, 226 (234); 113, 29 (55).

⁴⁴ Siehe etwa EGMR (I. Sektion) NJW 2010, 2109 (2110) – Kolesnichenko v. Russland.

verfolgungsbehörden das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant unterminieren, indem Beweisgegenstände aus der Innensphäre der Anwalt-Mandat-Beziehung in das Licht der Gerichtsöffentlichkeit gezerrt werden. In der Internal Investigations-Konstellation des *Ausgangsfall 1* steht zwar der anwaltliche Untersuchungsführer zu dem befragten Mitarbeiter in keinem Mandatsverhältnis, jedoch zum beauftragenden Unternehmen. Es ist aber abstrakt nicht verfassungsrechtlich begründbar, warum dieser Mandatstyp weniger schutzwürdig sein sollte als im *Fall 2* das Innenverhältnis zwischen einem Adhäsionskläger (§§ 403 ff. StPO) und der von ihm mit der Geltendmachung von Ansprüchen beauftragten Kanzlei.⁴⁵

Die Folgewirkung einer einengenden Auslegung des persönlichen Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO kann deshalb sein, dass Rechtssuchende auf anwaltlichen Beistand verzichten, weil latent mit der Möglichkeit der Beschlagnahme der aus diesem Verhalten resultierenden Kommunikation und der bei dem Berufsgeheimnisträger verbleibenden Arbeitsergebnisse gerechnet werden muss.⁴⁶ Das ist eingriffsrelevant, denn „die Eingriffsqualität einer staatlichen Maßnahme (kann) nicht davon abhängt, ob sie final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang ein grundrechtlich geschütztes Verhalten oder Rechtsgut verkürzt, sofern die Wirkung einem Verhalten der öffentlichen Gewalt ursächlich zugerechnet werden kann“.⁴⁷ So liegt es auch hier.

In der Anlage zum Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 15/1998 vom 22.5.1998 zum Thema Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Notariat heißt es deshalb ausdrücklich: „Eine [...] enge Interpretation von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO findet [...] im Wortlaut des Gesetzes, der keine entsprechende Einschränkung vorsieht, keine Stütze, vielmehr erwähnt § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Gegensatz zu Nrn. 1 und 2 den Beschuldigten gerade nicht. Auch die ratio legis spricht gegen eine Eingrenzung der Beschlagnahmefreiheit auf diejenigen Gegenstände, die erst infolge des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Notar und dem Beschuldigten entstanden sind [...]“.

Die rechtsberatenden Berufe sind aber auf die Vertraulichkeit der Mandantenbeziehung angewiesen.⁴⁸ Diese objektiv-rechtliche Verstärkung des Grundrechtsschutzes verlangt

⁴⁵ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154).

⁴⁶ Eindringlich dazu bereits *Lenckner* (Fn. 10), S. 159 (S. 196) und zuletzt *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 115 ff.

⁴⁷ *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593 (2597) haben mit diesen Worten schon vor den beiden Leitentscheidungen zum mittelbar-faktischen Staatshandeln BVerfGE 105, 279 (292 ff.) und BVerfGE 105, 252 (264 ff.) auf die Folgeeffekte von strafprozessualen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeaktionen (hier: bei Banken) hingewiesen.

⁴⁸ BVerfGE 113, 29 (49 f.); BVerfGK (3. Kammer des 2. Senats) 5, 289 (291); *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn. 145 m.w.N.

daher nach einer besonders strikten Beachtung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.

dd) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt bekanntlich seit dem Volkszählungsurteil⁴⁹ die grundsätzliche Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen zu dürfen. Strafprozessuale Beschlagnahmeanordnungen greifen auch in diese Rechtsposition ein.⁵⁰ Der Schutz des Einzelnen gegen eine unbegrenzte Weitergabe seiner persönlichen Daten ist dabei in der Vergangenheit von der Rechtsordnung ständig höher bewertet worden. Damit wird also nicht einer allgemeinen strafprozessualen Beschlagnahmefreiheit das Wort geredet. Vielmehr geht es nur um einen (weiteren) Abwägungsposten, der erkennbar in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt werden muss.⁵¹ Das LG Hamburg⁵² hat ausdrücklich festgestellt, dass „diese Rechtsentwicklung [...] von der eingangs dargestellten herrschenden Meinung zum Beschlagnahmeverbot nicht ausreichend beachtet [wird]“. Es zieht daraus die (im konkreten Fall für das Arzt-Patienten-Verhältnis mit Recht auch bejahte) Konsequenz der Anerkennung eines verfassungsunmittelbaren Beschlagnahmeverbots. Dies trifft im praktischen Ergebnis mit der hier noch einmal ausführlicher entwickelten, verfassungskonformen Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zusammen.

2. Bedeutung des § 160a StPO

Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ergibt, dass die Vorschrift mit Rücksicht auf den Schutz der Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts, die Freiheit der Advokatur und das Mandantengrundrecht auf Schutz der informationellen Selbstbestimmung auf das Vertrauensverhältnis zwischen Nichtbeschuldigtem und seinem Rechtsanwalt als Berufsgeheimnisträger zu erstrecken ist.

§ 160a StPO ändert – auch in der zum 1.2.2011 in Kraft getretenen Fassung – an diesem Ergebnis nichts. Nach der von mir und *Stefan Kirsch*⁵³ bereits näher begründeten Auf-

⁴⁹ BVerfGE 65, 1 (43); 113, 29 (46); für den Strafprozess OLG Karlsruhe NSTZ 1986, 145 (146).

⁵⁰ OLG Koblenz NSTZ 1985, 426 (427); *Schreiber*, Die Beschlagnahme von Unterlagen beim Steuerberater, 1992, S. 44. Ein Fall unzulässiger Prozesstandschaft des Berufsgeheimnisträgers für seinen Mandanten liegt darin nicht. BVerfGE 113, 29 (46 f.) hat zur Frage der Betroffenheit in eigenen Grundrechten (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) bereits ausgesprochen, dass die Verfassungsmäßigkeit der Beschlagnahme eines einheitlichen Datenbestandes nicht davon abhängen kann, ob der von der Durchsuchung betroffene Berufsgeheimnisträger oder sein Mandant dagegen vorgehen.

⁵¹ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154).

⁵² LG Hamburg NJW 1990, 780 (781), in der Entscheidung zum *Ausgangsfall 1* (LG Hamburg StV 2011, 148) jetzt nicht einmal mehr erwähnt.

⁵³ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (155).

fassung geben die Gesetzesmaterialien keinen Anhalt dafür, dass durch die Abschaffung des „Zwei-Klassen-Rechts“ der Regelungsgehalt des § 97 StPO verändert werden sollte. Ganz im Gegenteil bleibt nach § 160a Abs. 5 StPO die Vorschrift in § 97 StPO ausdrücklich „unberührt“.

Der Begründungsweg der jüngst von *v. Galen*⁵⁴ formulierten Gegenauffassung vermag nicht zu überzeugen. Nach ihr fallen auch Rechtsanwälte, die interne Ermittlungen durchführen, seit dem Inkrafttreten des neuen § 160a StPO i.d.F. v. 1.2.2011 unter den absoluten und keiner Abwägung zugänglichen Schutz der Strafprozessordnung gegen Ermittlungsmaßnahmen. Damit sei für eine einschränkende Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO kein Raum mehr. Nach der von *v. Galen* selbst wörtlich zitierten Stelle in der Gesetzesbegründung, die auch wir⁵⁵ in Bezug nehmen, sollte die Regelung in § 97 StPO jedoch ausdrücklich uneingeschränkt beibehalten werden. Es ist nicht überzeugend, aus diesem Bekenntnis (auch) zu § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO in der herrschenden einengenden Auslegung ein Argument für die dem entgegengesetzte Mindermeinung zu § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO gewinnen zu wollen. Das ändert allerdings nichts daran, dass die Zielrichtung der Kritik *v. Galens* und das praktische Ergebnis ihrer Argumentation ganz richtig ist: So, wie sich das LG Hamburg in der Entscheidung zu *Ausgangsfall 1* mit der Norm auseinandergesetzt hat, geht es jedenfalls nicht, sei es (wie hier vertreten) aus Gründen des Verfassungsrechts seit 1949/1953 oder (wie nach *v. Galen*) seit dem Jahr 2011. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO muss daher tatsächlich „auf den Schutz zurückgeführt wird, den der umfassende Wortlaut gewähren würde“⁵⁶. *Mille viae ducunt hominem per saecula Romam.*⁵⁷

III. Résumé

Es sprechen bereits einfach-rechtlich die besseren Gründe dafür, von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsgeheimnisträger und dem Nichtbeschuldigten erfasst zu sehen.

Jedenfalls ergibt die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Lichte des Grundrechtsschutzes des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit des Anwalts), des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Mandanten) sowie der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG (Freiheit der Advokatur), dass der durch das Beschlagnahmeverbot vermittelte Schutz von Verfassungen wegen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Nichtbeschuldigtem und Rechtsanwalt zu erstrecken ist.

⁵⁴ *v. Galen*, NJW 2011, 945.

⁵⁵ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154 Fn. 36), ebenfalls unter Hinweis auf BT-Drs. 16/5846, S. 38.

⁵⁶ *v. Galen*, NJW 2011, 945.

⁵⁷ Tausend Wege führen die Menschen immerfort nach Rom.

Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser, Bonn

I. Einführung

1. Wer deutsche Zeitungen aufschlägt, braucht nicht lange zu suchen, um auf Schlagzeilen über Korruptionsfälle zu stoßen. In jüngster Vergangenheit etwa beschäftigten die „schwarzen Kassen“ des Siemens-Konzerns nicht nur die Justiz, sondern auch für längere Zeit die Medienöffentlichkeit. Aus diesen „schwarzen Kassen“ wurden von leitenden Vertretern des Konzerns Beträge in mehrstelliger Millionenhöhe aufgebracht, um führende Vertreter der Geschäftspartner für Abschlüsse gewogen zu machen.¹ Einigen Staub haben ferner die zunehmend auftretenden Manipulationen von Fußballspielen – sei es durch Schiedsrichterbestechung,² sei es durch Bestechung von Spielern – aufgewirbelt. Es ging dabei um die Beeinflussung von Ergebnissen bei Fußballwetten. Von erheblicher Bedeutung waren ferner Strafverfahren gegen Direktoren medizinischer Universitätskliniken, die von Pharmafirmen Gelder zu Forschungszwecken erhielten und im Gegenzug Produkte der jeweiligen Firmen bestellten.³

2. Dass die geschilderten Fälle vom Sport über die Wirtschaft bis zur staatlichen Verwaltung reichen, zeigt, dass die Problematik der Korruption alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens erfasst. Es gibt gewissermaßen keinen korruptionsfreien Raum. Außerdem wird Korruption als eine Gefahr angesehen, deren Bekämpfung weltweit für dringend gehalten wird. Deutschland hat sich hierzu durch eine Reihe von europäischen und völkerrechtlichen Verträgen besonders verpflichtet.⁴

Im Folgenden wird jedoch nicht vertieft auf Einzelheiten der Bestechungsdelikte im deutschen StGB eingegangen. Vielmehr seien die Fragen aufgeworfen, was unter Korruption zu verstehen ist und in welchen Lebensbereichen es unter Berücksichtigung der allgemeinen strafrechtlichen Prinzipien angemessen ist, sie unter Strafe zu stellen. Hierbei wird die These vertreten, dass Korruption als solche kein eigenständiges Delikt ist und daher auch kein allgemeiner Tatbestand eines Korruptionsdelikts formuliert werden kann. Korruption ist vielmehr eine bestimmte Angriffsform, durch die ganz unterschiedliche strafrechtlich geschützte Interessen verletzt werden können. Korruptionsdelikte können sich gegen verschiedene Rechtsgüter richten. Maßgeblich für die Legitimi-

tät staatlicher Strafe ist somit der Umstand, dass der Täter im Wege der Korruption ein schutzwürdiges Gut verletzt oder gefährdet hat.

Rechtspolitisch hat diese These zur Konsequenz, dass sich Korruptionsdelikte zwar in ihrem Anwendungsbereich erweitern oder auf neue gesellschaftliche Felder anwenden lassen, hierbei aber die spezifischen Merkmale der Korruption nicht abgeändert werden dürfen. In der deutschen und europäischen rechtspolitischen Diskussion wird genau dieser Fehler gemacht: Es werden die Merkmale der korruptiven Angriffsform abgeändert, um den Anwendungsbereich des Delikts zu erweitern, und damit dem Wortlaut nach Verhaltensweisen sanktioniert, die entweder überhaupt nicht strafwürdig sind oder keinen Korruptionscharakter mehr haben.

3. Im Einzelnen sei in folgenden Schritten vorgegangen: Begonnen werden soll mit einem knappen Überblick über die Rechtslage in Deutschland (II.). Sodann sollen die spezifischen Merkmale der Korruption analysiert und eine allgemeine Definition der Korruption als deliktische Angriffsform gegeben werden (III.). In einem dritten Schritt werden die Tathandlungen der Korruption konkretisiert (IV.). Es folgen dann Überlegungen zur Bestimmung der vor Korruption zu schützenden Rechtsgüter im Staat (V.) und in der Wirtschaft (VI.). Abschließend sei kurz aufgezeigt, warum Korruption im sonstigen sozialen Leben nicht unter Strafe gestellt werden sollte (VII.).

II. Zu den Bestechungsdelikten

1. Das StGB differenziert bei der Korruption zwischen der Bestechung von staatlichen Amtsträgern und der Bestechungen im geschäftlichen Verkehr. Jeweils gibt es einen gesonderten Tatbestand für den Vorteilsnehmer und für den Vorteilsgeber.

2. Im Einzelnen kennt das deutsche Strafrecht zunächst den Fall der „Vorteilsannahme“ durch einen Amtsträger (§ 331 StGB). Den Tatbestand der Vorteilsannahme verwirklicht, wer als Amtsträger für seine Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Die Tat ist ein Sonderdelikt, kann also nur von jemandem begangen werden, der in einer staatlichen Funktion tätig ist. Hierbei kann die staatliche Funktion auch in einer privatrechtlichen Organisationsform erfüllt werden. Entscheidend ist nur, dass der Täter gewissermaßen als verlängerter Arm des Staates tätig wird. Für Richter ist die Strafandrohung zusätzlich verschärft. Als Vorteil kommt jede Besserstellung in Betracht.⁵ Einschlägig sind neben finanziellen Leistungen z.B. auch sexuelle Gunstbeweise⁶ oder die Erlangung von Ehrenämtern. Auch der Abschluss eines (Berater-)Vertrages, der ein wirtschaftlich angemessenes Entgelt

* Der nachfolgende Text beruht auf einem Vortrag, den Verf. an der Universität San Marcos in Lima anlässlich der anstehenden Reform der peruanischen Korruptionsdelikte gehalten hat.

¹ BGHSt 52, 323.

² Zum Fall Hoyzer vgl. etwa BGHSt 51, 165.

³ Exemplarisch der sog. „Herzklappenskandal“, BGHSt 47, 295.

⁴ Überblick bei Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vor § 298 Rn. 7 ff.; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, Vor § 298 Entstehungsgeschichte.

⁵ Vgl. BGHSt 35, 128 (133); Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 4), § 331 Rn. 33 ff.

⁶ BGH NJW 1989, 914; BGH StV 1994, 527.

für die Leistungen des zu Bestechenden vorsieht, kann einen solchen Vorteil darstellen.⁷

Das Gegenstück zur Vorteilsannahme ist die „Vorteilsgewährung“ (§ 333 StGB). Nach diesem Tatbestand wird bestraft, wer einem Amtsträger für die Dienstausbübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt. Diese Straftat ist kein Sonderdelikt, kann also von jedem beliebigen Bürger begangen werden.

Bemerkenswert an den Formulierungen der Tatbestände sind zwei Besonderheiten, die erst vor einigen Jahren in die Tatbestände eingefügt wurden, um Auslegungs- und Beweis-schwierigkeiten zu beheben. Zum einen braucht sich der Vorteil nicht mehr auf eine bestimmte Diensthandlung, sondern nur auf die Dienstausbübung im Allgemeinen zu beziehen. Denn es ließ sich oft schwer nachweisen, auf welche Diensthandlung genau sich der Vorteil im konkreten Fall bezog. Vor allem aber kann man nun auch das sog. „Anfüttern“ bzw. eine „allgemeine Klimapflege“ erfassen,⁸ bei denen einem Amtsträger Gelder zunächst ohne bestimmte Zwecksetzung zugeleitet werden, um ihn so abhängig und für spätere Diensthandlungen gefügig zu machen.

Zum anderen braucht der Empfänger des Vorteils nicht der Amtsträger zu sein. Der Vorteil kann vielmehr jedem beliebigen Dritten zufließen, und das heißt auch: der staatlichen Anstellungskörperschaft des Amtsträgers. Demnach würde es einer strafbaren Vorteilsannahme grundsätzlich nicht entgegenstehen, wenn der Klinikdirektor im Eingangsfall die Mittel für seine universitäre Forschung eingesetzt hätte.⁹

3. Zu den Delikten der Vorteilsannahme und der Vorteilsgewährung gibt es jeweils einen Qualifikationstatbestand, der eingreift, wenn sich der Vorteil auf eine dienstliche Pflichtverletzung bezieht. Die Pflichtverletzung muss jetzt in einer ganz bestimmten Handlung oder Unterlassung liegen. Die dienstliche Tätigkeit im Allgemeinen reicht hierfür nicht mehr aus. Der Qualifikationstatbestand heißt „Bestechlichkeit“ (§ 332 StGB), sofern der Amtsträger Täter ist, und „Bestechung“ (§ 334 StGB) hinsichtlich der Tathandlung des Vorteilsgebers. Wiederum ist die Strafe verschärft, wenn die Tat von einem Richter vorgenommen wird oder werden soll.

4. Als ein Sonderfall der Korruption im staatlichen Bereich ist zum einen die „Wählerbestechung“ (§ 108b StGB) unter Strafe gestellt. Dieser Tatbestand greift ein, wenn eine Wahlstimme für ein Parlament gekauft oder verkauft wird. Zum anderen ist die „Abgeordnetenbestechung“ (§ 108e StGB) strafbar. Sie betrifft den Kauf oder Verkauf von Stimmen bei parlamentarischen Abstimmungen.

5. Die Straftatbestände der Wirtschaftskorruption sind denjenigen der Bestechlichkeit und Bestechung im staatlichen Bereich mit nahezu identischem Wortlaut nachgebildet. Demnach macht sich wegen „Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr“ (§ 299 Abs. 1 StGB) strafbar, wer als Angestellter¹⁰ oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt.¹¹

Als Gegenstück hierzu macht sich wegen aktiver Bestechung strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzugt. Jeweils muss die Bevorzugung in einer bestimmten Handlung bestehen. Das Erkaufen eines allgemeinen Wohlwollens genügt nicht.

Bemerkenswert ist an diesen Vorschriften wiederum zweierlei: Sie betreffen zum einen nur den Wettbewerb, also den Austausch von Leistungen im Geschäftsverkehr, bei dem es mehr als einen Anbieter von Waren oder gewerblichen Leistungen gibt. Zum anderen kommen auf der Seite des Vorteilsnehmers nur Personen in Betracht, die in einem Betrieb dauerhaft angestellt sind oder für ein bestimmtes Geschäft beauftragt wurden. Nicht erfasst ist der Inhaber des geschäftlichen Unternehmens selbst. Keine Bestechung ist es also, wenn ein Betriebsinhaber zusätzliche Leistungen irgendwelcher Art dafür erhalten soll, dass er einen Anbieter gegenüber Mitbewerbern bevorzugt. Diese Regelung erscheint, was noch zu zeigen sein wird, trotz mancher Kritik¹² in Deutschland durchaus sachgerecht.

III. Die Merkmale der Korruption

1. Der Begriff der Korruption entstammt dem lateinischen Wort „*corrumpere*“ und dient in einem weiten Sinne als Bezeichnung für Bestechlichkeit, Verderbtheit und Sittenverfall. An diese Wortbedeutung lehnen sich täterorientierte Definitionen der Korruption an, die als Korruption die Verletzung einer Pflicht um ungerechtfertigter Vorteile willen ansehen.¹³ Eine solche Definition ist jedoch viel zu unscharf, um das

⁷ BGHSt 31, 264.

⁸ Etwa BGH NStZ-RR 2007, 309.

⁹ BGHSt 47, 295. Freilich kann dieses strafrechtliche Verbot teilweise mit hochschulrechtlichen Pflichten gerade zur Einwerbung solcher Drittmittel für Lehre und Forschung kollidieren, weshalb eine einschränkende Auslegung des Tatbestandes diskutiert wird, vgl. mit weiteren Nachweisen *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 331 Rn. 18.

¹⁰ Im Rahmen fiskalischen Handelns werden auch Beamte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erfasst, vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 9.

¹¹ Bevorzugung ist die Besserstellung eines anderen im Wettbewerb gegenüber anderen Mitbewerbern, vgl. BGH NJW 2003, 2996 (2997).

¹² Etwa *Fischer* (Fn. 10), § 299 Rn. 8a; *Volk*, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 419 (S. 427).

¹³ Vgl. *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag, 1996, C 10 m.w.N.

Spezifische der strafrechtlich relevanten Korruption zu erfassen. Auch der Täter einer Untreue, einer Steuerhinterziehung oder einer Unterhaltspflichtverletzung kommt seinen Aufgaben um irgendwelcher Vorteile willen nicht nach. Es greift also zu kurz, wenn man für die Korruption nur auf eine Treuwidrigkeit in einem wie auch immer gearteten Innenverhältnis abstellt.

Unzureichend ist auch eine täterorientierte Definition, die unter Korruption eine „verdeckte pflichtwidrige Fehlsteuerung aus Eigennutz“¹⁴ versteht. Auch die umweltschädliche Gewässerverunreinigung oder die Verletzung einer Buchführungspflicht sind verdeckte Fehlsteuerungen aus Eigennutz. Überhaupt dürften die meisten Straftaten aus Eigennutz und zudem verdeckt begangen werden.

2. In die richtige Richtung gehen dagegen Definitionen, die Korruption als ein zweiseitiges Verhältnis begreifen. So wird etwa in der Korruption ein „regelwidriger Tausch von Vorteilen“ gesehen.¹⁵ In diesem Sinne hält die vorherrschende Meinung eine sog. „Unrechtsvereinbarung“ für das wesentliche Merkmal der Korruption.¹⁶ Das Verhalten des Vorteilsnehmers und die Vorteilsgewährung sollen in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen: Die eine Leistung soll also um der Gegenleistung willen erfolgen. Richtig ist an diesem Verständnis der Korruption, dass das Verhalten des Vorteilsnehmers und die Gewährung des Vorteils miteinander verknüpft sein müssen. Die Definition greift aber zu kurz, wenn sie nur auf ein regelwidriges Austauschverhältnis zwischen dem Verhalten des Vorteilsnehmers und der Vorteilsgewährung abstellt. Auch die Hehlerei oder die Bezahlung von „Schwarzarbeit“ sind regelwidrige Austauschverhältnisse von Leistungen; sie haben aber nichts mit Korruption zu tun.

3. Das Spezifische der Korruption wird deutlich, wenn man zwei Fälle miteinander vergleicht.

Erster Fall: Der Killer K tötet gegen die ihm von seinem Auftraggeber A versprochene Belohnung das Opfer O.

Zweiter Fall: Der Polizeibeamte P lässt gegen die ihm von seinem Auftraggeber A versprochene Belohnung den Untersuchungsgefangenen U entfliehen.

In beiden Fällen lässt sich der Täter für die Begehung eines Delikts bezahlen. Gleichwohl ist nur im zweiten Fall eine Korruption gegeben. Der Unterschied zwischen beiden Fällen liegt offensichtlich darin, dass der Polizeibeamte P nicht nur die allgemeine Pflicht hat, die Befreiung eines Gefangenen zu unterlassen – wie der Killer die allgemeine Pflicht hat, andere nicht zu töten. P hat vielmehr gegenüber seinem Dienstherrn noch die besondere Pflicht, den Gefangenen zu bewachen. Ein Wesensmerkmal der Korruption ist es also, dass sich die Belohnung auf eine besondere fremdnützige Pflichtenstellung

bezieht. Der Vorteilsnehmer muss verpflichtet sein, bei seinem Verhalten die Interessen eines Auftraggebers wahrzunehmen. Als Vorteilsnehmer einer Korruption kommt mit anderen Worten nur ein „Agent“ in Betracht.

Indessen fehlt noch ein Wesensmerkmal der Korruption, wie folgendes Beispiel zeigt: Damit der Polizist P einen fliehenden Verbrecher festnehmen kann, leiht ihm sein Freund F sein Motorrad. Hier erhält P für eine Diensthandlung einen Vorteil, ohne dass es sich dabei um einen Fall von Korruption handeln würde. Korruption läge hier selbst dann nicht vor, wenn die Diensthandlung rechtswidrig wäre, P also einen Unschuldigen festnehmen wollte. Denn jeweils ermöglicht das Ausleihen des Motorrads die Ausführung der Diensthandlung, mag diese nun rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Korruption setzt daher voraus, dass der Vorteil für die in Frage stehende Diensthandlung nicht förderlich ist.¹⁷ Der Vorteil muss vielmehr umgekehrt dem Interesse an der korrekten Ausübung der Diensthandlung zuwiderlaufen. Wesentlich für Korruption ist also ein Widerspruch zwischen dem Interesse, das der Agent aufgrund seiner besonderen Pflichtenstellung wahrzunehmen hat, und dem Interesse, an das er sich durch die Annahme des Vorteils bindet. Auf diesen Interessenwiderspruch wird sogleich zurückzukommen sein, wenn es um die Bestimmung der vor Korruption zu schützenden Rechtsgüter geht.

4. Aufgrund der bisherigen Überlegungen lässt sich Korruption definieren als interessenwidrige Verknüpfung eines Vorteils mit der Ausübung übertragener Entscheidungsmacht. Die einzelnen Merkmale dieser Definition seien noch etwas näher erläutert und präzisiert.

a) Korruption setzt zunächst ein Dreiecksverhältnis voraus. Eine Person muss mit der Aufgabe betraut sein, im Interesse eines Dritten zu handeln. Sie muss Agent eines Dritten sein. Damit sich die Korruption auch lohnt, ist der Agent im Regelfall eine Person, die Entscheidungen von einem gewissen Gewicht treffen kann. In erster Linie ist hier an rechtlich erhebliche Entscheidungen und Handlungen zu denken. Sodann muss es eine Person geben, die einen Vorteil gewähren kann. Diese Person ist im Regelfall von der Entscheidung betroffen, kann aber auch ein völlig Außenstehender sein.

b) In der vorgeschlagenen Definition bezieht sich der Begriff des Vorteils nicht notwendig auf einen finanziellen Zugewinn. Vielmehr kommt alles, was einen Menschen motivieren kann, auch als Vorteil in Betracht.

c) Bei der Korruption muss nun die Vorteilsgewährung auf die Pflichtenstellung des Agenten bezogen sein. Wer einem Polizisten, der in seiner Freizeit Fußball spielt, nach einem gewonnenen Spiel ein Bier spendiert, begeht keine

¹⁷ In der deutschen Strafrechtspraxis ergeben sich hier nicht unwesentliche Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich der Frage, wann ein gewährter Vorteil der Dienstausbübung förderlich ist und wann nicht. An hochrangige Amtsträger versandte Eintrittskarten zur Fußballweltmeisterschaft 2006 wurden etwa von dem LG Karlsruhe (NStZ 2008, 407) als der Dienstausbübung, namentlich zu Repräsentationszwecken, förderlich angesehen. Die Revision (BGH NJW 2008, 3580) ist dem nicht gefolgt.

¹⁴ So Kube/Vahlenkamp, *Verwaltungsarchiv* 85 (1994), 434.

¹⁵ Volk (Fn. 12), S. 419 (S. 421).

¹⁶ So zum Tatbestand der Vorteilsannahme, § 331 StGB, etwa BGHSt 39, 45 (46). Vgl. auch *Kindhäuser* (Fn. 9), § 331 Rn. 17 m.w.N.

Korruption. Wichtig ist weiterhin, dass der Zusammenhang zwischen Pflichtenstellung und Vorteil sachwidrig ist und damit den Agenten in einen Interessenwiderspruch bringt.

Damit stellt sich die Frage, welches die Kriterien für einen Interessenwiderspruch zwischen Vorteil und Pflichtenstellung bei der Korruption sind. Sie lassen sich nicht abstrakt bestimmen, da Korruption in ganz verschiedenen Lebensbereichen auftreten kann. Die Bewertung muss sich vielmehr nach den Interessen richten, die der Pflichtige bei der Ausübung seiner Entscheidungsmacht zu berücksichtigen hat. Entspricht es diesen Interessen, dass für ein bestimmtes Verhalten eine vorteilhafte Gegenleistung zu erbringen ist, so besteht Konnexität. Widerspricht es dagegen den zu berücksichtigenden Interessen, dass ein bestimmtes Verhalten überhaupt oder nicht in einer ganz bestimmten Art und Weise mit einer Gegenleistung verbunden wird, so ist die regelwidrige Verknüpfung der Ausübung von Entscheidungsmacht mit einem Vorteil korruptiv.

4. Diese Überlegungen mögen trivial klingen; sie sind es aber keineswegs. In der deutschen und europäischen rechtspolitischen Diskussion gibt es mehrere Entwürfe zur Reform der Korruptionsdelikte, in denen die aufgezeigten Merkmale der Korruption nicht zutreffend erfasst werden. Nach einem deutschen Gesetzesentwurf sollte etwa eine Vorteilsannahme schon dann gegeben sein, wenn ein Amtsträger „im Zusammenhang mit seinem Amt einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt“.¹⁸ Ähnlich definiert der Gesetzesentwurf der Arbeitsgruppe Strafrecht des Europarates die Bestechung als das Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines Vorteils für einen Amtsträger oder einen Dritten für die Unterlassung oder Ausübung einer Diensthandlung.¹⁹

Ersichtlich fehlt bei diesen Vorschlägen das Wesentliche der Korruption: die Interessenwidrigkeit zwischen der Ausübung dienstlicher Entscheidungsmacht und dem Vorteil. Infolge dieses Defizits werden sogar rechtlich vorgesehene Diensthandlungen vom Tatbestand erfasst. Ein krasses Beispiel: Das Strafprozessrecht sieht in § 153a StPO die Möglichkeit vor, ein Strafverfahren bei nur geringer Schuld gegen Zahlung einer Geldbuße an einen Dritten, z.B. eine karitative Organisation, einzustellen. Da in einem solchen Fall die Zahlung eines geldwerten Vorteils im Zusammenhang mit der Einstellung des Verfahrens erfolgt, würden also Richter und Staatsanwalt den Tatbestand der Korruption erfüllen und allenfalls durch die strafprozessualen Regelungen gerechtfertigt sein. Dass dies dogmatischer Unfug ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

Ein Tatbestand, der ein korruptives Vorgehen unter Strafe stellt, muss also schon in seiner Formulierung die Interessenwidrigkeit der Verknüpfung von Entscheidungsmacht und Vorteil berücksichtigen. Dagegen braucht weder die Entscheidung noch der Vorteil bei isolierter Betrachtung rechtswidrig zu sein. Insbesondere können auch erlaubte oder sogar

gebotene Diensthandlungen in einem inkonnexen Verhältnis zu der Gewährung von Vorteilen stehen.

IV. Tathandlungen der Korruption

1. Nach diesen Überlegungen zu den Wesensmerkmalen der Korruption sei nun kurz auf die Bestimmung der einschlägigen Tathandlungen eingegangen. Handelt es sich bei der Korruption um eine Absprache über die Gewährung eines Vorteils für die Ausübung von Entscheidungsmacht, so lassen sich die Tathandlungen der Korruption in Analogie zu den zivilrechtlichen Regeln der Begründung und Erfüllung eines Vertrages umschreiben. Es beginnt mit den Erklärungen, durch die eine der beiden Seiten ihre Bereitschaft zum Abschluss der Vereinbarung darlegt. Dies ist auf der Seite des Vorteilsgebers das „Anbieten“ und auf der Seite des Vorteilsnehmers das „Fordern“. Es folgt der zweite Schritt, mit dem der jeweilige Erklärungsempfänger sich mit dem Abschluss der Vereinbarung einverstanden erklärt, also das Versprechen bzw. Versprechenlassen des Vorteils. Die Absprache wird schließlich erfüllt, indem der Vorteilsnehmer den Vorteil annimmt und der Vorteilsgeber den Vorteil gewährt.

Im Regelfall bezieht sich die Korruption auf eine noch ausstehende Entscheidung. Gleichwohl kann es im Einzelfall durchaus sinnvoll sein, eine bereits vollzogene Entscheidung im Nachhinein noch mit einer interessenwidrigen Vorteilsgewährung zu belohnen. In einem solchen Fall findet zwar kein synallagmatischer Austausch der Leistungen mehr statt. Jedoch kann auf diese Weise mit Blick auf künftiges Verhalten die Bereitschaft zu weiteren Absprachen signalisiert werden. Es handelt sich dann gewissermaßen um ein Vorbereitungsstadium, das wiederum in Analogie zum Zivilrecht als Situation der *invitatio ad offerendum* verstanden werden kann.

2. Im StGB werden die Tathandlungen des Vorteilsnehmers und die Tathandlungen des Vorteilsgebers jeweils in getrennten Tatbeständen erfasst. Hierbei setzt keiner der jeweiligen Tatbestände voraus, dass es zu einer Vereinbarung und erfolgreichen Abwicklung gekommen ist. Der Tatbestand der Korruption ist also bereits verwirklicht, wenn ein Vorteil nur gefordert oder angeboten wird, unabhängig davon, ob sich die Gegenseite auf das Geschäft einlässt. Insoweit haben die Tatbestände die Natur eines sog. (unechten) Unternehmensdelikts, bei dem der Versuch formal der Vollendung gleichgestellt ist. Ist ein Richter Täter, so ist sogar der Versuch der Vorteilsannahme, also der Versuch des Forderns eines Vorteils, unter Strafe gestellt (§ 331 Abs. 2 S. 2 StGB).

3. Eine Vorverlagerung der Strafbarkeit in ein frühes Deliktsstadium ist eine gesetzgeberische Entscheidung, die dann berechtigt ist, wenn das zu schützende Rechtsgut von besonderer Bedeutung ist. Trifft die These zu, dass Korruption kein genuines Unrecht, sondern nur eine Angriffsform ist, so ist allein der Umstand, dass der Täter in korruptiver Weise vorgeht, noch kein Grund, ihn überhaupt zu bestrafen. Vielmehr hängt die Antwort auf die Frage nach der Strafbarkeit von korruptem Verhalten von der besonderen Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter ab, die fallweise durch Korruption in besonders schädlicher Weise beeinträchtigt werden. Deshalb sollen

¹⁸ BT-Drs. 13/3353.

¹⁹ Vgl. *Möhrenschlager*, Verhandlungen des Deutschen Juristentages (a.a.O., Fn 13), Bd. 2, L 98 ff.

im Folgenden die drei Bereiche des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft im Allgemeinen unter der Fragestellung betrachtet werden, ob – und wenn ja, in welchem Umfang – ein Schutz der relevanten Güter vor Korruption sachgemäß erscheint.

V. Korruption im Staat

1. Über das durch die staatlichen Korruptionsdelikte geschützte Rechtsgut herrscht seit Jahrzehnten Streit. Traditionell stehen sich vor allem zwei Positionen gegenüber.²⁰ Nach der einen Ansicht soll durch das Verbot der Bestechung eines Amtsträgers der Wille des Staates vor inhaltlichen Verfälschungen bewahrt werden. Die Gegenansicht will die Funktionsfähigkeit der Verwaltung vor Gefährdungen sichern, und zwar hinsichtlich des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Sachlichkeit von Verwaltungsentscheidungen. Beide Positionen betreffen zwar wichtige Aspekte des Schutzzwecks der Korruptionsdelikte, bringen dies aber nur ungenau zum Ausdruck.

Das Vertrauen der Öffentlichkeit lässt sich kaum als Schutzgut der Korruptionsdelikte ansehen. In einem Staat etwa, in dem Korruption Alltag ist und in dem folglich keinerlei Vertrauen in die Verwaltung besteht, ließe sich Korruption nicht bestrafen. Es fehlt ja ein zu schützendes Vertrauen. Wäre also die Ansicht zutreffend, dass Rechtsgut der staatlichen Korruptionsdelikte das Vertrauen der Öffentlichkeit wäre, so wäre Korruption umso weniger strafwürdig, je intensiver sie in einem Staat praktiziert würde; ein Ergebnis, das die anzustrebenden Verhältnisse geradezu auf den Kopf stellt. Vielmehr muss umgekehrt der Gegenstand, auf den sich das Vertrauen bezieht, vor Beeinträchtigungen geschützt werden. Nur wenn die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gewährleistet ist, kann überhaupt erst das entsprechende Vertrauen der Öffentlichkeit entstehen. Das Vertrauen der Öffentlichkeit ist mit anderen Worten nur ein Reflex des Schutzes der Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung.

Die Funktionsfähigkeit der Verwaltung ist wiederum nicht nur dann beeinträchtigt, wenn inhaltlich falsche Entscheidungen getroffen werden. Die staatliche Verwaltung ist vielmehr auch dann nicht hinreichend effizient, wenn Entscheidungen gar nicht oder mit erheblicher Verspätung getroffen werden. Wird ein Amtsträger in Ausnutzung seiner Stellung überhaupt nur tätig, wenn er „geschmiert“ wird, so widerspricht dies einer funktionierenden Verwaltung auch dann, wenn die Entscheidungen später inhaltlich korrekt sind. Die staatliche Korruption nur auf eine inhaltliche Verfälschung des Staatswillens zurückzuführen greift also zu kurz.

2. Allerdings ist auch der Begriff der Funktionsfähigkeit staatlicher Verwaltung viel zu weit, um das spezifische Rechtsgut der Korruptionsdelikte genau zu erfassen. Zur Funktionsfähigkeit der Polizei gehört etwa auch eine technische Ausstattung, die ihr eine effiziente Gefahrenabwehr und Strafverfolgung erlaubt. Die Korruptionsdelikte schützen daher nur einen Ausschnitt der staatlichen Verwaltung, und

zwar denjenigen, der die rechtsstaatliche Ausübung von Entscheidungsmacht zum Gegenstand hat.

Für eine am Gemeinwohl orientierte Institution staatlicher Verwaltung und Justiz ist das Ausblenden sachwidriger partikulärer Interessen wesentlich. In der staatlichen Verwaltung muss Entscheidungsmacht institutionell unabhängig von inkonnexen Vorteilen ausgeübt werden. Die entsprechende strafrechtliche Garantie leisten die Korruptionsdelikte. Hierbei geht es nicht nur um die Sicherung der inhaltlichen Richtigkeit von Entscheidungen, sondern auch um die Einhaltung der formalen Verfahrensregeln, namentlich der Prinzipien der Effizienz, der Unparteilichkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz.

Zwar stellt jede Entscheidung eines Amtsträgers, die nicht frei von sachwidrigen partikulären Interessen erfolgt, das institutionalisierte Regelsystem der öffentlichen Verwaltung in Frage. Jedoch hat das Strafrecht einen fragmentarischen Charakter. Es kann nicht ubiquitären Schutz gewährleisten, sondern kann nur bei exemplarisch schweren Verfehlungen eingreifen. Wird die Ausübung staatlicher Entscheidungsmacht mit der Gewährung von Vorteilen verbunden, so ist die fehlende Unabhängigkeit von einseitigen Partikularinteressen handgreiflich und damit evident strafwürdig.

3. Das StGB schützt die rechtsstaatlich institutionalisierte Ausübung von Entscheidungsmacht zunächst durch die Verletzungsdelikte der Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 332, 334 StGB). Wird eine pflichtwidrige Diensthandlung mit einem sachwidrigen Vorteil verbunden, so ist unmittelbar eine wesentliche Entscheidungsregel desavouiert.

Daneben wird aber auch die interessenwidrige Verbindung von Vorteilen mit einer rechtmäßigen Dienstaussübung durch die Delikte der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung unter Strafe gestellt (§§ 331, 333 StGB). Teils wird dies damit begründet, dass bereits der Anschein, bei einer Verwaltungsentscheidung sei es nicht mit rechten Dingen zugegangen, das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine lautere Amtsführung erschüttere.²¹ Teils werden diese Delikte als vorverlagerte Gefährdungstatbestände begriffen. Zur Begründung wird angeführt, dass ein Beamter, der für eine korrekte Entscheidung Geld annimmt, Gefahr laufe, sich später einmal für eine pflichtwidrige Entscheidung kaufen zu lassen.²²

Wiederum vermögen beide Ansichten nicht zu überzeugen. Wird die Ausübung staatlicher Entscheidungsmacht mit der Erlangung inkonnexer Vorteile verbunden, so wird nicht nur der Anschein hervorgerufen, es gehe nicht mit rechten Dingen zu. Ferner ist es eine mit dem Schuldprinzip kaum zu vereinbarende Vermutung, dass ein Amtsträger, der Geld für rechtmäßiges Verhalten verlangt, auch potentiell bereit sei, seine Pflichten gegen Geld zu verletzen. Solcher Konstruktionen bedarf es auch nicht, um die Normen zu legitimieren.

Die Ausübung staatlicher Entscheidungsmacht kann nur in rechtsstaatlichen Bahnen verlaufen, wenn ihre Unabhängigkeit von inkonnexen Vorteilen institutionell abgesichert

²⁰ Näher BGHSt 15, 88 (96); 47, 295 (303); ausf. *Kargl*, ZStW 114 (2002), 763; *Kuhlen* (Fn. 5), § 331 Rn. 9 ff.

²¹ Vgl. BGH 15, 354; *Kargl*, ZStW 116 (2004), 763 (783); *Schröder*, GA 1961, 292.

²² Vgl. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1905, S. 726; *Kaufmann*, JZ 1959, 377.

ist. Es muss gewissermaßen zu den elementaren Voraussetzungen staatlicher Verwaltung gehören, dass in ihre Entscheidungsgrundlagen keine sachlich nicht begründeten Vorteile Eingang finden, ganz unabhängig davon, ob diese Vorteile die Entscheidung letztlich beeinflussen oder nicht. Insoweit trifft es zu, dass die Delikte der Vorteilsannahme und -gewährung abstrakte Gefährdungstatbestände sind. Wie alle Gefährdungsdelikte haben sie die Aufgabe, die Rahmenbedingungen zu sichern, unter denen sich das jeweils relevante Rechtsgut unbeeinträchtigt entfalten kann. Staatliche Entscheidungsmacht kann mit anderen Worten nur geordnet und verlässlich ausgeübt werden, wenn gesichert ist, dass die Motive des Entscheidenden nicht durch die Gewährung von Vorteilen sachwidrig beeinflusst sind.

VI. Korruption in der Wirtschaft

1. Auch in der Wirtschaft kann Entscheidungsmacht zur Erzielung inkonnexer Vorteile missbraucht werden. Die Privatwirtschaft ist nicht weniger korruptionsanfällig als die staatliche Verwaltung. Jedoch ist der Bereich, in dem Vorteile bei wirtschaftlichen Entscheidungen als interessenwidrig anzusehen sind, naturgemäß kleiner. Während die staatliche Verwaltung am Gemeinwohl orientiert ist und deshalb zum Erhalt ihrer Funktionsfähigkeit grundsätzlich darauf angewiesen ist, dass Entscheidungsmacht nicht durch Vorteile sachwidrig beeinflusst wird, ist die Gewinnmaximierung *das* ökonomische Prinzip der Privatwirtschaft. Das Erzielen von Vorteilen ist also in diesem Bereich weitgehend sachgerecht, so dass es einer genauen Analyse der Bedingungen bedarf, unter denen die Verknüpfung einer Entscheidung mit einem Vorteil schutzwürdige Interessen verletzt. Damit stellt sich die Frage nach dem durch das Verbot der Korruption im Wirtschaftsleben zu schützenden Rechtsgut.

2. Bevor man nach strafrechtlichen Verboten der Wirtschaftskorruption ruft, ist zunächst zu bedenken, dass ein entsprechender Schutz auch indirekt erfolgen kann. Kriminologisch gesehen ist Korruption ein heimliches Geschäft. Derjenige, der den Vorteil erhält, vermerkt ihn regelmäßig nicht in den handelsrechtlichen Geschäftsbüchern. Und häufig dürfte auch derjenige, der den Vorteil gewährt, diese Ausgabe nicht ordnungsgemäß verbuchen. Insoweit kann durch die strafrechtliche Sanktionierung von Buchführungspflichten indirekt auch der Korruption vorgebeugt werden. In diesem Sinne sieht ein europäisches Übereinkommen zur Bekämpfung der Korruption vor, dass wirksame und abschreckende Sanktionen gegen das Unterlassen und Fälschen von Geschäftsbüchern, Konten und Jahresabschlüssen vorzusehen sind.²³ In Italien ist sogar die Bestrafung der Verletzung von

Rechnungslegungspflichten das primäre Mittel zur Bekämpfung der Wirtschaftskorruption.²⁴

Eine weitere Möglichkeit der indirekten Verhinderung von Korruption bietet das Steuerstrafrecht. Nach deutschem Recht sind Schmiergelder steuerlich als Einkünfte zu behandeln. Wer folglich durch Korruption erlangte Vorteile nicht deklariert, erfüllt den Straftatbestand der Steuerverkürzung. Auch die Gewährung von korruptiven Vorteilen kann in Deutschland nicht mehr als Betriebsausgabe von der Steuer Schuld abgezogen werden,²⁵ so dass sich das Zahlen von Schmiergeldern zumindest verteuert.

Die Eindämmung der Korruption durch Steuer- und Buchführungsdelikte ist indessen nur ein Nebeneffekt dieser Verbote. Sie richten sich nicht gegen die eigentlichen Bestechungshandlungen und werden daher auch in den internationalen Verträgen zur Bekämpfung der Korruption allenfalls im Sinne eines Flankenschutzes berücksichtigt. Das spezifische Unrecht lässt sich mit diesen Delikten nicht erfassen.

3. Man könnte die Wirtschaftskorruption als spezifischen Angriff auf das Vermögen verstehen. Das Vermögen als Schutzgut anzusehen, liegt insoweit nahe, als im wirtschaftlichen Bereich regelmäßig finanzielle Interessen berührt werden. Gegen den Vermögensschutz als Rechtsgut spricht jedoch zunächst, dass der strafrechtliche Vermögensschutz grundsätzlich den status quo des Vermögens sichert. Das Hauptgebiet der Wirtschaftskorruption ist jedoch der Wettbewerb. Und hier liegt der Schaden der benachteiligten Konkurrenten gewöhnlich im entgangenen Gewinn.

Im Vermögensbestand kann allerdings das Unternehmen geschädigt sein, für das der Täter, der sich korrumpieren lässt, handelt. Vor allem ist an den Fall der sog. „kick-back-Zahlungen“ zu denken, bei dem der Täter mit dem Anbieter einen überhöhten Kaufpreis aushandelt und sich den Differenzbetrag zum regulären Kaufpreis später auszahlen lässt.²⁶ Dann ist jedoch auch das Delikt der Untreue (§ 266 StGB) einschlägig. Auch bei der Untreue geht es um eingeräumte Entscheidungsmacht, die interessenwidrig ausgeübt wird. Außerdem verlangt die Untreue, dass durch den Missbrauch der Entscheidungsmacht das zu betreuende Vermögen geschädigt wird. Die Untreue ist deshalb das Delikt, das den hier relevanten Fall der finanziellen Benachteiligung des Prinzipals in spezifischer Weise erfasst, und daher nicht durch ein allgemeines Korruptionsdelikt unterlaufen werden sollte.

Insoweit erscheint es wenig sachdienlich, die Wirtschaftskorruption primär durch den Vermögensschutz zu legitimieren. Freilich sind die finanziellen Interessen der Beteiligten im Wettbewerb als Schutzreflex durchaus erfasst.

²³ Art. 8 Abs. 2 OECD-BestÜbk (Übereinkommen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung in Europa über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr v. 21.11.1997).

²⁴ Art. 2621 Codice civile „false comunicazioni sociali“; eingeschränkt seit 2002 durch Art. 2621 n.F. durch die Erforderlichkeit von Vermögensschäden.

²⁵ § 3 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG.

²⁶ Exemplarisch etwa der Sachverhalt bei BGH NStZ 1995, 92.

4. Verbreitet wird in Europa die Wirtschaftskorruption mit einer arbeitsrechtlichen Akzentuierung gedeutet,²⁷ was auch dem kriminologischen Regelfall der Angestelltenbestechung entspricht. Das Unrecht liegt bei dieser Interpretation in der Verletzung von Loyalitätspflichten des bestochenen Angestellten gegenüber seinem Arbeitgeber.

Jedoch sollte die Wirtschaftskorruption wenigstens aus zwei Gründen nicht primär aus einer arbeitsrechtlichen Perspektive gesehen werden. Erstens: Sofern ein Angestellter seine Pflichten gegenüber seinem Arbeitgeber in der Weise verletzt, dass er einen Vermögensschaden herbeiführt, ist, wie bereits erwähnt, die Untreue das maßgebliche Delikt. Bedingt das Verhalten dagegen keinen Vermögensschaden, so bleibt als Unrecht nur die arbeitsrechtliche Vertragsverletzung. Es entspricht aber allgemeiner Auffassung in der deutschen Strafrechtswissenschaft, dass bloße zivilrechtliche Vertragsverletzungen nicht strafrechtlich sanktioniert sein sollten. Sonst müssten auch die sonstigen Austauschverträge – wie Miete, Kauf und Werkvertrag – strafrechtlich gesichert werden, was den legitimen Bereich sinnvollen Strafrechtsschutzes ersichtlich inadäquat ausdehnen würde.

Zweitens wäre – jedenfalls nach deutschem Recht – nicht mehr verständlich, warum der Vorteilsgeber als Täter der Korruption und nicht nur als Teilnehmer des Angestellten bestraft wird. Denn der Vorteilsgeber verletzt ja keine arbeitsrechtlichen Pflichten, sondern beteiligt sich nur an der Pflichtverletzung des Angestellten. Außerdem macht sich nach deutschem Recht der Vorteilsgeber auch dann wegen vollendeter Tat strafbar, wenn er den Vorteil nur anbietet, der Angestellte den Vorteil aber zurückweist. Hier wäre eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung noch nicht einmal ansatzweise gegeben.

5. Schließlich bleibt die Möglichkeit, den Zweck des Verbots der Wirtschaftskorruption (vorrangig) im Schutz des Wettbewerbs zu sehen.²⁸ Die Einhaltung der Regeln eines lautereren Wettbewerbs sind für eine freiheitliche demokratische Gesellschaft kaum weniger wichtig als eine am Gemeinwohl orientierte, streng rechtsstaatliche Verwaltung. Denn ein funktionierender Wettbewerb führt dazu, dass Waren und Dienstleistungen einerseits möglichst günstig, andererseits in möglichst hoher Qualität angeboten werden.

Freilich kann auch der Wettbewerb nicht problemlos als Schutzzweck des Korruptionsverbots im Bereich der Wirtschaft angesehen werden. Vor allem zwei Fragen stellen sich: Zum einen setzt der Schutz des Wettbewerbs voraus, dass es in einem Wirtschaftsbereich überhaupt eine Konkurrenz von Anbietern gibt. In einem zwangsbewirtschafteten oder nahezu monopolistischen Sektor wäre die Vorteilsgewährung straf-

los.²⁹ Diese Strafbarkeitslücke ist indessen nicht gravierend. Wird bei dem Geschäft rechtswidriger Druck ausgeübt oder in schädigender Weise auf das Vermögen eines Beteiligten eingewirkt, greifen die Delikte der Nötigung (§ 240 StGB) und Untreue (§ 266 StGB) schützend ein.

Gewichtiger ist ein zweites Problem: In den meisten europäischen Regelungen der Wirtschaftskorruption wird nur die Vorteilsannahme durch den Angestellten eines geschäftlichen Betriebs unter Strafe gestellt. Der Geschäftsinhaber selbst kann sich nicht wegen einer Vorteilsannahme strafbar machen. Gegen die Regeln eines lautereren Wettbewerbs können aber der Geschäftsinhaber und sein Angestellter in gleicher Weise verstoßen. So scheint es unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsverzerrung keinen Unterschied zu machen, ob z.B. ein Metzger dem Inhaber oder dem Geschäftsführer einer Restaurantkette private finanzielle Vorteile dafür gewährt, dass das Fleisch von ihm und nicht von den Konkurrenten bezogen wird. In beiden Fällen werden die Konkurrenten in unlauterer Weise benachteiligt.

Die gesetzliche Regelung erscheint jedoch bei einer dogmatisch exakten Analyse der Problematik nicht mehr sachwidrig. Der Widerspruch, dass sich für einen und desselben Wettbewerbsverstoß nur der Angestellte, nicht aber der Prinzipal strafbar macht, ergibt sich nur dann, wenn man nicht zwischen dem geschützten Rechtsgut einerseits und der tatspezifischen Angriffsform andererseits genau differenziert. Das Verhalten des Prinzipals und des Agenten richtet sich zwar jeweils gegen das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs, die Angriffsform der Korruption liegt aber nur beim Agenten vor, weil die Korruption als Angriffsform gerade dadurch definiert ist, dass sich der Agent in einen Interessenwiderspruch begibt, indem er sich zum Diener zweier Herren macht: des Prinzipals und des Vorteilsgebers. In einen solchen Interessenwiderspruch kann sich der Prinzipal schon begrifflich nicht begeben, so dass er selbst das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs im Wege der Korruption gar nicht verletzen kann. Wenn der Gesetzgeber auch den Prinzipal wegen einer wettbewerbswidrigen Vorteilsannahme bestrafen will, so muss er hierfür einen genuine Deliktstatbestand der Wettbewerbsverzerrung schaffen. Als Korruption lassen sich Wettbewerbsverstöße des Prinzipals nicht erfassen.

6. Aus diesen Überlegungen folgen zwei wichtige Konsequenzen:

a) Wenn sich der Geschäftsinhaber durch Vorteilsannahme nicht strafbar machen kann, dann muss auch eine Strafbarkeit des Angestellten entfallen, sofern der Geschäftsinhaber mit der Vorteilsvereinbarung einverstanden ist oder sogar eine entsprechende Anweisung erteilt.³⁰ Aus gutem Grund setzen daher die strafrechtlichen Regelungen in den meisten europäischen Ländern³¹ voraus, dass die Vorteilsannahme

²⁷ Vgl. Art. L. 152-6 Code du travail (Frankreich), Art. 328 niederländisches Strafgesetzbuch, Prevention of Corruption Act 1906 Chapter 34 (Großbritannien) – dieser soll allerdings zum 1.7.2011 durch den neuen Bribery Act ersetzt werden, der nicht mehr auf die arbeitsrechtliche Seite abstellt, vgl. zu diesem Gesetz *Klengel/Dymek*, HRRS 2011, 22; *Sullivan*, The Criminal Law Review 2011, 87.

²⁸ So auch die h.M. in Deutschland, vgl. nur *Dannecker* (Fn. 4), § 299 Rn. 4 ff. m.w.N.

²⁹ *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 299 Rn. 23 m.w.N.

³⁰ Erhellend zu entsprechenden „Ungereimtheiten bei der Anwendung von § 299 StGB“ zuletzt *Erb*, in: Geisler (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 97 m.w.N.

³¹ Näher *Tiedemann* (Fn. 4), Vor § 298 Rn. 22 ff. m.w.N.

durch den Agenten gegenüber dem Prinzipal treuwidrig verdeckt³² oder pflichtwidrig³³ erfolgen müsse. In Deutschland dagegen verlangen die ältere Rechtsprechung und vorherrschende Literatur im Interesse eines möglichst wirksamen Wettbewerbsschutzes keine Pflichtwidrigkeit des Agenten im Innenverhältnis.³⁴ Diese Ansicht ist jedoch kaum verständlich: Wird die Vereinbarung einer Vorteilsannahme durch den Geschäftsherrn nicht als strafwürdiger Wettbewerbsverstoß angesehen, so kann es auch nicht strafwürdig sein, wenn der Agent mit Zustimmung des Geschäftsherrn denselben Verstoß begeht.

Man muss im Übrigen noch Folgendes bedenken: Trifft der Agent die Vorteilsvereinbarung auf Anraten oder mit Unterstützung des Geschäftsherrn, so würde sich dieser wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Wirtschaftskorruption strafbar machen, obgleich der Gesetzgeber eindeutig von einer Strafbarkeit des Geschäftsherrn abgesehen hat. Die gesetzliche Wertung würde also unterlaufen, wenn sich der Geschäftsherr wegen Beteiligung strafbar machen könnte.

b) Nach dem deutschen Tatbestand der passiven Wirtschaftskorruption kann der Agent den Vorteil sowohl für sich als auch für einen Dritten vereinbaren. Dementsprechend wird vom Wortlaut des Gesetzes auch der Fall erfasst, dass der Agent einen Vorteil für den geschäftlichen Betrieb, bei dem er angestellt ist, vereinbart. Diese Regelung ist im Falle der staatlichen Korruption sinnvoll. Denn die staatliche Verwaltung ist an gesetzliche Vorgaben gebunden, so dass sich auch der Staat keine Vorteile verschaffen darf, die keine rechtliche Grundlage haben. In der privaten Wirtschaft ist die Situation eine andere, da hier das Prinzip der Gewinnmaximierung gilt.

Wenn nun der Gesetzgeber den Prinzipal straflos stellt, sofern er – mag dies auch durch Wettbewerbsverstoß geschehen – für seinen geschäftlichen Betrieb oder für sich privat eine Vorteilsvereinbarung mit einem Lieferanten trifft, dann muss eine solche Vorteilsvereinbarung auch straflos sein, wenn sie von dem Agenten geschlossen wird. Denn hinsichtlich des Wettbewerbsverstoßes macht es keinen Unterschied, ob er vom Prinzipal oder vom Agenten begangen wird. Damit der Agent strafbar ist, bedarf es vielmehr eines für die Korruption wesentlichen Interessenwiderspruchs im Innenverhältnis, und an einem solchen fehlt es, wenn der Agent im Interesse des Prinzipals handelt. Ob der Prinzipal von der Vorteilsvereinbarung zu seinen Gunsten Kenntnis hat oder nicht, kann hierbei keine Rolle spielen.

8. Als Zwischenergebnis sei festgehalten: Auch wenn die Tatbestände der Bestechung im geschäftlichen Verkehr dem

Wettbewerbsschutz dienen, ist der Wettbewerb nur in der spezifischen Angriffsform der Korruption geschützt. Diese Angriffsform verlangt immer einen Interessenwiderspruch im Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Agent, so dass nicht alle Verstöße gegen den lautereren Wettbewerb durch Vorteilsvereinbarungen strafrechtlich zu verfolgen sind.

VII. Korruption im gesellschaftlichen Leben

1. Die bisherigen Überlegungen bezogen sich auf die beiden Bereiche, in denen teils traditionell, teils durch internationale Verträge die Bekämpfung der Korruption für erforderlich gehalten wird, nämlich im Staat und in der Wirtschaft. Es gibt jedoch auch Bestrebungen, einen allgemeinen Tatbestand der Korruption zu schaffen, der für alle Lebensbereiche gilt, also z.B. auch für die Bestechung des Schiedsrichters eines Fußballspiels. Ein solcher allgemeiner Korruptionstatbestand könnte lauten: „Wer sich bei einer Entscheidung mit Auswirkungen für andere nicht an die Regeln hält und dafür einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird [...] bestraft“.³⁵ Damit wären nicht nur alle Strafbarkeitslücken beseitigt, sondern es wäre auch quer durch alle gesellschaftlichen Bereiche bei Strafe gesichert, dass Entscheidungen, die die Interessen anderer berühren, regelgemäß und mit Anstand getroffen würden.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Korruption nur eine Angriffsform ist, ähnlich wie Täuschung, Drohung oder Gewalt. Korruption ist formal ein Missbrauch von Entscheidungsmacht, ohne dass materiell bereits der Gegenstand des Missbrauchs erfasst ist. Korruption ist unanständig und sittenwidrig, aber eben als solche noch nicht strafwürdig. Vergleiche von strafwürdiger mit nicht strafwürdiger Korruption erfordern daher eine genaue Analyse der Schutzwürdigkeit der betroffenen Güter und dürfen nicht vorschnell als Argumente für eine Ausweitung der Strafbarkeit angeführt werden.

2. Zu dem Eingangsbeispiel aus Deutschland: Wenn der Direktor einer staatlichen Klinik bestimmte Medikamente bestellt, weil er von dem Hersteller persönliche Vergünstigungen erhält, ist dies ein klarer Fall von Vorteilsannahme im Amt. Ist der Arzt dagegen Freiberufler und hat eine eigene Praxis, so ist er in Deutschland straflos, wenn er von einem Pharmaunternehmen, dessen Medikamente er verschreibt, private Zahlungen erhält. In Frankreich dagegen ist es jedem Arzt bei Strafe verboten, Vorteile von Arzneimittelfirmen anzunehmen.³⁶

Gleichwohl erscheint die deutsche Regelung vorzugswürdig, denn es gibt einen Unterschied zwischen dem staatlich angestellten und dem freiberuflich tätigen Arzt. Der Direktor der staatlichen Klinik ist als Amtsträger an die Entscheidungsregeln des öffentlichen Dienstes gebunden. Wenn er Vorteile annimmt, missbraucht er die ihm vom Staat eingeräumte Entscheidungsmacht. Hierin liegt das Unrecht seiner

³² So in den Niederlanden: Art. 328 ter Wetboek van Strafrecht; ähnlich bisher in Großbritannien (siehe aber oben Fn. 27).

³³ So in Frankreich: Art. L 152 – 6 Code du travail.

³⁴ RGSt 48, 291; Tiedemann (Fn. 4). Rn. 40; a.A. Vormbaum, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 649 (S. 652 f.); Winkelbauer, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 392 (S. 393).

³⁵ Vgl. die ähnliche Formulierung von Volk (Fn. 12), S. 419 (S. 424).

³⁶ Art. L 4163-2 Code de la santé publique, zuletzt geändert durch Art 25 Abs. 3 Loi no. 2002-303 v. 4.3.2002, Journal Officiel v. 5.3.2002.

Tat und nicht in dem Umstand, dass er Arzt ist und Medikamente bestellt. Der freiberufliche Arzt ist dagegen nicht im Interesse des Gemeinwohls an Entscheidungsregeln gebunden. Es steht ihm völlig frei, welches Medikament er seinen Patienten verschreibt, sofern sie nur hinreichend wirksam sind.

Wäre der Fall dagegen so gelagert, dass die von den beiden Ärzten verschriebenen Medikamente teurer wären als gleichwirksame Medikamente einer anderen Firma, dann käme ein Vermögensdelikt zu Lasten der Patienten oder Krankenkassen in Betracht, und zwar in beiden Fällen. Bei dieser Sachlage wären also beide Ärzte strafrechtlich gleich zu behandeln, aber wiederum nicht, weil sie Ärzte sind, sondern weil sie jeweils einen Vermögensschaden herbeigeführt haben.³⁷

3. Fußballspiele sind – man kann es drehen und wenden, wie man will – private Vergnügungen. Werden sie manipuliert, so greifen im Falle der Verletzung finanzieller Interessen Vermögensdelikte wie etwa der Betrugstatbestand ein. Regeln, die für den Bestand der öffentlichen Ordnung konstitutiv sind, werden dagegen nicht verletzt. Insoweit sollte die Korruption in solchen Lebensbereichen auch nicht unter Strafe gestellt werden.

³⁷ Im Hinblick auf Kassenärzte wird dies teilweise anders gesehen: Teils werden Kassenärzte als Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB und damit als taugliche Täter der §§ 331 ff. StGB eingestuft, etwa *Neupert*, NJW 2006, 2811. Teils wird in der Rechtsprechung vertreten, dass Kassenärzte Beauftragte der Krankenkassen i.S.v. § 299 StGB seien und dementsprechend diesen Tatbestand im Rahmen des „Pharmamarketing“ verwirklichen können, vgl. OLG Braunschweig NSTZ 2010, 392 m. abl. Anm. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2010, 312; jüngst *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23.

Zur Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes nach Systemwechseln*

Von Prof. Dr. Arnd Koch, Augsburg

I. Einleitung

„Verflucht sei [...], wer das Recht beugt“.¹ Mit diesen Worten brachte das Alte Testament die besondere Verwerflichkeit einer Rechtsbeugung zum Ausdruck. Bis heute ist der Tatbestand der Rechtsbeugung als schwerwiegendes Delikt, als ein Verbrechen, ausgestaltet. Verurteilungen wegen Rechtsbeugung sind in funktionierenden Demokratien selten. In den Blickpunkt rückte § 339 StGB erst im Zusammenhang mit der juristischen Aufarbeitung von NS- und DDR-Justizunrecht. Können Richter für ihre Urteile, die sie unter der Herrschaft eines untergegangenen Regimes gefällt haben, strafrechtlich belangt werden? In einem ersten Abschnitt wird die juristische Aufarbeitung von NS-Justizunrecht nach 1945 in Erinnerung gerufen (II.). In einem zweiten Schritt wendet sich der Blick auf die juristische Bewältigung von DDR-Justizunrecht nach 1989 (III.). In beiden Fällen, so viel sei vorweggenommen, sorgte eine ergebnisorientierte Auslegung des § 339 StGB dafür, dass Verurteilungen von Richtern und anderen Justizangehörigen praktisch unmöglich wurden bzw. seltene Ausnahmen blieben (IV.).

II. Juristische Aufarbeitung von NS-Justizunrecht

1. Bilanz

Die Anzahl der während des Nationalsozialismus ausgesprochenen Todesurteile macht fassungslos.² Deutsche Richter verhängten rund 35.000 Kapitalstrafen, hiervon entfielen 16.000 auf Kriegsgerichte, 11.000 auf Sondergerichte, 5.000 auf den Volksgerichtshof sowie 3.000 auf Standgerichte während der letzten Kriegsmonate.

Die Bilanz der Aufarbeitung des NS-Justizunrechts nach 1945 ist ernüchternd, ja sie kommt – in den Worten *Spendels* – einer „Bankrotterklärung“ gleich.³ So wurden in Westdeutschland bzw. in den Westzonen lediglich zwei Berufsrichter sowie eine Handvoll von Offizieren und Anklägern wegen ihrer Urteilssprüche zur Rechenschaft gezogen. Die Urteile ergingen in der Regel wenige Jahre nach 1945 und betrafen ausschließlich Standgerichtsverfahren der letzten Kriegsmonate. Strafflos blieben hingegen sämtliche Richter und Staatsanwälte des Volksgerichtshofs, der Kriegsgerichte und der Sondergerichte. Wie konnte es dazu kommen? Der

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verf. im Herbst 2010 an der Jagiellonen-Universität Krakau hielt.

¹ Zit. nach *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969, S. 9.

² Zahlen bei *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 296 ff.

³ *Spendel*, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, Sechs strafrechtliche Studien, 1984, S. 18. Für ein breiteres Publikum *Friedrich*, Freispruch für die Nazi-Justiz, Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948, Eine Dokumentation, 1998; *Gritschneider*, Furchtbare Richter, Verbrecherische Todesurteile deutscher Kriegsgerichte, 1998; *Müller*, Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, 1989, S. 275 ff.

Grund für die umfassende Freistellung der NS-Justiz liegt, wie zu zeigen ist, in einer restriktiven Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes nach 1945.

2. Der Prozess gegen den ehemaligen Richter am Volksgerichtshof Rehse

Zur Veranschaulichung soll im Folgenden ein markantes Verfahren herausgegriffen werden, der Prozess gegen den ehemaligen Richter am Volksgerichtshof Karl-Heinz Rehse aus dem Jahre 1967.⁴ Dieser war als Pilotverfahren gedacht. Die Berliner Staatsanwaltschaft beabsichtigte, nach *Rehses* Verurteilung weitere Anklagen gegen noch lebende Angehörige des Volksgerichtshofs zu erheben. Während seiner Zeit als Beisitzender Richter im Ersten Senat unterzeichnete Rehse mindestens 231 Todesurteile. Vorsitzender des Senats war der berüchtigte Präsident des Volksgerichtshofs, Roland Freisler. In der Nachkriegszeit war Rehse – dies soll nicht unerwähnt bleiben – weiter als Richter tätig.

Um das Verfahren zu beschleunigen, beschränkte die Staatsanwaltschaft ihre Anklage gegen Rehse auf sieben der von ihm ausgesprochenen Todesurteile. In einem dieser Fälle hatte ein Museumsleiter 1943 gegenüber einer Bekannten erklärt, Deutschland trage die Schuld am Krieg, jetzt befänden sich die Truppen überall auf dem Rückzug, in vier Wochen sei es aus mit der Partei.⁵ In einem anderen Fall äußerte sich ein katholischer Geistlicher skeptisch zur Kriegslage und erzählte überdies leichtsinnigerweise einen politisch-theologischen Witz.⁶ Sowohl der Museumsdirektor als auch der Geistliche wurden von ihren jeweiligen Gesprächspartnern an die Gestapo denunziert.⁷

Der Volksgerichtshof verurteilte die Angeklagten, mit der Stimme *Rehses*, wegen sog. „Wehrkraftzersetzung“ zum Tode.⁸ Der Tatbestand der „Wehrkraftzersetzung“ war in § 5

⁴ Dokumentiert bei *Friedrich* (Fn. 3), S. 587 ff.; zum Prozess gegen Rehse auch *Freudiger* (Fn. 2), S. 395 ff.; *Homann*, Herausforderungen an den Rechtsstaat durch Justizunrecht, Die Urteile bundesdeutscher Gerichte zur strafrechtlichen Aufarbeitung von NS- und DDR-Justizverbrechen, 2003, S. 87 ff. Vgl. auch den Prozessbericht des Spiegel-Gerichtsreporters *Mauz*, Die großen Prozesse der Bundesrepublik Deutschland, 2005, S. 35 ff.

⁵ Dokumentiert bei *Friedrich* (Fn. 3), S. 609.

⁶ *Friedrich* (Fn. 3), S. 610 f.: Ein Sterbender bat, diejenigen noch einmal sehen zu dürfen, für die er sterben müsse; da habe man das Bild Hitlers rechts, das Görings links neben ihn gestellt; da sagte der Verwundete: „Jetzt sterbe ich wie Christus“.

⁷ Zur Bedeutung von Denunziationen für das Funktionieren des Verfolgungsapparates: *Koch*, in: Jerouschek/Rüping/Mezey (Hrsg.), Strafverfolgung und Staatsraison, Deutsch-ungarische Beiträge zur Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 171.

⁸ RGBI. I 1939, S. 1455 („Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz“ v. 17.8.1939, § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung lautete: „Wegen Zersetzung

Abs. 1 Nr. 1 der „Kriegssonderstrafrechtsverordnung“ normiert; ein Paragraph, der während der Herrschaft des Dritten Reichs tausenden von Menschen das Leben kostete.

a) Die westdeutschen Gerichte der Nachkriegszeit bewerteten nationalsozialistische Strafnormen durchweg als damals geltendes Recht, nicht als per se ungültiges „gesetzliches Unrecht“ im Sinne *Gustav Radbruchs*.⁹ In einem wirkungsmächtigen Aufsatz aus dem Jahre 1946 hatte sich der Heidelberger Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph unter dem Eindruck der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft vom Positivismus abgewandt.¹⁰ Gemäß der hier formulierten sog. „*Radbruchschen Formel*“ ist der „Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit [...] dahin zu lösen [...], daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“¹¹ Vor dieser Konsequenz aber, der Nichtigerklärung nationalsozialistischer Gesetze, schreckten die Gerichte der Nachkriegszeit zurück. NS-Strafrecht galt als seinerzeit geltendes Recht, die Anwendung von NS-Strafnormen, wie etwa § 5 Kriegssonderstrafrechtsverordnung, erfüllte für sich genommen nicht den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung.¹²

b) Der objektive Tatbestand sollte erst dann erfüllt sein, wenn Richter NS-Recht unrichtig anwandten. Im „Fall Rehse“ musste das Berliner Gericht also prüfen, ob die Äußerungen des Museumsdirektors bzw. des Geistlichen unter „Wehrkraftzersetzung“ subsumierbar waren und nach damaliger Auffassung den Ausspruch eines Todesurteils rechtfertigten. Nach Überzeugung des Kammergerichts durften Rehse und der Volksgerichtshof die fraglichen Aussagen seinerzeit durchaus als „Wehrkraftzersetzung“ bewerten.¹³ Allerdings, so das Gericht, hätte auf einen minder schweren Fall erkannt werden müssen (§ 5 Abs. 2 Kriegssonderstrafrechtsverord-

der Wehrkraft wird mit dem Tode bestraft, wer öffentlich dazu auffordert oder anreizt, die Erfüllung der Dienstpflicht in der deutschen oder einer verbündeten Wehrmacht zu verweigern, oder sonst öffentlich den Willen des deutschen oder verbündeten Volkes zur wehrhaften Selbstbehauptung zu lähmen oder zu zersetzen sucht [...].“ § 5 Abs. 2 ordnete an: „In minder schweren Fällen kann auf Zuchthaus oder Gefängnis erkannt werden.“

⁹ BGHSt 3, 110 (113); BGHSt 4, 66 (68); BGHSt 10, 294 (301).

¹⁰ *Radbruch*, SJZ 1946, 105.

¹¹ *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

¹² Urteil des KG, abgedruckt bei *Friedrich* (Fn. 3), S. 619: „§ 91b StGB und § 5 KSVVO entspringen dem Recht eines jeden Staates in Zeiten gefährlicher Bedrängnis von außen seinen Bestand im Innern durch harte Kriegsgesetze zu sichern. Sie verstoßen nicht gegen ungeschriebenes, übergesetzliches Recht.“

¹³ *Friedrich* (Fn. 3), S. 623: Die Äußerungen „waren objektiv geeignet, die Wehrkraft im Sinne des Gesetzes und der Rechtsprechung zu lähmen.“

nung), so dass die Verhängung der Todesstrafe als überhart und unverhältnismäßig erschien.¹⁴ Als ungeschriebener Rechtsgrundsatz sei das Verbot grausamen, überharten Strafers seit jeher im deutschen Strafrecht verankert gewesen. Auch während des Dritten Reiches habe dieser Grundsatz Geltung beansprucht.¹⁵ Aufgrund des Ausspruchs einer unverhältnismäßig harten Strafe sah das Kammergericht somit im „Fall Rehse“ den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung als erfüllt an.

c) Die Verurteilung Rehses scheiterte jedoch an den subjektiven Voraussetzungen, am vermeintlich fehlenden Vorsatz des Angeklagten. Seit Mitte der 1950er Jahre verlangte der Bundesgerichtshof für den subjektiven Tatbestand des § 339 StGB (§ 336 StGB damaliger Fassung) sog. direkten Vorsatz.¹⁶ In einem richtungweisenden Urteil aus dem Jahre 1956 wandte sich das Gericht „nach nochmaliger Überprüfung“ von seiner früheren Linie ab, wonach für eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung schon bedingter Vorsatz des Richters genüge.¹⁷ Auch der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone hatte zuvor unter Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 („Verbrechen gegen die Menschlichkeit“) kein Problem gesehen, NS-Richtern bei Unrechtsurteilen vorsätzliches Handeln zu attestieren: „Wo es um die Verursachung einer Unmenschlichkeit geht, kann sich niemand damit entlasten, er habe das nicht erkannt, er sei blind dafür gewesen.“¹⁸ Ganz anders nunmehr der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil. Der Richter musste hiernach sicher wissen, dass er mit seinem Urteil das Recht brach. Abzustel-

¹⁴ *Friedrich* (Fn. 3), S. 627 f.

¹⁵ *Friedrich* (Fn. 3), S. 627 unter Berufung auf BGH MDR 1952, 694. Dem genannten Urteil lag ein heute unfassbares Geschehen zugrunde. Ein Kriegsgericht hatte fahnenflüchtige Soldaten nach der Kapitulation zum Tode verurteilt. Der Ausspruch der Höchststrafe verletze das Verbot grausamen und übermäßig harten Strafers, „es war für jeden unvoreingenommenen Richter offensichtlich, daß die Fahnenflucht der Soldaten nicht die Höchststrafe, die Todesstrafe verdiene“. Ausführlich zu diesem Fall, der Gegenstand von fünf Strafverfahren war und schließlich mit Freisprüchen endete *Friedrich* (Fn. 3), S. 192 ff.

¹⁶ BGHSt 10, 294; zuvor bereits OLG Bamberg SJZ 1949, 491.

¹⁷ BGHSt 10, 294 (299). Anders noch die unveröffentlichten Urteile BGH, Urt. v. 9.6.1953 – 1 StR 198/53, in: Rüter (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966, Bd.10, 1973, S. 233 (S. 235) und BGH, Urt. v. 30.11.1954 – 1 StR 350/53, in: Rüter (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966, Bd. 13, 1975, S. 336 (S. 338). Zur Entwicklung der Rspr. *Hupe*, Der Rechtsbeugungsvorsatz, 1995, S. 30 ff.; *Quasten*, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003, S. 16 ff.

¹⁸ OGHSt, Urt. v. 7.12.1948, abgedr. bei *Friedrich* (Fn. 3), S. 197. Das Urteil bezog sich auf den angesprochenen Fall eines Todesurteils wegen Fahnenflucht nach der Kapitulation.

len war bei alledem auf die Perspektive der damals Handelnden.¹⁹ Zur Begründung verwies das Gericht, ebenfalls in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung, auf den notwendigen, von § 339 StGB (§ 336 StGB d.F.) intendierten Schutz der richterlichen Unabhängigkeit: „Bei Auslegungszweifeln z.B. kann er [der Richter, A.K.] irren; er müßte dann immer mit der Gefahr der Verdächtigung rechnen, er habe mit bedingtem Vorsatz unrichtig entschieden. Gegen diese Gefahr muss er wirksam geschützt werden.“²⁰

3. Fazit

Die Anhebung der Vorsatzanforderungen qua Auslegung war verantwortlich dafür, dass fortan kein NS-Richter verurteilt werden konnte. Wie sollte der Nachweis gelingen, dass der Betreffende selbst fest davon ausging, mit seinem Urteilspruch Unrecht zu tun? So lautete die entscheidende Passage im freisprechenden Urteil gegen Rehse: „Ein Richter kann nur dann bestraft werden, wenn er [...] wider seine bessere Überzeugung die Todesstrafe verhängte. Das ist dem Angeklagten [...] nicht nachzuweisen.“ Als Konsequenz dieser Rechtsprechung galt, zugespitzt formuliert, der Satz: Je größer die nationalsozialistische Verblendung, desto kleiner die Wahrscheinlichkeit vorsätzlichen Handelns.²¹ Aufgrund der sog. „Sperrwirkung der Rechtsbeugung“ – eine dogmatische Figur, die *Radbruch* in seinem angesprochenen Aufsatz entwickelt hatte²² – schied eine Verurteilung wegen anderer Delikte aus. Die von der Nachkriegsrechtsprechung umgehend aufgegriffene Rechtsfigur besagt, dass Richter wegen ihrer Urteile nur dann belangt werden können, wenn sie der

Rechtsbeugung schuldig sind.²³ Mit anderen Worten: Die Verurteilung wegen eines Tötungsdeliktes oder wegen Freiheitsberaubung blieb nur dann möglich, wenn die Voraussetzungen strafbarer Rechtsbeugung vorlagen.

III. Juristische Aufarbeitung von DDR-Justizunrecht

1. Bilanz

Nach 1989 kam es zu umfassenden Ermittlungen gegen DDR-Juristen. Die erstaunlich hohe Zahl von 35.000 Ermittlungsverfahren ist der Tatsache geschuldet, dass jeder Antrag auf Rehabilitierung für erlittenes Unrecht per se einen Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung begründete.²⁴ Letztendlich wurden 223 Justizangehörige der DDR angeklagt, insgesamt ergingen 27 Verurteilungen wegen Rechtsbeugung, wobei in 22 Fällen eine Strafaussetzung auf Bewährung erfolgte. Gegenstand der Verfahren gegen Richter und Staatsanwälte der untergegangenen DDR waren beispielsweise politische Prozesse der 1950er Jahre, die mit drakonischen Strafen geendet hatten.²⁵ Zur Anklage gelangten aber auch Verurteilungen von DDR-Bürgern, die ihren Unmut über die politischen Verhältnisse zum Ausdruck brachten oder öffentlich ihren Willen zur Ausreise bekundeten. So verhängten Gerichte der DDR beispielsweise Freiheitsstrafen ohne Bewährung gegen Personen, die sich zustimmend zu den Aktivitäten der polnischen Gewerkschaft Solidarnosc äußerten oder ein Schild mit dem Buchstaben „A“ – für Ausreisewunsch – in ihre Fenster stellten.²⁶

Die Verfolgung von NS-Richtern war seit Mitte der 1950er Jahre endgültig zum Erliegen gekommen. Es drängt sich die Frage auf, weshalb nach 1989 – wenn auch in beschränktem Umfang – Verurteilungen von Justizangehörigen der DDR ergingen. Die Antwort ist in einer abermaligen Änderung der Auslegung des § 339 StGB zu finden, die der BGH nach der Wiedervereinigung aufgriff.²⁷ Die gewandelte Rechtsprechung betraf sowohl die objektiven wie die subjektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungsparagraphen; sie soll im Folgenden anhand eines zeithistorisch bedeutenden Strafprozesses illustriert werden.

2. Der Prozess gegen die Richter des letzten in der DDR verhängten Todesurteils

1997 fand am Landgericht Berlin ein Verfahren gegen die Richter und Ankläger statt, die das letzte Todesurteil der DDR – und damit das letzte Todesurteil der deutschen Rechtsgeschichte – zu verantworten hatten.²⁸ Im Jahre 1981

¹⁹ BGHSt 10, 294 (299 f.): „Dabei sind ernsthafte Zweifel über die Auslegung des anzuwendenden Rechts aus der Perspektive des damals handelnden oder urteilenden Richters zu entscheiden.“

²⁰ BGHSt 10, 294 (300); ganz anders noch BGH, Urt. v. 9.6.1953 – 1 StR 198/53, in: Rüter (Fn. 17 – Bd. 10), S. 233 (S. 235): „Die Unabhängigkeit und Verantwortungsfreiheit des Spruchrichters, die es insofern allein zu wahren gilt, erleiden aber keine Einbuße, wenn er für jede Art von *vorsätzlichen* [Hervorhebung im Original, A.K.] Taten einzustehen hat. Der Richter, der das als möglich erkannte Unrecht seiner Maßnahme ins Auge faßt und seine Verwirklichung auch für diesen Fall will, bedarf ebensowenig des Schutzes wie derjenige, der mit unbedingtem Vorsatz handelt.“ Trotz ihres konträren Standpunktes berufen sich beide Ansichten auf die insofern wenig eindeutigen Ausführungen in BGH MDR 1952, 693.

²¹ Ähnlich *Friedrich* (Fn. 3), S. 596.

²² *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (108): „Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihm begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus. Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade den Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d.h. unter das Recht, verletzt hätte.“

²³ BGHSt 10, 294 (298); BGHSt 32, 357 (364); BGHSt 41, 247 (255); ausführlich *Quasten* (Fn. 17), S. 38 ff.

²⁴ Hierzu und zum Folgenden *Homann* (Fn. 4), S. 105 f.

²⁵ Überblicke bei *Beckert*, Die erste und letzte Instanz, Schau- und Geheimprozesse vor dem Obersten Gericht der DDR, 1995, passim; *Werkentin*, Politische Strafjustiz in der Ära Ulbricht, 1995, passim.

²⁶ Zu solchen Fällen *Homann* (Fn. 4), S. 163 ff.

²⁷ Beginnend mit BGHSt 32, 357 (364).

²⁸ LG Berlin, Urt. v. 2.7.1998 – Js 291/91; Zur Todesstrafe in der DDR: *Koch*, ZStW 110 (1998), 89; *ders.*, JZ 2007, 719.

war der Stasioffizier Werner Teske in einem streng geheim gehaltenen Prozess durch das Oberste Gericht der DDR zum Tode verurteilt worden. Der Angeklagte hatte sein Überlaufen in den Westen vorbereitet und zu diesem Zweck klassifiziertes Material gesammelt. Bald nach der Verurteilung fand die Exekution in einem verborgenen Trakt des Leipziger Gefängnisses statt, ausgeführt durch einen „unerwarteten Nahschuss“ in den Hinterkopf.²⁹

3. Das Urteil des Landgerichts Berlin

Das Landgericht Berlin verurteilte die Angeklagten wegen Rechtsbeugung in Tateinheit mit Totschlag in einem minder schweren Fall zu Freiheitsstrafen von je vier Jahren. Auf Grundlage der seit den 1950er Jahren praktizierten Rechtsprechung zu NS-Fällen hätten die DDR-Juristen nicht verurteilt werden können; ein Einwand, den die Angeklagten und ihre Verteidiger in entsprechenden Verfahren regelmäßig erhoben.³⁰ Weshalb war nunmehr möglich, was in der Vergangenheit so kläglich gescheitert war? Vergleichen wir die Ausführungen des Landgerichts, das die nach 1989 ergangenen einschlägigen Judikate des Bundesgerichtshofs getreulich umsetzte, mit den Urteilen zu NS-Justizverbrechen:

a) Der Ausgangspunkt hat sich nicht verändert. Das Recht der DDR wird als seinerzeit geltendes Gesetz anerkannt, nicht als unwirksames, „unrichtiges Recht“ disqualifiziert.³¹

b) Neu hingegen ist eine Einschränkung im objektiven Tatbestand. Rechtsbeugung soll allein bei elementaren Verstößen gegen das Recht, bei schieren Willkürakten vorliegen. Die Reduktion des objektiven Tatbestandes war bereits wenige Jahre vor der Wiedervereinigung erfolgt.³² Nicht jede unrichtige oder unvertretbare Rechtsanwendung erfüllt hier nach den Tatbestand des § 339 StGB. Nur der Rechtsbruch als „elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege“ sei in § 339 StGB unter Strafe gestellt. Rechtsbeugung begehe daher nur der Amtsträger, der sich bewusst in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entferne.³³ Nach 1989 grif-

fen die Gerichte diesen Ansatz dankbar auf, wobei sie im Wesentlichen drei Fallgruppen bildeten.³⁴ Als elementarer Rechtsverstoß gelten die Überdehnung von Tatbeständen (d.h. die Überschreitung des Gesetzeswortlauts), ein unerträgliches Missverhältnis zwischen abgeurteilter Tat und Strafhöhe sowie schließlich schwere Menschenrechtsverletzungen während des Verfahrens.

Die Beschränkung auf evidente Willkürakte sorgte nach 1989 für eine weitgehende Freistellung der DDR-Justiz. So galt etwa die Verurteilung zu Haftstrafen wegen des öffentlichen Bekundens eines Ausreisewunsches unter bestimmten Umständen als „evident rechtsstaatswidrig“, nicht aber als allein tatbestandliche „unerträgliche Menschenrechtsverletzung.“³⁵

In unserem Ausgangsfall, dem letzten Todesurteil in der DDR, bejahte das Berliner Gericht den Tatbestand der Rechtsbeugung. Die Verhängung der Todesstrafe sei in diesem besonderen Fall als willkürlich und als schwerer Verstoß gegen die Menschenrechte zu werten, „Rechtsbeugung [liege] hier in Form grausamen und überharten Strafens vor“.³⁶ Der Ausspruch der Höchststrafe könne lediglich dann nicht als Rechtsbeugung begriffen werden, „wenn die Ahndung schwersten Unrechts und schwerster Schuld [...] in Rede steht“.³⁷ Hieran aber habe es im „Fall Teske“ gefehlt. Mangels erfolgter Übergabe von Geheimmaterial sei kein gravierender Schaden für die Interessen der DDR entstanden, es habe kein schwerer Fall von Spionage vorgelegen.

c) Eine weitere wichtige Modifikation findet sich nach 1989 auf Ebene des subjektiven Tatbestandes. Die Rechtsprechung gab ihre hohen Vorsatzanforderungen explizit auf. Stattdessen schließt der Bundesgerichtshof nunmehr umstandslos aus dem massiven Gewicht des Rechtsverstoßes auf den Rechtsbeugungsvorsatz des Richters.³⁸ Insofern nähert er sich der Position an, welche der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone eingenommen hatte. Angesichts der im objektiven Tatbestand verlangten gravierenden Rechtsverstöße sei kein Raum für die Annahme, dass der Richter unvorsätzlich gehandelt habe. Eine Fehlbewertung des eigenen Verhaltens aufgrund politischer Überzeugungen bzw. politischer Verblendung wird mit wenigen Sätzen für unbeachtlich erklärt: „Ein Richter, der in blindem Gehorsam gegenüber staatlichen Machthabern meint, sich auch dann im Einklang mit Recht und Gesetz zu befinden, wenn er über die Grenzen des gesetzlich Zulässigen hinaus den Willen der Staatsführung

Umfassend zur Geschichte der Todesstrafe in Deutschland *Evans*, *Rituale der Vergeltung, Die Geschichte der Todesstrafe in Deutschland von 1600-1987*, 2001, passim. Am 17.7.1987 schaffte die DDR als erstes Land des Warschauer Paktes die Todesstrafe ab.

²⁹ Zum Vollstreckungsverfahren: *Koch*, FAZ v. 2.10.2003, S. 8; *ders.*, JZ 2007, 719 (721).

³⁰ LG Berlin, Urt. v. 2.7.1998 – Js 291/91, Rn. 45 („Angehörige der Hitlerschen Blutjustiz hätten eine günstigere Behandlung erfahren als er“).

³¹ BGHSt 40, 125; 40, 273 (278); 41, 247 (256 f.).

³² BGHSt 32, 357 (364) obiter dictum, aufgegriffen von BGHSt 38, 381, kritisch hierzu *Seebode*, JR 1994, 1.

³³ Zusammenfassend jüngst BGH NStZ-RR 2010, 310: „Rechtsbeugung begeht [...] nur der Amtsträger, der sich bewusst und in schwer wiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt. Das Tatbestandsmerkmal ‚Beugung‘ enthält insoweit ein normatives Element, wonach nur elementare Rechtsverstöße und offensichtliche Willkürakte erfasst werden sollten. Auf den Maßstab (bloßer) Unvertretbarkeit darf

dabei schon im Interesse der Rechtssicherheit nicht abgestellt werden“.

³⁴ Zuerst in BGHSt 40, 30 (43); 41, 317 (321), LG Berlin, Urt. v. 2.7.1998 – Js 291/91, Rn. 55.

³⁵ Kasuistik bei *Homann* (Fn. 4), S. 163 ff.

³⁶ LG Berlin, Urt. v. 2.7.1998 – Js 291/91, Rn. 51, 55.

³⁷ LG Berlin, Urt. v. 2.7.1998 – Js 291/91, Rn. 56.

³⁸ LG Berlin, Urt. v. 2.7.1998 – Js 291/91, Rn. 57; BGHSt 41, 317 (336 ff.); 41, 247 (276): „Allein das Gewicht der vom Senat in diesen Fällen angenommenen Rechtsbrüche lässt keinen nachvollziehbaren Raum für die Annahme, die Angeklagte könne hier nicht wissentlich gesetzwidrig entschieden haben.“

vollzieht und dabei in der geschilderten Weise Menschenrechte verletzt, unterliegt keinem den Vorsatz berührenden Irrtum. Dasselbe gilt, wenn er aus Motiven der Staatsräson „Recht“ spricht, welche die Grenzen aus ihm bekannten grundlegenden unverbrüchlichen Rechtsgrundsätzen offensichtlich überschreitet.“³⁹

IV. Fazit

Politische Systemwechsel gaben den Anstoß für einschneidende Änderungen in der Auslegung des Rechtsbeugungsparagraphen. In der Nachkriegszeit vereitelte die richterliche Anhebung der Vorsatzanforderungen die strafrechtliche Aufarbeitung von NS-Justizunrecht. Nach 1989 bewirkte die Reduktion des Tatbestandes auf evidente Menschenrechtsverletzungen und offensichtliche Willkürakte eine weitgehende Freistellung der DDR-Justiz.

Der Bundesgerichtshof räumte nach der Wiedervereinigung post festum selbstkritisch ein, dass seine frühere Auslegung des Rechtsbeugungsparagraphen zu einer ungerechtfertigten Freistellung der NS-Justiz geführt habe.⁴⁰ Auf Grundlage seines nach 1989 entwickelten Verständnisses wäre eine weitreichende Verfolgung von NS-Justizunrecht möglich gewesen. Zugleich vermied das Gericht eine umfassende Ahndung von DDR-Richtern und verdeutlichte so den Abstand im Unrechtsgehalt zwischen NS-Staat und DDR-Regime.⁴¹ Rechtspolitisch fand der Bundesgerichtshof nach 1989 eine passgenaue Lösung. Einerseits erfolgte die Aufgabe und Distanzierung von einer verfehlten früheren Judika-

tur, andererseits umging er die flächendeckende strafrechtliche Verfolgung von DDR-Justizangehörigen. Rechtsmethodisch handelte es sich um eine ergebnisorientierte Auslegung des § 339 StGB. Klassische Auslegungstopoi wie die Entstehungsgeschichte, der Wortlaut oder die Teleologie traten in den Hintergrund.

Nach seinem gegenwärtigen Verständnis hat § 339 StGB einen ausgesprochen engen Anwendungsbereich. Aufgrund höchstrichterlicher Rechtsauslegung ist der Tatbestand der Rechtsbeugung beschränkt auf elementare Rechtsverstöße und offenkundige Willkürakte. „Verflucht ist [...] wer das Recht beugt“, so lautete das der Bibel entnommene Eingangszitat. Vor weltlichen Gerichten hat der Richter aufgrund des engen Anwendungsbereichs des § 339 StGB indes kaum mehr zu befürchten, „verflucht-“ bzw. strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen zu werden.

³⁹ BGHSt 41, 317 (340).

⁴⁰ BGHSt 41, 317 (339 f.): „Beispiele für die dargestellte Problematik bietet namentlich auch die (insgesamt fehlgeschlagene) Auseinandersetzung mit der NS-Justiz. Die nationalsozialistische Gewaltherrschaft hatte eine ‚Perversion der Rechtsordnung‘ bewirkt, wie sie schlimmer kaum vorstellbar war, und die damalige Rechtsprechung ist angesichts exzessiver Verhängung von Todesstrafen nicht zu Unrecht als ‚Blutjustiz‘ bezeichnet worden. Obwohl die Korruption von Justizangehörigen durch die Machthaber des NS-Regimes offenkundig war, haben sich bei der strafrechtlichen Verfolgung des NS-Unrechts auf diesem Gebiet erhebliche Schwierigkeiten ergeben. Die vom Volksgerichtshof gefällten Todesurteile sind ungesühnt geblieben, keiner der am Volksgerichtshof tätigen Berufsrichter und Staatsanwälte wurde wegen Rechtsbeugung verurteilt; ebenso wenig Richter der Sondergerichte und der Kriegengerichte. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung hatte nicht zuletzt die Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHSt 10, 294). Diese Rechtsprechung ist auf erhebliche Kritik gestoßen, die der Senat als berechtigt erachtet. Insgesamt neigt der Senat zu dem Befund, dass das Scheitern der Verfolgung von NS-Richtern vornehmlich durch eine zu weitgehende Einschränkung bei der Auslegung der subjektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungstatbestandes bedingt war“.

⁴¹ Politisch korrekt BGH 41, 317 (340): „Das staatlich verübte Unrecht der DDR kann mit Rücksicht auf die unterschiedliche Dimension nicht mit dem im nationalsozialistischen Regime begangenen gleichgesetzt werden“.

Bestechlichkeit und Bestechung von Sportschiedsrichtern – eine Straftat?

Zu § 299 StGB und § 6 SportSG-E

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Universität Osnabrück

I. Einleitung

Die Manipulation von Sportereignissen durch die Bestechung von Schiedsrichtern oder Spielern hat in der öffentlichen Wahrnehmung über einen längeren Zeitraum keine Rolle gespielt. Nach der Aufarbeitung des „Bundesligaskandals“ aus dem Jahr 1971¹ wurde in den Medien über ähnliche Manipulationen nicht berichtet. Das änderte sich schlagartig, als im Jahr 2004 der mit dem Namen des involvierten Schiedsrichters Hoyzer verbundene Tatkomplex bekannt wurde. Die strafrechtliche Aufarbeitung erfolgte durch die Anknüpfung an die Wetten, die auf die manipulierten Spiele abgegeben worden waren. Die Wettenden wurden wegen Betrugs zum Nachteil der Lottogesellschaft verurteilt, die bestochenen Schiedsrichter und Spieler wegen Beihilfe zum (Wett-)Betrug belangt. Nach dem für ein Revisionsverfahren eher spektakulären Verlauf der Verhandlung gegen Hoyzer und andere vor dem BGH im November 2006² kehrte wieder Ruhe ein, bevor ein deutlich größerer (aber weniger beachteter) Komplex bekannt wurde, der die Manipulationen von Fußballspielen in den Jahren 2007 und 2008 betrifft. Vor dem Landgericht Bochum liefen in diesem Jahr zwei Strafprozesse gegen jeweils mehrere Angeklagte.³ Auch in diesem Zusammenhang geht es um Betrug gegenüber Wettanbietern, der darauf beruhen soll, dass Schiedsrichter, Spieler und Co-Trainer dafür bezahlt worden sind, auf den Spielverlauf Einfluss zu nehmen.

Daneben hat ein weiterer Verdacht der Schiedsrichterbestechung die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit erreicht: Der THW Kiel hat im April 2007 das Finale der Handball-Champions League gegen die SG Flensburg gewonnen. Der damalige Manager und der damalige Trainer des THW stehen im Verdacht, die Schiedsrichter der Partie durch die Zahlung eines hohen fünfstelligen Eurobetrages bestochen zu haben. Dieser Verdacht ist Gegenstand eines Hauptverfahrens vor dem LG Kiel.⁴ Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, dass die strafrechtliche Erfassung nicht über einen Betrug zu Lasten eines Wettanbieters erfolgen kann. Die beiden Angeklagten sollen die Schiedsrichter bestochen haben, um endlich den Titel zu gewinnen – von Wetteinsätzen ist nichts bekannt. Die Anklage der StA Kiel lautet einerseits auf Un-

treue zu Lasten des Vereins, weil das Bestechungsgeld verschleiert von einem Vereinskonto stammen soll. Andererseits ist ein Betrug zu Lasten der EHF (Europäische Handballföderation) sowie der SG Flensburg angeklagt – dieser Vorwurf knüpft an die Auszahlung der Siegprämie in Höhe von 320.000 Euro an den THW Kiel an.⁵

Die große Überraschung erfolgte dann seitens des Gerichts im Zwischenverfahren. Zwar hat die Kammer ebenfalls hinreichenden Tatverdacht angenommen, jedoch die angeklagte prozessuale Tat materiellrechtlich teilweise abweichend beurteilt: Während die Bejahung der Untreue und die Ablehnung eines Betrugs mangels Täuschung noch im Bereich des für möglich Gehaltenen lagen, hat die Anwendung des nicht angeklagten § 299 Abs. 2 StGB – Bestechung im geschäftlichen Verkehr – sehr überrascht.

Um diese Rechtsfrage soll es in diesem Beitrag primär gehen. Liegt die 5. Strafkammer des LG Kiel mit ihrer Einschätzung richtig, dass die Bestechung (und damit auch die Bestechlichkeit) von Sportschiedsrichtern durch § 299 StGB erfasst wird?

Es gibt also einen aktuellen Anlass, als Beitrag zum fünfjährigen Jubiläum der ZIS gleichsam die Fortsetzung meines Aufsatzes zum Hoyzerskandal aus dem Jahr 2007⁶ zu veröffentlichen. Er behandelt außer § 299 StGB (II.) auch einen Gesetzesentwurf (§ 6 SportSG-E), der die Schiedsrichterbestechung erfassen soll (III.). Die nachfolgenden Ausführungen sind auf nationale Schiedsrichtereinsätze im Fußballbereich zugeschnitten. Ein relevanter Unterschied etwa zum Handballbereich dürfte nicht bestehen.

II. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)

Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, ob die Schiedsrichterbestechung dem Tatbestand des § 299 StGB unterfällt.

Bis zur Entscheidung des LG Kiel ging man einhellig davon aus, dass die Bestechung und Bestechlichkeit von Schiedsrichtern durch den Wortlaut des § 299 StGB nicht erfasst werden. Beispielhaft steht dafür ein in der Süddeutschen Zeitung erschienener Beitrag unter der Überschrift „Gesetzeslücke für Sportbetrüger – Deutsche Gerichte können Wettbewerbsmanipulationen im Fußball nicht ahnden – zwei Strafrechtler wollen das ändern.“⁷ In diesem Beitrag wird einer „der profiliertesten Korruptionsexpertinnen“ die Aussage zugeschrieben, „die Korruption bei Sportwettbewerb-

¹ Siehe zum Sachverhalt und den rechtlichen Gesichtspunkten z.B. *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656.

² Der Vertreter des Generalbundesanwalts hatte Freispruch beantragt, was für heftige Reaktionen in der Öffentlichkeit sorgte.

³ Das erste Verfahren wurde am 14.4.2011 mit Verurteilungen wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1, 3 S. 2 Nr. 1 StGB abgeschlossen; für den zweiten Prozess wird die Urteilsverkündung für den Zeitraum vor Erscheinen dieses Beitrags erwartet.

⁴ Der für Ende März 2011 vorgesehene Beginn der Hauptverhandlung musste wegen der Erkrankung des Kammervorsitzenden verschoben werden.

⁵ Daneben geht es in der Anklage um weitere untreuerelevante Zugriffe auf Vereinskonto sowie um den Vorwurf der unrichtigen Bilanzerstellung gem. § 331 Nr. 1 HGB.

⁶ *Krack*, ZIS 2007, 103.

⁷ Süddeutsche Zeitung v. 29.3.2006, S. 35.

ben sei bislang *ausdrücklich* nicht erfasst“⁸. Das entspricht im Ergebnis auch dem Stand in der Fachliteratur.⁹

In erster Linie geht es darum, ob sich die Strafbarkeit unter dem Blickwinkel ergibt, dass der Schiedsrichter für den DFB (oder die DFL) tätig wird (1.). Anschließend wird kurz der Frage nachgegangen, ob der Schiedsrichter auch anderen Geschäftsherren zugeordnet werden kann (2.).

1. DFB und DFL als Geschäftsherren des Schiedsrichters

a) Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs

Der Schiedsrichter müsste Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs sein. Ob die Schiedsrichter im nationalen Fußballbetrieb für einen solchen geschäftlichen Betrieb i.S.v. § 299 StGB tätig werden, muss differenziert betrachtet werden für Spiele, die vom DFB veranstaltet werden, und solche, bei denen die DFL Veranstalter ist.¹⁰ Denn seit der ab der Spielzeit 2001/2002 wirksamen grundlegenden Strukturreform im deutschen Profifußball werden nicht mehr alle höherklassigen Fußballspiele vom DFB durchgeführt.

aa) DFB als Spielveranstalter

Zahlreiche Spiele sind jedoch in der Verantwortung des DFB verblieben. Sie werden weiterhin vom DFB veranstaltet. Das gilt z.B. für Länderspiele und den DFB-Vereinspokal im Herren- und Frauenbereich, die 1. und 2. Frauenbundesliga, die dritte und vierte Spielklasse bei den Herren sowie einige Wettbewerbe im Jugendbereich.¹¹ Auch auf diese Spiele kann (jedenfalls zum Teil) gewettet werden, so dass eine Anfälligkeit für Spielmanipulationen besteht.¹²

Die in diesen Wettbewerben tätigen Schiedsrichter sind solche des DFB. Auswahl und Fortbildung der Schiedsrichter erfolgen ebenso wie die Ansetzung der Unparteiischen für ein bestimmtes Spiel durch Organe des DFB.¹³ Die Schiedsrichter lassen sich daher hinsichtlich des DFB als Beauftragte i.S.d. § 299 StGB einordnen. Dafür reichen die feste Einbindung in die Verbandsstrukturen des DFB und das Auftreten

für diesen Verband aus.¹⁴ Ein Schiedsrichter hat unmittelbaren Einfluss auf den Spieldausgang und wirkt damit mittelbar auf Entscheidungen des Verbandes ein (wie z.B. Meisterschaft und Abstieg).¹⁵ Dass die Schiedsrichter in ihren Entscheidungen nicht weisungsabhängig sind, steht der Annahme einer Beauftragung nicht entgegen.¹⁶

Problematisch ist jedoch, ob die Schiedsrichter Beauftragte „eines geschäftlichen Betriebes“ sind. Auf den ersten Blick könnte man auf die Idee kommen, die Einordnung des DFB als geschäftlichen Betrieb schlicht daran scheitern zu lassen, dass der DFB als Idealverein gem. § 21 BGB organisiert ist. Denn trotz des in den letzten Jahrzehnten deutlich gewachsenen Geschäftsvolumens ist der DFB immer noch in Form des nicht wirtschaftlichen Vereins organisiert. § 21 BGB setzt voraus, dass es sich um einen Verein handelt, „dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“. So wird auch im Schrifttum die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf die Bestechung von Schiedsrichtern eben mit dieser Begründung abgelehnt.¹⁷

Eine derart begründete Ablehnung des Tatbestandsmerkmals übersieht jedoch das zu § 21 BGB entwickelte Nebenzweckprivileg, das schon von den Schöpfern des BGB vertreten und von der Rechtsprechung übernommen wurde sowie seitens des Schrifttums in weitem Maße geteilt wird.¹⁸ Danach steht es der Annahme eines Idealvereins nicht entgegen, wenn der Verein wirtschaftliche Zwecke verfolgt, solange sie als Nebenzwecke den idealen Hauptzwecken untergeordnet sind.¹⁹

So verhält es sich auch beim DFB. In § 4 der Satzung sind zahlreiche nicht wirtschaftliche Zwecke aufgeführt, so z.B. die Vermittlung von Werten wie Toleranz und Respekt sowie die Förderung des Jugendfußballs. Laut § 5 Abs. 2 verfolgt der DFB „nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“. Diese Zwecksetzung spiegelt sich auch in der Aufgabenverteilung innerhalb des Präsidiums. So finden sich hier etwa ein „Vizepräsident für Prävention, Integration, Freizeit- und

⁸ *Hervorhebung durch den Verf.*

⁹ *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (424); *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 299 Rn. 25; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 6; *Bannenber*, in: *Wabnitz/Janowsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl. 2007, § 10 Rn. 3.

¹⁰ Die Verwendung der Begriffe „Veranstalter“ und „veranstalten“ kann Missverständnisse hervorrufen, da eine Verwechslung mit der Funktion der Heimmannschaft droht. Diese Begrifflichkeit entspricht jedoch der vom DFB gewählten (siehe §§ 40 ff. *Spielordnung-DFB*).

¹¹ Siehe § 42 *Spielordnung-DFB*.

¹² Eine gewisse Bekanntheit hat die von Schiedsrichter Hoyzer geleitete Partie des SC Paderborn gegen den Hamburger Sportverein im DFB-Vereinspokal der Spielzeit 2004/2005 erlangt.

¹³ Siehe z.B. § 4 *Schiedsrichterordnung*.

¹⁴ Zu den Anforderungen an die Stellung als Beauftragter siehe z.B. *Fischer* (Fn. 9), § 299 Rn. 4 ff. Einige Begriffsbestimmungen verlangen für den Beauftragten eine geschäftliche Tätigkeit. Dieser Aspekt soll hier erst bei der Subsumtion unter die Merkmale „eines geschäftlichen Betriebs“ sowie „im geschäftlichen Verkehr“ betrachtet werden.

¹⁵ Die mittelbare Beeinflussung von Entscheidungen des Geschäftsherrn reicht für die Stellung als Beauftragter aus (*Dannecker* [Fn. 9], § 299 Rn. 22).

¹⁶ Für die Erfassung auch selbstständiger Entscheidungsträger z.B. *Dannecker* (Fn. 9), § 299 Rn. 25.

¹⁷ *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (424 Fn. 14). *Dannecker* (Fn. 9), § 299 Rn. 25, und *Fischer* (Fn. 9), § 299 Rn. 6, beziehen sich auf *Schlösser*; es wird aber nicht deutlich, ob sie sich dessen Argumentation zu Eigen machen wollen.

¹⁸ Siehe z.B. *Weick*, in: *Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, Bd. 1/2, 2005, § 21 Rn. 12 ff. m.w.N.

¹⁹ Dementsprechend können etwa auch gemeinnützige, kulturelle und soziale Einrichtungen als Geschäftsbetrieb i.S.v. § 299 StGB erfasst werden (siehe z.B. *Dannecker* [Fn. 9], § 299 Rn. 24 m.w.N.).

Breitensport“ sowie ein „Vizepräsident für Jugendfußball“. Für eine gewerbliche Tätigkeit finden sich keine Anhaltspunkte. Anders sieht es dagegen aus, wenn man sich die Aufgabenverteilung in der Zentralverwaltung des DFB ansieht. Hier findet sich als eine von sechs Direktionen der Bereich Marketing mit den Aufgabengebieten Medienrechte, Sponsoring und Merchandising & Lizenzen.²⁰ In diesen Bereichen wird der DFB in einer Weise tätig, die unter das Tatbestandsmerkmal des geschäftlichen Betriebs subsumiert werden kann: Die Vergabe von Sponsorenrechten und der Verkauf von Fernsehrechten erfolgt nach markttypischen Kriterien.

Hierbei handelt es sich um auf Dauer betriebene Tätigkeiten im Wirtschaftsleben, die sich jeweils durch den Austausch von Leistungen und Gegenleistungen vollziehen. Auch wenn der DFB auf der Ausgabenseite seine Gelder allein für gemeinnützige Zwecke verwendet, führt der DFB hinsichtlich der genannten Einnahmequellen einen geschäftlichen Betrieb i.S.d. § 299 StGB – trotz der Einordnung als Idealverein gemäß § 21 BGB.

Die für Spiele des DFB eingesetzten Schiedsrichter sind also für einen Geschäftsherrn tätig, der als geschäftlicher Betrieb einzustufen ist.

bb) DFL als Spielveranstalter

Die obersten beiden Spielklassen im Herrenbereich werden nicht mehr vom DFB, sondern von der DFL veranstaltet.²¹ Die DFL („DFL Deutsche Fußball Liga GmbH“) führt die operativen Geschäfte des Ligaverbandes („Die Liga – Fußballverband e.V.“), eines Zusammenschlusses der lizenzierten Vereine und Kapitalgesellschaften der Fußballlizenzierten „Bundesliga“ und „2. Bundesliga“. Die Einbindung in den DFB erfolgt über die Mitgliedschaft des Ligaverbandes im DFB.²²

Auch bei der DFL handelt es sich um einen geschäftlichen Betrieb. Die DFL vermarktet die Fernsehrechte für die von ihr veranstalteten Ligaspiele. Aufgrund der Vermarktungsverträge kommt es zu einem Leistungsaustausch zwischen der DFL und den Fernsehsendern.

Etwas schwieriger als bei den DFB-Spielen ist die Frage zu beantworten, ob die Schiedsrichter, die die von der DFL veranstalteten Ligaspiele leiten, Beauftragte der DFL sind. Denn anders als der DFB verfügt die DFL nicht über ein eigenes Schiedsrichterwesen. Die DFL bedient sich des Schiedsrichterwesens des DFB²³ und zahlt dafür ein Ent-

gelt.²⁴ Eine solche mittelbare Beauftragung wird durch § 299 StGB erfasst, da es um die faktische Eingliederung des Angestellten oder Beauftragten in die Entscheidungsstruktur des Geschäftsherrn geht; auf die rechtliche Konstruktion kommt es nicht an.²⁵ Die Schiedsrichter sind, soweit sie ein Spiel im Rahmen der Verantwortung der DFL leiten, Beauftragte der DFL; die DFL ist ein geschäftlicher Betrieb.

Insgesamt hat sich also gezeigt, dass die Schiedsrichter unabhängig davon, ob das Fußballspiel in den Bereich des DFB oder der DFL gehört, als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs i.S.v. § 299 StGB eingeordnet werden können.

b) Im geschäftlichen Verkehr

§ 299 StGB greift jedoch nur ein, wenn sich die Unrechtsvereinbarung auf eine Tätigkeit des Beauftragten „im geschäftlichen Verkehr“ bezieht. Daran fehlt es jedoch bei der Bestechung und Bestechlichkeit von Schiedsrichtern.

Dem Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ kommt im Schrifttum nur eine geringe Aufmerksamkeit zu. In erster Linie wird die Funktion darin gesehen, zwei Handlungsformen aus dem Anwendungsbereich der Norm auszunehmen: Rein privates Handeln soll ebenso wie hoheitliches Handeln nicht Gegenstand einer dem § 299 StGB unterfallenden Unrechtsvereinbarung sein können.²⁶ Weniger deutlich herausgearbeitet wird eine weitere Funktion dieses Tatbestandsmerkmals, die in der hier betrachteten Konstellation von besonderer Bedeutung ist. Das Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ stellt klar, dass die Annahme eines geschäftlichen Betriebs nicht dazu führt, dass jede Tätigkeit für diesen Betrieb als bestechungsrelevant erfasst wird. Nur solche Tätigkeiten, die die geschäftlichen Beziehungen betreffen, können eine tatbestandsrelevante Unrechtsvereinbarung ausmachen. Das bedeutet insbesondere für Idealvereine, dass nicht jede Betätigung dem geschäftlichen Verkehr zugeordnet werden kann.²⁷

²⁴ Für die Inanspruchnahme des Schiedsrichterwesens, die Durchführung der Anti-Doping-Maßnahmen und die Inanspruchnahme der DFB-Sportgerichtsbarkeit zahlt die DFL dem DFB pauschal 4,8 Mio. Euro pro Spielzeit (§ 4 Abs. 4 S. 1 Grundlagenvertrag).

²⁵ Siehe *Blessing*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Aufl. 2011, § 53 Rn. 66; *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. III 2 Rn. 10, 12.

²⁶ *Dannecker* (Fn. 9), § 299 Rn. 28, *Fischer* (Fn. 9), § 299 Rn. 12; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 21; *Rönnau* (Fn. 25), Kap. III 2 Rn. 16.

²⁷ *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 299 Rn. 9a. Solche Beschränkungen auf Teilbereiche werden teilweise beim Tatbestandsmerkmal „geschäftlicher Betrieb“ vorgenommen (z.B. *Dannecker* [Fn. 9], § 299 Rn. 26; *Diemer/Krick*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 299 Rn. 7; *Tiedemann* [Fn. 26], § 299 Rn. 19). Diese

²⁰ Weniger relevant dürfte hier der Aufgabenbereich „Maskottchen und visuelle Kommunikation“ sein – wer kennt das DFB-Maskottchen Paule?

²¹ § 41 Nr. 1 Spielordnung-DFB.

²² Die Rechtslage der DFL ergibt sich aus den Regelwerken des DFB (insbesondere DFB-Satzung), dem Grundlagenvertrag zwischen DFB und Ligaverband, der Satzung des Ligaverbandes sowie der eigenen Satzung der DFL.

²³ Siehe §§ 5 Nr. 3, 21 der Satzung des Ligaverbandes, § 10 Spielordnung des Ligaverbandes (als Bestandteil des Ligastutts) sowie § 57 DFB-Spielordnung.

Die Leitung eines Spiels durch einen für den DFB tätigen Schiedsrichter erfolgt nicht im geschäftlichen Verkehr. Anders als etwa der Verkauf von Sponsoren- oder Fernsehrechten dient die Spielleitung nicht der Förderung eines vom DFB verfolgten geschäftlichen Zwecks. Der DFB nimmt durch den Einsatz seiner Schiedsrichter nicht am Wirtschaftsverkehr teil. Die Leitung eines Spiels fällt in den Bereich des (zudem verbandsinternen) Sportbetriebs, nicht dagegen in den Bereich der wirtschaftlichen Aktivitäten des DFB. Insoweit besteht kein relevanter Unterschied zwischen der Spielleitung in der Bundesliga und in der Kreisklasse. Daran ändern auch die erheblichen finanziellen Folgen nichts, die im höherklassigen Bereich an dem Spielausgang für die beiden Vereinsmannschaften hängen können. Das vom Schiedsrichter festgestellte Spielergebnis kann Folgen von bedeutender wirtschaftlicher Relevanz nach sich ziehen. So handelt es sich z.B. bei der Meldung zu europäischen Wettbewerben, der Auszahlung von Prämien aus Fernseheinnahmen sowie den Chancen auf lukrative Sponsorenverträge um geldwerte Vorteile, die von Spielergebnissen abhängen. Obwohl den Schiedsrichtern also bei der Vergabe hoher Geldbeträge eine wichtige Bedeutung zukommt, sind sie für den DFB nicht im geschäftlichen Verkehr tätig, sondern allein mit der Leitung eines sportlichen Wettbewerbs befasst.

In diesem Zusammenhang ist es irrelevant, ob sich die beiden konkurrierenden Vereinsmannschaften in einer Wettbewerbssituation befinden, weil sie durch die Spielteilnahme um die beschriebenen wirtschaftlich relevanten Vorteile eines günstigen Spielausgangs konkurrieren. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm. Denn vom Fordern eines Vorteils im geschäftlichen Verkehr kann man vernünftigerweise nur dann sprechen, wenn der Geschäftsherr am geschäftlichen Verkehr teilnimmt. Wenn das nicht der Fall ist, mag der Bestochene zwar von außen in einen geschäftlichen Verkehr eingreifen, tritt jedoch nicht selbst im geschäftlichen Verkehr auf. Wenn auch das Agieren des Angestellten oder Beauftragten außerhalb des geschäftlichen Verkehrs seines Geschäftsherrn erfasst würde, wäre es ein bloßer Zufall, dass der Geschäftsherr – wegen der Aktivitäten in einem anderen Bereich – als Geschäftsbetrieb eingeordnet werden kann. Es geht bei dem Tatbestandsmerkmal des geschäftlichen Verkehrs darum, nur diejenigen Fälle zu erfassen, in denen ein Geschäftsbetrieb als Geschäftsbetrieb agiert. Wenn auch die Einflussnahme von außen erfasst würde (also die Bestechung/Bestechlichkeit des Agenten eines solchen Prinzipals, der in diesem Bereich nicht am geschäftlichen Verkehr teilnimmt), bestünde kein relevanter Unterschied mehr zu den offensichtlich nicht durch § 299 StGB erfassten Fällen, in denen der Prinzipal in keinem Betätigungsfeld als geschäftlicher Betrieb eingeordnet werden kann.²⁸

Verortung erscheint mir wenig sinnvoll – nicht ohne Grund wird sie von ihren Befürwortern nicht konsequent durchgehalten (siehe *Dannecker* [Fn. 9], § 299 Rn. 29; *Diemer/Krick* [a.a.O.], § 299 Rn. 8; *Tiedemann* [Fn. 26], § 299 Rn. 22).

²⁸ Ob die konkurrierenden Mannschaften sich im Rahmen des Spielbetriebs in einem Wettbewerb z.B. hinsichtlich möglicher

Das hier für den DFB Gesagte gilt auch hinsichtlich der DFL, als deren Beauftragte die Schiedsrichter ebenfalls erachtet werden können.²⁹ Auch wenn bei der DFL der Geldeinnahme und deren Verteilung an die Profiklubs eine noch stärkere Bedeutung als beim DFB zukommt, kann auch hier nicht jegliches Handeln als solches im geschäftlichen Verkehr eingeordnet werden. Auch die DFL führt einen sportlichen Wettbewerb durch.³⁰ Die Funktion des Schiedsrichters ist bei solchen Spielen, die unter der Verantwortung der DFL durchgeführt werden, keine andere als bei DFB-Spielen. Der Schiedsrichter nimmt auch bei der Leitung von Spielen der Bundesliga sowie der 2. Bundesliga keine Aufgaben wahr, die dem geschäftlichen Verkehr des Veranstalters der Liga zugeordnet werden können.

Die Bestechlichkeit und Bestechung des Schiedsrichters erfolgen also nicht im geschäftlichen Verkehr des DFB oder der DFL, so dass die Anwendung des § 299 StGB unter diesem Gesichtspunkt ausscheidet.

2. Alternative Geschäftsherrn des Schiedsrichters

Da der Schiedsrichter zwar für DFB und DFL tätig wird, jedoch nicht in deren geschäftlichem Verkehr, drängt sich die Frage auf, ob sich nicht andere Geschäftsherrn des Schiedsrichters finden, für die die Spielleitung zum geschäftlichen Verkehr gehören könnte.

a) Gastgebender Verein

Es kommt der gastgebende Verein in Betracht, also die Heimmannschaft eines Liga- oder Pokalspiels. Diese tritt etwa durch den Verkauf der Eintrittskarten geschäftlich auf. Die Leitung des Spiels durch den Schiedsrichter gehört zu den Dingen, für die die Zuschauer Eintrittsgeld zahlen. Wenn es keine Leitung des Spiels durch einen ausgebildeten und neutralen Schiedsrichter gäbe, wären die Zuschauer nicht bereit, Eintrittsgeld in der üblichen Höhe zu zahlen. Unabhängig davon, ob es sich bei dem Verkauf der Eintrittskarten um geschäftlichen Verkehr i.S.v. § 299 StGB handelt, ist der Schiedsrichter jedoch kein Beauftragter des Vereins. Er ist in die Entscheidungsprozesse der Heimmannschaft nicht eingebunden – das ließe sich zudem mit der Leitung des Spiels als „Unparteiischer“ nicht vereinbaren.

cher Sponsorenverträge befinden, deren Dotierung vom sportlichen Erfolg abhängt, muss hier nicht untersucht werden. Dann könnte es zwar um den geschäftlichen Verkehr der potentiellen Sponsoren gehen, jedoch sind die Schiedsrichter nicht deren Beauftragte.

²⁹ Siehe oben unter II. 1. a) bb) „DFL als Spielveranstalter“.

³⁰ Siehe § 2 Nr. 1.1. und 1.2. der DFL-Satzung (Leitung des Spielbetriebs, Durchführung der Wettbewerbe als Gegenstand des Unternehmens) sowie § 4 Nr. 1 lit. a der Satzung des Ligaverbands, deren operatives Geschäft die DFL führt (Austragung der Ligaspiele als Zweck und Aufgabe des Verbandes).

b) Potentielle Geschäftspartner der Vereine

Ein geschäftlicher Verkehr lässt sich auch nicht konstruieren, indem man darauf abstellt, dass der Schiedsrichter durch die Spielleitung Fakten schafft, von denen z.B. mögliche Sponsoren ihre Entscheidung über den Abschluss von Verträgen abhängig machen. Denn ebenso wie bei der Heimmannschaft ist der Schiedsrichter in die Struktur des potentiellen Sponsors nicht eingebunden. Er beeinflusst zwar durch seine Entscheidungen im Rahmen der Spielleitung die tatsächliche Grundlage für den Entscheidungsprozess des Sponsors; er selbst nimmt jedoch am Entscheidungsprozess nicht teil. Die bloße Möglichkeit zur Beeinflussung von entscheidungserheblichen Tatsachen reicht für die Annahme der Täterqualität des § 299 Abs. 1 StGB nicht aus.³¹ § 299 StGB erfasst nur diejenigen Fälle, in denen die Unrechtsvereinbarung darauf gerichtet ist, dass der Bestochene an der Entscheidungsfindung in der Weise mitwirkt, dass das Leistungsprinzip als Entscheidungskriterium ersetzt wird – durch die Ausrichtung der Entscheidung an dem versprochenen Vorteil.³²

Exkurs: Aus dem gleichen Grund kann auch die Bestechung eines Spielers nicht durch § 299 StGB erfasst werden. Der Spieler ist – obwohl dort angestellt – für seinen Verein nicht als Beauftragter eines Geschäftsbetriebs im geschäftlichen Verkehr tätig. An geschäftlichen Entscheidungen wird er nicht beteiligt. Die Möglichkeit, durch absichtliches schlechtes Spiel Fakten zu schaffen, die auf wirtschaftliche Entscheidungen seines Vereins Einfluss nehmen, reicht hier ebenfalls nicht aus.

Auch auf anderem Weg lässt sich also die Spielleitung nicht als Tätigkeit als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr konstruieren. Die Bestechung eines Schiedsrichters und dessen Bestechlichkeit unterfallen nicht § 299 StGB.

III. § 6 Sportschutzgesetz (Gesetzesentwurf) – eine gute Lösung de lege ferenda?

Da § 299 StGB die Schiedsrichterbestechung nicht zu erfassen vermag, liegt es nahe, über die Schließung dieser Lücke im Korruptionsstrafrecht nachzudenken. Die bayerische Justizministerin *Dr. Merk* hat im November 2009 den Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Bekämpfung des Dopings und der Korruption im Sport“ vorgelegt.³³ Das Kernstück dieses Gesetzes ist die Einführung eines „Sportschutzgesetzes (SportSG)“, das als § 6 folgenden Straftatbestand der „Bestechlichkeit und Bestechung im Sport“ vorsieht:³⁴

³¹ Siehe *Koepsel*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, 2006, S. 140 ff.

³² Siehe *Koepsel* (Fn. 31), S. 99 ff.

³³ Im Internet verfügbar unter www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/gesetzgebung/entwurf_sportschutzgesetz_30112009.pdf (zuletzt abgerufen am 23.4.2011).

³⁴ Neben § 6 enthält der Entwurf zwei weitere Strafnormen. § 4 (Straftaten) erfasst den illegalen Umgang mit Dopingmit-

„§ 6 Bestechlichkeit und Bestechung im Sport

(1) Wer als Teilnehmer, Trainer eines Teilnehmers oder Schiedsrichter eines sportlichen Wettkampfes (§ 1 Abs. 5) einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er das Ergebnis oder den Verlauf eines sportlichen Wettkampfes in unlauterer Weise beeinflusst, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Teilnehmer, Trainer eines Teilnehmers oder Schiedsrichter eines sportlichen Wettkampfes (§ 1 Abs. 5) einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er das Ergebnis oder den Verlauf eines sportlichen Wettkampfes in unlauterer Weise beeinflusst.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen in einem ausländischen Wettkampf.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. sich die Tat auf einen Vermögensvorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten zusammengeschlossen hat.“

Die Norm ist stark an § 299 StGB angelehnt. Bei identischer Tathandlung ist bestechliche Person statt des Angestellten oder Beauftragten eines Geschäftsbetriebs der „Teilnehmer, Trainer eines Teilnehmers oder Schiedsrichter eines sportlichen Wettkampfes“. Gegenstand der Unrechtsvereinbarung ist die Beeinflussung des Ergebnisses oder Verlaufs eines sportlichen Wettkampfes in unlauterer Weise. Der Begriff des sportlichen Wettkampfes ist in § 1 Abs. 5 SportSG-E legal definiert: „Als sportlicher Wettkampf im Sinne dieses Gesetzes gilt nur ein sportlicher Wettkampf, an dem Sportler ihres Vermögensvorteils wegen teilnehmen.“ Diese Norm ist gerade auch auf die hier betrachteten Fälle der Bestechung und Bestechlichkeit von Schiedsrichtern zugeschnitten und griffe unproblematisch ein.

Jedoch vermag dieser Gesetzgebungsvorschlag nicht zu überzeugen.³⁵ Das hat mehrere Gründe:

1. Die Rechtsgutskonzeption ist unschlüssig. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass die Entwurfsverfasser selbst nicht wissen, ob die Norm die Redlichkeit im sportlichen Wettkampf oder die Vermögensinteressen derjenigen schützen soll, die finanziell in den Wettkampf involviert sind. Als Rechtsgut weist die Entwurfsbegründung den „lauteren Wettkampf im Sport“ aus. Mittelbar sollen auch die „Vermögensinteressen der am sportlichen Wettkampf Beteiligten“ geschützt werden.³⁶

teln (z.B. Handeltreiben, Besitz), § 5 (Sportbetrug) die Teilnahme am sportlichen Wettkampf im gedopten Zustand und im Zusammenhang mit „Blutdoping“.

³⁵ Gegen die Einführung dieser Norm (und den gesamten Gesetzesentwurf) auch *Kudlich*, SpuRt 2010, 108; dafür *König*, SpuRt 2010, 106.

³⁶ Entwurfsbegründung (Fn. 33), S. 24.

Die Lauterkeit des sportlichen Wettkampfs als Schutzrichtung leuchtet zunächst ein, wenn man den Wortlaut der Norm betrachtet. Bestechungen und auch schon Bestechungsabreden gefährden das Vertrauen in die Glaubwürdigkeit des sportlichen Wettkampfs. Die heftigen Reaktionen auf das Bekanntwerden des „Bundesligaskandals“ im Jahr 1971 sowie des „Hoyzerskandals“ im Jahr 2004 haben gezeigt, welche Folgen Spielmanipulationen haben können. Jedoch passt diese Rechtsgutsbestimmung nicht zu der Beschränkung des Anwendungsbereichs, den der Tatbestand durch die in § 1 Abs. 5 SportSG-E enthaltene Begriffsbestimmung erfährt. Gerade solche Wettkämpfe, bei denen es allen Sportlern allein um die sportliche Ehre geht, sind aus dem Schutzbereich der Norm ausgenommen. Nur in Wettkämpfen, bei denen das sportliche Interesse der Teilnehmer teilweise durch finanzielle Interessen überlagert wird, soll § 6 SportSG-E eingreifen. Letztendlich geht es dem Gesetzgeber also in erster Linie um Vermögensinteressen der Beteiligten, die laut Begründung nur die sekundäre Schutzrichtung ausmachen sollen. Diese primäre Ausrichtung an den Vermögensinteressen zeigt sich auch darin, dass die Notwendigkeit für die Schaffung des § 6 SportSG-E auf die praktischen Grenzen der Bestrafung aus dem Betrugstatbestand gestützt wird – der Nachweis des Betruges bereite Schwierigkeiten.³⁷ Auch *König* stützt sein Votum für die Einführung dieser Norm darauf, dass dem Schiedsrichter mit der Spielleitung „absurd hohe Vermögenswerte quasi in die Hand gelegt“ werden.³⁸

2. Die Legitimation der Norm ist wegen der aufgezeigten Rechtsgutssituation zweifelhaft. Da diese Problematik von anderen Straftatbeständen bekannt ist,³⁹ die unter Bezugnahme auf fragwürdige Allgemeinrechtsgüter eingeführt wurden, soll sie nur knapp dargestellt werden: Um Lücken im Bereich des gewollt lückenhaften Individualrechtsgüterschutz schließen zu können (hier also des § 263 StGB), formuliert man als Begründung für die Schaffung einer neuen Strafnorm ein blumiges Allgemeinrechtsgut. Nach der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, dem Funktionieren des Schiffs-, Kraft- und Luftverkehrs sowie der Funktionsfähigkeit des Kreditwesens begegnet uns nunmehr also der lautere Wettbewerb im Sport. Die Folgen dieser Rechtsgutslyrik sind zumindest zweierlei: Zum einen ist die Funktion, die der korrekten Rechtsgutsbestimmung im Rahmen der Auslegung zukom-

men sollte, in Gefahr.⁴⁰ Zum anderen werden Legitimationsprobleme verdeckt.⁴¹ Wenn § 6 SportSG-E dem Vermögensschutz dient und schon abstrakte Gefahren für das Vermögen erfasst, ist das (Erfolgs-)Unrecht im Vergleich zu einem Verletzungsdelikt wie § 263 StGB deutlich verringert. Eine Strafandrohung ist daher allenfalls dann legitimiert, wenn der Strafraum deutlich unter dem des § 263 StGB liegt. Daher ist jedenfalls die Strafobergrenze des § 6 SportSG-E von fünf Jahren Freiheitsstrafe in den Grundtatbeständen der Abs. 1 und 2 verfehlt – ebenso wie die zehn Jahre für die besonders schweren Fälle des Abs. 4. Ferner ist die geplante Aufnahme des § 6 SportSG-E in den Kreis der zur Telefonüberwachung berechtigenden Delikte (§ 100a StPO) bedenklich, wenn man sich den tatsächlichen Unrechtsgehalt des inkriminierten Verhaltens verdeutlicht.

Die im Referententwurf enthaltene Begründung für diesen hohen Strafraum überrascht: „Die gegenüber § 299 StGB höhere Strafdrohung ist aufgrund des öffentlichen Interesses an der Lauterkeit des Sports gerechtfertigt.“⁴² Da fragt man sich schon, ob das ernst gemeint sein kann. Dem Sport – auch dem bezahlten – kommen viele wichtige Funktionen zu. Dass man aber das Allgemeininteresse an der Lauterkeit des Sports ernsthaft für gleich bedeutend oder gar bedeutender halten kann als das für § 299 StGB relevante Allgemeininteresse an einem freien Wettbewerb im wirtschaftlichen Verkehr, vermag nicht zu überzeugen.⁴³

3. Die Begrenzung des Anwendungsbereichs durch die in § 1 Abs. 5 SportSG-E vorgenommene Beschränkung ist nicht sachgerecht. Wie gesehen passt sie ohnehin nicht recht zu der vermeintlichen Hauptschutzrichtung, dem Schutz des lauteren Wettkampfs im Sport. Aber auch für das wirkliche, vermeintlich nur nachrangige geschützte Interesse, die Vermögensinteressen der Beteiligten, ist die Begrenzung der Reichweite der Norm nicht gelungen. Während die Entwurfsbegründung davon ausgeht, dass von der Regelung „im Wesentlichen der professionelle Sport erfasst wird“,⁴⁴ dürfte die Formulierung „sportlicher Wettkampf, an dem Sportler ihres Vermögensvorteils wegen“ teilnehmen, deutlich weiter geraten sein. Das gilt auch dann, wenn man mit dem Begründungstext „Gegenstände, die durch ihren ideellen Wert gekennzeichnet sind (insbesondere Pokale, materiell nahezu wertlose Medaillen, Wimpel usw.)“ aus dem Anwendungsbe-
reich ausnimmt.⁴⁵

³⁷ Entwurfsbegründung (Fn. 33), S. 25. Der Hinweis auf Aufklärungsschwierigkeiten hinsichtlich der Betrugsstrafbarkeit erscheint verfehlt. Wenn die für § 6 SportSG nötige Aufklärung gelingen würde, könnten auch die für § 263 StGB relevanten Tatsachen ermittelt werden. Hinsichtlich des Betrugs gibt es einige materiellrechtliche Problemstellungen (in den Bereichen konkludente Täuschung, Näheverhältnis beim Dreiecksbetrug und Schaden), nicht jedoch praktische Nachweisprobleme, die die des § 6 SportSG übersteigen.

³⁸ *König*, SpuRt 2010, 106 (107).

³⁹ Siehe z.B. *Krack*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 609.

⁴⁰ Zu dieser Funktion der Rechtsgutsbestimmung *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 4.

⁴¹ *Hassemer*, NSZ 1989, 553 (557); *Roxin* (Fn. 40), § 2 Rn. 75.

⁴² Entwurfsbegründung (Fn. 33), S. 26.

⁴³ Anders dagegen *König*, SpuRt 2010, 106 (107): „Unrechtsgehalt und Strafwürdigkeit solchen Verhaltens stehen hinter der Bestechung/Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) nicht zurück, übertreffen sie vielmehr sogar häufig.“

⁴⁴ Entwurfsbegründung (Fn. 33), S. 18.

⁴⁵ Entwurfsbegründung (Fn. 33), S. 19.

Denn bei jedem Preisskat⁴⁶ im Kaninchenzüchterverein finden sich ebenso wie beim vereinsinternen Golfturnier Sachpreise und mindestens zwei Teilnehmer, denen es (auch) aus materiellen Gründen auf den Gewinn dieses Preises ankommt. Um nicht missverstanden zu werden: Der Beschränkungsversuch in § 1 Abs. 5 SportSG-E ist, wenn man auf die Einführung des § 6 SportSG-E nicht verzichten mag, zu begrüßen. Das gilt insbesondere, wenn die Norm – wie gesehen – dem Schutz von Vermögensinteressen dient. Auch mag man für den Fall der Einführung eines solchen Tatbestandes noch auf eine restriktive Auslegung durch die Gerichte hoffen. Man müsste eine Formulierung finden, die den Anwendungsbereich auf solche sportlichen Wettkämpfe beschränkt, bei denen es um deutlich höhere Beträge geht als etwa um 1.000 Euro Siegesprämie bei einem Volkslauf oder um Sponsorenverträge in Höhe von monatlich 300 Euro für eine erfolgreiche Leichtathletin im Jugendbereich. Nur dann geht es auch im Umfeld des sportlichen Wettkampfs um derart hohe Geldbeträge, die einen auch strafrechtlich relevanten Unterschied zum Breitensport ausmachen könnten – sei es z.B. bei den Fernsehrechten, den Sponsorenverträgen oder den Eintrittsgeldern.

Der Vorschlag eines § 6 SportSG-E vermag also nicht zu überzeugen. Sportliche Wettkämpfe fallen aus gutem Grund nicht unter § 299 StGB. Der Versuch, diese Lücke zu schließen, indem man den sportlichen Wettkampf dem wirtschaftlichen Wettbewerb gleichstellt, führt nicht zu sachgerechten Ergebnissen.

IV. Ausblick

Anders als vom LG Kiel angenommen, können Bestechung und Bestechlichkeit von Sportschiedsrichtern nicht über § 299 StGB erfasst werden. Es bleiben also noch die beiden Tatbestände, die die StA Kiel ihrer Anklage zu Grunde gelegt hat. Die mögliche Untreue hängt stark vom Einzelfall ab und ist mit einer Schiedsrichterbestechung nicht immer verknüpft. Wenn das Bestechungsgeld aus der Privatschatulle des Bestechenden stammt, ist § 266 StGB nicht von Relevanz. Für einen möglichen Betrug gemäß § 263 StGB kann es zahlreiche Ansätze geben. Der Kreis der möglichen Opfer ist weit – insoweit besteht eine Parallele zum Betrug durch Doping: So kann man etwa an Veranstalter, Gegner, Sponsoren und Zuschauer als Opfer denken. Als Täter des § 263 StGB kommen neben dem Bestechenden auch der Schiedsrichter in Betracht sowie andere am Wettkampf Beteiligte, sofern sie von der Bestechung wissen. Hier ist an Spieler, Trainer und sonstige Repräsentanten des Vereins zu denken. Auch die Verhaltensweisen, an die für die Konstruktion eines Betrugs angeknüpft werden kann, sind vielfältig. So kann es etwa um die Meldung der Mannschaft, das Antreten zum Spiel und das Abzeichnen des Spielberichts bogens gehen.

⁴⁶ Ich gehe davon aus, dass es sich beim Skat – auch außerhalb von Ligaspielen (z.B. Bundesliga) – um eine Sportart handelt. Wer das nicht so sieht, mag sich ein Preiskegeln vorstellen oder das Bierfass, das von einem Gönner des Vereins in einer Fußballpartie der 5. Kreisklasse für den Sieg gegen den Gegner aus dem Nachbardorf versprochen wird.

Aber vielleicht wäre das schon wieder ein gutes Thema für einen Aufsatz zum zehnjährigen Jubiläum der ZIS?

(Schein-)Selbständigkeit von „Busfahrern ohne eigenen Bus“ und Fragen des § 266a Abs. 1 StGB

Von Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg

I. Prolegomena

Wie soll ein Beitrag für die „Jubiläumsausgabe“ einer Zeitschrift aus Anlass Ihres fünfjährigen Bestehens aussehen? Hat er etwas von einem Festschriftenbeitrag? Ohne Zweifel: Die Gesamtzahl der in fünf Jahren ZIS erschienen Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen samt Rezensionen würde jedenfalls das Oeuvre eines 70-jährigen ehemaligen Lehrstuhlinhabers trefflich schmücken. Wäre man nun bei einer Festschrift bemüht, Berührungspunkte zum zentralen Schaffen des Jubilars zu finden, so wäre dies angesichts der Heterogenität der Beiträge in fünf Jahren ZIS einerseits sehr schwierig, falls man sich auf „das zentrale Thema“ fokussieren will, andererseits aber auch wieder ganz einfach, wenn man einfach nur irgendeinen Bezugspunkt finden will.

Ich will daher weniger den Anschluss an einen ganz konkreten Topos suchen, sondern als Anknüpfungspunkt die thematische Struktur der ZIS-Beiträge wählen: Herausgeber und Redaktion der ZIS – und insbesondere dem Spiritus Rector *Thomas Rotsch* – ist es über die letzten Jahre gelungen, sehr schnell neben der „HRRS“ eine zweite, strukturell anders ausgerichtete, aber gleichwohl sehr erfolgreiche Internetzeitschrift zu etablieren. Die den Namen prägenden internationalen Bezüge (im internationalen Strafrecht, Völkerstrafrecht und europäischen Strafrecht) spiegeln sich auch im Inhalt und nicht zuletzt in der großen Anzahl ausländischer Autoren wieder; die ZIS darauf zu reduzieren, würde ihr aber Unrecht tun. Sie ist darüber hinaus – wie ich aus frühen Gesprächen mit *Thomas Rotsch* weiß, auch ganz der ursprünglichen Intention entsprechend – ein neben die klassischen Archivzeitschriften tretendes Forum für dogmatische Grundlagenbeiträge geworden, wie man – um drei willkürliche Beispiele herauszugreifen – eindrucksvoll an den Beiträgen über den Selbstgefährdungsgedanken in der deutschen Rechtsprechung¹ an den Überlegungen zum „Täter hinter dem Täter“ und dem Prinzip der Tatterschaftsstufen² oder an der Analyse des Einflusses von *Welzel* und der finalen Handlungslehre in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberoamerikanischen Ländern (in spanischer und in deutscher Fassung)³ sehen kann. Daneben hat die ZIS aber – insoweit auch von der Geschwindigkeit eines Online-Mediums profitierend – immer wieder aktuelle Fragen aus der Rechtspraxis aufgenommen und sich dabei nicht gescheut, auch Probleme zu behandeln, die außerhalb des Blickwinkels vieler Strafrechtswissenschaftler liegen und auf den ersten Blick „nur“ Spezialbereiche der Praxis interessieren, auf den zweiten Blick häufig aber eine enge Rückkopplung zu allgemeinen dogmatischen Strukturen aufweisen. Wiederum nur exemplarisch können hier genannt werden etwa Aufsätze von *Krack* zur Wettmanipulation,⁴ von *Jahn* zu den materiell-straf-

rechtlichen Fragen des eigenverantwortlichen Dopings,⁵ von *Höynck* zu der Anwendung von § 131 StGB auf gewalthaltige Computerspiele⁶ oder von *Schuster* zu IT-gestützten internen Ermittlungsmaßnahmen und den daraus folgenden Strafbarkeitsrisiken.⁷ In dieser letztgenannten Tradition steht der nachfolgende Beitrag, der sich mit einem Problem befasst, welches die Praxis – anfangs auf der Ebene von allgemeinen Diskussionen auf Ebene der unmittelbar Betroffenen und sozialgerichtlichen Entscheidungen, mittlerweile aber auch im Bereich der Strafverfolgung – zunehmend beschäftigt.⁸

II. Problemstellung und Einordnung

1. Der Betrieb von Busunternehmen ist – insbesondere im Bereich außerhalb des Linienverkehrs – zumindest teilweise ein Saisongeschäft. Ferienzeiten sowie mehr oder weniger unvorhersehbare Einzelbuchungen führen zu Belastungsspitzen, das Bemühen um eine korrekte Einhaltung der Höchstlenkzeiten potenziert diesen Effekt. Busunternehmen können für diese Spitzen vielfach wirtschaftlich kein entsprechendes Personal in Reserve vorhalten, was zu einer Beschäftigung von Aushilfskräften führt. Mancher – insbesondere auch nebenberufliche – Busfahrer möchte in dieser Situation offensiv seine Dienste anbieten und wirbt als „selbständiger Unternehmer“ um Aufträge. Die Frage, wie solche vermeintlich „selbständigen Busfahrer“, welche ohne Besitz eines eigenen Fahrzeugs ihre Dienste bei Unternehmen anbieten (aber auch, wie solche Fahrer, die von Unternehmen aus einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis in die Selbständigkeit „outgesourct“ werden), rechtlich zu behandeln sind, hat in den letzten Jahren Fahrer und Unternehmer zunehmend beschäftigt. Mit einer – wohl auch der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung geschuldeten – Zunahme des Phänomens häufen sich offenbar auch die Fälle, in denen die Behörden der Sozialversicherung auf derartige Fälle aufmerksam werden (oder sogar i.R.e. Statusanfrage nach § 7a SGB IV aufmerksam gemacht werden⁹). Entsprechende Fälle haben aber nicht nur potentielle sozialrechtliche (z.B. Nachforderung von Versicherungsbeiträgen) Konsequenzen, sondern über § 266a Abs. 1 StGB auch eine strafrechtliche Dimension.

⁵ Vgl. *Jahn*, ZIS 2006, 57.

⁶ Vgl. *Höynck*, ZIS 2008, 206.

⁷ Vgl. *Schuster*, ZIS 2010, 68.

⁸ Und in Teilen auch auf einer Anfrage aus der Praxis beruht.

⁹ Danach können Beteiligte, die Klarheit über die sozialrechtliche Behandlung haben wollen, „schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung [hier gemeint: i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV, d.h. eine ‚nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis‘, wofür das Gesetz ‚eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers‘ als Anhaltspunkte nennt] vorliegt [...]. Über den Antrag entscheidet [...] die Deutsche Rentenversicherung Bund“.

¹ Vgl. *Puppe*, ZIS 2007, 247.

² Vgl. *Schünemann*, ZIS 2006, 301.

³ Vgl. *Cerezo Mir*, ZIS 2009, 200 bzw. 212.

⁴ Vgl. *Krack*, ZIS 2007, 103.

2. Ein nicht untypischer Ausgangsfall¹⁰ mag wie folgt aussehen: Ein Busunternehmer beschäftigt 20 sozialversicherte angestellte Busfahrer. Mit seinen Bussen bedient er einerseits Routen des Linienverkehrs als Konzessionsnehmer z.B. im Überlandlinienverkehr, bietet aber auch Einzelfahrten (etwa für Reiseveranstalter, Schulfahrten oder andere individuelle Busanforderungen) an. Neben diesen fest angestellten Fahrern greift er aber auch wiederholt auf Fahrer aus einem Pool von mehreren Fahrern zurück, welche bei ihm nicht fest angestellt sind, sondern ihm und anderen Busunternehmen ihre Fahrerleistungen im Einzelfall individuell anbieten. Die in Rede stehenden Fahrten werden alle auf Bussen des Busunternehmens durchgeführt, da keiner der Fahrer über einen eigenen Bus verfügt. Die Bezahlung erfolgt nach vereinbarten Sätzen für die jeweiligen Fahrten. Weitere Leistungen (insbesondere etwa Weihnachtsgeld, bezahlter Urlaub oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall) erfolgen nicht. Diese Zahlungsgestaltung erfolgt, weil die Fahrten nach dem insoweit übereinstimmenden Verständnis der Vertragsparteien als selbständige Tätigkeit erbracht werden.

3. Eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter als „Arbeitgeber“ tätig wird (sogenanntes Sonderdelikt)¹¹ und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung vorenthält. Insoweit handelt es sich also bei der Arbeitgeberbereiensechaft des Täters und der Sozialversicherungspflichtigkeit der Tätigkeit des Vertragspartners des Täters um zwei getrennte Merkmale, die allerdings insbesondere dann eng ineinander verweben sind, wenn es wie hier um den Vorwurf der Beschäftigung scheinselfständiger Personen geht. Obwohl § 266a StGB als Regelfall der Strafbarkeit Konstellationen vor Augen hat, in denen „ein Arbeitgeber im Rahmen eines zweifelsfreien, auch von allen Seiten so bewerteten Arbeitsverhältnisses die Beitragsabführungen an den Sozialversicherungsträger nicht vornimmt“,¹² ist insoweit dem Grunde nach anerkannt, dass eine Strafbarkeit auch für

den Vertragspartner eines Scheinselbständigen grundsätzlich denkbar ist.¹³

Aufgrund der in vielen Fällen bei § 266a StGB unproblematischen Subsumtion unter den Begriff des „Arbeitgebers“ wird auch selten diskutiert, ob der „strafrechtliche Arbeitgeberbegriff“¹⁴ streng arbeits- und steuerrechtsakzessorisch (vgl. § 1 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung [LStDV] zum korrespondierenden Begriff des Arbeitnehmers), streng sozialrechtsakzessorisch¹⁵ (vgl. § 7 SGB IV) oder gleichsam strafrechtsautonom auszulegen ist.¹⁶

Zwar könnten die Kombination aus Begrifflichkeiten aus dem Arbeitsrecht („Arbeitgeber“) und dem Sozialversicherungsrecht sowie die daraus folgende zumindest im Detail umstrittene – ausschließliche oder stärkere – Anknüpfung an die eine oder die andere Rechtsmaterie¹⁷ dafür sprechen, insoweit einen autonomen und nur in Anlehnung an arbeits-, steuer- und sozialrechtliche Wertungen, letztlich aber eigenständig zu bestimmenden strafrechtlichen Arbeitgeberbegriff zu verwenden. Dieser dürfte nach allgemeinen Grundsätzen nicht weiter gehen als im Arbeits- oder Sozialrecht (ultima-ratio-Funktion des Strafrechts), so dass eine Person, die nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen kein „Arbeitgeber“ ist, jedenfalls nicht als Täter des § 266a Abs. 1 StGB in Betracht käme (und bei Personen, für die nach Sozialversicherungsrecht keine Beiträge abzuführen sind, eine taugliche Tathandlung ohnehin a priori ausscheiden würde). Fraglich wäre allein, ob es umgekehrt Konstellationen gibt, in denen nach arbeits- und sozialrechtlichen Wertungen bereits eine Arbeitgeberbereiensechaft angenommen werden kann, nach einer strafrechtlich-autonomen Begriffsbestimmung aber noch abgelehnt werden muss. Eine solche „asymmetrische Akzessorietät“ des Strafrechts ist insbesondere dem Wirtschaftsstrafrecht nicht fremd¹⁸ und könnte sich hier auch auf unterschiedliche

¹⁰ Die nachfolgenden Ausführungen werden deutlich machen, dass die rechtliche Bewertung in hohem Maße von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles abhängt. Im Vergleich zum hier skizzierten Ausgangsfall können sich Verschiebungen etwa dadurch ergeben, dass den nicht angestellten Fahrern nur eine kleinere Zahl fest angestellter Fahrer gegenüber steht, dass die nicht angestellten Fahrer tatsächlich einen großen Teil ihrer Arbeitszeit für den Unternehmer tätig sind etc., aber umgekehrt auch dahingehend, dass nur ganz vereinzelt und in Ausnahmefällen einmal ein selbständiger Fahrer beschäftigt wird.

¹¹ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 266a Rn. 3; *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266a Rn. 5; *Tag*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 266a Rn. 18.

¹² Vgl. *Schulz*, NJW 2006, 183.

¹³ Vgl. *Saliger* (Fn. 11), § 266a Rn. 6; *Esser*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2011, § 266a Rn. 21; *Tag* (Fn. 11), § 266a Rn. 19-21.

¹⁴ Vgl. zu diesem eingehend *Tag*, Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozial- und Arbeitslosenversicherung, Untersuchungen zu § 266a StGB, 1994, S. 41 ff.; ferner *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, 2006, S. 80 ff.

¹⁵ Für eine im Zweifel sozialrechtsakzessorische Auslegung *Bollacher* (Fn. 14), a.a.O., mit der Begründung, dass die Strafnormen zur Beitragsvorenthaltung ausschließlich in den jeweiligen Sozialversicherungsgesetzen verortet waren.

¹⁶ Ausdrücklich gegen einen eigenständigen strafrechtlichen Arbeitgeberbegriff aber etwa *Schulz*, NJW 2006, 183 (184) m.w.N.

¹⁷ Vgl. *Saliger* (Fn. 11), § 266a Rn. 5 m.w.N.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266a Rn. 11; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011 § 266a Rn. 3; *Esser* (Fn. 13), § 266a Rn. 14, 19 f.; eingehend *Tag* (Fn. 14), S. 41 ff.

¹⁸ Vgl. etwa zur Diskussion um die Pflichtverletzung bei der Untreue und ihre Zivilrechtsakzessorietät *Lüderssen*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70.

Schutzrichtungen zwischen Sozialversicherungsrecht und Strafrecht stützen: Während es sozialversicherungsrechtlich für den Einzelnen wichtig sein kann, dass ihm in Grenzfällen des Anwendungsbereichs des SGB IV der Status als nicht selbständig Beschäftigter zukommt, sind die wenigen unklaren Grenzfälle mit Blick auf das Beitragsaufkommen der Sozialversicherung als geschütztes Rechtsgut¹⁹ des § 266a Abs. 1 StGB weitgehend zu vernachlässigen.

III. Prüfungsschritte bei der Würdigung einer Beschäftigung sub specie § 266a StGB

Selbst wenn man einen solchen strafrechtsautonomen Arbeitgeberbegriff postulieren wollte,²⁰ würde dies aber nichts daran ändern, dass die meist entscheidende, jedenfalls aber zentrale erste Weichenstellung darin liegt, ob arbeitsrechtlich gesprochen eine Arbeitnehmereigenschaft der Busfahrer bzw. sozialversicherungsrechtlich eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Die Einordnung wird hier hinsichtlich der meisten Kriterien in beiden Rechtsgebieten identisch (und teils auch mit Verweisungen aufeinander in Literatur und Rechtsprechung) getroffen, wobei für die wenigen Fälle, in denen die Begriffsbestimmungen eventuell divergieren könnten, durch die Anknüpfung sowohl an die Arbeitgebereigenschaft des Täters als auch an die Sozialversicherungspflichtigkeit der Tätigkeit im Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB die Voraussetzungen beider Rechtsgebiete kumulativ vorliegen müssten. Abweichungen sind dabei freilich (jedenfalls für den Bereich, um den es hier geht) so selten, dass insoweit im Folgenden ein einheitlicher Abgrenzungsvorgang erfolgen kann. Im Anschluss mag man dann erwägen, ob in Grenzfällen im o.g. Sinne ein spezifisch strafrechtlicher Arbeitgeberbegriff heranzuziehen ist und wie dieser sich auswirken würde. Zuletzt ist zu prüfen, welche Konsequenzen mit Blick auf das allgemeine Vorsatzerfordernis (vgl. § 15 StGB) etwaige Fehlvorstellungen des Täters über seine Arbeitgebereigenschaft haben.

1. Sozial- und arbeitsrechtliche Kriterien

Damit der Busunternehmer in unserem Beispielfall als Arbeitgeber i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB für die nicht fest angestellten Busfahrer in Betracht kommt, müssten diese also ihm gegenüber als Arbeitnehmer i.S.d. § 611 BGB, § 1 Abs. 1 LStDV bzw. als nicht selbständig Beschäftigte i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV zu beurteilen sein.²¹

a) Zur Frage, ob bestimmte Berufsgruppen bzw. verschiedene Tätigkeiten innerhalb dieser Berufsgruppen als selbständig oder nicht selbständig beschäftigt zu betrachten sind, gibt es verschiedene Zusammenstellungen der entsprechenden Spitzenverbände bzw. von Industrie- und Handelskam-

ern. Diese sind freilich nicht nur für die Gerichte generell unverbindlich, sondern mit Blick auf die anzustellende Gesamtbetrachtung (vgl. unten c) auch so pauschal, dass man ihnen nicht einmal einen nennenswerten Indizwert zubilligen wird. Wenn hier in entsprechenden Übersichten der „Busfahrer ohne Bus“ häufig als typischerweise abhängige Beschäftigung genannt wird, ist das für ein zur Vorsicht mahndes (gleichsam präventives) Informationsmaterial sicher ein sinnvoller Hinweis auf (auch) strafrechtliche Risiken. Darüber, ob dann im Einzelfall tatsächlich eine abhängige Beschäftigung anzunehmen, ist damit aber noch nichts ausgesagt.

b) Ein größerer indizieller Charakter kommt demgegenüber – selbstverständlich ebenfalls unter der Einschränkung des Erfordernisses, sämtliche Besonderheiten des Einzelfalles zu beachten – der sozialgerichtlichen Judikatur zu. Hat es für einen konkreten Fall eine rechtskräftige sozialgerichtliche Entscheidung gegeben, ist auch das zwar theoretisch für die nachfolgende strafrechtliche Würdigung nicht bindend. Es spricht aber viel dafür, dass das Strafgericht sich dem anschließen wird, so dass es bei Annahme einer selbständigen Tätigkeit durch das Sozialgericht erst Recht („Strafrecht als ultima ratio“) auch eine Strafbarkeit ablehnen wird, während bei Annahme einer nicht selbständigen Tätigkeit durch das Sozialgericht jedenfalls der objektive Tatbestand oft angenommen werden dürfte.

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung im Allgemeinen zu dieser bzw. vergleichbaren Fragen ist divergent: Während etwa das Landessozialgericht Baden-Württemberg²² bei einem zeitweise beschäftigten Busfahrer ohne eigenen Bus eine abhängige Beschäftigung angenommen hat, hat das Landessozialgericht Bayern²³ für einen „Fahrzeug-Überführer“ eine selbständige Tätigkeit angenommen, obwohl auch dort insbesondere das unternehmerische Risiko weitgehend auf den Einsatz der eigenen Arbeitskraft beschränkt war. Ähnliche Urteile gibt es auf der Instanz-, aber auch höchstgerichtlichen Ebene in Sozial- bzw. Steuersachen etwa zu Tätigkeiten wie derjenigen einer hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin (Selbständigkeit trotz fehlenden eigenen Kapitaleinsatzes) oder eines Synchronsprechers (Selbständigkeit trotz vollständiger Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Studios).²⁴

Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Einsatz von nicht fest angestellten Kräften im Bereich der Personalförderung sind insbesondere zwei Entscheidungen des Bundesfinanzhofs sowie des Bundessozialgerichts zur Einordnung selbständiger Piloten (sogenannter Freelancer) von Bedeutung, welche – insoweit vergleichbar den hier interessierenden Fällen – nach individueller Absprache einzelne Flüge durchführen, um durch das fest angestellte Personal nicht bewältigbare Belastungsspitzen abzufedern. Beide Ge-

Geburtstag, 2003, S. 727 (S. 729); Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Rn. 339.

¹⁹ Vgl. Fischer (Fn. 11), § 266a Rn. 2; Saliger (Fn. 11), § 266a Rn. 2; Perron (Fn. 17), § 266a Rn. 2; Lackner/Kühl (Fn. 17), § 266a Rn. 1.

²⁰ Vgl. näher nochmals unten III. 2.

²¹ Vgl. nochmals statt aller Fischer (Fn. 11), § 266a Rn. 4a.

²² LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.1.2004 – L 4 KR 3083/02.

²³ LSG Bayern, Urt. v. 17.11.2006 – L 5 KR 293/05.

²⁴ Vgl. SG Leipzig, Urt. v. 18.5.2006 – S 8 KR 387/04 (zur Hauswirtschafterin); BFHE 109, 39 (zum Synchronsprecher).

richte haben insoweit eine Selbständigkeit der Tätigkeit angenommen.²⁵

c) Vor diesem Hintergrund ist für den Fall des Einsatzes von Busfahrern von einer sozialgerichtlich noch nicht abschließend und damit strafgerichtlich erst recht nicht einmal im Ansatz geklärten Frage auszugehen, für die unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalles die allgemein anerkannten Kriterien in ihrem Gesamtbild²⁶ für das Vorliegen einer selbständigen bzw. unselbständigen Beschäftigung herangezogen werden müssen. Über diese besteht zumindest abstrakt weitgehend Einigkeit auf der Grundlage einer gefestigten Rechtsprechung.²⁷ Probleme bei der Anwendung im Einzelfall ergeben sich freilich daraus, dass die arbeits- und sozialgerichtliche Judikatur insoweit keine feste Reihenfolge der Kriterien angegeben hat, so dass es letztlich um eine Gesamtabwägung geht, innerhalb derer bei den meisten Abwägungsgesichtspunkten ein mehr oder weniger breites Spektrum an tatsächlichen Gestaltungen denkbar ist. Diese Spezifika des jeweiligen Einzelfalles sind immer in Erinnerung zu behalten, bevor eine Übertragung auf einen anderen Fall wegen (vermeintlicher) Ähnlichkeiten zu einem unterschiedenen Fall in bestimmten Einzelheiten (oder gar nur wegen der gleichen beruflichen Tätigkeit!) postuliert wird.²⁸

Im Einzelnen geht es dabei vor allem um folgende Gesichtspunkte:

aa) Dauer

Erstes und ein auf den ersten Blick leicht greifbares Kriterium ist die Dauer der Beschäftigung. Allerdings darf diese nicht schematisch behandelt werden, da einerseits selbstverständlich Kundenbeziehungen zwischen Auftraggebern und

selbständigen Auftragnehmern ebenso denkbar sind wie umgekehrt kurzzeitige typische unselbständige Aushilfstätigkeiten. Gleichwohl ist es ein für die Selbständigkeit und Weisungsfreiheit sprechendes Indiz, wenn – selbst bei einem mehr oder weniger regelmäßigen Rückgriff auf Fahrer aus einem abgegrenzten „Pool“ – der Entschluss zum Rückgriff auf die Arbeitskraft bzw. umgekehrt zum Tätigwerden für jede Fahrt individuell und neu von den Vertragsparteien gefasst wird.²⁹

Bei der Bewertung spielt insoweit auch eine Rolle, ob der (vermeintlich) selbständige Tätige über längere Zeiten ausschließlich für einen Auftraggeber tätig wird und damit einerseits zeitlich gar keine Möglichkeit mehr hat, für andere Auftraggeber tätig zu werden, andererseits aber auch mit voller Arbeitskraft ins Unternehmen eingeplant gewesen ist. Je vollständiger und damit exklusiver länger während für einen „Auftraggeber“ gearbeitet wird, desto mehr spricht dies für eine unselbständige Tätigkeit; je punktueller (im Schnitt mehrerer Monate) die Tätigkeit dagegen erfolgt und je breiter der Auftragnehmer sich auch für andere Auftraggeber auf dem Markt positioniert, desto eher spricht dies für eine Selbständigkeit.³⁰

bb) Eigenes Material

Da das für Selbständige typische eigene wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit sich insbesondere im Einsatz eigenen Kapitals äußert, ist der Einsatz fremden (statt eigenen) Arbeitsmaterials ein Kriterium, das für eine unselbständige Beschäftigung spricht. Damit ist der „Busfahrer ohne eigenen Bus“ immer zumindest ein Grenzfall, in dem über eine abhängige Beschäftigung jedenfalls nachgedacht werden muss. Allerdings darf dieser Umstand wohl auch nicht als ein so starres Kriterium herangezogen werden, wie dies in vereinfachten Merkblättern etwa der Industrie- und Handelskammern der Fall ist.

Dies zeigt eindrucksvoll schon die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes und des Bundessozialgerichts zum „Piloten ohne Flugzeug“ (s.o.), die zumindest insoweit exakt vergleichbar ist und in der das Bundessozialgericht auch das Risiko des Ausfalls eines Hinzuverdienstes genügen lässt. Dabei kann auch kein entscheidender Unterschied darin ge-

²⁵ Vgl. BFHE 199, 261 = BB 2002, 1739, sowie BSG, Urt. v. 28.5.2008 – 12 KR 13/07 R = USK 2008-45 = SGB 2008, 401.

²⁶ Vgl. nur BSG, Urt. v. 19.8.2003 – B 2 U 38/02 R = SozR 4-2700 § 2 Nr 1.

²⁷ Vgl. zu diesen Kriterien statt vieler nur BSG, Urt. v. 12.2.2004 – B 12 KR 26/02 R = USK 2004-25, sowie aus der Literatur exemplarisch *Plagemann*, in: *Plagemann* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch, Sozialrecht*, 3. Aufl. 2009, Rn. 5 ff.; *Tag* (Fn. 14), S. 42 ff.; *Esser* (Fn. 13), § 266a Rn. 15 ff.; knapp auch *Saliger* (Fn. 11), § 266a Rn. 6, *Perron* (Fn. 17), § 266a Rn. 11; alle m.w.N. aus der arbeits- und sozialrechtlichen Literatur.

²⁸ Dabei ist auch an – in der Praxis durchaus anzutreffende – Besonderheiten zu denken: Ist etwa an einen der Fahrer ein Existenzgründungszuschuss nach § 4211 SGB III für seine Tätigkeit als selbständiger Busfahrer gewährt worden, kann hier sozialrechtlich die Fiktion des § 7 Abs. 4 S. 2 SGB IV a.F. eingreifen, die dann wohl auch in das Strafrecht hineinwirkt. Die Tatsache, dass solche Zuschüsse für diese Tätigkeit in der Praxis mitunter überhaupt gewährt werden, ist nebenbei ein Beleg dafür, dass auch ein „Busfahrer ohne Bus“ im Einzelfall einer „selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit“ nachgehen kann, da § 4121 Abs. 1 S. 1 SGB III explizit die „Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit“ voraussetzt.

²⁹ Vgl. auch LSG Bayern, Urt. v. 17.11.2006 – L 5 KR 293/05 zur Möglichkeit der freien Entscheidung für oder gegen die Annahme eines Auftrags als Kriterium für eine Selbständigkeit.

³⁰ Vgl. etwa SG Frankfurt, Urt. v. 30.1.2006 – S 25 KR 678/02 sowie LSG Bayern, Urt. v. 24.4.2004 – L 5 KR 233/05 für Fälle der Unselbständigkeit bei dauerhafter Verwendung der gesamten Arbeitskraft für einen Auftraggeber; vgl. demgegenüber für Fälle, in denen zeitlich nebenbei eine andere Beschäftigung möglich ist, LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 13.9.2007 – L 5 R 5/06 (Selbständigkeit eines Kurierfahrers), sowie LSG Bayern, Urt. v. 17.11.2006 – L 5 KR 293/05 (Selbständigkeit eines Autoüberführers). Selbst bei (zumindest vorübergehender) voller Auslastung durch einen Auftraggeber die Möglichkeit einer Selbständigkeit sieht allerdings BFHE 199, 261 (263).

sehen werden, dass ein Flugzeug für eine Privatperson eine kaum anschaffbare Investition darstellen würde; denn auch die Kosten für einen Reisebus (nach meiner Kenntnis rund 300.000 € netto) überschreiten den Investitionsbedarf, der für diverse andere Berufe üblich ist, um ein Vielfaches; überdies hat selbst die sozialgerichtliche Rechtsprechung umgekehrt auch Tätigkeiten mit nahezu fehlendem eigenem Kapitaleinsatz als selbständig anerkannt.³¹

Des Weiteren ist als zumindest partieller Einsatz eigenen Kapitals (über das Risiko der Verwertbarkeit der eigenen Arbeitskraft hinaus) daran zu denken, dass der Fahrer für die Tätigkeitsbereiche, die neben dem bloßen Transport der Passagiere anfallen, insbesondere für den Ein- und Verkauf von Speisen und Getränken im Bus, auf eigene, d.h. hier selbst beschaffte und auf eigene Rechnung verkaufte Waren zurückgreift. Da dieses „kleine Zusatzgeschäft“ aber auch angestellten Fahrern unter der Hand überlassen werden kann, ist dieser Aspekt als solcher kaum geeignet, entscheidend für eine Selbständigkeit zu streiten; er relativiert aber das Gewicht des Kriteriums „eigenes Arbeitsmaterial“ gegen die Selbständigkeit zusätzlich.

cc) Arbeiten in fremder Betriebsstätte

Als wichtiges allgemeines Abgrenzungskriterium wird darauf abgestellt, ob die Tätigkeit in der Betriebsstätte des Auftraggebers zu erfüllen ist, was für eine Unselbständigkeit sprechen soll. Soweit man nicht auf den Bus (der eher „Arbeitsmaterial“ als Betriebsstätte ist) abstellt, wird die Arbeit der Busfahrer üblicherweise nicht „in der Betriebsstätte“ des Unternehmers erledigt. Freilich ist dieses Kriterium nicht überzubewerten, da dies auch bei fest und unstreitig als Arbeitnehmern angestellten Fahrern kraft Natur der Sache nicht anders ist.³² Obwohl als Tätigkeit untergeordnet, vielleicht sogar trennschärfer ist daher, wie und vor allem von wo aus mit dem Auftrag zusammenhängende Arbeiten außerhalb der eigentlichen Fahrt geleistet werden: Werden Vorbereitungen wie Routenplanungen, Kontaktaufnahme mit Gaststätten auf dem Weg etc. vom Fahrer von zuhause aus getroffen, ist dies ein Indiz für die Selbständigkeit, während umgekehrt für eine unselbständige Beschäftigung spricht, wenn der Fahrer selbst diese Arbeiten etwa an einem Büroarbeitsplatz des Unternehmens erledigt.

dd) Überwachung der Arbeit und Qualitätskontrolle

Auch das allgemein oft genannte Abgrenzungskriterium der Überwachung und Qualitätskontrolle ist für die Busfahrerfälle oft indifferent bzw. aufgrund des Fixgeschäft-Charakters der Fahrten wenig aussagekräftig. Eine gewisse hypothetische Kontrollüberlegung mag aber sein, welche Sanktionen an etwaige Pflichtverletzungen geknüpft würden (oder im Einzelfall geknüpft worden sind). Typische arbeitsrechtliche

Sanktionen wären etwa Abmahnungen, typische Risiken des Selbständigen das Nichtanfragen zu weiteren Fahrten. Allerdings dürfen dieses hypothetischen Szenarien nicht überbewertet werden, da es gerade ein Grund für das Abdrängen in die Scheinselbständigkeit sein kann, dass der Unternehmer sich leichter von den Fahrern trennen kann, als dies unter den Voraussetzungen eines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes möglich wäre.

Aussagekräftiger können demgegenüber individuelle Regelungen im Einzelfall sein: Wird etwa zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine „arbeitsrechtstypische“ Haftungsverteilung bei leichter Fahrlässigkeit des Fahrers³³ vereinbart, wird man diese als Indiz für eine unselbständige Beschäftigung ansehen können. Müssen dagegen die Fahrer für Schäden an den Bussen auch selbst aufkommen (soweit keine Dritten schadensersatzpflichtig sind), spricht das zumindest eher für eine Selbständigkeit.³⁴

ee) Eingliederung in Arbeitsabfolge und Arbeitsablauf

Soweit als allgemeines Abgrenzungskriterium auf die Eingliederung in betriebliche Arbeitsabläufe abgestellt wird, liegt eine solche bei Busfahrern selbstverständlich schon aufgrund der festen Fahrzeit für eine bestimmte Fahrt vor. Allerdings wird man diesem Aspekt keine besondere Bedeutung zubilligen dürfen, da solche Einordnungen bis zu einem gewissen Grad extrem häufig erforderlich sind (wie etwa im oben genannten Beispiel des Synchronsprechers, aber auch bei einem auf Werkvertragsbasis engagierten Fensterputzer, der etwa nur zu bestimmten Zeiten in die Büroräume kommen kann). Letztlich handelt es sich hier nur um diejenigen Absprachen, die kraft Natur der Tätigkeit – und nicht kraft abhängigen oder unabhängigen Charakters der Berufsausübung – erforderlich sind und die als Fälle „geminderte[r] Autonomie“ [...] bei der Durchführung der einzelnen Einsätze nicht auf eine Weisungsgebundenheit [...] und damit auf eine persönliche Abhängigkeit“ schließen lassen.³⁵

Aussagekräftiger werden auch hier wieder Details des jeweiligen Einzelfalles sein. So kann man von einer relevanten Eingliederung eher sprechen, wenn die (in einem untechnischen, nicht-präjudiziellen Sinne verwendet) „Aushilfsfahrer“ häufig für regelmäßige Linienfahrten herangezogen werden, da hier die Abläufe nach außen hin noch starrer fixiert sind. Werden die Fahrer dagegen gezielt „nur“ für Einmalfahrten auf Grund besonderer Anforderungen der Busse eingesetzt, zeigt dies das Bemühen des Unternehmens, die nicht fest angestellten Fahrer möglichst wenig in die

³¹ Vgl. nochmals SG Leipzig, Urt. v. 18.5.2006 –S 8 KR 387/04 (zur Hauswirtschafterin).

³² Als Argument für eine Selbständigkeit im Fall eines Autoüberführers aber immerhin herangezogen von LSG Bayern, Urt. v. 17.11.2006 – L 5 KR 293/05.

³³ „Quasi-betrieblicher“ Schadensausgleich bei früher sog. gefahrgeneigten Arbeiten.

³⁴ Dass die Auftragnehmer sich dieses Risiko und das Erfordernis einer entsprechenden Haftpflichtversicherung auch mittelbar mit vergüten lassen, wäre ein noch deutlicheres Indiz – freilich werden sich solche Feinheiten der Kalkulation im Einzelfall nur schwer nachvollziehen lassen. Anhaltspunkte können aber die entsprechenden Betriebsausgaben in der Steuererklärung als selbständiger Unternehmer sein.

³⁵ Vgl. auch BSG, Urt. v. 28.5.2008 – 12 KR 13/07 R (Rn. 23 der Entscheidung, dort auch das Zitat); BFHE 199, 261 (263).

regelmäßigen betrieblichen Abläufe einzubinden.³⁶ Auch der Anteil der von „freien Fahrern“ im Verhältnis zu fest und sozialversicherungspflichtig angestellten Fahrern mag dabei eine Rolle spielen, da der Nexus zur betrieblichen Organisation umso enger wird, je größer der Anteil an der Erledigung der Arbeiten ist. Ein nicht zu vernachlässigendes Detail ist hier, dass die sozialgerichtliche Rechtsprechung ein Indiz für ein „Abdrängen“ eines eigentlich in den Betrieb eingebundenen Fahrers in die Scheinselbständigkeit insbesondere dann annimmt, wenn die Fahrer vor oder nach der vermeintlich freien Tätigkeit in Unternehmen in einem (auch nach außen so gestalteten) sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis angestellt waren.³⁷

ff) Zahlungen bei Urlaub und Arbeitsunfähigkeit

Typisch für ein abhängiges Arbeitsverhältnis sind Regeln für die Bezahlung von Entgelt auch im Fall von Urlaub und Krankheit.³⁸ An einer solchen wird es in den hier in Rede stehenden Fällen zumeist fehlen. Freilich darf auch dieses Kriterium nicht überbewertet werden, da das Fehlen entsprechender Regelungen geradezu typisch für die Scheinselbständigkeit ist.

gg) Feste Entlohnung

Typisch für ein abhängiges Arbeitsverhältnis ist ferner eine feste Entlohnung für bestimmte Zeiträume; für eine Selbständigkeit spricht dagegen, wenn pauschale Beträge für die jeweiligen Fahrten insgesamt gezahlt werden.³⁹

hh) Übereinstimmender Parteiwille

Zumindest in – hier wahrscheinlich keineswegs seltenen – Fällen, in denen sich im „Gesamtbild“ kein eindeutig prägendes bzw. überwiegendes Bild ergibt, sind darüber hinaus auch der für eine Selbständigkeit sprechende übereinstimmende Wille der Vertragsparteien sowie die „zwischen ihnen gelebte

Vertragsbeziehung“ (etwa in Gestalt von Gewerbeanmeldungen durch die Busfahrer oder entsprechende Rechnungsstellungen mit Umsatzsteuer) von Bedeutung.⁴⁰

ii) Zwischenfazit

Eine Reihe von klassischen Abgrenzungsmerkmalen ist für die hier interessierenden Busfahrerfälle eher indifferent, da sich die Gestaltung des Arbeitsablaufs gewissermaßen aus der Natur der geschuldeten Leistung ergibt, ohne dass nennenswerte Unterschiede zwischen einem fest angestellten Fahrer und einem klassischen Subunternehmer bestehen würden. Gestaltungsmöglichkeiten gibt es dagegen (und relevante Abgrenzungskriterien können sich deshalb ergeben) bei der Stetigkeit oder Nicht-Stetigkeit der vertraglichen Beziehung (jeweils Einzelentscheidung über Erteilung und vor allem auch Annahme des Auftrags), bei den Vereinbarungen zur Bezahlung (Vergütung nach Zeit oder pauschal nach Leistung; Vergütung für Urlaub; Lohnfortzahlung im Krankheitsfall) oder zu den Schadensersatzpflichten. Der in der hier untersuchten Fallgruppe („Busfahrer ohne eigenen Bus“) nach allgemeinen Grundsätzen für eine unselbständige Tätigkeit sprechende Gesichtspunkt des Rückgriffs auf das Arbeitsmaterial der Unternehmers ist wichtiges Indiz für eine Unselbständigkeit, nach der höchstrichterlichen (Freelancer) Rechtsprechung bei unverhältnismäßig teuren Fahrzeugen im Bereich der Personenbeförderung aber offenbar (mit Blick auf Vergleichsfälle zu anderen Branchen: zu Recht!) kein ausschlaggebendes Kriterium.

Auf den ersten Blick mag an dem hier aufgestellten Kriterienkatalog bzw. seiner Anwendung unbefriedigend sein, dass der Unternehmer sich tendenziell insbesondere dadurch seiner Arbeitgeberstellung entziehen kann, dass er dem Fahrer besonders wenig „entgegenkommt“ und damit sozial besonders „unvorteilhafte“ Verträge (mit Blick auf Lohnrisiko bei Krankheit, auf Haftungsrisiko bei Schäden etc.) schließt. Bei näherer Betrachtung ist gerade das aber Ausfluss der Privatautonomie, nach der Leistungen grundsätzlich einmal auf unterschiedlichem Wege – durch Beschäftigung eines Arbeitnehmers, durch Abschluss eines Dienstvertrages, durch Inauftraggabe eines Werkes etc. – eingekauft werden können. Wenn hier ein bestimmter Weg aus mehreren möglichen gewählt wird, ist es nur konsequent, dass die „Identifikation“ dieses Weges umso leichter möglich ist, je unzweideutiger er beschränkt wird. Würde man einen „idealen Markt“ unterstellen, müsste derjenige, der die Leistungen von einem selbständigen Fahrer ohne die sozialen Abfederungen eines Arbeitsvertrages „abkauft“, diese auch entsprechend teuer vergüten, so dass der Fahrer die Risiken anderweitig abdecken kann. Dass dieser ideale Markt nicht immer existiert und dass es gerade auch Aufgabe des (nicht zuletzt Sozial-) Rechts ist, hier strukturelle Verhandlungsungleichheiten aufzufangen, ist unbestritten. Dennoch dürfen die tatsächlichen

³⁶ Der Einwand, dass hierdurch Anbieter von vielen Fahrten im Linienverkehr gegenüber Unternehmen mit dem Schwerpunkt im Reiseverkehr „benachteiligt“ werden, verfängt nur auf den ersten Blick. Denn von der Frage ganz abgesehen, in welchen Kategorien „Bevorzugung und Benachteiligung“ hier zu messen sind und ob die Vorteile nicht nur der Preis für die Sicherheit einer regelmäßigen Einnahmequelle sind, gibt es eben auch sonst Arbeitsbereiche, in denen der Einsatz von selbständigen Auftragnehmern leichter realisierbar ist als in anderen. Das wird etwa deutlich, wenn es um Tätigkeiten geht, die üblicherweise von den Angehörigen freier Berufe erbracht werden, bei denen eine unselbständige Beschäftigung im Einzelfall seltener angenommen werden wird.

³⁷ Zu diesem Aspekt LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 13.9.2007 – L 5 R 5/06 (Selbständigkeit eines Kurierfahrers).

³⁸ Vgl. hierzu nochmals exemplarisch BSG, Urt. v. 28.5.2008 – 12 KR 13/07 R = USK 2008-45 = SGB 2008, 401 = rv 2008, 98, sowie LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 13.9.2007 – L 5 R 5/06 (Selbständigkeit eines Kurierfahrers).

³⁹ Vgl. (in anderem Kontext) LSG Bayern, Urt. v. 17.11.2006 – L 5 KR 293/05.

⁴⁰ Zu den „gelebten Beziehungen der Vertragsvereinbarungen“ vgl. nochmals BSG, Urt. v. 28.5.2008 – 12 KR 13/07 R (Rn. 17 der Entscheidung); zum Willen der Vertragsparteien als Kriterium in „non liquet“-Situationen vgl. *Plagemann* (Fn. 27), § 6 Rn. 9.

Gegebenheiten auch nicht völlig vernachlässigt werden, soweit keine klaren Missbräuche vorliegen.

2. Strafrechtlicher Arbeitgeberbegriff i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB?

a) Kommt man nach den o.g. Kriterien dazu, dass der Unternehmer „schon“ sozial- bzw. arbeitsrechtlich kein Arbeitgeber ist, führt dies zwangsläufig dazu, dass er den Fahrern gegenüber auch keinesfalls „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB und damit schon kein tauglicher Täter der Vorschrift ist. Hier spielt es auch keine Rolle, ob man den Begriff im Strafrecht streng akzessorisch oder teilweise strafrechtsautonom auslegt: Bei einer strengen Akzessorietät zum Arbeits- und/oder Sozialrecht würde das sozialrechtliche Ergebnis ohnehin die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen; aber auch ein strafrechtsautonomer Arbeitgeberbegriff wäre nach allgemeinen Grundsätzen (fragmentarischer Charakter, ultima ratio, Schutzzweck) allenfalls enger, so dass er sogar erst recht nicht erfüllt wäre.

b) Fraglich und problematischer ist hingegen, wie es sich auf den Arbeitgeberbegriff in § 266a Abs. 1 StGB auswirkt, wenn im Einzelfall das „Gesamtbild“ sich sozialrechtlich als nicht selbständige Beschäftigung darstellt. Zumindest in schwierigen Grenzfällen, die in der Praxis gut denkbar sind, könnte man bei Annahme eines zwar am Arbeits- und Sozialrecht orientierten, aber gleichwohl strafrechtsautonomen Arbeitgeberbegriffes (s.o.) durchaus daran denken, isoliert die strafrechtliche Arbeitgeberbereienseigenschaft verneinen. Berücksichtigt man, dass die Begriffsbildungen im Strafrecht – soweit sie von der außerstrafrechtlichen Primärmaterie abweicht – regelmäßig enger ist, wäre es nichts Ungewöhnliches, in schwierigen Grenzfällen die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals abzulehnen. Mit Blick auf die gerade im Strafrecht wichtige Klarheit der Rechtsanwendung (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) könnte dies etwa dann anzunehmen sein, wenn im Einzelfall relativ klar greifbare Parameter sämtlich gegen eine unselbständige Beschäftigung sprechen und sich das sozialrechtliche Ergebnis nur auf solche Indizien stützt, deren Bedeutung an sich weniger klar oder im Einzelfall ambivalent ist, die aber dort gleichwohl für ausschlaggebend erachtet worden sind. Die – dem subsidiären Charakter des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes durchaus entsprechende – Konsequenz wäre dann, dass es trotz sozialrechtlicher „Verantwortung“ des Unternehmers an einer Strafbarkeit fehlen würde.

c) Allerdings spricht die enge Beziehung der Vorschrift zum Arbeits- und Sozialrecht für eine möglichst deckungsgleiche und damit nicht „strafrechtsautonome“ Auslegung des Arbeitgeberbegriffs. Dies führt dazu, dass in allen Fällen, in denen arbeitsrechtlich ein Arbeitgeber vorliegt und sozialversicherungsrechtlich eine Beitragspflicht besteht, das Nichtabführen der Beiträge auch grundsätzlich den objektiven Tatbestand des § 266a StGB erfüllen kann (und enge Grenzfälle nur einer besonders gründlichen Überprüfung des subjektiven Tatbestandes bedingen). Ein solches Verständnis entspricht auch – mit unterschiedlichen Nuancen, ob die

arbeits- oder die sozialrechtliche Begriffsbildung stärker zu betonen sind – der durchaus h.M.⁴¹

3. Vorsatz

a) Nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 15 StGB) kann eine Straftat nach § 266a Abs. 1 StGB nur vorsätzlich begangen werden. Kommt man zum Ergebnis, dass ein Unternehmer die Fahrer schon nach sozialrechtlichen Maßstäben nicht als unselbständige Arbeitnehmer beschäftigt hat oder nimmt man an, dass er jedenfalls nicht einem selbständig zu bestimmenden strafrechtlichen Arbeitgeberbegriff unterfällt, stellt sich die Vorsatzfrage nicht.

Wird dagegen in Grenzfällen – also in Konstellationen, in denen nicht nur die formale Vertragsbezeichnung und das Fehlen von Lohnfortzahlung und Urlaubsansprüchen für eine Selbständigkeit sprechen, sondern in denen der Fahrer z.B. auch nur gelegentlich für den Unternehmer tätig wird, nach jeweils individueller Entscheidung Aufträge annimmt und sich werbend auch an andere Unternehmen richtet – trotz hinlänglicher Argumente für die Selbständigkeit im Ergebnis gleichwohl eine abhängige Beschäftigung angenommen, wird der Unternehmer nicht selten – und was das psychologische Faktum seiner Wahrnehmung angeht, auch glaubhaft – vortragen, er sei von keiner Arbeitgeberstellung ausgegangen. Hier stellt sich die Frage, wie sich eine solche Fehlvorstellung auf seinen Vorsatz auswirkt.

b) Der Arbeitgeberbegriff in § 266a StGB stellt ein normatives Tatbestandsmerkmal dar, da seine Auslegung – insoweit unstrittig und nach allen Auffassungen – einen wesentlichen Rückgriff auf arbeits- und sozialrechtliche Wertungen erfordert. Umgekehrt handelt es sich bei § 266a StGB (jedenfalls hinsichtlich des Arbeitgeberbegriffs) um keinen Blankettstraftatbestand, da weder ein ausdrücklicher Verweis auf andere Rechtsnormen erfolgt noch der Straftatbestand aus sich heraus ohne Heranziehung der Ausfüllungsnormen unverständlich wäre.⁴² Unter Beachtung der allgemeinen Vorsatz- und Irrtumsregeln wäre daher für eine Strafbarkeit erforderlich, dass der Täter nicht nur das tatsächliche Geschehen richtig erfasst, sondern auch die außerstrafrechtlichen Vorfragen jedenfalls nach Laienart zutreffend beantwortet. Anders gewendet: Ein Fehler bei der außerstrafrechtlichen Rechtsanwendung führt dazu, dass der Täter ohne Vorsatz

⁴¹ Vgl. *Bollacher* (Fn. 14), S. 81 f.; vgl. auch *Felix*, *NSZ* 2002, 225 (227); *Perron* (Fn. 17), § 266a Rn. 11; *Lackner/Kühl* (Fn. 17), § 266a Rn. 3 f.; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 786; *Wittig*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2010, § 22 Rn. 9 f.; *Bente*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2008, Kap. 12 Rn. 7 f.; *Köhler*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl. 2007, Kap. 7 Rn. 223 ff.

⁴² Vgl. zur schwierigen Abgrenzung zwischen normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankett-Straftatbeständen nur *Kudlich/Oğlakcioğlu* (Fn. 18), Rn. 57 ff. m.w.N.; vorliegend freilich dürfte diese Einordnung ganz unproblematisch sein.

hinsichtlich des normativen Tatbestandsmerkmals handelt.⁴³ Der Täter, der die sozialrechtliche Auslegung und Subsumtion nicht zutreffend nachvollzogen hätte, könnte sich danach auf einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum berufen.

Entgegen einer vielleicht spontanen Befürchtung öffnet dieser Ausgangspunkt bei näherer Betrachtung nicht etwa unkontrollierbare Einfallstore für Schutzbehauptungen. Denn die bloße Behauptung der Fehlvorstellung durch den Unternehmer zwingt das Gericht keinesfalls zu der Überzeugung (§ 261 StPO), dass insoweit nicht einmal bedingter Vorsatz vorgelegen hat. Aber auch soweit ein solches Kenntnisdefizit vom Gericht tatsächlich nicht ausgeschlossen werden kann, hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung die Anforderungen an eine Vorsatzrelevanz des Irrtums für den Fall des § 266a Abs. 1 StGB angehoben: Ohne sich zur Einordnung in die allgemeine Irrtumslehre zu äußern, führt der *1. Strafsenat* hierzu aus, die bloß behauptete Vorstellung, „kein Arbeitgeber“ zu sein, sei (unabhängig von der Glaubwürdigkeit dieser Behauptung) ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum, da der Täter (in dem der Entscheidung des BGH zu Grunde liegenden, extrem gelagerten Fall) die Umstände gekannt habe, die zu der sozialrechtlichen Bewertung geführt hätten.⁴⁴

Dass dies freilich kaum allgemein gelten kann,⁴⁵ ergibt sich nicht nur aus den o.g. allgemeinen Grundsätzen der Irrtumslehre, sondern macht der *Senat* auch selbst deutlich, wenn er davon spricht, dass der Angeklagte „bei der gegebenen Sachlage“ (d.i. hier: bei umfassender Weisungsgebundenheit und vollständiger Eingliederung in den Betriebsablauf sowie Bezahlung nach festen Stundensätzen an Personen, die keinerlei anderen Erwerbstätigkeit nachgingen und dies überwiegend mangels deutscher Sprachkenntnisse auch in selbständiger Tätigkeit kaum konnten) „die [...] ihn treffenden Pflichten erfasst“ habe. Insoweit dürfte auch hier gelten, was der *3. Strafsenat* zum durchaus vergleichbaren Irrtum über die Pflichtwidrigkeit bei der Untreue in der Mannesmann-Entscheidung ausgeführt hat: „Eine sachgerechte Einordnung etwaiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen der Angeklagten wird sich nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen erreichen lassen. Die Annahme etwa, dass jede (worin auch immer begründete) fehlerhafte Wertung, nicht pflichtwidrig zu handeln, stets zum Vorsatzausschluss führt, weil zum Vorsatz bei der Untreue auch das Bewusstsein des Täters gehöre, die ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht zu verletzen, kann nicht überzeugen. Umgekehrt könnte der Senat auch der Auffassung nicht folgen, dass es für die Bejahung vorsätzlichen Handelns ausreicht, wenn der Täter alle die objektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns begründenden tatsächlichen Umstände kennt und dass seine in Kenntnis dieser Umstände aufgrund unzutreffender Bewertung gewonnene fehlerhafte Überzeugung,

seine Vermögensbetreuungspflichten nicht zu verletzen, stets nur als Verbotsirrtum zu werten ist.“⁴⁶

c) Insoweit dürfte mithin auch die „objektive Entfernung vom rechtmäßigen Zustand“ – klarer Verstoß oder Grenzfall? – eine Rolle spielen, oder anders gewendet: Ein Fehler in der vorstrafrechtlichen Bewertung wirkt nur dann als Irrtum über das normative Tatbestandsmerkmal tatbestandsausschließend, wenn der Anwendungsfehler nicht darauf beruht, dass der Täter die zentralen Wertungen des außerstrafrechtlichen Rechtsgebietes grundlegend verkennt. Hiervon kann freilich vorliegend angesichts der zumindest schwierigen Abgrenzung kaum automatisch und gleichsam als Regelfall ausgegangen werden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob trotz voller Erfassung des sozialen Sinnes des Geschehens⁴⁷ nur geglaubt wird, das Verhalten werde eben nicht unter die gesetzliche Regelung subsumiert, oder ob ein Fall vorliegt, in dem angesichts der zahlreichen für eine selbständige Beschäftigung sprechenden Umstände nicht erkannt wird, das eine hinreichende Abhängigkeit als „soziales Sinnssubstrat“ des Arbeitgeberbegriffs vorliegt.

Eine solche Forderung, im Rahmen des normativen Tatbestandsmerkmals der Arbeitgebereigenschaft die Wertungen des Sozialrechts nachzuvollziehen, deckt sich für den sozialrechtsakzessorischen Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB dann auch mit den Maßstäben bei der (subjektiv-tatbestandlich) sozialrechtlichen (das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz zählenden) Bewertung nach § 7b SGB IV in seiner bis 31.12.2007 geltenden Fassung. Hierzu möchte die sozialgerichtliche Rechtsprechung angesichts der schwierigen Abgrenzungsfragen jedenfalls in Grenzfällen einen Vorsatz fast nur annehmen, wenn vor der Tat schon behördlicherseits entsprechende Feststellungen getroffen worden waren.⁴⁸

IV. Fazit

1. Entscheidend für die Frage nach einer Strafbarkeit gemäß § 266a StGB ist, ob mit nicht ständig beschäftigten, sondern für den Einzelfall angefragten Busfahrern ein unselbständiges Arbeitsverhältnis besteht. Dies ist anhand eines Gesamtbildes diverser Faktoren zu bewerten, das bei einem eindeutigen Überwiegen der unselbständigen Tätigkeit auch zur Unbeachtlichkeit der entgegenstehenden vertraglichen Gestaltung und der entgegenstehenden übereinstimmenden Vertragsparteien führen kann.

2. Das oft allein herangezogene Kriterium „eigener Bus oder nicht“ sollte allerdings in Orientierung an die „Freelancer-Rechtsprechung“ der Sozial- und Finanzgerichte ebenso wenig überbewertet werden wie die eher der Art der Tätigkeit als der Qualifikation der Beschäftigung geschuldete „Einordnung“ in den Ablauf von Fahrtzeiten etc. Insoweit sind ohne weiteres Konstellationen denkbar, in denen tatsächlich eine selbständige Tätigkeit der Busfahrer anerkannt werden sollte.

⁴³ Im Ergebnis nahezu unstrittig, vgl. nur *Fischer* (Fn. 11), § 16 Rn. 14 f.

⁴⁴ Vgl. BGH NStZ 2010, 337.

⁴⁵ Zur – ebenfalls nicht allgemein gültigen – Gegenauffassung vgl. etwa LG Ravensburg StV 2007, 413 (414); *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 89.

⁴⁶ Vgl. BGH NStZ 2006, 214 (217) – insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331.

⁴⁷ Vgl. dazu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 93 ff.

⁴⁸ Vgl. LSG Bayern, Urt. v. 5.12.2006 – L 5 KR 63/06, Rn. 27.

3. Soweit nach arbeits- bzw. sozialrechtlichen Maßstäben eine unselbständige Beschäftigung angenommen wird, würde jedenfalls in schwierigen Grenzfällen bei Annahme eines strafrechtsautonomen Arbeitgeberbegriffs in § 266a Abs. 1 StGB viel dafür sprechen, jedenfalls diesen nicht als erfüllt anzusehen. Die besseren Gründe streiten jedoch bereits grundsätzlich dafür, den Arbeitgeberbegriff in § 266a Abs. 1 StGB streng am Arbeits- und Sozialrecht orientiert (und nicht strafrechtsautonom) auszulegen.

4. Die Strafbarkeit nach § 266a StGB setzt Vorsatz hinsichtlich des normativen Tatbestandsmerkmals der Arbeitgeberbereiensehaft voraus. An diesem fehlt es auch dann, wenn der Täter bei Kenntnis aller tatsächlichen Umstände die „sozialrechtliche Subsumtion“ falsch vornimmt und daher von einer selbständigen Tätigkeit seiner Vertragspartner ausgeht, solange diese Vorstellung nicht auf einer generellen Verkenning der außerstrafrechtlichen Bewertungsmaßstäbe beruht.

Juvenile Justice in Different Cultural Contexts: A Comparison of India and Germany

By Prof. Dr. **Bernd-Dieter Meier**, Hannover, Assistant Prof. **Abhijit D. Vasmatkar**, B.Sc., LL.M., NET, Pune

I. Introduction

Comparing the juvenile justice systems of two countries which do not share a common cultural background is a difficult and demanding enterprise. A comparison of two legal systems in general and of juvenile justice in particular, however, is at the same time a challenge and an opportunity for research. It is obvious that some social problems are very similar all over the world, irrespective of the particular cultural context, deviant behaviour being one of them. In a situation like this, it is of major interest to see in which way a given society reacts to these problems and what consequences follow. From an academic point of view the situation can be compared to a large-scale sociological field experiment, because the similarity of the problems allows us to study the outcomes of the specific forms of intervention and their assessment in the respective cultural context. A comparison of the juvenile justice systems of two countries as culturally different as India and Germany thus offers the chance to gain a better insight into the mechanisms of social control and the way deviant and illegal behaviour can be responded to by society.

To observe that India and Germany are two very different countries comes near to a platitude. India, an independent nation since 1947, is the second-most populous country of the world with over 1.1 billion people, its share of the world population amounting to more than 17 %. About 30 % of the Indian population is in the age group 0 to 14 years, around 5 % older than 65 years. Until today, life in India has been shaped by its rich cultural traditions including a strong religious influence, about 80 % of the population being Hindus. According to the CIA World Factbook, the share of the urban population is 29 %, the literacy rate 71 %, and life expectancy at birth 66 years. Due to its colonial past India belongs to the common law system. Germany, on the other hand, is one of the biggest and richest countries of the European Union, but has a mere population of 82 million, which is slightly more than 1 % of the world population. Germany's demographic structure is considerably different from India's: Only about 13 % of its people belong to the age group 0 to 14, whereas 20 % are 65 years or older. By religion, Germany is a Christian country, about 1/3 of the population being protestant, 1/3 Roman Catholic and 1/3 unaffiliated or other. The share of the urban population is 74 %, the literacy rate 99 %, and life expectancy at birth 79 years. Germany's legal tradition is clearly shaped by the civil law system.

It might be deduced from these figures that juvenile delinquency and juvenile justice play a major role in India whereas the low percentage of young people and the high literacy rate in Germany might be indicators that these topics are of minor importance only in Europe. However, the opposite is true. Germany like most Western states has a relatively high amount of juvenile delinquency registered by the police, illegal behaviour of young people being considered a major

social problem which must be responded to by the state in a determined way. India, on the other hand, with its different sociodemographic structure (median age in India 25.9 years, in contrast to 44.3 years in Germany) has a relatively low level of juvenile delinquency, young people not playing a major role in the criminal justice statistics. In the following, we would like to contribute some observations on the obvious disparities and similarities between the legal concepts which have been enacted to respond to young persons' illegal behaviour in both states. The objective of the article is a comparison of the two juvenile justice systems in their respective historical and cultural contexts. The comparison, however, can be a snap-shot of the present day situation only, since India is a dynamic and fast developing country; the social situation as well as the legal framework may change rapidly.

II. Juvenile Delinquency in India and Germany

1. Facts and Figures

For a comparison of crime and delinquency in different states the use of police statistics is an established instrument in criminology. There is hardly any doubt that the recourse to police data is confronted with numerous methodological problems and that these problems multiply, if the data are used for international comparisons.¹ The registration of an offence by the police, for instance, requires that the illegal act is reported to the police by someone, typically by the victim or his/her family. The victim's decision to report, however, is shaped by a large number of individual and social variables, the most prominent of which are that the victim decides not to report, because the infraction is of a minor nature only and the report may not be worth it, that there are alternative ways to restore peace and order after the offence, or that the victim is in some way too intimidated to address the police. It is evident that all of these factors may vary between two countries considerably, namely because the socio-legal traditions of police contacts are different. Correspondingly, what is true for the victim probably is true for the offender as well. There may be culturally different ways in which a delinquent may react to the detection of an illegal act by the victim or the police, among which bribery may be a highly effective strategy.² A second independent set of methodological problems originates from variations in the legal framework. What is considered a criminal offence here may be seen differently there, murder, rape or assault being examples. For instance, it may come as a surprise to the European reader that the Indian Penal Code has a concept of dowry death (s. 304B Indian

¹ Meier, *Kriminologie*, 4th ed. 2010, pp. 310 ff.

² Cf. Home Office, UK Border Agency, *Country of Origin Information Report*, 2010, pp. 31 ff.; Transparency International, *Global Corruption Report*, 2007, pp. 214 ff.

Penal Code) and that an astonishing high number of these cases is reported to the police each year (8,383 cases in 2009). Another example is the age of criminal responsibility which may vary and thus influence the number of cases registered by the police: the lower the age limit, the larger the proportion of young people who may be charged with an offence and thus enter the statistics. A third group of variations may result from factual differences. For instance, the infrastructure and efficiency of the police may be different: more and better educated policemen may produce higher rates of registered delinquency, while less efficient police work may lead to lower numbers. Finally, one point which must always be kept in mind concerns the validity and reliability of the data collection process: In a large country like India the difficulties of collecting the statistical data properly may be of greater importance than in a small country like Germany.

Although these and many other factors may confine the use of police statistics when it comes to international comparisons, most criminologists agree that sometimes there is no alternative to this approach. This is especially true for the comparison of juvenile delinquency in India and Germany, because for this specific purpose there are no survey data available for India, which might be drawn upon as an alternative. In the following, we are therefore bound to have a closer look at the police data. The police data, however, must not be seen as true reflections of social reality, but should be merely considered as indicators for the distribution of the particular variables (cf. *table 1* on p. 500).

As can be seen by *table 1*, India has a very low offence rate if compared to Germany: 571 registered cases per 100,000 inhabitants is less than 1/10 of Germany's offence rate of 7,383 cases per 100,000 inhabitants. It must be noted that the Indian figure includes all cases registered under either the Indian Penal Code (IPC) or Special and Locals Laws (SLL). On the other hand it cannot be excluded that the distinction between cleared and uncleared cases, which is one of the core characteristics of the Germany police data, is not applied by the National Crime Records Bureau of India in the same way. A similar reservation must be made when the rates of the suspects are compared: A rate of 663 police suspects per 100,000 inhabitants is roughly 1/4 of the suspect rate in Germany, which amounted to 2,477 persons per 100,000 inhabitants in 2009. The legal concepts of "established suspect" on the German side and "arrested under IPC and SLL crimes" on the Indian side, however, are not the same and differ in important aspects.

The methodological aspects left aside, what is striking in *table 1* is the clear-cut difference in the indicators for juvenile delinquency. Although India is about 14 times more densely populated than Germany and the share of the young people is considerably higher, Germany had an absolute number of 10 times more suspects in 2009 than India. Rates with respect to age group cannot be calculated, but it can safely be assumed that the difference would be extreme if the calculation were feasible. This assumption is affirmed, when the percentage of the suspects below 18 years is calculated. Whilst in Germany 15.8 % of the established suspects were below 18 years in

2009, the corresponding percentage was only 0.4 % in India.³ In other words, although the Indian society is stamped by its large number of young people, registered juvenile delinquency appears not to be a major problem in India.

2. Cross-cultural Explanations

The attempt to explain this result which may come as a surprise to many readers requires some preliminary remarks. Cross-cultural explanations of crime and delinquency are seldom found in criminology, which is mostly because it is difficult to assess reliably the significance of particular criminological concepts in a specific cultural context. If, for instance, crime and delinquency are to be explained by reference to theoretical models like self-control or strain,⁴ this attempt is highly problematic, because in most cases it is unknown in which way the particular items are distributed in each country. Intercultural research therefore typically applies broader concepts like *Hofstede's* concept of cultural dimensions⁵ or open concepts more closely linked to traditional criminological theory like socialization or social control.⁶ In the following, we take up the latter approach because it enables us to structure some observations on the cultural differences between India and Germany in a way which is more familiar to criminologists. Besides, this approach has been applied before to describe the specific situation of juvenile delinquency in India in comparison to other countries in the Non-Western world.⁷

a) In India, youth grows up in a society strongly influenced by a wide variety of informal social controls. Indian society operates on a comprehensive set of norms based on religion, culture, social institutions, customs, practices and their observance for ages. This integrated set of social norms has drawn a boundary between desirability and undesirability of human behavior for the preservation of basic values. The compliance of these operative norms in the society is ensured with social sanctions. If, for example, a son/daughter from an upper caste marries somebody who belongs to a lower caste then that entire family is cast out; this has no equivalent in European society. So, while finding reasons for the low level of juvenile delinquency in India due consideration must be given to those factors which are primarily responsible for the shaping and holding of juvenile behavior to social desirability.

³ Cf. *Kumari*, *The Juvenile Justice System of India, From Welfare to Right*, 2nd ed. 2010, pp. 27 ff.

⁴ *Gottfredson/Hirschi*, *A General Theory of Crime*, 1990; *Agnew*, *Criminology* 30 (1992), 47.

⁵ Cf. *Hofstede*, *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations across Nations*, 2nd ed. 2006.

⁶ E.g. *Kemme*, *Jugenddelinquenz in westlicher und islamischer Welt, Interkulturell vergleichende Dunkelfelduntersuchung bei Studierenden in Gießen, Madison und Izmir*, 2008, pp. 105 ff.

⁷ *Vincentnathan*, in: *Friday/Ren* (eds.), *Delinquency and Juvenile Justice Systems in the Non-Western World*, 2006, pp. 30 ff.

One of these factors is family life in India. Family and kinship are still visible in India, mostly in rural India, often with more than 20 people sharing common resources and staying under a common roof. A *Karta*, the head of the family, has to discharge heavy responsibility to manage the entire affairs of the family. A guideline is given by *Mahabharata*, an ancient religious text, which speaks about rules for the ideal way of life. The *Mahabharata* declares that ‘*Samvibhaga*’ is an important rule of *Dharma*, the religious code of righteous conduct. *Samvibhaga* means sharing the wealth earned by *karta* with others, namely members of the family or employees, and maintaining dependents in the family, who have no source of income, such as children, widows, non-earning brothers and sisters, the aged, and those who are physically or mentally handicapped.⁸ The social security produced by these beliefs is still a ground reality in India.

The most important textual work is *Manu Smritis*. It is regarded as the oldest codification of rules of *Dharma* which is a comprehensive term for all rules of righteous conduct in every sphere of human activities. According to *Manu Smritis* (X-63):

“Not indulging in violence against anyone, truthfulness, non-stealing and not acquiring any wealth through immoral/illegal methods, control of senses and cleanliness of mind and body i.e. conformity in thought, word and deed [Trikarana Shudhi] are the five rules of Dharma to be followed by all.”⁹

Similarly, CH-II-9 of *Manu Smritis* says that:

“A man who conforms to the rules of Dharma in his day to day life, not only gains fame in this world, but also attains eternal bliss after death.”¹⁰

The way that religious teaching and standards of conduct are imparted to juveniles through the family unit plays a crucial role in transition from the institutionalized family life to the social life. Moreover, social taboos, a strong social prohibition for certain actions or omissions, also work as a centripetal force to bind the behavior around social desirability. Till today for a juvenile in India, smoking or drinking at public places, or having relations with a girl/boy without marriage, or marrying outside the caste is a taboo. Disobedience to these taboos would sometimes attract severe sanctions either from family or society. It is evident from the fact that every year at least 1,000 instances of honor killings are recorded in India (The Asian Age, March 8, 2011). Sometimes, the ‘social image’ of an individual plays a vital role in Indian society because all social transactions are dependent upon it, e.g. arranged marriages are mostly associated with status of an individual in general and family in particular. So in order to build a sound social image, the individual behavior is supposed to be always in line with socially acceptable norms.

b) In contrast to India, German minors grow up in a society which is characterized by a plurality of lifestyles, value

systems and personal aims. Individualization and anonymization of social relations can be considered important features of the Germany society. As *Ulrich Beck* puts it, in an individualized society identity is no longer “given” but it is considered a “task”, charging the actors with the responsibility for performing and for the consequences of their performance; determination of social standing is replaced with compulsive and obligatory self-determination.¹¹ A typical representation of *Beck’s* observation can be found in the legal principles for the exercise of parental custody: “In the care and upbringing of the child the parents take account of the growing ability and the growing need of the child for independent responsible action. They *discuss* questions of parental custody with the child to the extent that, in accordance with the stage of development of the child, it is advisable, and they *seek agreement*” (sec. 1626 German Civil Code). Another representation can be found in the general principles for the work of the public child and youth services: “Every young person has a right to assistance in his or her development and to an appropriate upbringing so that he or she can become a *responsible and socially skilled personality*” (sec. 1 Child and Youth Services Act).

In an individualized society like Germany the concept of family differs from the Indian concept. Although the institution of family has similar functions, namely securing reproduction, socialization and economic cooperation, the variability of household and living arrangements is by far greater. Single-parent families and families with only one child are a common phenomenon in German society: In 2009, nearly one quarter of all families (22.1 %) were single-parent families; more than half of the families (51.8 %) had only one child. Marriage is still a concept, but marriage is not expected to last for a lifetime; there are second and even third marriages as well, which can be seen by a high statistical mean of the marriage age: On the average, women marry in the age of 33 years, men in the age of 37 years in Germany. The percentage of divorces is high, although the figures have decreased in the last few years. Nearly half of the couples which were divorced in 2009 (49.2 %) had at least one minor child in their family.¹² The consequence is that many children grow up in a setting which is colloquially called “patchwork family”, meaning a setting in which formal ties are replaced by informal relationships. The change does not necessarily imply less stability for the child or less commitment on the parents’ side. It reflects, however, that the socio-cultural context in which children grow up has changed considerably since World War II and that kinship and family have acquired connotations quite different from the traditional understanding in India.

A similar pluralization can be found with respect to religious bonds. While Germany defines itself as a Christian country with God even referred to in the preamble of the Constitution (“Conscious of their *responsibility before God and man ...*”), official religion plays a minor role only in

⁸ *Jois*, Ancient Indian Law: Eternal Values in Manu Smriti, 2007, p. 46.

⁹ *Jois* (fn. 8), p. 46.

¹⁰ *Jois* (fn. 8), p. 46.

¹¹ *Beck/Beck-Gernsheim*, Individualization, 2002, p. XV.

¹² Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch, 2010, pp. 47, 57, 61 f.

everyday life. The bible, which might be the equivalent of *Manu Smriti* in Christian countries, does not serve as a guideline for most people, not even for those officially affiliated as members of the Catholic or protestant church. Most people do not attend church services and have only a narrow knowledge of the holy scriptures and their meaning. Many have learned the ten commandments by heart and the Sermon of the Mount is known by most. On the other hand, many Christians select those instructions which fit into their everyday life, while they leave out others (e.g. “Thou shall not murder”: yes; “Thou shall not commit adultery”: no). The consequence is that many people adhere to some form of “private religion”, which consists mainly of some commonsense ethical standards and which is only loosely connected to the official views of the church. The Shell Youth Study 2010, a representative survey of 2,604 young people aged 12 to 25, identifies three different religious cultures in Germany: In East Germany with its socialist past religion is completely irrelevant; in the groups with a migrant background (especially from Turkey or Russia) the religious beliefs attended to by the forefathers are cultivated; while in the third group, which is representative for the mainstream of young people in West Germany, religion plays only a moderate role. Even in the third group less than half of the young people believe in the existence of God or some other transcendental power.¹³

c) The different rates in juvenile delinquency may, at least in part be explained as a result of the divergent socio-religious-cultural setups, in which the developmental processes of youth take place. Although it can hardly be overlooked that there are factors like the media or the use of the internet stimulating developments which might lead to a greater convergence of attitudes and lifestyles worldwide. The concepts of socialization and social bonds are at bottom still very different in India and Germany. The considerably higher level of juvenile delinquency in Germany may therefore be understood as a consequence of the process of individualization which has pervaded most facets of social life. A higher esteem for self-determination and a weakening of traditional social bonds may have shifted the responsibility for control from the social institutions like parents and family to the formal institutions of juvenile justice, namely the police. If this observation is true, the higher rate of juvenile delinquency in Germany mainly reflects the differences in the cultures of control, as has been claimed by criminologists like *David Garland*.¹⁴ Support for this consideration comes from a view at the legal concepts for the reaction to juvenile delinquency in India and Germany, which we will deal with in the following. It can be seen that both juvenile justice systems are at bottom quite similar.

III. The Juvenile Justice Systems

1. Scope of application of the juvenile justice laws

a) In India, the Juvenile Justice (Care and Protection of Children) Act, 2000 – hereinafter referred to as JJ(C&P)A – came to be realized on 30th December, 2000 by replacing the earlier Juvenile Justice Act, 1986 (JJA). The terminology “Juvenile in conflict with law” was newly added under section 2 (l) of JJ(C&P)A by replacing “Juvenile Delinquency” of the earlier law and is defined as ‘a juvenile who is alleged to have committed an offence and has not completed eighteenth year of age as on the date of commission of such offence’. The inherent incapacity to have required mens rea or culpability is now presumed by law in India till 18 years of age, by respecting Article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child; earlier under JJA 1986 it was presumed to be 16 for boys and for girls 18 years.¹⁵ The issue of minimum age for culpability for a juvenile is dealt with under section 82 and 83 of the Indian Penal Code, 1860 (IPC). A complete immunity is granted from criminal liability to anything done by a child below 7 years of age and it is subjective for a child above 7 years of age and under 12 depending upon sufficient maturity of understanding to judge the nature and consequences of his conduct on that occasion. So the age band for the applicability of the JJ(C&P)A is 7 to 18 years subject to section 83 of IPC.

A juvenile can be apprehended for an offence punishable not only under the principle criminal law but also special and local laws (SLL). According to the report of the National Crime Records Bureau, in 2009 there were 23,926 juvenile crimes registered under IPC and 4,321 under special and local laws. A total of 33,642 juveniles were apprehended during 2009 under IPC and SLL crimes (cf. *table 1*), out of which 31,550 were boys and 2,092 were girls.¹⁶ The percentage of girls to total juveniles comes to 6.2%, which is negligible. Reason for this extreme picture must be the protective environment in which girls grow up and are little exposed to the world.

b) While in India the two issues of juveniles in conflict with law and children in need of care and protection are combined in one act, the JJ(C&P)A, 2000, in Germany the two issues have been settled in two different laws: the Youth Courts Act (YCA) and the Child and Youth Services Act (CYSA). There are many reasons for the split, which was introduced as early as 1923 and has never been changed since then. The main reason probably is that the two issues are handled by two different institutions in Germany: the YCA addresses the juvenile justice institutions which are special branches of the criminal justice institutions (police, prosecution, criminal courts etc.) and which are therefore part of the organizational structure of the German Laender (states). The CYSA on the other hand addresses the youth welfare institutions which are a branch of the social services, which are – within the framework of the general laws – organized and

¹³ *Albert et al.*, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2011, 28.

¹⁴ *Garland*, The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society, 2002.

¹⁵ Cf. *Kumari* (fn. 3), pp. 14 ff.

¹⁶ National Crime Records Bureau, Crime in India, 2009, tables 10.2., 10.3. and 10.6.

financed by the local authorities (towns and administrative districts).

Focussing on juvenile delinquents, the minimum age of criminal responsibility has been 14 years since 1923, if the period of the Third Reich is left out of consideration. A juvenile offender older than 14 and less than 18 years of age can be punished, if he or she has reached a level of moral and intellectual maturity sufficient to enable him/her to understand the wrongfulness of the act and to conduct himself in accordance with such understanding (sec. 3 JCA). Juveniles are punishable for the same acts as adults; there are no status offences in Germany like they exist in some other Western states, i.e. there are no special provisions applicable on juveniles only like the prohibition of the consumption of alcohol, tobacco smoking or running away from home. The typical offences committed by German juveniles in the age group from 14 to 17 are theft (shop-lifting), damage of property, and fraud, especially obtaining services by deception.¹⁷ If the court finds that a juvenile lacks the necessary capacity for punishment or if a child under 14 years of age commits an act which is punishable by law, the matter is adopted by the youth welfare institutions and, if necessary, a family court can decide what measures may be taken.

In 1953 young adults, i.e. persons older than 18 and less than 21 years, were included in the German juvenile justice system. The extension has been debated ever since, because it is anything but self-evident that young persons who are held fully accountable by civil law (sec. 2 German Civil Code), who are legally allowed to marry, to vote and to fight in a war, are treated differently by criminal law. Nevertheless, the extension of the YCA has been retained for more than half a century by now, irrespective of the political parties ruling in Bonn or Berlin. One of the reasons that the inclusion has been retained is that young adults are not treated in exactly the same way as juveniles. In contrast to juvenile offenders there are no doubts that young adults have legally reached the level of maturity which is the necessary requirement for adult punishment. The courts, however, have to decide if a young adult offender has to be punished according to the principles of the criminal law for adults (meaning that he or she is punished with fines or imprisonment) or according to the principles of the YCA (meaning non-custodial supervisory measures, disciplinary measures or youth penalty). The idea behind the concept is that young adults who still act like juveniles can better be influenced in their future behavior by the application of the juvenile justice categories.

2. The organization of juvenile justice

a) In most cases the first contact that juveniles have with the Criminal Justice System is with a police officer. In India, this may sometimes go along with insensitivity and ruthlessness on the police officer's side due to the traditional mindset having developed within the police for ages, wide discretionary powers, a training to deal only with adult criminals, multitasking, work stress and the like. On other hand it must be

kept in mind that many juveniles apprehended by the Indian police are characterized by inherent socio-economic disabilities. It has been observed that out of the total juveniles involved in various crimes in 2009, 7,781 were illiterate and 11,653 had education up to primary level. These two categories have accounted for 57.8 % of the total juveniles arrested during the year 2009. Similarly, a large percentage of the juveniles (64.1 %) belonged to poor families whose annual income was below Rs. 25,000/- (approximately 379 Euros).¹⁸ Taking note of these two ends, i.e. a non-specialised administration on one side and helpless juveniles on the other, JJ(C&P)A introduced "The Special Juvenile Police Unit" (SJPU) to act as a bridge in order to bring the system closer to the juveniles. According to section 63 (3) and rule 84 (1) the SJPU is to be established in every district and shall consist of a Juvenile or Child Welfare Officer (JCWO) of the rank of Police Inspector and two paid social workers one of whom shall be a woman. The involvement of social workers ensures a friendlier and caring approach towards juveniles as against the traditional role of police. It is further ensured by the Act to have at least one officer in every police station, specially instructed and trained, to be designated as the JCWO to deal with juveniles. It is the Superintendent of Police of the district to head SJPU and oversee its functioning and above all the Central and State Government to monitor establishment and functioning of SJPU.

The JJ(C&P)A and rules have also prescribed a code of conduct for the actors including police officers (SJPU) while dealing with 'juveniles in conflict with law'. A juvenile can be apprehended mainly in case of offences, which are punishable with imprisonment for more than 7 years. If an offence is punishable with less than 7 years, then only in the general interest of the juvenile an apprehension is permitted. Moreover, in a petty offence (punishable with fine up to Rs. 1,000/- only), the police may dispose off the case at the police station itself, as prescribed under Rule 13(2) (d). Upon apprehension of a juvenile, the police shall not hand-cuff, chain or otherwise fetter the juvenile or to send him to police lock up or jail. Instead, the police shall inform the JCWO of the nearest police station. It is strictly required by the JJ(C&P)A and the relevant rules that a juvenile shall be produced before the Board within 24 hours of apprehension and in case the Board is not sitting, then to be produced before a single member of the Board, who is empowered to pass all orders except final disposal. Police may record the information regarding the alleged incident in the General Diary. A social background report, circumstances of apprehension and offence must be submitted to the Board before the first hearing. It is interesting to note that the police officer is authorized to attend the Board proceedings, but in plain clothes and not in police uniform. This is to minimize the impact on the tender mind and mainly to have a friendly and benevolent approach during the entire process. A police officer, if found guilty of torturing a child, is liable to be removed from service besides being prosecuted under section 23 of the Act and Rule 84 (11).

¹⁷ Meier/Rössner/Schöch, *Jugendstrafrecht*, 2nd ed. 2007, pp. 60 ff.

¹⁸ National Crime Records Bureau (fn. 16), table 10.14.

A second major responsibility shared for the preservation of the purity and sanctity of the Juvenile Justice System is by the 'Juvenile Justice Boards' established under section 4 of the JJ(C&P)A. An amendment to the JJCP&A in 2006 made it mandatory to constitute 'Juvenile Justice Boards' in every district. The 'Juvenile Justice Board', herein after called as Board, consists of a Metropolitan Magistrate or a Judicial Magistrate of the first class, as the case may be, and two social workers of whom at least one shall be a woman. No Magistrate shall be appointed as a member of the Board unless he has special knowledge or training in child psychology or child welfare and no social worker shall be appointed as a member of the Board unless he has been actively involved in health, education, or welfare activities pertaining to children for at least seven years. This way a golden confluence of expertise judicial representation, for due observance of principles and procedure, and a sociological approach, for juvenile re-socialization, is ensured. The Board, though a quasi-judicial body, is conferred with exclusive jurisdiction to try all the cases pertaining to 'juveniles in conflict with law' notwithstanding any other law for the time being in force (sec. 6).

The JJ(C&P)A has succeeded in preserving integrity of juveniles not physically but also mentally. The psychological impact on tender minds is minimized by not exposing them to the court premises but by conducting the proceedings within the premises of the Observation Home where the juvenile may be held. Further, it is ensured that the premises have to be child-friendly and shall not look like a court room. Also it is stipulated for the board not to sit on a raised platform and to operate without a witness box.

Generally, decisions of the board are taken on consensus, but in case of any difference of opinion among the members, the opinion of the majority and if no such majority then, the opinion of the Principal Magistrate prevails. A core function to be discharged by the board is to deal with cases of juveniles in conflict with law. In addition to this the board has to take cognizance of crimes committed against juveniles under sections 23 to 28 of JJ(C&P)A; monitor observation homes and juvenile homes established under the JJ(C&P)A for juveniles in conflict with law; pass necessary direction to the district authority and police to create or provide the necessary infrastructure or facilities so that minimum standards of justice and treatment are maintained in the spirit of the JJ(C&P)A; maintain liaison with the Child Welfare Committee in respect of children needing care and protection, and the like.

b) Compared to the situation in India, the key players in juvenile justice in Germany are not the police or a judicial-like board, but the public prosecutor and the courts. The different alignment is a consequence of the justice-oriented approach the German system adheres to in contrast to the welfare approach which characterizes the Indian system. Since juvenile justice is seen as a special branch of the criminal justice system in Germany, it is consequent that the procedure in juvenile justice cases follows the general principles of the criminal procedure against adults with the trial as its central stage and the court as its main actor. Because Ger-

many like most other states of continental Europe follows the inquisitorial – not the adversarial – system, the trial is governed by the court, especially by the presiding judge, and not by a public prosecutor and the defense counsel which are the main actors in the Anglo-American legal tradition. In the pre-trial stage, on the other hand, the process is directed by the public prosecutor, who is bound by law to take up a case, if there are sufficient factual indications (sec. 152 Code of Criminal Procedure), and who alone is in the position to terminate the proceedings. In Germany, the police are by law only the auxiliary force for the prosecution. From the legal point of view, the authority of the police is dependent upon the orders and decisions of the public prosecutor (sec. 161 Code of Criminal Procedure, sec. 152 Courts Constitution Act), while in practice the police acts independently and has the power to structure the case and its outcome by the depth and accuracy of their criminal investigations.

The public prosecutor and the professional judges are jurists by their formal education, not social workers. They have studied and qualified in law, and it is expected only as an additional competence that they have education and training as well as experience in the education and upbringing of youths (sec. 37 YCA), this additional competence, however, not being indispensable. The lay judges – usually one man and one woman – are seen as representatives of the people; they may have a special training in the education of minors, but this is not an indispensable requirement either. The obvious lack of professional expertise in the understanding and handling of youth is compensated by the obligatory involvement of the youth welfare institutions in the proceedings. The youth welfare offices have to provide a specialized youth court assistance service which has to be involved in all stages of the proceedings. Its task is to highlight the supervisory, social and care-related aspects in the proceedings, be it during the investigations, during trial or during the execution of the non-custodial sentences. From the organizational point of view, the youth court assistance service forms the main connecting line between the criminal justice institutions and the social services (sec. 38 YCA; sec. 52 CYSA).

Irrespective of the fact that the legal position of the police is characterized by its dependency on the public prosecutor's orders and decisions the factual position of the police must not be underestimated. Like in India, the first contact most juveniles have with the criminal justice system is with a police officer. The manner in which the police officer confronts the underage suspect, questions him/her, makes the necessary investigations and informs the parents, can hardly be considered less relevant to the future conduct of the young person than the formal proceedings during trial or the imposition of a sentence. The German police therefore take great care to maintain high standards in the education and further training of police officers who are responsible for the handling of juvenile justice cases. The administrative rules governing all police actions clearly state that juvenile justice differs from the general principles of criminal justice in that it focuses on the future behavior of the juveniles and the avoidance of

further offences.¹⁹ In contrast to law enforcement against adults, the handling of juvenile justice cases is in many German Laender (states) organized in a way that – within regional limits – the same police officer is responsible for a particular juvenile. The aim of this mentoring-like programme is that the police officer has a better knowledge of the young person and his/her social background so that the officer can better decide on the particulars of the case and the recommendations given to the public prosecutor. Especially in multiple offender cases the police cooperate with the youth welfare services and the schools to ensure that all public institutions adjust their course of action and dysfunctional contradictory decisions are avoided. In this context it is useful to remember that most suspects who become known to the police (cf. *table 1*) are one-time offenders. Only a small share of 5 to 10 % of the juvenile delinquents can be considered at risk of entering a criminal career. Interestingly enough this highly specific group of juveniles is typically confronted with many emotional and social problems among which an unstable family background and a low educational level often play an important role.²⁰ This specific distribution of aggravating factors which can be found in Germany seems to be parallel to the situation in India, where a high percentage of the delinquent youth is illiterate or has an education on the primary level only and comes from low income families. In both countries, crime and delinquency seem to correlate with social and economic status.

3. The reaction to juvenile delinquency

a) The principle criminal law in India, i.e. the Indian Penal Code, 1860, under section 53 prescribes various forms of punishments, mainly death, imprisonment for life, rigorous or simple imprisonment, forfeiture of property and fine for adults. These punishments are spread over the code depending upon the gravity of the offence and the nature in which it was committed. On the other hand the JJ(C&P)A recognize very limited forms of punishments meted out to the juveniles. Under Section 16 of JJ(C&P)A, it has been clarified that ‘no juvenile in conflict with law shall be sentenced to death or life imprisonment or committed to prison in default of payment of fine or in default of furnishing security’ (cf. *table 2* on p. 500).

Once the Juvenile Justice Board is satisfied, at the conclusion of the inquiry, that the juvenile has committed an offence it can pass an order subject to section 15 of JJ(C&P)A. This consequence is not in the form of a punishment but a corrective measure taken on behalf of the state for social reintegration of the juvenile in conflict with law. Most of the times, the order is either limited to sending the juvenile back to home after admonition, or making him/her to perform some community service, or pay fine. In 2009, a total of 7,606 cases were disposed off (nearly to 22.6 %, cf. *table 2*)

¹⁹ *Holzmann*, Polizeilicher Umgang mit unter 14-jährigen Tatverdächtigen, Eine kritische Analyse der PDV 382, 2008, p. 311.

²⁰ *Meier*, Recht der Jugend und des Bildungswesens 2008, 426.

by resorting to these measures, all together. Apart from this, juveniles are also released (nearly 18 % of the total, in 2009, cf. *table 2*) on probation of good conduct under care and supervision of any parent, guardian or other fit institution. The overall trend in India, if analyzed, is seen to be more towards non-institutional corrective measures than the institutional one. This is evident from the fact that only 16.1% of juveniles in conflict with law were sent to Special Homes during 2009 (cf. *table 2*). With an amendment to the JJ(C&P)A in 2006, a juvenile in conflict with law can be sent to a Special Home for a maximum period of three years located nearest to the place of residence of his or her parents. This dispositional order is inclusive with an ‘individual care plan’ for the concerned juvenile in conflict with law.

In a real sense, several measures are taken for ‘rehabilitation and social reintegration’ once the juvenile is sent for institutional correction. The ‘individual care plan’ is executed to address every single need of a juvenile, mainly physical-emotional-psychological, educational and training, leisure, creativity and play, attachments and relationships, protection from all kinds of abuse, social mainstreaming, post release follow-up and restoration. It is ensured to restore the juvenile’s self-esteem, dignity and self-worth and nurture him/her into a responsible citizen.

Sometimes, these institutional measures are inadequate for juveniles to adjust to the mainstream society. On release, the transition from institutionalized life to the social one is qualified with many socio-economic difficulties and allied problems. These transitional difficulties are minimized by installing ‘transitional homes’ as a part of after care programs. These organizations enable such children to adapt to the society and during their stay they are encouraged to move away from an institution-based life to a normal one. These programs are made available for 18-21 year old persons, who have no place to go to or are unable to support themselves. It includes community group housing, encouragement to learn a vocation or gain employment and contribute towards rent or run a house, encouragement for self sustain without state support, to move out from group housing to an independent place, etc. Also a substantial amount of encouragement is given to take up entrepreneur activity and thereby loan and other facilities are provided from financial institutions.

The entire life cycle of a juvenile from apprehension till social reintegration is designed to be oriented towards reformation, by minimizing all possibilities of victimization. It is further strengthened by the insertion of certain novel features like the prohibition of publication of the name, etc., of the involvement in any proceeding through any newspaper, magazine, news-sheet or visual media; the prohibition of joint proceedings with a person not a juvenile; destruction of records pertaining to juveniles to overcome the stigma of being branded as convicts; heavy punishments for cruelty to juveniles; speedy disposal of cases’, etc. Thus, the philosophy of criminology and criminal administration is redefined for the welfare of the juveniles under JJ(C&P)A in India.

b) While the Indian approach to juvenile delinquent behavior can be characterized as non-stigmatizing and non-punitive, the situation in Germany is different. In Germany,

juvenile delinquency is reacted to by the criminal justice institutions in a criminal justice way. The legal consequences and the legal procedure are to be orientated primarily in line with the educational concept of the YCA aiming at the prevention of further offences (sec. 2 YCA), but there is no doubt that the legal consequences have the quality of juvenile justice sanctions (cf. *table 1* on p. 500).

If a juvenile is formally convicted, the court may choose from a variety of sanctions which may be imposed. In serious cases the decision is based on the severity of the offence, in all other cases the underlying educational concept of the YCA must be taken into account. Only a small part of the convicted juveniles is sent to prison; in 2009, unsuspended youth penalty was imposed on 2,076 convicted minors only (3.4 %; *table 3* on p. 501). This form of punishment – youth penalty executed in a youth prison – clearly distinguishes the German system from the Indian system, because Special Homes in India – are at least by intention – not meant to be jails, but reformatory institutions, whereas unsuspended youth penalty in Germany means high security prisons for a duration of 6 months up to 5, or in exceptional cases, 10 years. The aim of the execution of the prison sentence in Germany is twofold: on the one hand sec. 17 YCA decrees that youth penalty is a reaction to the seriousness of the youth's guilt, guilt and retribution clearly being concepts of adult criminal law. On the other hand the provision decrees that youth penalty may be imposed, if it is considered necessary to react to the harmful inclinations demonstrated by the juvenile during the offence, i.e. youth penalty is seen as a measure of rehabilitation and reintegration, which comes near to the intention of the Special Homes in India. Apart from youth detention up to 4 weeks and supervised accommodation, however, the vast majority of the sanctions imposed upon convicted juveniles in Germany are non-custodial measures, ranging from probation over disciplinary measures to supervisory measures. Typical examples are orders to perform certain tasks, to make good for the damage caused by the offence, to pay a small amount of money to a charitable organization or to attend a social skills training course. The range of applicable non-custodial sanctions is thus as differentiated in Germany as it is in Indian law.

IV. Summary and Conclusions

Summarizing the main results it should be noted that the Indian and the German juvenile justice systems have many features in common. In both countries juvenile delinquency is considered a social problem which must be dealt with by society. Young people violating the rules and thus disturbing the social order attract the attention of the social control agencies. Informal and formal control stakeholders like parents and family on one side and legal institutions like police, courts or prisons on the other have a superior interest in a law-abiding behavior of the next generation. Juvenile misbehavior is, on the whole, not perceived as an imminent danger to society, but as a potential risk for the development of the individual and society alike which has to be reacted to in a positive, empowering way. In contrast to criminal justice against adults juvenile justice is governed by the rehabilita-

tive ideal as the underlying legitimation for intervention in both countries. The language of the Indian Juvenile Justice Act 2000 (“a child-friendly approach in the adjudication and disposition of matters in the best interest of children and for their ultimate rehabilitation”) has clear-cut parallels in the German Youth Courts Act (“the legal consequences, and with respect for the parental right of upbringing also the procedure, shall be orientated primarily in line with the educational concept”). Although it is obvious that there is always a gap between law in the books and law in action – which may be especially true for India –, in both countries the legal provisions comply with the expectations and requirements of international recommendations and conventions, namely the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules), the UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guidelines), and the UN Convention on the Rights of the Child.

In their attempt to influence the young delinquents and strengthen their capacity for a law-abiding conduct, India and Germany choose different approaches. In the international scholarly debate various models are discussed which can be distinguished when analyzing juvenile justice systems.²¹ Taking up these typologies and neglecting particulars it may be stated that India follows a welfare and Germany a justice oriented approach. Comparing the organizational structures (juvenile justice board vs. youth court) and the main sanction categories (Special Homes vs. youth penalty) the differences can be seen very clearly, the divergent legal constructions offering additional evidence (addressing juveniles in conflict with law as well as children in need of care and protection in just one act vs. splitting the matter in two acts, the Youth Courts Act and the Child and Youth Services Act). Assigning labels like welfare and justice approach, however, oversimplifies the complex nature of juvenile justice. In both systems elements can be found which theoretically belong to the respective counter-model, e.g. accentuation of due process principles and provision of legal assistance in India and involvement of the youth court assistance service in Germany. Although the legal groundwork is different, both systems show a considerable similarity in their basically benevolent perspective on the young delinquent.

Similar as they may be, the two legal systems meet socio-political environments which could hardly be more different. In India, the system meets an emerging and fast developing country, with a high percentage of youth, a lively attachment to traditional values and a remarkable degree of inequality within society, in Germany, on the other hand, it meets a highly developed, issue-oriented and prosperous, but ageing society – in a word, both juvenile justice systems are applied in completely different cultural contexts. It is astonishing that in both countries illegal behavior of young people has a noticeable different social significance. Even if it is considered

²¹ Cf. *Winterdyk*, in: *Winterdyk* (ed.), *Juvenile Justice Systems: International Perspectives*, 2nd ed. 2002, pp. 11 ff.; *Pruin*, in: *Düinkel et al.* (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe, Current Situation and Reform Developments*, 2010, pp. 1519 ff.

that it is highly problematic to compare statistical data which have been gathered in different environments, the tendency of the police data is quite clear: In India police registration of juvenile delinquency is a relatively rare phenomenon, while in Germany it is strikingly common; in India more adults than juveniles are arrested, while in Germany juvenile delinquency by far exceeds criminal acts committed by adults, if the different sizes of the age groups are taken into account. Although we have not compared the severity of the offences reported to the police in our article, so that the hypothesis must be left unrefuted that in Germany the delinquent acts committed by the juveniles are less severe, we dare to conclude that Germany is more heavily burdened with juvenile delinquency than India. Because both juvenile justice systems are basically very similar we suggest this unexpected finding may be explained primarily by the different cultural contexts in which youth grows up in both countries and which are characterized by varied degrees of informal social control: In India, the stabilizing influence of family, community and religion seems to be of greater importance for the socialization of youth than in Germany. The influence of the informal control agencies may decrease in India in the future and new value systems may arise as the continuing process of modernization takes place.²² For the present, however, the Indian cultural traditions still seem to have a positive impact on everyday life-style of youth. The stronger the influence of the informal control agencies, the less it appears to be necessary that the behaviour of the young people is controlled by the formalized system of juvenile justice.

²² *Vincentnathan* (fn. 7), p. 30 (pp. 44 ff.).

Table 1: Juvenile delinquency in India and Germany 2009

	India	Germany
Population (estimated mid-year)	1 169 400 000	82 002 400
No. of registered cases	6 675 217 ^a	6 054 330
Offence rate ^b	571	7 383
No. of established suspects	7 751 631 ^c	2 187 217
Rate of established suspects ^d	663	2 477 ^e
No. of suspects below 18 years	33 642	345 329
Percentage of suspects total	0.4	15.8

Sources: National Crime Records Bureau (India); Federal Criminal Police Office (Germany)

-
- ^a Cases registered under Indian Penal Code (IPC) or Special and Local Laws (SLL).
 - ^b Number of cases that come to police notice per 100 000 inhabitants.
 - ^c Persons arrested under IPC and SLL crimes.
 - ^d Number of established suspects per 100 000 inhabitants.
 - ^e Reflecting German nationals only, without children under 8 years of age.

Table 2: Disposal of Juveniles Arrested and Sent to Courts in India 2009

	N	Percent
Total juveniles arrested and sent to courts	33 642	100.0
Sent to Home after Advice or Admonition	4 986	14.8
Released on Probation	6 063	18.0
Sent to Special Homes	5 420	16.1
Dealt with Fine	1 113	3.3
Acquitted or otherwise Disposed of	1 507	4.5
Pending Disposal	14 553	43.3

Source: National Crime Records Bureau 2009, table 10.13.

Table 3: Disposal of Juveniles Convicted by Youth Courts in Germany 2009

	N	Percent ^a
Total juveniles convicted by youth courts	60 900	100.0
Unuspended Youth penalty	2 076	3.4
Youth penalty suspended on probation	4 329	7.1
Disciplinary measures	49 411	81.1
- Youth detention up to 4 weeks	12 241	20.1
Supervisory measures	18 712	30.7
- Supervised accomodation	35	0.06

Source: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2009, tables 4.2.1., 4.4.1.

^a Supervisory measures, disciplinary measures and youth penalty may be ordered in combination. The total of the percentages therefore exceeds 100.0 %.

Die Pflicht ausländischer „Verkehrssünder“ zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung vor einem deutschen Straf- oder Bußgeldgericht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam

Die Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Ausland hat sowohl für die Verfolgungsbehörden des Tatortstaates als auch für den Täter spezifische Beschwerlichkeiten bei der Rechtswahrung und Rechtsdurchsetzung zur Folge. Hat der Täter seinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in einem anderen Land, bereitet die Feststellung und Verwirklichung des staatlichen Ahndungsanspruchs im Tatortstaat Schwierigkeiten, wenn der Täter in jenes Land zurückkehren will und die Strafverfolgungs- oder Verwaltungsbehörde keine Befugnis hat, ihn daran zu hindern. Auf der anderen Seite kann die Rückkehr in das Heimatland auch die Rechtsposition des Täters verschlechtern, weil er aus der Ferne seine Verteidigung gegen die strafrechtliche Verfolgung im Tatortland nicht optimal organisieren kann, also zur Wahrnehmung dieses Rechts sich an den Ort des gegen ihn laufenden Verfahrens begeben müsste. Das kann praktisch bedeuten, dass er unter Umständen eine lange An- und Rückreise und mehrtägigen Hotelaufenthalt, beides verbunden mit Kosten sowie vorübergehendem Stillstand eigener Erwerbstätigkeit und entsprechendem Verdienstausfall, in Kauf nehmen müsste.¹ Im Falle nicht geringfügiger Kriminalität sind die skizzierten Probleme für die Strafverfolgungsbehörden weniger gravierend als bei Bagatelldelikten oder Ordnungswidrigkeiten. Verhaftung und vorläufige Festnahme sind im Bußgeldverfahren gänzlich ausgeschlossen (§ 46 Abs. 3 S. 1 OWiG) und stehen im Strafverfahren unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt (§ 112 Abs. 1 S. 2 StPO).² Auch eine Auslieferung ist bei Ordnungswidrigkeiten nach Maßgabe von § 3 IRG³ – zu dem es in den Rechtshilfegesetzen anderer Länder entsprechende Vorschriften gibt – überhaupt nicht und bei Straftaten erst ab einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle zulässig. Die dadurch entstehende Lücke in der Verfahrenssicherung soll durch § 132 StPO geschlossen werden.⁴ Diese Vorschrift ist auch im Bußgeldverfahren anwendbar.⁵ Hier zeigt sich jedoch, welche Nachteile die Rückkehr in sein Heimatland dem Täter einbringt: Will er die geleistete Sicherheit oder das beschlagnahmte Fahrzeug auslösen, muss er sich aktiv dem Verfahren stellen und in die Offensive gehen. Denn sein Auslandsaufenthalt hindert die deutschen Behörden nicht, in seiner Abwesenheit und ohne seine aktive Mitwirkung durch Erlass eines Strafbefehls oder eines Bußgeldbescheids juristische Tatsachen zu schaffen, die den endgültigen Verlust der Vermögenswerte herbeiführen können.⁶

¹ Senge, in: Senge (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl. 2006, § 73 Rn. 39.

² Lemke, in: Julius u.a. (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 4. Aufl. 2009, § 127 Rn. 15.

³ Aus vorrangigen zwischenstaatlichen Vereinbarungen kann sich etwas anders ergeben.

⁴ Die Vorschrift ist in erster Linie für durchreisende ausländische Kraftfahrer bestimmt, vgl. Lemke (Fn. 2), § 132 Rn. 1.

⁵ Göhler, *JZ* 1968, 613 (617); Wache, in: Senge (Fn. 1), Vor § 53 Rn. 101.

nen.⁶ Zur Verhinderung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit muss der Betroffene Einspruch einlegen (§ 66 Abs. 2 Nr. 1 lit. a OWiG, § 410 Abs. 3 StPO) und gegebenenfalls anschließend persönlich in der Hauptverhandlung vor Gericht erscheinen. Ob er dies vermeiden kann, ohne eine Verschlechterung seiner strafrechtlichen Position zu riskieren, hängt maßgeblich davon ab, wie das Verfahrensrecht der *lex fori* das Thema Anwesenheit und Abwesenheit des Beschuldigten bzw. Betroffenen regelt. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass das geltende Recht der Bundesrepublik Deutschland in diesem Bereich verbesserungsfähig ist.

I. Bußgeldverfahren

1. Verfahren vor Erlass des Bußgeldbescheids

Die Durchführung des Bußgeldverfahrens bis zum Erlass des Bußgeldbescheids setzt Anwesenheit des Betroffenen nicht voraus. Anders als im Strafverfahren vor Anklageerhebung (vgl. § 163a Abs. 1 StPO) braucht der Betroffene vor Erlass des Bußgeldbescheids nicht vernommen zu werden, § 55 Abs. 1 OWiG. Ausreichend ist die Einräumung der Möglichkeit einer Stellungnahme zu der Beschuldigung. Dies kann durch Zusendung eines schriftlichen Anhörungsbogens mit der Aufforderung, diesen ausgefüllt zurückzusenden, geschehen.⁷

2. Verfahren nach Einspruch

a) Beschlussverfahren

Im Verfahren vor dem Amtsgericht ist die Anwesenheit des Betroffenen ebenfalls kein Thema, wenn das Gericht im Einvernehmen mit dem Betroffenen und der Staatsanwaltschaft den Weg des § 72 OWiG einschlagen kann. Für die Ausführung des gerichtlichen Hinweises auf die Möglichkeit des Widerspruchs (§ 72 Abs. 1 S. 2 OWiG) ist Anwesenheit des Betroffenen nicht erforderlich. Auch das sich eventuell anschließende Rechtsbeschwerdeverfahren nimmt im Normalfall einen Verlauf ohne Anwesenheit des Betroffenen, § 79 Abs. 5 OWiG, dies im Übrigen auch dann, wenn der amtsgerichtlichen Entscheidung eine Hauptverhandlung vorausging.⁸

b) Hauptverhandlung

Wählt das Amtsgericht von vornherein das Hauptverhandlungsverfahren oder wurde gem. § 72 Abs. 1 OWiG ein fristgemäßer Widerspruch erklärt, findet eine Hauptverhandlung

⁶ Lemke (Fn. 2), § 132 Rn. 12: Verwertung durch Versteigerung.

⁷ Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Kommentar, 15. Aufl. 2009, § 55 Rn. 4.

⁸ Auch im Fall einer Hauptverhandlung vor dem OLG-Senat besteht für den Betroffenen keine Anwesenheitspflicht, § 79 Abs. 3 S. 1 OWiG i.V.m. § 350 StPO, s. hierzu Senge (Fn. 1), § 79 Rn. 151.

statt, zu der der Betroffene grundsätzlich persönlich erscheinen muss, § 73 Abs. 1 OWiG. Hier kommt also der oben angesprochene Reise- und Übernachtungsaufwand des Betroffenen zum Tragen, sofern die Hauptverhandlung nicht in Abwesenheit durchgeführt werden kann. Letzteres ist möglich nach einer Entbindung des Betroffenen von der Erscheinungspflicht, §§ 73 Abs. 2, 74 Abs. 1 S. 1 OWiG. Allerdings erkaufte der Betroffene die Befreiung von der Last des Erscheinens mit dem Verzicht auf eine richterliche Vernehmung und die Möglichkeit, den Ausgang des Verfahrens durch eine mündliche Einlassung zur Sache gegenüber einer richterlichen Vernehmungsperson zu beeinflussen. Nun müsste Nichterscheinen in der Hauptverhandlung nicht zwangsläufig zur Folge haben, dass eine Vernehmung des Betroffenen durch einen Richter nicht stattfindet. Bis zu dem OWiGÄndG vom 26.1.1998 sah § 73 Abs. 3 S. 1 OWiG die Möglichkeit kommissarischer Vernehmung des zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht verpflichteten Betroffenen durch einen ersuchten Richter vor. Insbesondere die Einführung der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht hat diese frühere Regelung jedoch hinfällig werden lassen.⁹ Die kommissarische Vernehmung des Betroffenen ist nicht mehr möglich. Der Wortlaut des neugefassten § 73 OWiG ist insoweit eindeutig und was er zum Ausdruck bringt, entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Für eine Auslegung dahingehend, dass die kommissarische Vernehmung im Fall des § 73 Abs. 2 OWiG im Ermessen des Gerichts stünde, bietet der Gesetzestext keine Anknüpfungspunkte.¹⁰ In der Literatur gibt es Stimmen, die das kritisch kommentieren und sogar verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG äußern¹¹. Denn die Möglichkeit der schriftlichen Äußerung sei insbesondere für Betroffene, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind oder sich schriftlich nicht gut ausdrücken können, kein ausreichender Ersatz für eine richterliche Anhörung mit mündlicher Kommunikation. Das angesprochene Problem der Verständigung in deutscher Sprache dürfte in diesem Kontext zukünftig an Bedeutung gewinnen. War nämlich die Vollstreckung ausländischer Geldbußen „bislang nur in seltenen Fällen an der Tagesordnung“¹², hat sich dies durch die in den meisten EU-Mitgliedsstaaten¹³ und im Oktober 2010 auch in Deutschland erfolgte Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 geändert. Früher blieben Verkehrsverstöße im Ausland, die regelmäßig nur eine Geldsanktion im

unteren Bereich nach sich zogen, weitgehend ungeahndet.¹⁴ Nunmehr können in Deutschland erlassene Bußgeldentscheidungen schneller und unkomplizierter im Ausland vollstreckt werden. Dasselbe gilt für Verfahren in der umgekehrten Richtung. Es liegt auf der Hand, dass von der Auslandsvollstreckung deutscher Entscheidungen in erster Linie nicht-deutsche Delinquenten betroffen sein werden und dass viele von ihnen die deutsche Sprache nicht oder nur unzureichend beherrschen. Wenn sie sich gegenüber einem Richter mündlich äußern wollen, müssen sie also den Weg zum Ort der Hauptverhandlung in Kauf nehmen. Der Ausschluss der kommissarischen Vernehmung sollte vor diesem Hintergrund überdacht und zurückgenommen werden.

II. Strafverfahren

Ordnungswidrigkeiten werden in einem Bußgeldverfahren verfolgt, wenn der verfahrensgegenständliche Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte für eine strafrechtliche Relevanz der Tat enthält, §§ 35 ff. OWiG.¹⁵ Anderenfalls kommt es zu einem Strafverfahren, in dem jedoch der Gesichtspunkt der Ordnungswidrigkeit mit zu berücksichtigen ist, §§ 40, 41 Abs. 1, 42, 64, 81, 82, 83 OWiG, § 313 StPO. Die Ahndung der Ordnungswidrigkeit ist dann Teil der strafrechtlichen Entscheidung, also Strafbefehl oder Strafurteil. Ein Bußgeldbescheid kann in dem Strafverfahren weder von der Staatsanwaltschaft noch von dem Gericht erlassen werden.¹⁶ Im Extremfall findet im Strafverfahren eine Hauptverhandlung statt, die mit einem Urteil endet, das nur noch eine Ordnungswidrigkeit und eine Geldbuße zum Gegenstand hat.¹⁷ Die Strafprozessordnung erwähnt dies – lediglich – in § 313, eigenartigerweise aber z.B. nicht in § 407 Abs. 2 S. 1 Nr. 1.¹⁸

1. Eröffnung des Hauptverfahrens allein wegen Ordnungswidrigkeit

Bei seiner Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens hat das Gericht auch allfällige Ahndungsgrundlagen des Ordnungswidrigkeitenrechts zu berücksichtigen. Taten im prozessualen Sinn, die in das Ermittlungsverfahren unter dem Aspekt der Ordnungswidrigkeit einbezogen waren und gem. § 64 OWiG Anklagegegenstand sind, müssen ebenso gewürdigt werden wie die Eventualität, dass eine als Straftat angeklagte Tat auch oder sogar ausschließlich die Qualität einer Ordnungswidrigkeit hat, vgl. § 82 Abs. 1 OWiG, § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO.¹⁹ Als Ergebnis dieser gerichtlichen Prü-

⁹ OLG Düsseldorf NZV 1998, 516; BayObLG NJW 1999, 733; *Katholnigg*, NJW 1998, 568 (570); a.A. OLG Celle NZV 1999, 97; *Bohnert*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 73 Rn. 13.

¹⁰ BGHSt 44, 345 (346); *Göhler* (Fn. 7), § 73 Rn. 10-15; a.A. *Rebmann/Roth/Herrmann*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, Stand: April 1999, § 73 Rn. 13.

¹¹ *Senge* (Fn. 1), § 73 Rn. 39; a.A. OLG Düsseldorf NZV 1998, 516 (517); BayObLG NJW 1999, 733 (734).

¹² *Krumm/Lempp/Trautmann*, Das neue Geldsanktionengesetz, 2010, S. 5 (Vorwort).

¹³ *Trautmann*, NZV 2011, 57 (58 Fn. 5).

¹⁴ *Trautmann*, NZV 2011, 57.

¹⁵ *Göhler*, JZ 1968, 613.

¹⁶ OLG Hamm NJW 1970, 1805; *Göhler* (Fn. 7), § 64 Rn. 4.

¹⁷ *Bohnert* (Fn. 9), § 82 Rn. 7; *Göhler*, JZ 1968, 613 (621); *Göhler* (Fn. 7), § 82 Rn. 11; *Lemke/Mosbacher*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 82 Rn. 19; *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 10), § 82 Rn. 2.

¹⁸ *Kurth*, in: *Lemke u.a.* (Fn. 2), § 407 Rn. 32; vgl. auch Nr. 280 Abs. 4 RiStBV.

¹⁹ Das gilt auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft in ihrer Anklage den Aspekt der Ordnungswidrigkeit nicht thematisiert hat, vgl. *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 10), § 82 Rn. 2.

fung ist ein Eröffnungsbeschluss möglich, der das Hauptverfahren allein unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Ordnungswidrigkeit eröffnet, § 82 Abs. 2 OWiG. Das weitere Verfahren – also das Hauptverfahren – hat dann den Charakter eines gerichtlichen Bußgeldverfahrens, denn es sind „die besonderen Vorschriften“ des OWiG anzuwenden.²⁰ Eine spätere Rückkehr ins Strafverfahren gem. § 81 OWiG bleibt möglich.²¹

Hinsichtlich der An- oder Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung²² gelten also die §§ 230 StPO ff. nicht bzw. nachrangig, d.h. soweit sie nicht von den vorrangigen §§ 73 ff OWiG verdrängt werden.²³ Zu den vorrangigen Vorschriften des OWiG gehört auch § 74 Abs. 2 OWiG, der im Falle unentschuldigter Nichterscheins des Betroffenen das Gericht anweist, den Einspruch durch Urteil zu verwerfen. Es liegt auf der Hand, dass diese Art der Verfahrensbeendigung zu der Verfahrenssituation, die § 82 Abs. 2 OWiG beschreibt, nicht passt. Denn einen Einspruch, der verworfen werden könnte, gibt es nicht. Vor allem gibt es auch keinen Bußgeldbescheid, der durch die Einspruchsverwerfung seine Wirkung als Bußgeldentscheidung zurückgewinnen,²⁴ rechtskräftig und vollstreckbar werden könnte, sofern der Betroffene weder mit einem Wiedereinsetzungsantrag (§ 74 Abs. 4 OWiG) noch mit einer Rechtsbeschwerde (§ 79 OWiG)²⁵ Erfolg hat. Eine Entscheidung nach § 74 Abs. 2 OWiG ginge also buchstäblich ins Leere. Anders wäre es vielleicht in der gewiss nicht den Normalfall des § 82 Abs. 2 OWiG darstellenden Situation, dass ein Bußgeldverfahren nach Einspruchseinlegung gem. § 81 Abs. 2 OWiG ins Strafverfahren übergeleitet wird und in diesem ein Eröffnungsbeschluss ergeht, der gem. § 82 Abs. 2 OWiG nach Art einer „Rolle rückwärts“ (zu den „besonderen Vorschriften dieses Gesetzes“ § 81 Abs. 3 S. 1 OWiG einerseits, § 82 Abs. 2 OWiG andererseits) wieder ins Bußgeldverfahren zurückführt. Dass ein Amtsgericht einen strafrechtlichen Gesichtspunkt für wahrscheinlich entscheidungstragend ansieht und anschließend das Hauptverfahren gleichwohl nur wegen eines bußgeldrechtlichen Gesichtspunkts eröffnet, dürfte selten vorkommen.

²⁰ Vgl. *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 10), § 82 Rn. 5.

²¹ Vgl. *Bohnert* (Fn. 9), § 82 Rn. 19; *Lemke/Mosbacher* (Fn. 17), § 82 Rn. 20; *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 10), § 82 Rn. 9.

²² Eine Hauptverhandlung hat zwingend stattzufinden, da das Verfahren nach § 72 OWiG – auf den § 82 Abs. 2 OWiG an sich auch verweist – mangels Bußgeldbescheid nicht möglich ist, *Göhler* (Fn. 7), § 82 Rn. 19; *Wache* (Fn. 5), § 82 Rn. 15; *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 10), § 82 Rn. 9.

²³ Vgl. *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 10), § 82 Rn. 9.

²⁴ Der Einspruch entkräftet den Bußgeldbescheid als Sachentscheidung und reduziert seine Bedeutung auf eine anklageähnliche Funktion, vgl. *Bohnert*, in: *Senge* (Fn. 1), § 67 Rn. 6. Nach rechtskräftiger Einspruchsverwerfung „gewinnt der Bußgeldbescheid seine Rechtsqualität zurück“, so *Bohnert* (a.a.O.), § 67 Rn. 7.

²⁵ Vgl. *Senge* (Fn. 1), § 74 Rn. 54.

Möglicherweise wurde an die Konsequenz, die die Neufassung des § 74 Abs. 2 OWiG für § 82 Abs. 2 OWiG hat, im Gesetzgebungsverfahren des OWiGÄndG nicht gedacht. § 82 Abs. 2 OWiG, der nicht geändert wurde,²⁶ war mit der früheren Fassung des § 74 Abs. 2 OWiG ohne weiteres kompatibel. Denn diese eröffnete dem Gericht im Falle unentschuldigter Ausbleibens des zum persönlichen Erscheinen verpflichteten Betroffenen drei Verfahrensalternativen: Verwerfung des Einspruchs durch Urteil (§ 74 Abs. 2 S. 1 OWiG), Vorführung des Betroffenen (§ 74 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 OWiG) oder Verfahren nach § 74 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 i.V.m. Abs. 1 OWiG a.F. Die letztgenannte Alternative ermöglichte die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Betroffenen und die Beendigung des Verfahrens mit einem Sachurteil des Amtsgerichts.²⁷ Infolge des OWiÄndG sind die beiden mit § 82 Abs. 2 OWiG verträglichen Alternativen des § 74 Abs. 2 OWiG a.F. weggefallen. Geblieben ist diejenige, welche nicht realisierbar ist, weil sie auf Vorbedingungen aufbaut, die in diesem Verfahren nicht erfüllt sind. Sofern der Betroffene keinen Antrag auf Entbindung von der Erscheinungspflicht stellt (§ 73 Abs. 2 OWiG), kommt das Gericht zu einer Sachentscheidung nur über eine Hauptverhandlung, in der der Betroffene anwesend ist. Dies ist bei einem Betroffenen mit Aufenthalt im Ausland keine glückliche Situation, zumal wenn man bedenkt, dass es in einem Strafverfahren anders wäre (dazu unten 2.). Verschlossen ist auch der – ohnehin prozessunökonomische – Ausweg eines verwaltungsbehördlichen Neuanfangs (§§ 35 ff. OWiG) nach Verfahrenseinstellung durch das Gericht. Dazu müsste das Gericht eine „Ahndung nicht für geboten“ halten, § 47 Abs. 2 S. 1 OWiG. Dies ist aber nicht der Fall, wenn das Gericht diesen Weg gerade deswegen beschreiten will, weil es dadurch doch noch eine Ahndung der Tat zu erreichen sucht. Außerdem entfaltet die Einstellung des Verfahrens durch das Gericht eine beschränkte Sperrwirkung, sodass ein Wiederaufgreifen des Falles durch die Verwaltungsbehörde neue Tatsachen oder Beweismittel erforderte.²⁸

Mit seiner Verweisung auf „die besonderen Vorschriften dieses Gesetzes“ führt § 82 Abs. 2 OWiG das Verfahren also in eine Sackgasse. Ohnehin ist diese Regelung falsch platziert. Sie bezieht sich auf eine Prozesslage im Zwischenverfahren des Strafprozesses und sollte deshalb zumindest auch im Text des § 207 Abs. 2 StPO – und nicht nur in seinen Kommentierungen²⁹ – Erwähnung finden, entweder in Nr. 3 oder in einer eigenen Nummer. Ob es in der Sache sinnvoll ist, die Fortsetzung des Verfahrens auf der Basis der speziellen Vorschriften des OWiG anzuordnen, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls bezüglich der hier thematisierten Situation des unentschuldigter ausbleibenden Betroffenen hat sich diese Anordnung als undurchführbar erwiesen. Von den

²⁶ Vgl. Text und Kommentierung des § 82 in *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 11. Aufl. 1995, § 82 Rn. 19 (identisch mit der Kommentierung in der 15. Aufl. 2009).

²⁷ Vgl. *Göhler* (Fn. 26), § 74 Rn. 40.

²⁸ Vgl. *Bohnert* (Fn. 24), § 47 Rn. 34.

²⁹ Vgl. *Julius*, in: *Julius* u.a. (Fn. 2), § 207 Rn. 11.

„Besonderen Vorschriften“ des OWiG muss der Weg also wieder zurück in die Strafprozessordnung führen, und zwar allein gem. § 46 Abs. 1 OWiG und nicht gem. § 71 Abs. 1 OWiG, da sich das Verfahren ja nicht in der Lage „nach zulässigem Einspruch“ befindet. Dabei ist die Verweisung des § 71 Abs. 1 OWiG viel dichter an dem Regelungsgegenstand, der im Wesentlichen die Hauptverhandlung ist und deshalb vor allem vom Reglement der §§ 226 ff. StPO beherrscht wird.³⁰ Jedenfalls gelangt man letztlich wieder zu den §§ 230 ff. StPO, die eben nicht völlig von den Spezialvorschriften der §§ 73 ff. OWiG verdrängt werden, hier insbesondere nicht von § 74 Abs. 2 OWiG, der im Normalfall eine die Vorschriften der StPO ausschließende Wirkung hat.³¹ Die am besten passende Vorschrift ist § 232 StPO. Sie ermöglicht die Durchführung der Hauptverhandlung und den Abschluss des Verfahrens mit einem Sachurteil in Abwesenheit des von der Erscheinungspflicht nicht entbundenen Betroffenen. Dass der Text des § 232 Abs. 1 StPO unverständlicherweise in der Aufzählung zulässiger Sanktionen die Geldbuße – auch nicht die des § 30 OWiG, obwohl diese sogar in § 407 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO erwähnt wird – nicht anführt, ist im vorliegenden Zusammenhang unschädlich, da es gem. § 46 Abs. 1 OWiG um „sinngemäße“ Anwendung geht. Ebenfalls in Frage kommt § 231a StPO, wenn das Nichterscheinen des Betroffenen auf von ihm selbst vorsätzliche und schuldhaft herbeigeführte Verhandlungsunfähigkeit beruht. Dass in einem solchen Fall § 74 Abs. 2 OWiG zur Anwendung kommen soll,³² ist in einer Hauptverhandlung nach zulässigem Einspruch gewiss richtig, in einer Hauptverhandlung nach einem Eröffnungsbeschluss gem. § 82 Abs. 2 OWiG jedoch schlicht unmöglich.

2. Hauptverhandlung

a) Ahndungsausschluss bei Abwesenheit

Eine Hauptverhandlung darf grundsätzlich nur bei Anwesenheit des Angeklagten durchgeführt werden, § 230 Abs. 1 StPO. Der erschienene Angeklagte darf sich daher aus der Verhandlung nicht entfernen, § 231 Abs. 1 S. 1 StPO. Erscheint der Angeklagte nicht oder entfernt er sich aus der Verhandlung, findet grundsätzlich keine Hauptverhandlung statt. Ist Gegenstand des Verfahrens auch der Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit, sind die prozessrechtlichen Folgen keine anderen als wenn es in dem Verfahren nur um strafrechtliche Vorwürfe ginge. Auch eine Konstellation nach § 83 Abs. 1 OWiG führt nicht dazu, dass hinsichtlich der Ordnungswidrigkeit die bußgeldverfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 73, 74 OWiG zur Anwendung kämen.³³ Denn diese Vorschriften sind in der Paragraphenaufzählung des § 83 Abs. 1 OWiG nicht enthalten.³⁴ Ist der Angeklagte also unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienen, kann bezüglich der Ordnungswidrigkeit nicht nach § 74 Abs. 2

OWiG verfahren werden. War die Ordnungswidrigkeit von Anfang an Gegenstand des Strafverfahrens (§ 42 OWiG),³⁵ ist die Anwendung des § 74 Abs. 2 OWiG schon deswegen unmöglich, weil weder ein Bußgeldbescheid noch ein dagegen eingelegter Einspruch existiert.³⁶ Handelt es sich jedoch um eine Hauptverhandlung, die durch den rechtzeitigen Einspruch gegen einen Strafbefehl veranlasst worden ist, ist die Konsequenz unentschuldigter Ausbleibens die gleiche wie in der bußgeldverfahrensrechtlichen Situation des § 74 Abs. 2 OWiG: Der Einspruch wird gem. § 412 S. 1 StPO i.V.m. § 329 Abs. 1 S. 1 StPO verworfen.

b) Ahndung trotz Abwesenheit

Während das OWiG für das Bußgeldverfahren die Durchführung einer Abwesenheitsverhandlung und ein auf ihr beruhendes Sachurteil nur in dem Fall der §§ 73 Abs. 2, 74 Abs. 1 OWiG vorsieht, lässt die Strafprozessordnung Hauptverhandlungen in Abwesenheit des Angeklagten in weitaus größerem Umfang zu. Es stellt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn und soweit Gegenstand der Hauptverhandlung eine Ordnungswidrigkeit ist.

aa) Straftat und Ordnungswidrigkeit

Ist Gegenstand der Hauptverhandlung eine Straftat, die mit einer Ordnungswidrigkeit im Konkurrenzverhältnis der Tateinheit steht, besteht für eine verfahrensrechtliche Berücksichtigung des bußgeldrechtlichen Gesichtspunkts wegen § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG zunächst einmal keine Veranlassung. Das Verfahren ist also kein „Mischverfahren“ mit strafprozessrechtlichen und bußgeldverfahrensrechtlichen Elementen.³⁷ Die prozessuale Reaktion auf Abwesenheit des Angeklagten kann sich daher voll und ganz nach den §§ 230 ff. StPO richten. Entfällt die Möglichkeit einer Ahndung der Tat als Straftat – z.B. wegen Rücknahme eines Strafantrags oder weil die richterliche Überzeugungsbildung bezüglich der Straftat nicht gelingt – und reduziert sich der mögliche Entscheidungsgegenstand auf die Ordnungswidrigkeit, liegt die unter bb) zu erörternde Konstellation vor. „Straftat und Ordnungswidrigkeit“ betrifft also allein den Fall des § 83 OWiG. Da § 21 OWiG dieses Konkurrenzverhältnis nicht betrifft, muss das Gericht über die Straftat und über die Ordnungswidrigkeit verhandeln und entscheiden. Bei Nichterscheinen des Angeklagten kommen alle Möglichkeiten der Abwesenheitsverhandlung in Betracht, die nach der Strafprozessordnung zulässig sind. Deren Gebrauch soll sich dann wohl auch auf die Ordnungswidrigkeit erstrecken, da § 83 Abs. 1 OWiG die Geltung der §§ 73, 74 OWiG nicht anordnet. Das hat zur Folge, dass der prozessuale Handlungs- und Gestaltungsspielraum weiter ist als bei der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit im Bußgeldverfahren. Beispielsweise ist nach Entbindung des Angeklagten von der Pflicht zum Erscheinen die kommissarische Vernehmung durch einen beauftragten oder

³⁰ Vgl. *Senge* (Fn. 1), § 71 Rn. 3.

³¹ Vgl. *Göhler* (Fn. 7), § 71 Rn. 28; *Senge* (Fn. 1), § 73 Rn. 5.

³² Vgl. *Senge* (Fn. 1), § 71 Rn. 62.

³³ *Göhler*, JZ 1968, 613 (621); *Göhler* (Fn. 7), § 83 Rn. 1.

³⁴ Vgl. *Wache* (Fn. 5), § 83 Rn. 1, 5.

³⁵ Zu den anderen Entstehungsgründen einer Konstellation des § 83 OWiG vgl. *Wache* (Fn. 5), § 83 Rn. 3.

³⁶ Vgl. *Wache* (Fn. 5), § 83 Rn. 1.

³⁷ Vgl. *Wache* (Fn. 5), § 83 Rn. 4.

ersuchten Richter nicht nur möglich, sondern sogar obligatorisch, § 233 Abs. 2 S. 1 StPO. Dagegen ist die kommissarische Vernehmung des Betroffenen in der parallelen Prozesslage des Bußgeldverfahrens nach § 73 Abs. 2 OWiG nicht mehr möglich (s.o. I. 2. b).

Allerdings stellt sich die vorrangige Frage, ob § 233 StPO überhaupt auf eine Hauptverhandlung mit bußgeldrechtlichem Gegenstand, also auf die Straftat-Ordnungswidrigkeit-Kombination des § 83 OWiG anwendbar ist. Denn der Text des § 233 StPO berücksichtigt die Ordnungswidrigkeit nicht. Dasselbe trifft auf § 232 StPO zu. Auch diese Vorschrift scheint ja von der Warte des § 83 OWiG aus betrachtet den Mischverfahrens-Fall zu erfassen, nachdem in § 83 Abs. 1 OWiG die einschlägigen Bestimmungen des OWiG außen vor gelassen sind. Der Text des § 232 StPO spricht jedoch eine andere Sprache. Von „Geldbuße“ ist dort nicht die Rede. Es kann aber auch nicht sein, dass weder die §§ 230 ff. StPO noch die §§ 73, 74 OWiG anwendbar sind. Der einzige Ausweg zur Vermeidung eines Regelungsvakuums ist die Auflösung der Verbindung von Straftat und Ordnungswidrigkeit, d.h. Verfahrenstrennung und Weiterverfolgung der Ordnungswidrigkeit in einem Bußgeldverfahren. Prozessökonomisch wäre dies unvernünftig. Zudem müsste vorsorglich für den nicht ausschließbaren Fall unentschuldigter Ausbleibens des Betroffenen wieder über § 46 Abs. 1 OWiG der Rückweg zur StPO – z.B. § 232 StPO – angetreten werden, da § 74 Abs. 2 OWiG in Ermangelung von Bußgeldbescheid und Einspruch in der Luft hängt. Immerhin wäre der Wortlaut des § 232 StPO jetzt kein Problem mehr, da es ja nur um „sinn-gemäße“ Anwendung der Norm ginge. Nach allem lässt sich der Eindruck nicht verschrecken, dass mit § 83 Abs. 1 OWiG und den §§ 230 ff. StPO irgendetwas nicht stimmt, genauer gesagt, dass diese Vorschriften nicht aufeinander abgestimmt sind. Noch deutlicher zutage tritt dies dann, wenn es in der strafgerichtlichen Hauptverhandlung nur noch darum geht, den Angeklagten wegen einer Ordnungswidrigkeit zur Verantwortung zu ziehen. Deswegen soll diese Problematik unter bb) erörtert werden.

bb) Allein Ordnungswidrigkeit

Den Übergang vom Strafverfahren in das Bußgeldverfahren ordnet § 82 Abs. 2 OWiG an, wenn bereits beim Erlass des Eröffnungsbeschlusses die strafrechtliche Ahndungsgrundlage weggefallen und die bußgeldrechtliche Grundlage übrig geblieben ist. Wird hingegen das Hauptverfahren in Bezug auf eine Straftat eröffnet und verflüchtigt sich die strafrechtliche Verurteilungswahrscheinlichkeit erst danach unter Zurücklassung des die Verfahrensfortsetzung tragenden Verdachts einer Ordnungswidrigkeit, bleibt das Verfahren in seinem strafprozessualen Rahmen. Die Rückkehr in das Bußgeldverfahren des OWiG ist jetzt nicht mehr vorgesehen.³⁸ Lediglich die in § 83 Abs. 1 OWiG aufgeführten Vorschriften des OWiG bleiben weiterhin in dem Strafverfahren anwendbar. Zwar ist das von § 83 Abs. 1 OWiG vorausgesetzte Nebeneinander von Straftat und Ordnungswidrigkeit aufgehoben. Ging es in dem Strafverfahren von Anfang an nur um

eine Tat im prozessualen Sinne, hat dieses Nebeneinander sogar zu keiner Zeit bestanden. Jedoch ist die partielle Anwendbarkeit der in § 83 Abs. 1 OWiG genannten Vorschriften des OWiG in dieser Prozesslage erst recht sachlich begründet. Denn „eigentlich“ wäre jetzt ein rein bußgeldrechtliches Verfahren der adäquate prozessuale Rahmen. Aber ein über § 83 Abs. 1 OWiG hinausgehender bußgeldrechtlicher Einschlag ist in dem als Strafprozess zu Ende gehenden Verfahren aus dem Gesetz nicht ableitbar. Deswegen bleiben vor allem die besonderen Regelungen des OWiG über die An- oder Abwesenheit des Betroffenen ausgegrenzt. Möchte der Angeklagte von der Pflicht zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung entbunden werden, ist die rechtliche Grundlage für die Verwirklichung dieses Anliegens nicht § 73 Abs. 2 OWiG, sondern § 233 StPO. Dessen Wortlaut geht jedoch auf eine Hauptverhandlung, die nur noch eine Ordnungswidrigkeit zum Gegenstand hat, nicht ein. § 233 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StPO erwähnt nur strafrechtliche Tatfolgen. Die gerichtliche Reaktion auf das Nichterscheinen eines von der Anwesenheitspflicht nicht entbundenen Angeklagten richtet sich – wenn nicht die speziellen Fälle der §§ 231a, 231b StPO vorliegen – nach § 232 StPO. Auch hier findet die Ordnungswidrigkeit und ihre Sanktion Geldbuße keine Berücksichtigung. Ein einleuchtender Grund dafür, dass in Abwesenheit des Angeklagten zwar eine Verurteilung zu einer Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen, nicht aber die Verurteilung zu einer Geldbuße zulässig sein soll, ist nicht zu erkennen.

Ein ausländischer „Verkehrssünder“, dem eine auf deutschen Straßen begangene Straftat vorgeworfen wird, kann also unter den Voraussetzungen des § 233 Abs. 1 StPO die Entbindung von der Pflicht zur Anwesenheit erreichen und zur Verteidigung in seinem Heimatland eine Stellungnahme gegenüber einem ersuchten Richter abgeben, § 233 Abs. 2 S. 1 StPO. Wird ihm von Anfang an lediglich eine Verkehrsordnungswidrigkeit vorgeworfen, kann er zwar auch die Entbindung von der Pflicht zur Anwesenheit erwirken, § 73 Abs. 2 OWiG. Die Gelegenheit einer Aussage vor einem kommissarisch vernehmenden Richter wird ihm aber nicht eingeräumt. Wird ihm zunächst eine Straftat vorgeworfen, der Verfahrensgegenstand dann im Hauptverfahren aber auf eine Ordnungswidrigkeit reduziert, kann er weder nach § 73 Abs. 2 OWiG noch nach § 233 Abs. 1 S. 1 StPO von der Pflicht zum Erscheinen entbunden werden. Erscheint er dennoch nicht in der Hauptverhandlung, kann aber auch das Gericht nicht das Verfahren nach § 74 Abs. 2 OWiG oder nach § 232 StPO mit einem Urteil abschließen. Stimmig ist das nicht.

III. Schluss

Wenn die aktuelle Rechtslage wirklich so ist, wie sie oben zu analysieren versucht wurde, der *Verf.* also nichts Wesentliches übersehen oder falsch verstanden hat, dann sollte der Gesetzgeber etwas ändern. Abgesehen davon, dass die §§ 81 bis 83 OWiG schwer zu verstehen sind, sollte vor allem in der Strafprozessordnung viel deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Strafverfahren auch Ordnungswidrigkeiten zum Gegenstand haben kann. Solange die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im wesentlichen Angele-

³⁸ Vgl. Göhler (Fn. 7), § 82 Rn. 15.

genheit der Verwaltung im Rahmen eines Bußgeldverfahrens war, konnte man mit einer StPO, in der die Ordnungswidrigkeit kein Thema war, störungsfrei arbeiten. Das war die Rechtslage des OWiG von 1952 und ist Rechtsgeschichte.³⁹ Die Gegenwart sieht anders aus. Der „bewegliche“ – d.h. während laufenden Verfahrens erfolgende – Übergang vom Bußgeld- zum Strafverfahren und in umgekehrter Richtung ist ohne weiteres möglich.⁴⁰ Ursache für die mangelhafte Abstimmung von StPO und OWiG ist wohl die Nichtanpassung der einschlägigen Vorschriften der StPO an die durch das OWiG 1968 neu geschaffene Verfahrensordnung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten. Die im OWiG abgebildete stärkere Integration von Bußgeld- und Strafverfahren⁴¹ hat in den §§ 230 ff. StPO keine Spuren hinterlassen. Diese haben im Wesentlichen immer noch denselben Wortlaut wie vor Einführung des OWiG 1968. Wie es richtig aussehen müsste, zeigt § 313 StPO. Die Einfügung des Wortes „Geldbuße“ in §§ 232, 233 StPO dürfte als Korrekturmaßnahme genügen.⁴² Einstweilen wird man sich mit einer analogen Anwendung behelfen können.

³⁹ Vgl. *Göhler* (Fn. 7), Einl. Rn. 12; *Bohnert* (Fn. 24), Einl. Rn. 42.

⁴⁰ *Bode*, NJW 1968, 1449 (1453); *Knapp*, JuS 1979, 609 (616).

⁴¹ *Bode*, NJW 1968, 1449 (1451).

⁴² Zur Radikallösung der völligen Abschaffung des OWiG vgl. *Coepicus*, Deutsches Autorecht 1985, 97 (103): „Es hätte also völlig ausgereicht, Verfahrensregeln, die man für ordnungswidrigkeiten-spezifisch hielt, an die entsprechenden Vorschriften der StPO als weitere Absätze oder zusätzliche Bestimmungen anzufügen („Bei Ordnungswidrigkeiten gilt ...“).

Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit*

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Hannover

I. Compliance und Internal Investigations

Wird gegen ein Unternehmen bzw. gegen dessen Mitarbeiter oder Organe wegen des Verdachts von Straftaten ermittelt, so wird es zunehmend üblich, dass im Vorgriff oder parallel zu staatlichen Ermittlungen sogenannte „Interne Ermittler“, häufig auch bezeichnet als „Unternehmensanwälte“ tätig werden. Auf diese Weise soll die Unternehmensleitung genügend Informationen aus erster Hand erhalten, um reaktionsfähig bleiben zu können, vor allem aber, um weitergehenden Schaden vom Unternehmen abwenden zu können. Diese als „Internal Investigations“ bezeichneten privaten Ermittlungshandlungen treten naturgemäß in ein Spannungsverhältnis zum staatlichen Ermittlungsinteresse sowie ggf. zur arbeitsvertraglichen Rechtsstellung des Arbeitnehmers. Aktualität und gegenwärtiges Verständnis des Begriffs „Internal Investigations“ sind eng verknüpft mit der in den letzten Jahren massiv angestiegenen Bedeutung sogenannter Compliance-Maßnahmen in Unternehmen. Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch wird daher auch der Terminus „Compliance Investigations“ verwendet. Da Internal Investigations im modernen Wirtschaftsleben nur vor dem Hintergrund der in einem Unternehmen herrschenden Compliancekultur analysiert werden können, zunächst einige grundlegende Bemerkungen zu Aufgabe und Erscheinungsform von Compliance-Maßnahmen – zu denen in einem weiteren Verständnis auch die Durchführung interner Ermittlungen gezählt werden können.

1. Allgemeines: Compliance

Der Begriff „Compliance“ ist in einem allgemeinen Sinne als „Regelüberwachung“, aber auch als „Regeleinhaltung“ zu verstehen und bezeichnet damit die Gesamtheit aller zumutbaren Maßnahmen, die das regelkonforme Verhalten eines Unternehmens, seiner Organisationsmitglieder und seiner Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen Ge- und Verbote begründen.¹ Darüber hinaus soll die Übereinstimmung des unternehmerischen Geschäftsgebarens auch mit allen gesellschaftlichen Richtlinien und Wertvorstellungen, mit Moral und Ethik gewährleistet werden. Damit stellt eine funktionierende „Compliancestruktur“ in einem Unternehmen nicht nur mittels Überwachung die Einhaltung bestimmter Verhaltensnormen sicher, sondern generiert diese Normen in praxi selbst mit.

* Der Beitrag beruht auf Vorträgen, die der Verf. an der DHPol in Münster und vor dem 3. Bremischen Anwalts- und Notarstag Anfang des Jahres gehalten hat. Meiner Mitarbeiterin *Elmira Mamedowa* gebührt Dank für Unterstützung bei Recherche und Vorbereitung.

¹ *Poppe*, in: Görling/Inderst/Bannenbergh (Hrsg.), *Compliance, Aufbau – Management – Risikobereiche*, 2010, S. 1; *Passarge*, in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 2010, § 82 Rn. 123.

Interessant und in gewisser Weise aus heutiger Perspektive kurios ist die Herkunft des Begriffs: Compliance meint ursprünglich Therapietreue, also die Notwendigkeit, einen ärztlichen Therapievorschlag zu befolgen, und zwar zuverlässig zu befolgen. Compliance wird demgemäß von einem Patienten, also einem Kranken, gegenüber seinem Arzt erwartet als Voraussetzung dafür, dass dieser ihn von seinem Leiden befreien kann.

Versuchen wir, dieses Verständnis auf Wirtschaftsunternehmen zu übertragen, so dürften Adressaten von Compliancemaßnahmen eigentlich nur kranke Unternehmen sein, genauer gesagt Unternehmen, die von einem bösartigen Virus, wie zum Beispiel der Korruption, der Bestechung, der Untreue oder vergleichbaren Krankheiten befallen sind.

So gesehen würde vor der Notwendigkeit zur Compliance erst einmal die Diagnose einer behandlungsbedürftigen Krankheit stehen – und genau dies war in den achtziger Jahren der Ausgangspunkt der ersten Compliancemaßnahmen amerikanischer Unternehmen:

Vor dem Hintergrund drohender Verurteilungen zu Zahlungen von hohen Summen aufgrund von Rechtsverstößen wie Geldwäsche, Korruption, Insiderhandel verpflichteten sich Firmen vorwiegend aus der Finanzbranche, ein System einzuführen, welches gewährleisten sollte, dass sich die Mitarbeiter an rechtliche Rahmenbedingungen halten. Aufgrund des anders strukturierten amerikanischen Strafverfahrensrechts und auch des Strafrechts hatte dies weitreichende Konsequenzen: Zum einen kann das Unternehmen selbst Adressat der Sanktion und damit sehr schmerzhafter Geldstrafen oder sogar einer Liquidation sein. Zum anderen aber besteht eine erheblich höhere Flexibilität, die entsprechenden Sanktionen auszusetzen oder zu ermäßigen, wenn das Unternehmen an der Sachverhaltsaufklärung mitarbeitet und für künftige Präventionsmechanismen sorgt.

Beispielhaft erfolgte 1991 eine Revision der US Federal Sentencing Guidelines, welche erhebliche Exkulpationsmöglichkeiten einführte, wenn das Unternehmen nachweisen konnte, dass es den Mitarbeitern die wichtigsten Regelungen zugänglich gemacht und deren Einhaltung überwacht hatte.

Bereits hieran erkennen wir den bedeutsamen Wandel des Compliancebegriffs im wirtschaftlichen Kontext. Zwar mag Auslöser nach wie vor häufig der Verdacht einer Krankheit, sprich: Normverletzung sein, neben den therapeutischen Wirkungen treten jedoch die präventiven Zielsetzungen von Compliance deutlich in den Vordergrund.

Von Unternehmensseite dient Compliance also primär zur Abwehr oder Verringerung konkret drohender Sanktionsrisiken und zur Prävention potentieller künftiger Risiken wie Bußgeldzahlungen, Rücktritt von Vorständen, Auftragsvergabesperren, sinkenden Aktienkursen, schlechteren Ratings. Zudem liegt es im Interesse der Unternehmensleitung, persönliche Haftungsrisiken durch die Implementierung einer Kontrollstruktur zu minimieren.

2. Compliancemaßnahmen

Eine Compliancestruktur besteht in aller Regel aus einem Bündel verschiedener Maßnahmen und Institutionen. Grundlegend ist der Code of Conduct, mittlerweile fester Bestandteil für jedes größere Unternehmen. Der Code of Conduct, durch den sich das Unternehmen selbst verpflichtet und sich bereit erklärt, an die selbst gesetzten Maßstäbe zu halten, wird im Allgemeinen definiert als „Principles, values, standards, or rules of behavior that guide the decisions, procedures and systems of an organization in a way that (a) contributes to the welfare of its key stakeholders, and (b) respects the rights of all constituents affected by its operations.“²

Ein wichtiges Instrument ist das sog. „Whistle-Blowing“. Es müssen also anonyme Meldungen von Rechtsverstößen im Unternehmen abgegeben aber vor allem auch sachgerecht entgegengenommen werden können.³ Differenziert werden kann zwischen dem internen Mitarbeiter Whistle-Blowing Apparat (zumeist durch eine interne Hotline bzw. Beratungsstelle im Unternehmen) unter Gewährleistung der Anonymität der gemeldeten Person und eines vertraulichem Umgangs mit der Information. Alternativ kommt demgegenüber die Meldung an eine staatliche Stelle als externes Whistle-Blowing, bspw. über entsprechende anonymisierte E-Mail-Accounts bei Schwerpunkt-Polizeibehörden, in Betracht.⁴ Dabei liegt es ersichtlich im Interesse effizienter Compliance und daran anknüpfend auch effektiver Internal Investigations, dass die Möglichkeiten des internen Whistle-Blowings gefördert werden.

Teilweise deckungsgleich mit internen Ermittlungsmaßnahmen sind Monitorings. Als Monitoring werden alle Maßnahmen bezeichnet, die zur Überwachung der Mitarbeiter und der Wirksamkeit der Compliance – Anordnungen dienen.⁵ Damit sind auch die dauerhaft systematische Erfassung (Protokoll), Beobachtung oder Überwachung von Vorgängen oder Prozessen mittels technischer Hilfsmittel oder anderer Beobachtungssysteme, um anhand von Ergebnisvergleichen Schlussfolgerungen ziehen zu können, gemeint. Dabei sind sogenannte Mitarbeiter-Screenings in Bezug auf Umstände, die über ein für das Unternehmen erforderliches Maß an Informationen hinausgehen, nicht gestattet (so bspw. Kontrolle von Kontoauszügen, Zahlungs- und Kaufverhalten).

Auch das Auditing kann eine interne Ermittlungsmaßnahme sein. Interne Audits sind als interne Untersuchungs-

verfahren zu sehen.⁶ Diese dienen i.d.R. in Form von Anhörungen der Aufklärung von Umständen oder der Bewertung von Prozessen.

Zu einer wirksamen Compliancestruktur gehört ferner die Errichtung von Chinese Walls. Dies sind Maßnahmen zur informationsbezogenen Segmentierung in verschiedene Bereiche. Sie dienen der Steuerung von compliance-relevanten Informationen und der Vermeidung von Interessenkonflikten oder Insiderhandel durch Schaffung von Informationsbarrieren.⁷ Maßgeblich ist hierbei das „need-to-know-principle“ (Ausfluss von § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG) und das „independence-principle“, das die geschäftspolitische Unabhängigkeit der handelnden Personen gewährleisten soll.

Gleiches gilt für sog. „watch-lists“ und „restricted-lists“. Die watch-list ist eine streng vertrauliche Liste, auf der die Compliance-relevanten Informationen samt der dazugehörigen Finanzinstrumente und der Informationsträger zu finden sind. Sie ist das Kontrollelement zur Chinese Wall und damit nur dem Compliance Officer bzw. dem Vorstand zugänglich. Die restricted-list ist eine innerbetriebliche Liste, die gegenüber unternehmensexternen Personen streng vertraulich ist. In ihr sind Informationen und Weisungen enthalten, welche Maßnahmen bei potentiellen Compliance-Verstößen getroffen werden können. Diese soll nach innen verhindern, dass durch die Segmentierung widersprüchliche Handlungen auftreten und ein nach außen hin koordiniertes Verhalten gewährleisten.

II. Compliance durch Internal Investigations

Damit Compliance repressiv und präventiv wirksam werden kann, bedarf es in allererster Linie der Gewinnung von Informationen über mögliche Verstöße. Diese Informationen können von außen an den Compliance Officer herangetragen werden, bspw. durch Whistle-Blower oder die Polizei. Sie können aber auch intern erlangt werden. Hält er die Informationen für ernsthaft, ist der Compliance Officer aus verschiedenen Gründen dazu aufgerufen, selbst, d.h. im Unternehmen bzw. durch das Unternehmen veranlasst, Ermittlungen durchzuführen – die sogenannten „Internal Investigations“.

Wie bspw. kürzlich *Knauer* und *Buhlmann*⁸ zutreffend diagnostiziert haben, sind derartige unternehmensinterne (Vor-

²http://www.ifacnet.com/?q=code+of+conduct+definition&utm_medium=searchbox (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

³ *Grützner/Jakob*, Compliance von A-Z, 2010, S. 155 f.

⁴ Das Ziel ist das Aufdecken von Missständen, illegalem Handeln oder Gefahren, von denen Mitarbeiter in ihrer beruflichen Umgebung erfahren, Enthüllung von Korruption, nicht tolerierbare Gefahren und Risiken für das Unternehmen und seiner Umwelt: *Ax/Schneider/Scheffen*, Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, Prävention – Compliance – Vergabeverfahren – Sanktionen – Selbstreinigung, 2. Aufl. 2010, S. 138; http://whistleblower-net.de/pdf/Basisinfo_Whistle-blowing.pdf (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁵ <http://www.inece.org/principals/ch6.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁶ <http://gum.marcwiesner.de/presse/Internes%20Audit.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁷ *Grützner/Jakobs* (Fn. 3), S. 45; <http://www.foerderland.de/Lexikon-Foerderung/C/3352/Chinese-Walls> (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁸ Die *Autoren* haben die Probleme im Bereich Internal Investigations, Beweisgewinnung, Beweisverwertung vorbildlich aufgezeigt und aufbereitet. Die nachstehenden Erwägungen greifen die Thesen von *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 überwiegend zustimmend auf, versuchen diese weiterzuführen, gelegentlich abzuwandeln. Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf den gerade erschienenen Aufsatz von *Theile*, StV 2011, 381, der sich ebenfalls des Themas annimmt.

Ermittlungen namentlich seit dem Siemens-Skandal ein äußerst praxisrelevantes Thema.⁹

Auf Seiten der Unternehmen ist der entscheidende Antrieb vielfach die Angst der Unternehmensleitung vor medialen und juristischen Konsequenzen, d.h. Imageverlusten und Haftungsrisiken. Folgenreich ist jedoch vor allem bei international operierenden Unternehmen externer Druck, wie er exemplarisch bei Siemens durch die amerikanische Börsenaufsicht SEC ausgeübt wurde.

Der Umfang der privaten Ermittlungen bei Siemens war auch dadurch bestimmt, dass die Aktien der Siemens AG zum Handel an der US Börse (New York Stock Exchange) zugelassen sind. Dementsprechend unterliegt die Siemens AG dem Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) der insbesondere die Bestechung ausländischer Amtsträger unter Strafe stellt.¹⁰ Im Falle eines Verstoßes drohen dem betroffenen Unternehmen sehr hohe Geldstrafen, die auch für einen Weltkonzern wie die Siemens AG als Ganzes sehr ernste Konsequenzen haben können. Zum einen kann in den USA eine Strafsanktion direkt gegen das Unternehmen verhängt werden. Zum anderen können die Strafverfolgungsbehörden dem kooperierenden Unternehmen erheblich weiter und flexibler durch Strafmilderungen u.a. entgegenkommen, als dies hierzulande denkbar ist. Richtungsweisend für das Vorgehen amerikanischer Behörden und damit auch prägend für den Ablauf interner Ermittlungen ist nach wie vor das sog. „McNulty-Memorandum“.¹¹

Wäre es hingegen zu keiner Einigung zwischen der Siemens-AG und den involvierten US-Behörden über das zu entrichtende Bußgeld gekommen, wäre der Siemens-AG vermutlich die Zulassung an der New York Stock Exchange entzogen worden.¹² Der Untersuchung der vorgeworfenen Fälle wurde von der SEC als vertrauenswürdig eingestuft. New Yorker Kanzlei Debevoise & Plimpton zugestimmt. Diese Ermittlungen waren selbstredend von Siemens zu bezahlen und verursachten bei gut einjähriger Dauer, dem Vernehmen nach Kosten von insgesamt dreistelliger Millionenhöhe.¹³

Das Interesse des Unternehmens an eigenverantwortlich gesteuerten internen Ermittlungen und ggf. weitreichender Kooperation mit den staatlichen Ermittlungsbehörden ist insoweit vielfach evident. Der Mitarbeiter selbst ist hingegen unabhängig von seinen konkreten Interessen durch arbeitsvertragliche Pflichten zur Mitwirkung und Auskunft gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet. Diese Pflicht reicht, wie noch zu zeigen ist, erheblich weiter, als die vergleichbare strafprozessuale Pflicht, welche durch die Aussagefreiheit des

Beschuldigten – nemo-tenetur – und die Zeugnisverweigerungsrechte begrenzt wird. Schmachhaft gemacht wird dem Mitarbeiter die Auskunft häufig durch eine sogenannte „Amnestiezusage“. Das Unternehmen kündigt zum Beispiel für den Fall der Kooperation an, keine Strafanzeige zu stellen, einen Verteidiger zu bezahlen und auf Schadensersatzforderungen zu verzichten. Anders als der in alle Richtungen bindende strafprozessuale „Deal“, also die verfahrensbeendende Absprache i.S.v. § 257c StPO, stehen diese Zusagen jedoch regelmäßig unter dem Vorbehalt einer Verurteilung zu Strafe. Im Strafverfahren würde diese Vorgehensweise ersichtlich diverse Verfahrensprinzipien verletzen. Wie aber verhält es sich mit der Anwendung dieser Grundsätze im privaten internen Ermittlungsverfahren?

Zunächst sei jedoch noch einmal festgehalten, dass die Unternehmensleitung in Umsetzung wirksamer Compliancemaßnahmen und in Erfüllung Ihrer Überwachungs- sowie Schadensminderungspflicht gehalten ist, dem Verdacht auf Straftaten auch betriebsintern nachzugehen. Zu diesem Zweck finden neben anderen Überwachungsmaßnahmen i.d.R. zunächst interne Anhörungen der in Verdacht geratenen Mitarbeiter durch interne Ermittler /Unternehmensanwälte statt.

Exemplarisch war der Ablauf im Siemens-Fall:

Die beauftragten Anwaltskanzleien und Ermittler sichten zunächst den Daten- und Urkundenbestand des betroffenen Unternehmens. Mitarbeiter, welche insoweit in Verdacht geraten waren, wurden hierzu in Interviews durch interne Ermittler befragt. Im Rahmen der Befragung erfolgte häufig das sog. „Amnestieangebot“, welches zwar den Eindruck einer strafrechtlichen Folgenbefreiung erweckt, bei näherer Betrachtung jedoch nur die Handlungsoptionen des Mitarbeiters im Verhältnis zum Unternehmen konturiert und eingrenzt. Die Option lautet zugespitzt, entweder erfolgt eine vollständige und aktive Kooperation, dann kommen ggf. (solange keine strafrechtliche Verurteilung des Mitarbeiters erfolgt) auch die Finanzierung eines Beistands/Verteidigers und die Übernahme sonstiger Kosten in Betracht. Verweigert sich der Mitarbeiter (im Sinne des strafrechtlichen nemo-tenetur Grundsatzes), um nicht an der eigenen Überführung mitzuarbeiten, dann wird u.U. eine Verdachtskündigung angedroht sowie flankierend die Möglichkeit angesprochen, den Mitarbeiter auf die entstandenen Schäden in Regreß zu nehmen, was in aller Regel dessen finanzielle Leistungsfähigkeit auch ohne Kündigung weit überschreiten würde. Für den Betroffenen verengt sich die Handlungsmöglichkeit damit allzu häufig auf einen Zwang zur Kooperation, auch wenn er diese formal verweigern könnte. Die Unternehmensleitungen nehmen diese Situation entgegen der Interessen ihrer Arbeitnehmer aufgrund des eigenen Kooperationsbedürfnisses zumindest hin. Bereits diese Drucksituation stellt sich als ein in strafprozessualen Kategorien betrachtet problematischer Zustand dar. Bedenkt man, dass die im Rahmen der Interviews gewonnenen Informationen durch die Unternehmensanwälte möglicherweise nicht nur ausländischen Institutionen, wie der SEC, sondern auch den deutschen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt werden können, verschärft sich die Lage.

⁹ BGH NSStZ 2009, 95.

¹⁰ Schulte/Görts, RIW 2006, 561.

¹¹ Abzurufen unter der URL http://www.justice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf, zuletzt aufgerufen am 13.5.2011. Paul J. McNulty war seiner Zeit Deputy Attorney General und ist nunmehr Partner bei Baker&McKenzie, Washington.

¹² Von Rosen, BB 2009, 230.

¹³ Der Bußgeldbetrag belief sich laut www.siemens.com auf 395 Mio. Euro.

Im Fall Siemens gehen die offiziellen Verlautbarungen freilich nach wie vor dahin, dass – ungeachtet der Belehrung, welche durch die Kanzlei Debevoise & Plimpton pflichtgemäß erfolgte – zwischen den internen Ermittlern und der Staatsanwaltschaft kein entsprechender Informationsaustausch stattgefunden haben soll. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Frage an Bedeutung, ob der Unternehmensanwalt einem Verteidiger insoweit gleichzustellen ist, dass seine Unterlagen aufgrund der geschützten Mandatsbeziehung Beschlagnahmefreiheit genießen. Die Antwort ist, wie die Stellung des Unternehmensanwalts, zur Zeit nicht eindeutig (s.u.).

Im Vergleich zu Compliance-Maßnahmen, wo es im Kern darum geht, Risiken aufgrund von Rechtsverletzungen im Vorfeld, also durch Prävention, zu vermeiden, geht es bei Internal Investigations um eine spezifische Art der Reaktion auf Regelverstöße mit dem Ziel, die damit möglicherweise verbundenen Folgen zu begrenzen. So gesehen sind Internal Investigations die repressive Facette der Compliance.

Charakteristisch für eine interne Untersuchung sind drei Aspekte. Es handelt sich um eine Untersuchung, die

- bei Verdacht eines Verstoßes gegen bestehende Gesetze oder sonstige Regeln,
- i.d.R. durch externe Berater, größtenteils Rechtsanwälte, zum Teil durch Wirtschaftsprüfer unterstützt, und durchgeführt wird und
- grundsätzlich im Zusammenhang mit drohenden (staatlichen) Verfahren wegen der genannten Regelverletzungen steht.¹⁴

Grundsätzlich besteht außerhalb des Finanzsektors wie bereits erwähnt keine gesetzliche Pflicht zur Durchführung von Maßnahmen, aber es stellt sich als zweckmäßiges Instrument des Krisenmanagements heraus.

Von den vorgenannten Maßnahmen werden i.d.R. wie im Siemens-Fall dargestellt angewendet: Audits, Interviews (Mitarbeiterbefragungen), sowie üblicherweise bereits im Vorfeld und zur Vorbereitung der Befragungen die Weitergabe des Daten- und Urkundenbestandes des Unternehmens an die Ermittler.

Da es sich um nichtstaatliche, also private Ermittlungen handelt, sind den internen Ermittlern die im engeren Sinne strafprozessualen Maßnahmen verwehrt. Namentlich die Anwendung der Zwangsmaßnahmen kommt nicht in Betracht.¹⁵

Werden vergleichbare Maßnahmen dessen ungeachtet jedoch trotzdem im Rahmen interner Ermittlungen durchgeführt, so bestehen im Hinblick auf die strafprozessuale Verwertbarkeit gewonnener Beweismittel erhebliche Bedenken. Dazu sogleich mehr.

Bei internen Ermittlungen ist im Übrigen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten: Das Bundesarbeitsgericht

ist der Auffassung, dass die Interessen der Arbeitsvertragsparteien gegeneinander abzuwägen sind. Dabei müsste der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigeswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Fragen haben. Ferner dürfte die Auskunftspflicht keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellen; wenn die Frage dann noch in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreift, muss dieser Eingriff verhältnismäßig sein.¹⁶

Das Unternehmensinteresse an der Durchführung der Maßnahmen liegt abgesehen von dem teilweise angenommenen „Selbstreinigungsgesetz der Unternehmen“ (so etwa *Wehnert*) in dem Ziel der Selbstentlastung durch Kooperation. Hierfür gilt ähnliches wie für den Bereich Compliance. Dabei sind die Gründe für die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Unternehmen mannigfaltig: Teilweise ergibt sich das Interesse bereits aus rechtlichen Gründen. So zum Beispiel bei § 7 Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), die die Ausschreibung und Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand regelt und von den Unternehmen die Mitwirkung bei der Aufklärung von korruptiven Vorgängen und unzulässigen Absprachen fordert.

Ferner sind Geldbußen gem. § 30 OWiG ebenfalls ein Kriterium für die Zusammenarbeit. Das mögliche Höchstmaß beträgt zunächst bei vorsätzlicher Tat bis zu 1 Mio. Euro, bei fahrlässiger Tat bis zu 500.000 Euro, ggf. zuzüglich kaum begrenzbarer Schadensersatzforderungen an das Unternehmen. Zudem drohen die strafrechtlichen und haftungsrechtlichen Konsequenzen unterlassener Compliance und auch unterlassener interner Ermittlungen durch die Rechtsprechung verschärft zu werden. Die arbeitsrechtliche Literatur folgert hieraus bereits die Garantenpflicht des Compliance-Officers.¹⁷ Schließlich spricht für eine solche Kooperationsbereitschaft die Minimierung des bereits erwähnten Reputationsrisikos.

Dafür, die Internal Investigations nicht durch Unternehmensangestellte sondern durch externe Ermittler durchführen zu lassen, lässt sich abgesehen von regelmäßig intern nicht vorhandenen Ermittlungskapazitäten bspw. auch eine höhere Außenwirkung und schnellere Aufklärung anführen. Zudem kann sich das Unternehmen qua Mandatsbeziehung der Loyalität der Aufklärer sicher sein, anders als bei Mitarbeitern, die häufig im Betrieb stark vernetzt und interessenmäßig verflochten sein können.¹⁸

Sehen wir uns die Lage in einer Zwischenbilanz an, so stellen sich namentlich aus der Sicht des Strafverteidigers folgende Fragen:

- Welche Ermittlungsmaßnahmen sind zulässig – weitergehende als die der Ermittlungsbehörden? Wie wirkt sich die fehlende Grundrechtsbindung privater Ermittler insoweit aus?¹⁹

¹⁴ *Behrens*, RIW 2009, 22.

¹⁵ Dazu zählen v.a. Durchsuchung, Beschlagnahme, Überwachung der Telekommunikation und Erzwingbarkeit der strafprozessualen Zeugenaussage.

¹⁶ *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851 (1853).

¹⁷ Vgl. *Berndt*, StV 2009, 689; zum ganzen: *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53.

¹⁸ *Behrens*, RIW 2009, 22 (33).

¹⁹ Vgl. die Überwachungsmaßnahmen bei Lidl/Telekom.

- Wie weit reichen die (arbeitsrechtlichen) Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer? Wie verhalten sich diese Verpflichtungen zum Grundsatz „nemo tenetur“, der sog. Selbstbelastungsfreiheit?
- Sind die innerbetrieblich gewonnenen Beweismittel in einem späteren Strafprozess verwertbar?
- Kann es ein Interesse an möglichst weitreichenden internen Ermittlungen auf Seiten des Unternehmens geben, möglicherweise gerichtet auf die „Steuerung“ späterer Strafverfahren? Könnte es – umgekehrt – ein Interesse der Ermittlungsbehörden geben, Internal Investigations zu untersagen, um Beweisverschlechterungen zu verhindern?²⁰

III. Zur Verwertbarkeit der durch interne Ermittlungen gewonnenen Beweismittel

Nun zur Kernfrage: Sind die durch interne Ermittlungen gewonnenen Beweismittel in einem späteren Strafverfahren als Beweismittel verwendbar, müssen die Beweise neu erhoben werden oder können sie gar „vergiftet“ sein?

Bspw. *Jahn*²¹ hat im Zusammenhang mit den Siemensermittlungen die Ansicht vertreten, eine private Ermittlungstätigkeit im Wirtschaftsstrafverfahren werde erst dann unzulässig, wenn sie ein Ausmaß annehme, welches das aus dem Legalitätsprinzip fließende Ermittlungsmonopol der Staatsanwaltschaft ernsthaft herausfordere. Insbesondere solle der „Siemens-Fall“ für die bisher herrschende Auffassung Anlass sein, ihre Reserve gegen die Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes im Arbeitsrecht nach den Leitaussagen des Gemeinschuldner-Beschlusses zu überprüfen. Denn es spreche einiges dafür, dass selbst in Fällen, in denen ein Auskunftsverlangen des Arbeitgebers nicht gegen den nemo tenetur-Grundsatz verstoßen würde, eine Aussagepflicht jedenfalls gegenüber unternehmensextern beauftragten Anwälten nicht bestehe. Weiterhin, so *Jahn*, könne die Verwertung der Ergebnisse von Ermittlungen Privater im Wirtschaftsstrafverfahren zum Nachteil von Beschuldigten oder zu beschuldigenden Mitarbeitern entsprechend § 136a Abs. 2 S. 3 StPO unzulässig sein, wenn über das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Aussagepflicht bewusst getäuscht wurde oder sonst unzulässige Vernehmungsmethoden eingesetzt wurden.²² Zu fragen sein wird, was die Voraussetzungen einer Übertragung der strafprozessualen Grundsätze auf ein privates Ermittlungsverfahren, welches von anderen Interessen geleitet wird, sind.

Wie *Knauer* und *Buhlmann* grundlegend und zu Recht betont haben, gibt es zahlreiche Gründe, die ein Unternehmen dazu bringen können, um seine Existenz zu bangen, wenn es sich gegenüber staatlichen Behörden nicht kooperationsbereit zeigt.²³ Die faktische Entscheidungsfreiheit ist gelegentlich gering, darf aber auch nicht unterschätzt werden. Vielfach setzt sich ein Unternehmen auch gerade durch die Veranlassung von internen Ermittlungen späteren Sachzwängen im Hinblick auf die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden

aus. Dessen ungeachtet wird die Freiheit, eine entsprechende Kooperation und eine umfassende interne Aufklärung zu verweigern, häufig eher gering sein.

Denn Ermittlungsmaßnahmen sind häufig erforderlich, um gesetzliche Pflichten zu erfüllen oder Sanktionen abzumildern. Blickt man auf die vom BGH obiter dictu geäußerte Ansicht, ein Compliance-Officer komme als Unterlassengarant im Hinblick auf die Straftaten von Mitarbeitern in Betracht (ungeachtet der damit verbundenen Probleme, wie bspw. dem Umstand, dass die meisten Anknüpfungstatbestände als Vorsatzdelikte ausgestaltet sind, der CO aber selten die erforderliche Kenntnis von der konkret drohenden Begehung einer Tat verfügen wird), so bestehen auch auf der persönlichen Ebene des CO's erhebliche Anreize, interne Ermittlungen gegenüber den eigenen Mitarbeitern einzuleiten und konsequent durchzuführen. Wie bereits erwähnt, üben Unternehmen auch ihrerseits auf ihre Mitarbeiter massiven Druck aus, um diese zu einer umfassenden Kooperation zu drängen.²⁴ Die Mitarbeiter sind aufgrund des so verursachten persönlichen und wirtschaftlichen Drucks faktisch selten in der Lage, sich einer entsprechenden Kooperation zu entziehen und werden im Gegenteil de facto häufig zu einer umfassenden Aussage gezwungen. Zwar wird man, wie ebenfalls dargelegt, häufig zunächst nur an einer internen Verwertung der Informationen interessiert sein. Realistischerweise werden die Aussagen und andere Ermittlungsergebnisse in der Folge gleichwohl nicht selten den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt und gestellt werden müssen. Denn die Unterlagen, welche sich im Gewahrsam des Unternehmens befinden, können beschlagnahmt werden. Ob die Unterlagen des Unternehmensanwalts ebenfalls der Beschlagnahme unterliegen, ist ein derzeit noch nicht ausdiskutiertes Thema. Das Risiko einer Weitergabe ist also als nicht gering einzuschätzen.

Trotzdem verzichten die von einer Ermittlung betroffenen Mitarbeiter aller Erfahrung nach häufig auf grundlegende, anerkannte Beschuldigtenrechte, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit. Dies dürfte allerdings neben dem auf sie ausgeübten Druck teilweise auch damit zu erklären sein, dass die Betroffenen nicht erkennen, dass die Ermittlungsergebnisse nach einer möglichen Weitergabe der Informationen durch die privaten Ermittler an die Staatsanwaltschaft von staatlicher Seite auf sie zurückschlagen können. Insoweit kann nur an eine ernsthafte Aufklärung über die Rechtslage durch die Unternehmensanwälte vor dem Beginn der Anhörung appelliert werden.

IV. Ermittlung und Ermittlungshilfe durch Privatpersonen

Wie u.a. *Knauer/Buhlmann*²⁵ ausführlicher als hier möglich dargelegt und analysiert haben, hat die Frage, ob Ermittlungsergebnisse, welche durch Privatpersonen erzielt wurden, im Strafprozess als Beweise verwertet werden dürfen, die höchstrichterliche Rechtsprechung schon häufig beschäftigt. Im Unterschied zu den rein privat veranlassten internen Er-

²⁰ Vgl. den Fall BayernLB/Gribkowski.

²¹ *Jahn*, StV 2009, 41.

²² Alles *Jahn*, StV 2009, 41.

²³ *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (388).

²⁴ *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851 (1852).

²⁵ *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (389 ff.).

mittlungen lagen die Dinge bisher allerdings so, dass die als Ermittler tätigen Personen entweder direkt im Auftrag (V-Mann-Fälle, Hörfälle) oder doch zumindest mit Unterstützung (U-Haft-Fälle) der Strafverfolgungsbehörden aktiv wurden.

Demgegenüber wird die beschriebene Anhörungssituation im Rahmen interner Ermittlungen zunächst einmal ausschließlich im Unternehmensinteresse erzeugt. Das Verhalten des Mitarbeiters ist dementsprechend als Interaktion unter Privaten zu sehen – zunächst ohne Bezug auf staatliche Ermittlungsinteressen. Diesen Bezug herzustellen, wäre dann Aufgabe des zunächst als Beistand tätigen Verteidigers. Gibt nun das Unternehmen die ermittelten Sachverhalte an die Staatsanwaltschaft freiwillig oder gezwungenermaßen weiter, so werden die betroffenen Mitarbeiter aufgrund ihrer eigenen belastenden Aussagen ohne den Schutz der strafprozessualen Regelungen quasi ohne jede Deckung zum zentralen Gegenstand des staatlichen Ermittlungsinteresses und der entsprechenden Ermittlungsmaßnahmen. Denn zwar ist der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezeichnung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts allgemein anerkannt und hat dementsprechend in zahlreichen Vorschriften des materiellen und prozessualen Rechts einfachgesetzliche Ausprägungen erfahren. Der Zweck der Selbstbelastungsfreiheit liegt jedoch darin, dass der Einzelne vom Staat grundsätzlich nicht in die Konfliktlage gebracht werden soll, eine Selbstbelastung nur dadurch verhindern zu können, dass er entweder falsch aussagt und sich dadurch ggf. sogar weiterer Strafverfolgung aussetzt, oder aber schweigt und dadurch in die Gefahr gerät, Zwangsmitteln unterworfen zu werden.

Sieht man den *nemo tenetur*-Grundsatz richtigerweise als mit Verfassungsrang ausgestattetes Recht an, so ist die Freiheit von Selbstbelastungszwang der einfachgesetzlichen Rechtsordnung übergeordnet und nicht auf das Straf- bzw. Strafprozessrecht beschränkt.²⁶ Damit könnte der Grundsatz auch auf arbeitsrechtliche Sachverhalte und damit auf Anhörungen im Rahmen interner Ermittlungen angewendet werden. Jedoch bindet die Verfassung unmittelbar nur den Staat, nicht hingegen in gleicher Weise Privatpersonen, wozu auch die Unternehmen und Arbeitgeber der betroffenen Mitarbeiter zählen.

Als erstes Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der *nemo tenetur*-Grundsatz schützt grundsätzlich nur vor einem staatlich veranlassten Aussagezwang; dies gilt insbesondere für seine einfachgesetzliche Ausprägung in § 136 StPO. Der Aussagezwang der betroffenen Mitarbeiter ist lediglich vertraglich oder gar nur faktisch, nicht hingegen staatlich veranlasst. So gesehen liegt ein Verwertungsverbot nicht nahe.

Dies gilt auch für Aussagen von Mitarbeitern, die sich zwar in der irrigen Annahme einer Auskunftspflicht aber gleichwohl freiwillig offenbart haben. Entsprechende Aussagen könnten, wenn der Irrtum nicht durch die Ermittlungsbehörden initiiert und deshalb kein Einfluss auf die Willensbildungsfreiheit durch staatliche Stellen ausgeübt wurde, straf-

prozessual verwertet werden.²⁷ Anders wäre dies, wenn deutsche Strafverfolgungsbehörden Arbeitgeber dazu veranlassen, Mitarbeiter zu befragen und dabei über das Bestehen einer Auskunftspflicht täuschen oder für den Fall des Schweigens persönliche Nachteile in Aussicht stellen. Insofern ist von Bedeutung, dass der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber für mit seinem Arbeitsbereich unmittelbar zusammenhängende Fragen nach §§ 666, 675 BGB grundsätzlich umfassend auskunftspflichtig ist.²⁸ Nach h.M. besteht diese arbeitsrechtliche Auskunftspflicht auch dann, wenn sich der Betroffene selbst einer strafrechtlichen Handlung verdächtig macht, indem er auf eine Frage wahrheitsgemäß antwortet. Dies wird damit begründet, dass die Interessen des Arbeitnehmers hinter dem Informationsbedürfnis des Arbeitgebers zurückzustehen hätten.²⁹ § 55 StPO findet insoweit keine Anwendung. Prekär wird die Situation nun dadurch, dass die Erfüllung der Auskunftspflicht neben möglichen arbeitsrechtlichen Konsequenzen auch mit den Zwangsmitteln des § 888 ZPO (Zwangsgeld/-haft) herbeigeführt werden kann. So gesehen könnte man auf den ersten Blick meinen, es sei eben doch eine staatlich veranlasste Aussage. Dies jedoch wäre unrichtig.

Denn der Staat stellt hier nur ein Instrumentarium von Zwangsmitteln zur Verfügung. Strukturell bleibt die arbeitsrechtliche Aufklärung ein privatrechtlicher Konflikt, mit der Folge, dass die strafprozessualen Verwertungsverbote nicht unmittelbar und umfassend eingreifen können.

Dieses aus Verteidigersicht unerfreuliche Ergebnis ist jedoch nicht die abschließende Antwort auf die Frage nach der Verwertbarkeit. Denn bei einer Weitergabe der Ergebnisse an die Strafverfolgungsbehörden kommt ein Verstoß gegen das Recht des betroffenen Arbeitnehmers auf ein faires Verfahren in Betracht. Gemeint ist damit der *fair trial* in seiner strafrechtlichen, nicht in seiner arbeitsrechtlichen Eigenart. Letzteres wäre i.Ü. angesichts der Rechtsprechung zu unselbständigen Beweisverwertungsverböten auch weitgehend folgenlos.

Nach allgemeiner Ansicht³⁰ entspringt das Recht auf ein faires Verfahren aus dem Rechtsstaatsprinzip, den allgemeinen Freiheitsgrundrechten sowie der Verpflichtung des Staates zur Achtung der Menschenwürde. Art. 6 Abs. 1 EMRK enthält zudem eine einfachgesetzliche Normierung. Allerdings ist angesichts der in die StPO inkorporierten Ausprägungen eines fairen Verfahrens der direkte Rückgriff auf den *fair-trial*-Grundsatz methodisch nur zulässig, sofern die StPO für die zu beurteilende Konstellation eine Regelungslücke enthält.

Betrachten wir die oben dargelegte Situation bspw. von Anhörungen im Rahmen interner Ermittlungen, so wird man aber von einer Regelungslücke ausgehen können.³¹

²⁷ *Schneider*, NZG 2010, 1201 (1204).

²⁸ *Schneider*, NZG 2010, 1201 (1204).

²⁹ BAG NZA 1996, 637 (638); BGH NJW-RR 1989, 614.

³⁰ So namentlich BVerfGE 26, 66 (71); 63, 380 (390).

³¹ Näher hierzu bereits die im Wesentlichen mit der hier geäußerten Auffassung übereinstimmenden Ausführungen von *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (389).

²⁶ *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (390).

Gleichwohl – und dies ist entscheidend – dürfen die folgenden Ausführungen nicht so verstanden werden, als liege diese Regelungslücke in jedem Fall interner Ermittlungen vor. Maßgeblich ist das konkrete Vorgehen auf Arbeitgeberseite. Alle nachfolgenden Punkte können durch eine entsprechende Ausgestaltung der Ermittlungen beeinflusst, größtenteils entkräftet werden. Wie zu zeigen ist, spielen namentlich eine umfassende Information und Belehrung sowie die ernstgemeinte Zusicherung von arbeitsrechtlicher Sanktionsfreiheit eine erhebliche Rolle. Wie ebenfalls auszuführen ist, muss das Unternehmen dann allerdings auch sicherstellen können, dass seine Zusicherungen wirksam bleiben, anderenfalls kann eine Täuschung vorliegen, die wiederum nach dem Rechtsgedanken des § 136a StPO auf die Verwertbarkeit zurückschlagen kann. Womit wiederum die Frage der Anwendbarkeit bzw. Übertragbarkeit dieser Norm ins Zentrum der Überlegungen rückt.

Grundlage der StPO ist das staatliche Aufklärungsmonopol. Denn auch wenn die Zulässigkeit privater Ermittlungen allgemein anerkannt ist, obliegen doch die strafrechtlichen Ermittlungen nach der StPO ausschließlich der Staatsanwaltschaft und der Polizei. Demgemäß stehen unternehmensinterne Ermittlungen in einem potentiellen Konflikt mit dem staatlichen Repressionsmonopol sowie mit der nach Art. 33 Abs. 4 GG festgelegten staatlichen Kompetenz zur Durchführung der Strafverfolgung.³² Da die Adressaten der StPO die Strafverfolgungsbehörden sind, werden die Grenzen des privaten Handlungsspielraums allein durch das materielle Strafrecht abgedeckt. Auch für interne Ermittlungen findet die StPO keine Anwendung.

Der Hinweis sei erlaubt, dass die Empfehlungen des Strafrechtsausschusses der BRAK zum „Unternehmensanwalt“ aus genau diesem Grund problematisch, in Teilen sogar fast euphemistisch erscheinen. Denn bei Lichte betrachtet kann keine Seite ein Interesse daran haben, interne Ermittlungen nach StPO-Standard durchzuführen: Die Strafverfolgungsbehörden würden eine faktische Kompetenzverlagerung zu gewärtigen haben. Von Unternehmensseite wird der damit verbundene Verzicht auf arbeitsrechtlich eingeräumte Druckmittel und die Bindung bei der Ausgestaltung der Ermittlung kaum attraktiv sein können. Und last but not least dürfte sich aus Sicht der Betroffenen die Frage stellen, was die Bindung des Unternehmensanwalts an die StPO ohne die Übernahme des Rechtsschutzinstrumentariums der StPO wert sein kann.

Dies vorausgeschickt sei ein kurzer Blick auf die Rechtsprechung des BGH zur Verwertbarkeit von Beweisen, die unter Mitwirkung von Privaten erlangt wurden, geworfen:

Der *Große Senat* für Strafsachen hatte bereits in seiner Entscheidung zur sog. „Hörfalle“³³ festgestellt, dass in Fällen, in denen der nemo tenetur-Grundsatz zwar nicht verletzt ist, die zu beurteilenden Gesamtumstände jedoch „einem Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz nahekommen“, eine Prüfung dahingehend zu erfolgen habe, ob das Recht des

Angeklagten auf ein faires Verfahren nicht dennoch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes gebiete.

Im Vergleich zur dortigen Situation dürfte bei internen Ermittlungen ein Verwertungsverbot jedoch ungleich näher liegen. Denn der dortige Angeklagte konnte „frei darüber befinden, ob und in welchem Umfang er sich in dem Gespräch offenbaren wollte.“³⁴ Hier hingegen befindet sich der Arbeitnehmer in einer erheblich ausgeprägteren Zwangslage, welche namentlich aus der umfänglichen arbeitsrechtlichen Aussagepflicht entsteht und ihm dann rechtlich, anderenfalls zumindest faktisch eine freie Abwägung seiner Interessen drastisch erschwert.

Auch der Umstand, dass die Beweiserhebungen auf, rechtlich isoliert betrachtet, nicht zu beanstandende Weise erfolgt sind, weil sich der Arbeitnehmer vorliegend nicht in einer staatlich veranlassten, sondern je nach Entscheidung der arbeitsrechtlichen Vorfrage, in einer rein vertraglichen oder nur faktischen Zwangslage befindet, ändert an dem Ergebnis nichts. Es ist im Einzelfall zu überprüfen, ob das Recht des (potentiellen) Angeklagten auf die Durchführung eines fairen Verfahrens in qualitativ so gravierender Weise beeinträchtigt wurde, dass die Beweise nicht von staatlicher Seite zur strafprozessualen Verwertung angenommen werden dürfen.

Aber nochmals: Zunächst gilt, dass ohne Mitwirkung der Strafverfolgungsbehörden der anzuhörende Arbeitnehmer allein durch und für die unternehmensinternen Ermittlungen keinen strafprozessualen Beschuldigtenstatus nach § 136 StPO erlangt und diese zentrale Norm daher weder anwendbar noch verletzt ist. Eine Vernehmung im Sinne der StPO scheidet selbst bei weitem Verständnis daran, dass die Tätigkeit des Unternehmensanwalts regelmäßig in nicht in einer den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnenden Form erfolgt.

Die Ermittlungen erfolgen wie gezeigt aus eigener Initiative und in dem eigenen Interesse, gesetzliche Pflichten zu erfüllen oder Sanktionen abzumildern. Da der Angestellte im Normalfall auch kaum irrtümlich von einer strafprozessualen Vernehmung ausgehen dürfte, kommt eine analoge Anwendung der §§ 136 f. StPO auch mit dieser Begründung regelmäßig nicht in Betracht.

Bei einer Gesamtschau aller relevanten Umstände derartiger Beweisgewinnungen wäre auch hier zu beachten, dass in der konkreten Situation des Arbeitnehmers sowohl § 136a StPO als auch der nemo tenetur-Grundsatz und damit mehrere strafprozessuale Kerngarantien angesprochen sind, soweit es zu einer späteren Verwertung kommen würde.³⁵

Neben der dargelegten Parallele zu nemo tenetur zeigt sich eine vergleichbare Parallelität zu den von § 136a StPO erfassten verbotenen Vernehmungsmethoden. Vorab sei wie-

³⁴ BGHSt 42, 139 (153).

³⁵ Die Bewertung ändert sich auch dann nicht, wenn dem Mitarbeiter ein arbeitsrechtliches „Aussageverweigerungsrecht“ bzw. Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt würde. Denn aufgrund der geschilderten Zwangslage, könnte er auch von diesem keinen freien Gebrauch machen, womit sich die im Hinblick auf den fair trial zu bewertende Lage unverändert darstellt (vgl. *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 [391]).

³² *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (391).

³³ BGHSt 42, 139.

derum darauf hingewiesen, dass es in der Hand des Unternehmens liegt, die Anhörung so zu gestalten, dass die nachfolgenden Erwägungen nicht greifen. Jedoch zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass die Unternehmen früher oder später dazu tendieren, den faktisch möglichen Druck auch aufzubauen. Dies ist i.d.R. davon abhängig, wie sich der Kooperationsdruck auf das Unternehmen selbst entwickelt. Wie nicht einmal in erster Linie im Beispiel Siemens zu beobachten, versuchen die Unternehmen oder die Unternehmensanwälte vielfach, unter Ausnutzung der für den Betroffenen bestehenden Zwangslage, durch die Ausübung mitunter massivsten Drucks dessen Kooperationsbereitschaft zu „fördern“. Für den Fall, dass der Betroffene nicht auf seine Rechte gegenüber dem Unternehmen verzichtet, werden ihm die Kündigung sowie die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen angedroht.³⁶ Dabei muss man sich vor Augen halten, dass das Zusammenwirken von Kündigung und drohender Ersatzpflicht Mitarbeiter nahezu aller Hierarchieebenen in existenzielle Gefährdungen führen wird.

Wie bereits erwähnt, trägt dazu auch die vielfach seitens der Unternehmen in Aussicht gestellte „Amnestie“ bei,³⁷ obwohl sich diese ja zunächst einmal als Erweiterung von Handlungsoptionen für den Mitarbeiter darstellt. Denn derartige Angebote bewegen sich in der Nähe einer Täuschung i.S.v. § 136a StPO. Abgesehen davon, dass häufig als Subtext der Imperativ „Entweder Du kooperierst vollständig, oder Du erhältst eine Verdachtskündigung!“ gelesen werden muss, können die Unternehmen dem betroffenen Mitarbeiter eben in strafrechtlicher Hinsicht gerade keine Straffreiheit garantieren.³⁸ Die Zusage könnte nur durch dysfunktionales Verhalten des Unternehmens umgesetzt werden, indem man die Strafverfolgungsbehörden bewusst im Unklaren über mögliche Verstöße ließe oder gar versuchen würde durch gezielte Informationen die Ermittlungen in andere Richtungen zu steuern („conducting the preliminary investigation“ bzw. „conducting the public prosecution“). Dieses Ziel ist zumindest nachvollziehbar, darf aber nicht zu offensichtlich im Vordergrund stehen. Denn damit aber würde aus der Sicht des Unternehmens der Sinn interner Ermittlungen nicht nur gefährdet sondern geradezu konterkariert.³⁹ Zudem wäre es geradezu naiv anzunehmen, dass ab einem mehr als nur geringen Ermittlungsumfang keinerlei Informationen nach Außen dringen. Denn interne Ermittlungen sind häufig katalytisch im Hinblick auf die Entwicklung divergierender Interessen einzelner Betroffener im Unternehmen. Je länger die Ermittlung andauert, um so höher wird man bspw. die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen haben, dass sich Personen, wel-

che sich durch die Art und Weise der Ermittlung ungerecht behandelt fühlen, mit Informationen, welche andere Mitarbeiter oder Organe belasten, als externe Whistle-Blower an die Ermittlungsbehörden wenden. Daneben hat aus den genannten Gründen auch der Compliance Officer selbst kein Interesse daran, die Verfolgungsbehörden in die Irre zu führen, da er sich dann auch noch wegen Strafvereitelung strafbar machen könnte – vorausgesetzt die meines Erachtens höchst fragwürdigen Annahmen des BGH über die strafrechtliche Pflichtenstellung des CO's wären zutreffend.⁴⁰

Eine eventuelle Erklärung des Unternehmens, an einer Strafverfolgung des betroffenen Mitarbeiters kein Interesse zu haben, kann zudem allenfalls Auswirkungen auf die Strafzumessung haben. Insbesondere dieser Gesichtspunkt wird jedoch nach bisherigen Beobachtungen im Zuge der „Belehrung“ des Arbeitnehmers durch die Unternehmen bzw. die ermittelnden Unternehmensanwälte diesem nicht immer hinreichend zur Kenntnis gegeben. Gleiches gilt für die konkrete Ausgestaltung und namentlich die Gründe für einen späteren Wegfall der sog. Kostenzusage. Denn vielfach wird sich das Unternehmen hier nicht erst bei einer strafrechtlichen Verurteilung des Mitarbeiters schadlos halten wollen. Vielmehr kommt es häufig sehr viel früher zu der Situation, dass der Vorstand bzw. die Organe sich ihrer Universalzuständigkeit im Hinblick auf das verdächtige Verhalten werden entledigen wollen. Soll dann die Verantwortung auf einen konkreten nachgeordneten Mitarbeiter fokussiert werden, dann stellt das Unternehmen häufig die Zahlung des Verteidigerhonorars ein. Für den Mitarbeiter bedeutet aber dann bereits die eigene Übernahme des i.d.R. gar nicht mit ihm verhandelten Honorars eine erhebliche finanzielle Belastung, die ihn zu Konzessionen gegenüber seinem Arbeitgeber drängen kann, welche prozesstaktisch verheerende Auswirkungen haben können. Zwar wird dem interviewten Mitarbeiter mitgeteilt, dass die Ermittlungsergebnisse den Strafverfolgungsbehörden möglicherweise zur Verfügung gestellt werden, jedoch entsteht durch die bereits erwähnte „Amnestieregelung“ für den Arbeitnehmer als juristischen Laien dadurch allzu oft der Eindruck, dass letztlich eine Verschonung von der Strafverfolgung zu erlangen sei.⁴¹

Den Stimmen, die ein Beweisverwertungsverbot unter den beschriebenen Voraussetzungen für möglich und angezeigt halten, ist daher beizupflichten. Im Vergleich zu den Konstellationen, die bisher in Bezug auf Ermittlungen durch oder unter Zuhilfenahme von Privatpersonen unter dem Faktor des fairen Verfahrens entschieden wurden (U-Haft-Fälle, Hörfälle, etc.), weisen interne Ermittlungen jedoch häufig noch ein weiteres Merkmal auf, welches im Einzelfall gegen eine Verwertbarkeit sprechen kann. Den höchstrichterlichen Entscheidungen lagen solche Fälle zugrunde, bei denen gegen die Betroffenen zum Zeitpunkt der Einleitung der Maßnahme bereits konkrete Verdachtsmomente bestanden hatten.

³⁶ Behrens, RIW 2009, 22 (28).

³⁷ Vgl. neben den bereits Genannten auch: Breßner/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721.

³⁸ Wie erwähnt sind viele der hauptsächlich relevanten Straftatbestände als Offizialdelikte ausgestaltet, so dass ein Anfangsverdacht qua Legalitätsprinzip verfolgt werden muss.

³⁹ Ggf. steht sogar eine Strafbarkeit wg. Strafvereitelung im Raume, zumindest sofern das Unternehmen die Mitarbeiter durch bewusst unvollständige Angaben zu schützen versuchen würde.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08; näher und m.w.N. Momsen, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 751 ff.

⁴¹ Knauer/Buhlmann, AnwBl. 2010, 387 (393).

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens waren auch zumeist bereits andere Eingriffe erfolglos unternommen worden. Die entscheidungserheblichen Vorgänge stellten sich i.d.R. als letztes Mittel dar, um den Verdacht zu bestätigen. Der von internen Ermittlungen betroffene Arbeitnehmer steht dagegen höchst selten bereits im Fokus eines Verdachts. Selbst wenn sich aus den gesichteten Unterlagen Hinweise auf konkrete Unregelmäßigkeiten ergeben sollten und man damit von einem Anfangsverdacht gegen einen bestimmten, nämlich den anzuhörenden, Mitarbeiter sprechen könnte, so wird man es eher selten mit einem Verdachtsgrad zu tun haben, der im strafprozessualen Sinne als „hinreichend“ oder „dringend“ zu beschreiben wäre. Dies mag anders sein, wenn beispielsweise durch einen Whistle-Blower konkrete Personen angeschwärzt werden. In aller Regel aber dienen die Anhörungen ja gerade dazu, allgemeine Verdachtsmomente erst einmal zu konkretisieren. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Anordnungsvoraussetzungen für einschneidendere strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen daher häufig noch nicht vorgelegen. Auch dieses frühe Stadium der Beweisgewinnung spricht grundsätzlich für eine zurückhaltende Verwertung der Informationen, welche im Rahmen interner Ermittlungen erlangt wurden.

III. Ergebnis

Nach alledem kommt der Rückgriff auf das Fairness-Gebot mit der Konsequenz eines möglichen Beweisverwertungsverbots folglich nur dort und soweit in Betracht, wie die StPO für die zu beurteilende Konstellation eine Regelungslücke enthält. Dies ist im Fall von Mitarbeiterbefragungen im Rahmen von Internal Investigations möglich, da das Leitbild der StPO gerade nicht auf Ermittlungen durch Privatpersonen ausgerichtet ist. Denn auch wenn die Zulässigkeit privater Ermittlungen allgemein anerkannt ist, obliegen die strafrechtlichen Ermittlungen nach der StPO ausschließlich der Staatsanwaltschaft und der Polizei. Durch die häufig zu beobachtende Parallelität oder sogar Konkurrenz von internem und staatlichem Ermittlungsverfahren befinden wir uns zudem auf einer Schnittstelle beider Informationsgewinnungsprozesse. Eine ergänzende Heranziehung der StPO in den Bereich privater Ermittlungen kommt gleichwohl nur für die Fälle in Betracht, in denen die einschlägigen strafprozessualen Vorschriften zur Sicherung eines fairen Verfahrens nicht ausreichen, weil der betroffene Arbeitnehmer im Unternehmen über das von der StPO vorgesehene Maß hinaus einem Informations- und ggf. Selbstbelastungsdruck ausgesetzt wird und auf der anderen Seite eine strafprozessuale Verwertung der so gewonnenen Informationen droht. Dies gilt vor allem dann, wenn dem Betroffenen durch die unmittelbar anwendbaren arbeitsrechtlichen Regelungen und die nur im Hintergrund stehenden strafprozessualen Normen die Möglichkeit genommen wird, zur Wahrung seiner Rechte auf den Verlauf und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Befindet sich nun der Arbeitnehmer aufgrund der geschilderten Gesamtwangslage in der Situation, dass seine Entscheidung, dem Arbeitgeber gegenüber Angaben zu machen, faktisch determiniert ist, so greifen die prozessualen Garantien ins Leere, es besteht ein erheblicher Druck zur Selbstbelastung. Auch sein Verteidiger kann ihm kaum etwas anderes raten, da häufig noch nicht einmal geklärt ist, was die Vorwürfe im

Einzelnen betreffen. Zudem ist selten das Stadium erreicht, in welchem erfolgversprechend Einsicht in die staatsanwaltlichen Ermittlungsakten genommen werden kann. Der entscheidende Grund für diese unerfreuliche Situation liegt darin, dass der Staat das arbeitsrechtliche Vollstreckungsinstrumentarium für die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers zur Verfügung stellt. Deshalb greift die Androhung einer Verdachtskündigung und deshalb treten alle Erwägungen, die sich auf den strafprozessualen *nemo tenetur*-Grundsatz beziehen, zunächst einmal situativ bedingt in den Hintergrund.

Somit hat der Arbeitnehmer bei Weitergabe seiner Aussagen an die Ermittlungsbehörden keinerlei Freiheiten im Sinne der anerkannten Beschuldigtenrechte, wenn die Erfüllung der betrieblichen Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nunmehr im späteren Strafprozess belastend auf ihn zurückfällt. Die Verletzung seines Rechts auf ein faires Verfahren ergibt sich dann nach zutreffender Ansicht im Falle der Verwertung seiner unternehmensintern getätigten Angaben im Strafprozess. Ein Verwertungsverbot wird insoweit völlig zu Recht gefordert.⁴²

Viel wichtiger als die Frage, wann im Einzelfall ein Verwertungsverbot begründet sein kann, wäre es jedoch, eine Kongruenz zwischen arbeitsrechtlichen und strafprozessualen Regelungen herzustellen. Das insoweit herrschende Ungleichgewicht ist der Ausgangspunkt der beschriebenen Drucksituation, welche letztlich die Wirkungen hervorbringt, die an einem fairen Verfahren zweifeln lassen. Insoweit erscheint es vom Grundgedanken her richtig, wenn der Strafrechtsausschuss der BRAK fordert, die Ermittlungen der „Unternehmensanwälte“ hätten nach den Grundprinzipien der StPO zu erfolgen. Meines Erachtens wird damit allerdings, abgesehen davon, dass den Unternehmensanwälten natürlich nicht die Kompetenz zur Durchführung von Zwangsmaßnahmen gewährt werden kann, an der falschen Schraube gedreht. Richtiger wäre es, die arbeitsvertraglichen und -gesetzlichen Regelungen an die Realität anzupassen und um Normen zu ergänzen, welche die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei internen Ermittlungen präzise gestalten. Für den Compliance-Officer und seine nachgeordneten Mitarbeiter könnten entsprechende Regelungen natürlich unmittelbar in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden. Somit würde sich sein bzw. ihr entsprechendes Haftungsrisiko zivil- und strafrechtlich anpassen lassen. Diese Veränderungen könnten auf der Seiten der Arbeitgeber durchaus in die Richtung gehen, dass die Mitwirkungspflicht nicht über das nach §§ 136, 136a StPO gestattete Maß hinaus eingefordert werden kann. Die Rechtsstellung des Unternehmensanwalts würde sich dann, da dieser vertraglich an den Arbeitgeber gebunden ist, ohne Schwierigkeiten ableiten lassen. Auf Seiten der StPO wäre ergänzend eine Erweiterung der Beschlagnahmefreiheit um die Unterlagen des Unternehmensanwalts zwar immer noch wünschenswert, jedoch nicht mehr von so überragender Bedeutung. Schließlich und endlich würde eine Angleichung beider Rechtsordnungen, des Arbeits- und des Strafprozessrechts, eine sachgerechte Beratung und Verteidigung der betroffenen Mitarbeiter bereits im Verlaufe der internen Ermittlungen ermöglichen.

⁴² *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (393).

Konvergenz oder Divergenz? – Einstellungen zur Todesstrafe weltweit

Von Prof. Dr. Frank Neubacher, M.A., Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln

„Can the state, which represents the whole of society and has the duty of protecting society, fulfill that duty by lowering itself to the level of the murderer, and treating him as he treated others?“

Kofi Annan, ehem. UN-Generalsekretär, 2000

I. Fragestellung

Nichts hat die Problematik der Todesstrafe von ihrer Aktualität verloren. Im Herbst 2010 sorgte die Hinrichtung von Teresa Lewis in den USA für großes Aufsehen. Zum einen war sie die erste Frau, die seit fast 100 Jahren im US-Bundestaat Virginia hingerichtet wurde, zum anderen lag ihr Intelligenzquotient mit 72 nur knapp über dem Wert, der eine Hinrichtung ausgeschlossen hätte. Kurz vor Weihnachten 2010 wiederum zog die Vollstreckung des Todesurteils gegen einen wegen Mordes verurteilten Mann aus Oklahoma internationale Kritik nach sich – die Exekution durch Gifteinjektion musste wegen eines Lieferengpasses mit einem Tierbetäubungsmittel vollzogen werden. Ins Blickfeld der Kritik ist auch der Iran geraten, dessen rigide Hinrichtungspraxis Empörung auslöst. Denn unter den Todeskandidaten befinden sich regelmäßig Minderjährige, die Exekutionsmethoden muten zum Teil mittelalterlich an, insbesondere im Falle von Steinigungen, und oftmals führen fragwürdige Anlasstaten zur Verurteilung (z.B. Ehebruch).

Deutet die geballte Kritik auf einen zunehmenden Konsens der Staatengemeinschaft in Bezug auf die Ablehnung der Todesstrafe hin oder divergieren die Auffassungen nach wie vor? Der vorliegende Beitrag möchte diese Fragestellung zunächst aus kriminologischer, demoskopischer und rechtlicher Perspektive in den Blick nehmen (II.). Dabei soll untersucht werden, ob von einem Annäherungsprozess der Staaten gesprochen werden kann. Im Zentrum des zweiten Teils steht sodann die Frage, welche Konsequenzen sich aus einer möglichen Abschaffung der Todesstrafe ergeben (III.).

II. Entwicklungstendenzen

1. Kriminologisch-kriminalpolitische Betrachtung

a) Statistische Befunde zur Todesstrafe in internationaler Perspektive

Während es zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit Ausnahme von Costa Rica, San Marino und Venezuela in allen Staaten die Todesstrafe gab, halten derzeit nur noch 58 Länder an ihr fest. 96 Staaten haben sie rechtlich, 34 weitere zumindest faktisch abgeschafft. In neun Ländern ist die Todesstrafe lediglich noch für außergewöhnliche Straftaten wie Kriegsverbrechen vorgesehen.¹ Geradezu sprunghaft ist der Rückgang in den letzten 30 Jahren verlaufen, denn in diesem Zeit-

raum haben 70 Länder die Todesstrafe vollständig abgeschafft.² Lediglich vier Staaten (Gambia, Papua-Neuguinea, Nepal, Philippinen) haben sie seit 1990 wieder eingeführt.³ In den USA haben 16 von 50 Bundesstaaten die Todesstrafe abgeschafft, zuletzt im März 2011 Illinois.⁴

Blickt man auf die Zahl der Länder, die Todesurteile verhängt haben, bestätigt sich die rückläufige Tendenz. Im Jahr 1995 wurden in 79 Staaten entsprechende Verurteilungen vorgenommen, 2010 waren es noch 67 Länder, die Menschen zum Tode verurteilt haben. Schließlich hat sich im vorgenannten Zeitraum auch der Kreis der Staaten verringert, in denen Exekutionen durchgeführt wurden (1995: 41; 2010: 23). Die absoluten Zahlen der verhängten und vollstreckten Todesurteile schwanken jedoch erheblich. Während im Jahr 2003 etwa 2.800 Menschen mit der Todesstrafe sanktioniert wurden, waren es im Jahr darauf fast 7.400. Für die Folgezeit ist hingegen ein kontinuierlicher Rückgang zu verzeichnen (2007: 3.347). Im Jahr 2008 kam es wiederum zu einem erheblichen Anstieg (8.864). Für 2010 ist mit 2.024 Todesurteilen allerdings einer der niedrigsten Stände der letzten Jahrzehnte zu verzeichnen. Ein ähnlich schwankendes Bild ergibt sich bei den vollzogenen Exekutionen. Nach einer Verdreifachung zwischen 2003 (1.146 Hinrichtungen) und 2004 (3.797) sowie einem allmählichen Rückgang in den nachfolgenden Jahren (2007: 1.252) kam es 2008 fast zu einer Verdopplung (2.390).⁵ Wesentliche Ursache für die Uneinheitlichkeit der absoluten Zahlen ist der Umstand, dass China jedes Jahr mehr Menschen hinrichtet als alle anderen Staaten zusammen und das Gesamtbild somit maßgeblich von der dortigen Sanktionierungspraxis abhängt.⁶ Zugleich weigert sich das Land strikt, Daten zur Anwendung der Todesstrafe zu veröffentlichen. Für das Jahr 2008 sind in China mehr als 1.700 Exekutionsfälle bekannt geworden (übrige Staaten: ca. 700). Schätzungen gehen aber von einer Dunkelziffer aus, die

¹ Die vorgenannten Daten beruhen auf Amnesty International, Death sentences and executions 2010, 2011, <http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/001/2011/en> (zuletzt abgerufen am 29.3.2011).

² Die Berechnung erfolgte auf der Grundlage von Amnesty International, Abschaffung der Todesstrafe seit 1980, <http://www.amnesty-todesstrafe.de/?id=204> (zuletzt abgerufen am 20.3.2011).

³ Vgl. Amnesty International, Wenn der Staat tötet – Zahlen und Fakten über die Todesstrafe, Stand: 13.1.2011, http://www.amnesty-todesstrafe.de/files/reader_wenn-der-staat-toetet.pdf, S. 4 (zuletzt abgerufen am 20.3.2011).

⁴ Näher hierzu Amnesty International, Illinois ohne Todesstrafe, 2011, <http://www.amnesty-todesstrafe.de/index.php?id=601> (zuletzt abgerufen am 20.3.2011).

⁵ Diese und die vorgenannten Daten beruhen auf Hood/Hoyle, The death penalty – a worldwide perspective, 4. Aufl. 2008, S. 147; die Zahlen seit 2007 sind den Jahresberichten von Amnesty International entnommen, abrufbar unter <http://www.amnesty-todesstrafe.de/index.php?id=5>.

⁶ Vgl. Lu/Miethe, China's death penalty, 2007, S. 7 f.

um ein Vielfaches höher liegt.⁷ Gemessen an der Bevölkerungszahl ist jedoch Saudi-Arabien das Land mit der höchsten Hinrichtungsrate (im Zeitraum von 2004 bis 2008: 3,34 Exekutionen auf 1 Million Einwohner), gefolgt vom Iran (3,29), Kuwait (1,93), Nordkorea (1,62) und Singapur (1,26). China befindet sich unter diesem Blickwinkel an sechster Stelle (1,22), die USA an 15. Position (0,16).⁸

Insgesamt ist somit festzustellen, dass sich den statistischen Daten ein klarer Trend zur weltweiten Abschaffung der Todesstrafe entnehmen lässt.⁹ Bemerkenswert ist, dass in jüngster Zeit auch in China einige erstaunliche Entwicklungen in Richtung einer Eindämmung der Todesstrafe zu verzeichnen sind. So wurde die Zahl der Verbrechen, die mit dieser Sanktion geahndet werden können, im Februar 2011 um 13 auf 55 Delikte verringert. Ferner hat der Oberste Gerichtshof in Peking Richtlinien für alle chinesischen Gerichte erarbeitet, wonach die Todesstrafe nur noch bei schwersten Verbrechen und aufgrund solider Beweislage verhängt werden darf.¹⁰ Es bleibt abzuwarten, wie sich dies auf die chinesische Hinrichtungspraxis auswirken wird. Abschließend darf auch nicht verschwiegen werden, dass es in einigen wenigen Staaten in jüngster Vergangenheit zu Ausdehnungen des Anwendungsbereiches der Todesstrafe gekommen ist (etwa in Laos, Gambia und Pakistan) und in letzter Zeit sowohl im Iran als auch im Irak steigende Hinrichtungszahlen zu verzeichnen sind.¹¹ Dies vermag den zuvor festgestellten internationalen (Abschaffungs-)Trend freilich nicht ernsthaft in Frage zu stellen.

b) Empirische Befunde zur Abschreckungswirkung der Todesstrafe

Was die Abschreckungswirkung der Todesstrafe angeht – immerhin das wichtigste Argument ihrer Befürworter – herrscht innerhalb der Wissenschaft keine Einigkeit. Vor allem kriminalökonomische Untersuchungen sind es, die der Todesstrafe generalpräventive Wirkung bescheinigen. Theoretischer Ausgangspunkt dieser Studien ist die Behauptung, dass Menschen Vor- und Nachteile ihres Handelns abwägen, was im Falle der Todesstrafe bedeute, dass der Betreffende von Taten, für die diese Sanktion vorgesehen ist, Abstand

⁷ Nachweise s. Fn. 5.

⁸ Vgl. United Nations (Hrsg.), Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, 2010 (abrufbar unter http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ_session19/E2010_10eV0989256.pdf), S. 24. Berücksichtigt wurden nur Staaten, die im maßgeblichen Zeitraum von 2004 bis 2008 mehr als 20 Personen hingerichtet haben.

⁹ Vgl. United Nations (Fn. 8), S. 18 f.; Hood/Hoyle (Fn. 5), S. 146 ff.; Lu/Miethe (Fn. 6), S. 5 ff.; Amnesty International (Fn. 1), S. 3; Garland, Peculiar Institution – America's death penalty in an age of abolition, 2010, S. 101 ff.

¹⁰ Vgl. zur aktuellen Situation in China Amnesty International, Todesstrafe in China, Stand: 1.3.2011, S. 2, http://www.amnesty-todesstrafe.de/files/reader_todesstrafe-in-china.pdf (zuletzt abgerufen am 20.3.2011).

¹¹ Vgl. Amnesty International (Fn. 3), S. 4 ff.

nehme.¹² So berechneten etwa *Dezhbakhsh u.a.*, dass jede Hinrichtung mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % mindestens acht Morde verhindere.¹³ In Kriminologie, Soziologie und Rechtswissenschaft wird eine solche Wirkung der Todesstrafe hingegen ganz überwiegend bestritten. Neben methodischen Einwänden wird den Vertretern der kriminalökonomischen Sichtweise vor allem entgegengehalten, dass die allermeisten Gewalttäter gerade nicht rational kalkulierend handelten, sondern spontan, affektbeladen oder krankhaft.¹⁴ Eine jüngst von *Hermann* veröffentlichte Metaanalyse, die 82 Studien berücksichtigt, gelangt zu dem Ergebnis, dass nicht mit hinreichender Sicherheit gesagt werden kann, welche der vorgenannten Auffassungen zutreffend ist.¹⁵ Klar sei aber, dass das Ausmaß der ermittelten generalpräventiven Wirkung maßgeblich vom Vorverständnis der Forscher und den redaktionellen Selektionsprozessen bei Veröffentlichungen abhängt.¹⁶ Publizierten z.B. Ökonomen ihre Ergebnisse in wirtschaftswissenschaftlichen Zeitschriften, seien 49 % der Effektschätzungen theoriekonsistent und signifikant, erfolgte die Veröffentlichung hingegen in einem kriminologisch, soziologisch oder rechtswissenschaftlich orientierten Medium, sinke der vorgenannte Wert auf 28 %.¹⁷ Angesichts dessen wird man nicht ernsthaft bestreiten können, dass die Rechtfertigung der Todesstrafe mit generalpräventiven Argumenten auf tönernen Füßen steht.

2. Rechtliche Betrachtung

a) Überblick über die internationale Rechtslage

Auch die internationalen Bestimmungen zur Regelung der Todesstrafe zeichnen sich durch eine stetige Einengung ihres Anwendungsbereiches aus. Den Ausgangspunkt einer gemeinsamen europäischen Entwicklung bildet die Europäische

¹² Grundlegend *Becker*, Journal of Political Economy 1968, 169; *Ehrlich*, Journal of Political Economy 1973, 521; *ders.*, Journal of Political Economy 1975, 187.

¹³ Vgl. *Dezhbakhsh u.a.*, American Law and Economics Review 2003, 344 (369); zusammenfassender Überblick über die verschiedenen kriminalökonomischen Studien bei *Hood/Hoyle* (Fn. 5), S. 337 ff.

¹⁴ Vgl. etwa *Schöch*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 865 (S. 869); *Neubacher*, Kriminologie, 2011, 8. Kap. C. (im Erscheinen); *Kreuzer*, ZIS 2006, 320 (321 f.); *ders.*, in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 163 (S. 165 ff.).

¹⁵ Vgl. *Hermann*, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 791 (S. 808).

¹⁶ Vgl. *Hermann* (Fn. 15), S. 791 (S. 803 ff.).

¹⁷ Vgl. *Hermann* (Fn. 15), S. 791 (S. 806). Bei Kriminologen, Soziologen oder Rechtswissenschaftlern, die nach *Hermann* fast ausschließlich fachintern publizierten, liegt der Anteil theoriekonsistenter und signifikanter Effektschätzungen nur bei 9 %.

Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 4.11.1950.¹⁸ Diese garantiert in Art. 2 Abs. 1 S. 1 den Schutz des Lebens und verbietet nach S. 2 die absichtliche Tötung eines Menschen. Eine Ausnahme gilt nach letztgenannter Vorschrift aber für die Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist. Dies wird wiederum dadurch eingeschränkt, dass die EMRK wichtige Schranken im Hinblick auf die Verhängung bzw. Vollstreckung eines Todesurteils statuiert.¹⁹ So stellt Art. 2 Abs. 1 S. 2 EMRK hohe Anforderungen an die Unabhängigkeit des Gerichts und die Fairness des Verfahrens.²⁰ Überdies kann im Hinblick auf die Haftbedingungen vor Vollstreckung der Todesstrafe bzw. der Art und Weise von deren Anwendung ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK gegeben sein.²¹ Um der allgemeinen Tendenz zugunsten der Abschaffung der Todesstrafe weiter Rechnung zu tragen, hat der Europarat am 18.4.1983 das Protokoll Nr. 6 zur EMRK über die Abschaffung der Todesstrafe verabschiedet.²² Letzteres normiert in Art. 1 ein Verbot der Todesstrafe in Friedenszeiten. Für Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr bleibt ihre Anwendung allerdings weiterhin zulässig (Art. 2). Dies änderte sich jedoch mit Verabschiedung des Protokolls Nr. 13 zur EMRK vom 3.5.2002 („Abschaffung der Todesstrafe unter allen Umständen“).²³ Entschlossen, den letzten Schritt zu tun, um die Todesstrafe vollständig abzuschaffen, statuiert dieses Protokoll in Art. 1 die vollständige Abolition der Todesstrafe sowohl in Friedens- als auch in Kriegszeiten.

Eine Tendenz zur allmählichen Zurückdrängung der Todesstrafe zeigt sich auch innerhalb der Vereinten Nationen. Während die UN-Grundrechtecharta von 1948 dieser Thematik keinerlei Aufmerksamkeit schenkte, sind erste Bemühungen einer Restriktion im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) vom 16.12.1966 zu erken-

nen.²⁴ Dieser gestattet in Art. 6 Abs. 2 S. 1 zwar weiterhin die Anwendung der Todesstrafe, beschränkt den Kreis der mit ihr sanktionierbaren Delikte aber auf schwerste Verbrechen. Ferner garantiert Art. 6 Abs. 4 IPbPR jedem Verurteilten das Recht ein Gnadengesuch einreichen zu können. Überdies ist durch Abs. 5 der vorgenannten Norm die Anwendung der Todesstrafe bei Minderjährigen und schwangeren Frauen verboten. Schließlich hat die internationale Staatengemeinschaft am 16.12.1989 – im Vertrauen darauf, dass die Abschaffung der Todesstrafe zur Förderung der Menschenwürde und zur fortschreitenden Entwicklung der Menschenrechte beiträgt – das 2. Fakultativprotokoll zum IPbPR über die Abschaffung der Todesstrafe verabschiedet.²⁵ Dieses statuiert in Art. 1 die Abolition der Todesstrafe in Friedenszeiten. In Kriegszeiten und für schwerste Verbrechen können sich einzelne Staaten die Anwendung der Todesstrafe aber weiterhin vorbehalten (Art. 2), allerdings nur, wenn dies bei Ratifizierung des Protokolls beim Generalsekretär der Vereinten Nationen angezeigt wird.²⁶ Die zunehmende Tendenz der Staatengemeinschaft den Anwendungsbereich der Todesstrafe zu reglementieren bzw. auf deren Abschaffung hinzuwirken, zeigt sich nicht zuletzt auch an der Vielzahl von Resolutionen²⁷, Berichten²⁸ und weiteren Bestimmungen. Zu letzteren gehört insbesondere die UN-Kinderrechtskonvention vom 2.9.1990.²⁹ Diese verbietet in Art. 37 die Anwendung der Todesstrafe bei Jugendlichen und wurde von allen 192 UN-Mitgliedern mit Ausnahme von Somalia und den Vereinigten Staaten von Amerika ratifiziert.³⁰ In den USA herrscht allerdings seit einem Urteil des Supreme Courts vom 1.3.2005 Klarheit darüber, dass die Todesstrafe gegen minderjährige Täter nicht verhängt werden darf. Im Fall *Roper v. Simmons* hatte das höchste U.S.-Gericht mit fünf zu vier Stimmen (!) entschieden, dass es gegen den 8. und 14. Verfassungszusatz verstoße, die Todesstrafe gegen Täter zu verhängen, die bei Begehung des Delikts noch Jugendliche waren. Die Bedeutung dieser Rechtsprechung zeigt sich nicht zuletzt daran,

¹⁸ Ratifiziert von: Albanien, Andorra, Armenien, Aserbaidschan, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Ehem. Jugoslawische Rep. Mazedonien, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Irland, Island, Italien, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Moldau, Monaco, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ukraine, Ungarn, Vereinigte Königreich, Zypern (Gesamtzahl: 47 Staaten, Stand: 20.3.2011)

¹⁹ Vgl. *Rosenau*, ZIS 2006, 338.

²⁰ Vgl. *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 40.

²¹ Vgl. *Meyer-Ladewig* (Fn. 20), Art. 2 Rn. 40.

²² Abrufbar unter <http://conventions.coe.int/>; Ratifizierungen siehe Fn. 18 mit Ausnahme von Russland (Gesamtzahl: 46 Staaten, Stand: 20.3.2011).

²³ Abrufbar unter <http://conventions.coe.int/>; Ratifizierungen siehe Fn. 18 mit Ausnahme von Armenien, Aserbaidschan, Lettland, Polen und Russland (Gesamtzahl: 42 Staaten).

²⁴ Abrufbar unter: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>; von 192 UN-Mitgliedern haben 25 Staaten bisher *nicht* ratifiziert: Antigua und Barbuda, Bhutan, Brunei, China, Fidschi Inseln, Föderierte Staaten von Mikronesien, Kiribati, Kuba, Komoren, Malaysia, Marshallinseln, Myanmar, Nauru, Oman, Palau, Katar, Sao Tome und Principe, St. Kitts und Nevis, St. Lucia, Salomonen, Saudi Arabien, Singapur, Tonga, Tuvalu, Vereinigte Arabische Emirate (Stand: 30.3.2011).

²⁵ Abrufbar unter <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-death.htm>; zu den Ratifizierungen vgl. die Übersicht bei Amnesty International (Fn. 1), S. 46.

²⁶ Einen Vorbehalt haben derzeit angezeigt: Aserbaidschan, Brasilien, Chile und Griechenland (Stand: 20. März 2011).

²⁷ Vgl. insbesondere die Richtlinien zum Schutz der Rechte der zum Tode Verurteilten in der Resolution 1984/50 des Economic and Social Council der UN.

²⁸ Vgl. UN Doc. E/5616; E/1980/9; E/1985/43; E/1990/38; E/1995/78; E/2001/10; E/2005/3; E/2010/10.

²⁹ Abrufbar unter <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>.

³⁰ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.

dass die USA zwischen 1990 und 2003 für mehr als die Hälfte aller bekannten Exekutionen Jugendlicher (19 von 34) verantwortlich waren.³¹

Eine mit der EU und UN vergleichbare Entwicklung ist schließlich auch innerhalb der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) erkennbar. Diese verabschiedete am 22.11.1969 die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK), deren Bestimmungen in Bezug auf die Anwendung der Todesstrafe sogar noch restriktiver sind als diejenigen der EMRK oder des IPbPR.³² In Art. 4 Abs. 1 S. 1 AMRK findet sich zunächst – nahezu identisch mit dem IPbPR – eine Beschränkung der Todesstrafe auf schwerste Verbrechen. Zudem untersagt die vorgenannte Norm in Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ausnahmslos die Wiedereinführung der Todesstrafe und geht damit deutlich über EMRK und IPbPR hinaus, die ein entsprechendes Verbot überhaupt nicht kennen. Ferner trägt Art. 4 Abs. 5 AMRK dem Schutz besonderer Personengruppen Rechnung, indem dieser die Anwendung der Todesstrafe bei Minderjährigen, Menschen über 70 Jahre und schwangeren Frauen verbietet. Nahezu wortgleich mit Art. 6 Abs. 4 IPbPR garantiert Art. 4 Abs. 6 AMRK das Recht des Verurteilten ein Gnadengesuch einzureichen. Rund zwei Jahrzehnte später verabschiedete die OAS am 8.6.1990 das Zusatzprotokoll zur AMRK über die Abschaffung der Todesstrafe.³³ In dessen Art. 1 bekennen sich die betreffenden Staaten zu einem Anwendungsverbot der Todesstrafe in Friedenszeiten. Gemäß Art. 2 Abs. 1 des Protokolls bleibt es einzelnen Staaten jedoch unbenommen, einige Verbrechen hiervon auszunehmen. Ein solcher Vorbehalt bedarf bei Ratifizierung des Protokolls der Anzeige beim Generalsekretär der OAS.³⁴ Auch dies zeigt die Parallelität zum 2. Fakultativprotokoll zum IPbPR aus dem Jahr 1989.

Die dargestellte Entwicklung macht deutlich, dass auf rechtlicher Ebene seit Mitte des 20. Jahrhunderts eine weitgehende Zurückdrängung der Todesstrafe stattfindet. Dies zeigt sich insbesondere – wie bereits erläutert – bei einem direkten Vergleich zwischen der UN-Grundrechtecharta (1948) und der EMRK (1950) einerseits sowie dem IPbPR (1966) und der AMRK (1969) andererseits. Freilich kann die Beschränkung der Todesstrafe auf schwerste Verbrechen in den letztgenannten Regelwerken aus heutiger Sicht allenfalls

³¹ Vgl. Hood/Hoyle (Fn. 5), S. 190.

³² Abrufbar unter <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm>; ratifiziert von: Argentinien, Barbados, Bolivien, Brasilien, Chile, Costa Rica, Dominica, Dominikanische Republik, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Kolumbien, Mexiko, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname, Trinidad Tobago, Uruguay, Venezuela (25 Staaten, Stand: 20.3.2011).

³³ Abrufbar unter <http://www.cidh.org/basicos/english/basic7.death%20penalty.htm>; ratifiziert von: Argentinien, Brasilien, Chile, Costa Rica, Ecuador, Mexiko, Nicaragua, Panama, Paraguay, Uruguay, Venezuela (11 Staaten, Stand: 20.3.2011).

³⁴ Einen Vorbehalt haben derzeit angezeigt: Brasilien und Chile (Stand: 20.3.2011).

als Bekenntnis an eine zunehmende Ächtung dieser Sanktion angesehen werden. Wesentlich größere Erfolge der Staatengemeinschaften im Hinblick auf die weltweite Abschaffung der Todesstrafe stellen jedoch die aus den 1980er Jahren stammenden, nahezu wort- und inhaltsgleichen Zusatzprotokolle zur EMRK, AMRK und zum IPbPR dar. Bedeutsam ist zudem der Umstand, dass die Zahl der Vertragsstaaten, die die jeweiligen Verträge ratifiziert haben, in den letzten Jahrzehnten deutlich zugenommen hat.³⁵ Nicht zu vernachlässigen ist auch der Umstand, dass die UN-Generalversammlung ihre Mitgliedstaaten seit 2007 bereits dreimal mit jeweils wachsender Mehrheit zu einem Moratorium der Todesstrafe aufgerufen hat.³⁶ Schon im nächsten Jahr will sich das Gremium wieder mit dieser Thematik befassen. Im Völkerstrafrecht, wo es um besonderes gravierende Verbrechen geht (Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen), ist die Todesstrafe als Sanktion mit Bedacht nicht vorgesehen worden (s. Statuten des ICC, ICTY und ICTR). Flankiert wird diese Entwicklung von einem kontinuierlichen Anstieg an Publikationen, Berichten und Aufrufen nicht staatlicher Organisationen, so dass die Thematik der Todesstrafe vermehrt in den öffentlichen Fokus geraten ist.³⁷ Dies alles kann freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die rechtliche Entwicklung vor allem in den USA sowie in einigen Teilen Asiens und Afrikas bisher noch hinter dem internationalen Trend zurückbleibt, wenngleich auch dort einige länderübergreifende Bestrebungen erkennbar sind die Todesstrafe einzudämmen.³⁸

b) Völkerrechtswidrig handelnde Staaten

Ungeachtet der vergleichsweise klaren internationalen Rechtslage sind regelmäßig Verstöße gegen die einschlägigen Bestimmungen zu verzeichnen. So kam es allein im Jahr 2010 zu einer nicht unbeträchtlichen Zahl derartiger Missachtungen.³⁹ Besonders beklagenswert ist dabei, dass sechs Staaten (Iran, Pakistan, Saudi Arabien, Sudan, Vereinigte Arabische Emirate und Jemen) im vergangenen Jahr Minderjährige hingerichtet haben, obwohl die UN-Kinderrechtskonvention dies verbietet und letztere von allen vorgenannten Ländern ratifiziert wurde. Damit liegt zugleich auch ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 IPbPR vor, dem sich die völkerrechtswidrig handelnden Staaten bis auf die Vereinigten Arabischen Emirate und Saudi Arabien ebenfalls unterworfen haben. Unabhängig davon finden sich häufig auch Verstöße gegen die

³⁵ Vgl. Mathias, *The Sacred Individual, Human Rights and the Abolition of the Death Penalty*, 2009, S. 3.

³⁶ Vgl. UN Doc. A/RES/62/149; A/RES/63/168; A/RES/65/206.

³⁷ Vgl. Mathias (Fn. 35), S. 4.

³⁸ Vgl. hierzu Art. 3.7 des Entwurfes zur Asiatischen Menschenrechtscharta, abrufbar unter <http://www.unhcr.org/refworld/docid/452678304.html>; sowie UN Doc. E/CN.4/2004/86 zu einem Aufruf der Afrikanischen Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker zu einem Moratorium der Todesstrafe.

³⁹ Die folgenden Beispiele sind dem Jahresbericht 2010 von Amnesty International (Fn. 1) entnommen, S. 9 ff.

Beschränkung der Todesstrafe auf schwerste Verbrechen gem. Art. 6 Abs. 2 IPbPR, wozu nach den Vorgaben des UN-Menschenrechtskomitees z.B. Drogendelikte nicht gehören. Gleichwohl wurden gerade wegen dieser Straftaten in zahlreichen Ländern Todesurteile verhängt bzw. vollstreckt (Iran, Ägypten, Indonesien u.a.). Besonders bedenklich ist in diesem Zusammenhang auch, dass fast die Hälfte der 2010 in Thailand einsitzenden Todeskandidaten (insgesamt 708 Personen) wegen Drogendelikten verurteilt wurden. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch im Jahr 2010 zahlreiche Verstöße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 14 IPbPR (u.a. Missachtung des Rechts auf einen Verteidiger, auf Anwesenheit während der Hauptverhandlung) zu verzeichnen gewesen sind, so etwa in Nigeria, Pakistan, Iran und Sudan.

3. Die öffentliche Meinung zur Todesstrafe

Will man die weltweite Entwicklung der Einstellung zur Todesstrafe nachzeichnen, stößt man auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten, da es nur wenige internationale Studien gibt. Wichtige Anhaltspunkte in Bezug auf das globale Meinungsbild ergeben sich immerhin aus einer im Jahr 2000 veröffentlichten Studie der Gallup International Association. Im Rahmen dieser Untersuchung wurden Einwohner von 59 Staaten aus allen Teilen der Welt gefragt, ob sie die Todesstrafe befürworten. Eine knappe Mehrheit von 52 % bejahte dies, während sich 39 % der Befragten ablehnend zeigten und weitere 9 % mit „weiß nicht“ antworteten.⁴⁰ In den Regionen mit dem größten Verbreitungsgrad der Todesstrafe war die Zustimmung am höchsten (Nordamerika: 66 %; Südostasien: 63 %, in Westeuropa, wo sie vollständig abgeschafft wurde, hingegen am geringsten (34 %). Osteuropa (60 %), Afrika (54 %) und Lateinamerika (37 %) befinden sich auf den mittleren Plätzen. Unter den einzelnen Ländern nimmt Taiwan (Zustimmungsrate über 83 %) die Spitzenposition ein, während in Island nur etwa 13 % der Bevölkerung die Todesstrafe befürworten.⁴¹ Ein ähnlich uneinheitliches Bild zeigt sich innerhalb der verschiedenen Religionen. Während sich nur eine Minderheit der Juden (36 %), Protestanten (38 %) und Katholiken (42 %) für die Todesstrafe ausspricht, ist der Anteil unter den Muslimen (52 %) und Buddhisten (66 %) deutlich größer.⁴² Es fällt auf, dass die Zustimmung am stärksten ist in Staaten, in denen die Strafe zur Anwendung kommt, gering hingegen in den Ländern, in denen sie abgeschafft ist. Insofern scheint es eine „normative Kraft des

⁴⁰ Vgl. Gallup International Association (Hrsg.), Gallup International Millennium Survey, 2000, <http://www.gallup-international.com/> (zuletzt abgerufen am 26.3.2011); Auflistung der einbezogenen Länder bei *Unnever, Punishment & Society* 2010, 463 (473 f.).

⁴¹ Vgl. *Unnever, Punishment & Society* 2010, 463 (473 f.). Dazwischen befinden sich u.a. Ungarn (75 %), USA (68 %), Japan (59 %), Großbritannien (50 %), Frankreich (42 %), Deutschland (28 %), Schweiz (25 %), Spanien 19 % und Schweden (18 %).

⁴² Vgl. hierzu *Unnever, Punishment & Society* 2010, 463 (474 ff.).

Faktischen“ zu geben. In Asien könnte die hohe Zustimmung zur Todesstrafe auch damit zusammenhängen, dass es keinen regionalen Menschenrechtspakt gibt.

Associated Press konnte anhand einer 2007 durchgeführten Bevölkerungsbefragung in neun ausgewählten Ländern mit jeweils zwischen 943 und 1.200 interviewten Personen zeigen, dass die Zustimmung zur Todesstrafe durchweg erheblich sinkt, sobald alternative Sanktionen angeboten werden.⁴³ Auf die bloße Frage, ob sie befürwortet wird oder nicht, antworteten zwischen 28 % (Spanien) und 72 % (Südkorea) der Befragten im erstgenannten Sinne (Deutschland: 35 %). Wird die Sanktionsauswahl erweitert (lebenslange Freiheitsstrafe mit oder ohne Möglichkeit der Aussetzung zur Bewährung), entschieden sich nur noch die Befragten in den USA mehrheitlich (52 %) für die Todesstrafe (Deutschland: 11 %).⁴⁴ Das gilt – wie sich aus einigen anderen Studien ergibt – auch für China. So konnten *Oberwittler/Qi* im Rahmen einer 2009 veröffentlichten Studie des Max-Planck-Institutes, die auf Interviews mit etwa 4.500 Personen aus drei chinesischen Provinzen beruht, eine (generelle) Zustimmung zur Todesstrafe von 58 % (bei Mord 78 %) der Befragten ermitteln.⁴⁵ Die allgemeine Befürwortung halbierte sich hingegen, wenn als Alternative die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Bewährung angeboten wurde.⁴⁶ Längsschnittanalysen zur demoskopischen Entwicklung sind mangels entsprechender Studien nur eingeschränkt möglich. Gerade deshalb bleibt zu hoffen, dass internationale ausgerichtete Untersuchungen wie diejenige der Gallup International Association zukünftig wiederholt werden. Bis dahin bleibt vor allem der Blick auf einzelne Länder, in denen regelmäßig Befragungen zur Meinung der Bevölkerung zur Todesstrafe erfolgen.⁴⁷ Hervorzuheben sind insoweit vor allem die USA, wo bereits seit 1936 jährlich entsprechende Untersuchungen erfolgen. Waren zu Beginn dieser Erhebungsreihe 61 % der US-Amerikaner/innen für die Anwendung der Todesstrafe bei Mord, sank die Zustimmung seit Ende der 1950er Jahre auf unter 50 % ab,

⁴³ Vgl. Associated Press, Death Penalty-International Poll, 2007, <http://www.ipsos-mori.com/researchpublications/researcharchive/163/Death-Penalty-International-Poll.aspx> (zuletzt abgerufen am 26.3.2011). Die Untersuchung erfolgte in folgenden Ländern: USA, Kanada, Mexiko, Südkorea, Frankreich, Italien, Deutschland, Spanien und Großbritannien.

⁴⁴ Näher zu dieser Studie und ihren Ergebnissen auch *Hood/Hoyle* (Fn. 5), S. 363 ff.

⁴⁵ Vgl. *Oberwittler/Qi*, Public Opinion on the Death Penalty in China, 2009, S. 9, http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/forschung_aktuell_41.pdf (zuletzt abgerufen am 27.3.2011); vgl. zu früheren Untersuchungen auch *Lu/Miethe* (Fn. 6), S. 121 ff.; *Jiang/Wang*, International Criminal Justice Review 2008, 24 (31).

⁴⁶ Vgl. *Oberwittler/Qi* (Fn. 44), S. 25.

⁴⁷ Ein kleiner Überblick über die demoskopische Entwicklung in einzelnen Staaten findet sich auf der Homepage des Death Penalty Information Center (DPIC), abrufbar unter <http://www.deathpenaltyinfo.org/international-polls-and-studies>.

um ab Beginn der 1970er Jahre wieder deutlich zuzunehmen.⁴⁸ 1994 wurde der höchste Stand (80 %) erreicht. In den letzten Jahren stagnierte die Zustimmungsrates jeweils bei etwa zwei Dritteln der Befragten. Für Deutschland lässt sich die demoskopische Entwicklung der Todesstrafe anhand der Umfragen des Allensbacher Institutes nachzeichnen. Während zu Beginn der 1950er Jahre noch die Befürworter der Todesstrafe in der Mehrheit waren, wandelte sich dieses Bild in den nachfolgenden Jahrzehnten. 1971 waren erstmals mehr (West-)Deutsche gegen die Todesstrafe (46 %) als dafür (43 %). In Folge der RAF-Attentate gewannen ihre Befürworter 1977 noch einmal die Oberhand (44 % zu 39 %), bevor die Zustimmung in den 1980er Jahren mit nur noch knapp über 20 % einen historischen Tiefpunkt erreichte. Bis Mitte der 1990er Jahre nahm die Zahl der Unterstützer wieder zu. Danach ist ein deutliches Absinken der Zustimmung zur Todesstrafe zu verzeichnen. Zu Beginn des 21. Jahrhunderts sprachen sich nur noch 23 % der Befragten für sie aus.⁴⁹

Wie der kurze Überblick gezeigt hat, gehen die Meinungen zur Todesstrafe international weit auseinander. Die Einstellung zu dieser Sanktion hängt dabei von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren ab, von denen an dieser Stelle einige hervorgehoben sein sollen: Punitivität der Bevölkerung⁵⁰, einschneidende Veränderungen der Kriminalitätsentwicklung⁵¹, politische Orientierung, Alter⁵² sowie das Wissen über Strafrechtspraxis bzw. Anwendung der Todesstrafe („Marshall-Hypothese“). Der Marshall-Hypothese zufolge wächst mit steigendem Wissen über die Todesstrafe auch das Maß ihrer Ablehnung. Zahlreiche Untersuchungen konnten diese (nach einem amerikanischen Richter) benannte Hypothese bestätigen.⁵³

4. Zwischenbilanz: Konvergenz

Die Zahl der verhängten und vollstreckten Todesstrafen ist insgesamt nicht unerheblich, aber anders als früher sind dafür nur noch wenige Staaten verantwortlich. Im Ganzen ist über die vergangenen Jahrzehnte in Politik, Wissenschaft und Demoskopie eine größere Zurückhaltung, zum Teil sogar eine entschiedener Ablehnung dieser Strafe zu beobachten. Im globalen Maßstab lässt sich demnach tatsächlich eine Annäherung der Staaten in Richtung Abschaffung konstatieren.

⁴⁸ Daten abrufbar unter:

<http://www.gallup.com/poll/144284/Support-Death-Penalty-Cases-Murder.aspx> (zuletzt abgerufen am 27.3.2011).

⁴⁹ Vgl. Noelle-Neumann/Köcher (Hrsg.), Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1998-2002, 2002, S. 676 f.

⁵⁰ Je punitiver die Gesellschaft, desto größer die Zustimmung zur Todesstrafe, vgl. Stack, International Criminal Justice Review 2004, 69 (88 f.).

⁵¹ Diese können (kurzzeitig) die Befürwortung der Todesstrafe erhöhen, näher hierzu Hood/Hoyle (Fn. 5), S. 372 ff.

⁵² Je jünger und liberaler die Befragten, umso größer die Ablehnung, vgl. Kreuzer, ZIS 2006, 320.

⁵³ Überblick zum Forschungsstand bei Hood/Hoyle (Fn. 5), S. 366 ff.

III. Konsequenzen der Abolition

1. Kriminologisch-kriminalpolitische Konsequenzen

a) Kriminalitätsentwicklung

Steht eine Abolition zur Diskussion, bleibt die Frage nach den möglichen Folgen nicht aus. Im Fall der Todesstrafe steht dahinter die Befürchtung, die Verbrechensrate könne sich durch eine Schwächung der Abschreckungswirkung der Todesstrafe ungünstig entwickeln. Nimmt man die Häufigkeitszahl von Mord und Totschlag zum Maßstab, so haben sich die Verhältnisse weder in Australien noch in Kanada, wo die Todesstrafe Mitte der 1960er Jahre letztmals vollstreckt bzw. 1976 abgeschafft wurde, zum Schlechteren gewendet. In einem strikten Sinne handelt es sich dabei zwar nicht um einen wissenschaftlichen Beweis, weil für den Nachweis einer Kausalität alle anderen Variablen kontrolliert werden müssten, gleichwohl ist bei allen Vorher-Nachher-Vergleichen eine bemerkenswerte Konstanz festgestellt worden. Allenfalls in einem kurzen Zeitraum unmittelbar vor und nach Abschaffung konnten – wenn überhaupt – geringfügige Abweichungen registriert werden. Langfristig ist in der westlichen Welt ein Absinken der Rate von Mord und Totschlag seit dem Gipfelpunkt in den späten 1970er Jahren festzustellen. In den USA, wo sich die Rate parallel zu jener in Kanada entwickelt hat, kam es lediglich in den ersten Jahren nach dem durch das Oberste Gericht verhängten Moratorium 1972 zu einem kurzfristigen Anstieg, der jedoch bald einem Rückgang Platz machte und mit der Todesstrafe in keinem direkten Zusammenhang zu stehen schien.⁵⁴ Außerdem konnte in Ländern, die wie z.B. Weißrussland und Nigeria die Todesstrafe anwenden, keine kriminalitätsmindernde Wirkung gemessen werden.⁵⁵

b) Alternative Sanktionen

Als eine Alternative zur Todesstrafe steht die lebenslange Freiheitsstrafe bereit. Ein regelmäßiger Bericht des UN-Generalsekretärs, der dem Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen seit 1975 im Abstand von fünf Jahren vorgelegt wird, schildert die Situation in den UN-Mitgliedstaaten betreffend die Todesstrafe einschließlich der Umsetzung der Maßnahmen zum Schutz derjenigen, die die Todesstrafe zu erwarten haben (implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty). Der Bericht von 2005 spiegelt den Trend zur Abschaffung der Todesstrafe bzw. zum beschränkten Gebrauch dieser Sanktion wider. Unter den Ländern, die die Todesstrafe durch andere Sanktionen ersetzt haben, gibt es demnach eine gewisse Variationsbreite. Zum Teil wurde die Todesstrafe durch eine lebenslange, zum Teil durch eine zeitige Freiheitsstrafe ersetzt. Unterschiedlich lang ist auch die Zeit, die von der Strafe verbüßt sein muss, bevor eine vorzeitige Entlassung in Betracht kommt. Sie schwankt zwischen der Hälfte und drei Vierteln der ursprünglich auferlegten Straflänge.

⁵⁴ Hood/Hoyle (Fn. 5), S. 325, 327.

⁵⁵ Vgl. OSCE, The Death Penalty in the OSCE Area, Background Paper, October 2006, S. 15; Hood/Hoyle (Fn. 5), S. 329.

Allerdings gab es in allen Ländern, die der Bericht erwähnt, überhaupt die Möglichkeit einer Strafrestaussetzung zur Bewährung (parole).⁵⁶

Unter diesen Umständen – vorzeitige Entlassung zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt sowie Begrenzung der Sanktion auf die schwersten Verbrechen – ist die lebenslange Freiheitsstrafe das geringere von zwei Übeln. Allerdings ist in den letzten Jahren, insbesondere in den USA, ein Trend zu langen und lebenslangen Strafen zu beobachten gewesen, die von der Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung ausgenommen wurden.⁵⁷ In Deutschland ist die Maßregel der Sicherungsverwahrung in einer Weise ausgedehnt worden⁵⁸, die den Widerspruch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hervorrief.⁵⁹ Eine Abkehr von der Todesstrafe muss also keineswegs von alleine in eine wünschenswerte menschenrechtskonforme Zukunft führen. Selbst bei einer Ersetzung der Todesstrafe durch langjährige Haftstrafen bleibt die Problematik der Menschenrechte von Gefangenen virulent. Es wäre ein bitterer Sieg des Abolitionismus, wenn an die Stelle der menschenrechtswidrigen Tötung durch das Strafrecht harsche Haftbedingungen für Lebenslängliche träten, die den internationalen Normen nicht hinreichend Rechnung tragen. Daher ist auch für „Lebenslängliche“ auf Art. 10 Abs. 3 IPBPR zu verweisen, wonach das Ziel der Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu verfolgen ist. Die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung von Gefangenen (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) von 1955 sehen vor, dass die Behandlung nicht den Ausschluss der Gefangenen aus der Gesellschaft betonen darf, sondern – im Gegenteil – Wert auf die Tatsache legen muss, dass sie weiterhin Teil der Gesellschaft bleiben (Regel 62). Weiter ins Detail gehen die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules) von 2006. Sie betonen in Regel 103.8, dass den Vollzugsplänen und Haftbedingungen für Langzeitgefangene besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden muss. Ein eigener Abschnitt (Regeln 107.1 bis 107.5) befasst sich mit der Entlassung von Strafgefangenen. Insbesondere bei Gefangenen mit langen Strafen ist danach eine allmähliche Rückkehr in das Leben in Freiheit vorzubereiten. Hierzu sollen Vollzugslockerungen während der Haft und Programme zur teilweisen bzw. bedingten Entlassung unter Aufsicht beitragen (Regel 107.3).⁶⁰

2. Folgen für das Meinungsbild

Um die Meinungen in der Bevölkerung muss sich die Politik nur wenig Gedanken machen. Erfahrungen wie wissenschaft-

liche Untersuchungen in zahlreichen Ländern belegen gleichermaßen, dass die Menschen sich der Rechtskultur, in der sie leben, angleichen: Sie unterstützen die Todesstrafe, wo sie Gesetz ist, und sie verwerfen sie, wo sie abgeschafft wurde. Vor allem aber sinkt die Zustimmung zur Todesstrafe mit jedem Jahr, das seit ihrer Abschaffung vergangen ist, kontinuierlich und deutlich ab. Das gilt beispielsweise für England, aber auch für Australien, Neuseeland und zahlreiche weitere Staaten.⁶¹ Es entspricht im Übrigen der Entwicklung in Deutschland.⁶² Die Todesstrafe wird in der Bevölkerung also nicht vermisst, wenn erst einmal der Bann der Angst gebrochen und deutlich geworden ist, dass sich das Recht ohne diese Maßnahme (und ohne präventive Einbußen) behaupten kann.

IV. Schluss: Ein vernichtendes Urteil

Es ist also – um es abschließend auf den Punkt zu bringen – nicht lediglich so, dass die besseren Argumente gegen die Todesstrafe sprechen: Dass mit ihr die Korrektur von Fehlurteilen unmöglich ist, dass sie sozial ungleich angewandt wird und dass durch sie der Staat in den gewalttätigen Leviathan mutiert. Sie ist vielmehr auch unvereinbar mit den Menschenrechten, kriminologisch entzaubert und kriminalpolitisch alles andere als alternativlos. Kriminalpolitiker weltweit tun daher gut daran, sich dem Werben der Vereinten Nationen nicht zu verschließen und ihre Politik der Abolition, die in den letzten Jahrzehnten deutlich an Fahrt aufgenommen hat, auch zukünftig fortzusetzen. Schließlich ist das Urteil über die Todesstrafe gesprochen, und es ist so vernichtend wie sie selbst.

⁵⁶ United Nations Economic and Social Council, Report of 9 March 2005 (E/2005/3), para. 12.

⁵⁷ Siehe *van Zyl Smit*, *Punishment & Society* 2001, 299.

⁵⁸ Zur Situation in Deutschland s. *Weber*, *ZIS* 2006, 364 (367).

⁵⁹ Vgl. EGMR EuGRZ 2010, 25; näher hierzu *Bachmann/Goeck*, *NJ* 2010, 457.

⁶⁰ Überblick über relevante internationale Rechtsquellen bei *Laubenthal*, *Strafvollzug*, 5. Aufl. 2008, Rn. 33 ff., besonders Rn. 38 zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen.

⁶¹ Vgl. *Stack*, *International Criminal Justice Review* 2004, 69 (87 f., 92); *Hood/Hoyle* (Fn. 5), S. 376.

⁶² Vgl. *Kreuzer*, *ZIS* 2006, 320 (325).

Die Rechtsprechung des BGH zum Rücktrittshorizont

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Zwischen den verschiedenen *Senaten* des BGH bestand Uneinigkeit darüber, ob der Täter, der bei Verfolgung seines Ziels den tatbestandsmäßigen Erfolg i.S.d. *dolus eventualis* billigend in Kauf genommen hat, diesen Versuch noch aufgeben kann, wenn er erkannt hat, dass er sein motivierendes Ziel erreicht hat, ohne dass der Erfolg eingetreten ist.¹ Der *Große Senat* bejahte diese Frage mit der folgenden Begründung: „Die Tat i.S.v. § 24 Abs. 1 StGB ist die Tat im sachlich/rechtlichen Sinne, also die in den gesetzlichen Tatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Hierauf bezieht sich der tatbegründende Vorsatz des Versuchstäters. Dementsprechend beschränkt sich beim unbeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Auf weiterreichende, außerstrafrechtliche Beweggründe, Absichten oder Ziele stellen weder der die Strafbarkeit des Versuchs begründende § 22 StGB noch der spiegelbildlich dazu Strafbefreiung durch Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab.“² Damit hat der BGH in der Sache nicht nur die vielgeschmähte Tatplantheorie verworfen, worauf er sich in dieser Entscheidung auch beruft,³ sondern auch die Lehre von der natürlichen Versuchseinheit. Diese stellt für die Bestimmung des Einzelversuchs auf eine natürliche Betrachtungsweise ab, ähnlich wie sie bei der tatbestandlichen Tateinheit in der Konkurrenzlehre vorgenommen wird. Danach bildet die Einheit des Versuchs nicht jede Verwirklichung des Versuchstatbestandes, es werden vielmehr mehrere Verwirklichungen des Versuchstatbestandes nach Kriterien der natürlichen Betrachtungsweise zusammengefasst.

Zu diesen Kriterien gehört der enge zeitliche Zusammenhang der mehreren Tatbestandsverwirklichungen, aber auch die Einheit des Tatentschlusses und der Motivation des Täters.⁴ Hat ein Täter sein ursprüngliches Handlungsziel erreicht, setzt er aber dennoch aufgrund eines neuen Tatentschlusses und einer neuen Motivation, etwa zur Verdeckung der Straftat, neue Mittel zur Herbeiführungen des Erfolges ein, so stellt dieser neue Mitteleinsatz nach allen Kriterien einer natürlichen Betrachtungsweise einen neuen Versuch dar.⁵

Beruft man sich aber, wie der *Große Senat* es in der vorliegenden Entscheidung tut, darauf, dass nicht die Motivation des Täters, sondern allein der Wortlaut des Gesetzes darüber entscheidet, was ein einzelner Versuch ist, so führt dies

zwangsläufig zur sog. Einzelaktstheorie.⁶ Nach dieser Theorie ist ein Versuch jede Handlung, die den Tatbestand des Versuchs vollständig erfüllt, also jeder Mitteleinsatz, von dem der Täter bei Beginn der Handlung glaubt, dass er zur Herbeiführung des Erfolges geeignet ist.⁷ Aber der *Große Senat* wendet sich in diesem Urteil nicht etwa der sog. Einzelaktstheorie zu, die er zuvor immer abgelehnt hat.⁸ Der Streit um die Einzelaktstheorie und die Lehre von der natürlichen Versuchseinheit soll auch nicht Gegenstand unserer Überlegungen sein, sondern vielmehr die Konsequenzen, die der BGH im Folgenden aus dieser Grundsatzentscheidung gezogen hat. Was bleibt danach noch als Begrenzung des Versuchs, also mit den Worten des § 24 StGB „der Tat“, von der der Täter mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten kann, indem er sie „aufgibt“, übrig?

Übrig bleibt zunächst ein enger zeitlicher und örtlicher Zusammenhang zwischen den Tatmitteln, die der Täter bereits angewandt hat und denen, auf deren Einsatz er verzichtet. Ein Rücktritt liegt auch nach der Rechtsprechung des BGH nicht vor, wenn der Täter sich nach Erschöpfung der ihm verfügbaren Tatmittel vornimmt, ihm alsbald zur Verfügung stehende neue Tatmittel zu nutzen.⁹ Der Täter muss also seinen Vorsatz endgültig aufgeben, obwohl ihm in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang noch mindestens ein weiteres Tatmittel zur Verfügung steht. Die Einheit des Versuchs, den der Täter aufgeben muss, wird also allein durch den engen zeitlichen Zusammenhang begrenzt, der zwischen den Tatmitteln, die der Täter bereits eingesetzt hat, und denen, auf deren Einsatz er verzichtet, bestehen muss.

Außer diesem zeitlichen Zusammenhang bleibt nur noch ein Kriterium des unbeendeten Versuchs übrig: Durch die bisher eingesetzten Mittel darf noch keine Erfolgsgefahr herbeigeführt worden sein, die sich ohne weiteres Zutun verwirklichen kann. Liegt nämlich eine solche Gefahr vor und weiß der Täter dies auch, so ist er zu deren Abwendung als Garant aus vorangegangenem rechtswidrigem Tun von Rechts wegen verpflichtet.

Zu der maßgeblichen Vorstellung des Täters heißt es im Urteil des *Großen Senats*: „In diesem Sinne hält den Erfolgseintritt auch für möglich, wer die tatsächlichen Umstände erkennt, die diesen Erfolgseintritt nach der Lebenserfahrung nahelegen; er braucht weder die Gewissheit des Erfolgseintritts zu haben noch muss er den Erfolgseintritt jetzt noch wollen oder billigen. Der BGH hat in einer Reihe von

¹ Vgl. dazu BGH NStZ 1987, 317; BGH NStZ 1990, 30; BGHR StGB § 24 Abs. 1 S. 1 Versuch, beendeter 7; BGHR StGB § 24 Abs. 1 S. 1 Versuch, beendeter 3 und 4; BGHR StGB § 24 Abs. 1 S. 1 Versuch, unbeendeter 23.

² BGHSt 39, 221 (230).

³ BGHSt 39, 221 (227).

⁴ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 29 ff.; Puppe, NStZ 1990, 433 (434).

⁵ Puppe, NStZ 1990, 433 (434 f.); Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl. 2011, 21/11; Roxin (Fn. 4), § 30 Rn. 59.

⁶ Puppe (Fn. 5), 21/10.

⁷ Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 24 Rn. 18a ff.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 26/14 ff.; Jakobs, JuS 1980, 714; Jakobs, ZStW 104 (1992), 82 (89, 99); Geilen, JZ 1972, 335 (337, 342); Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 24 Rn. 13 ff.; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 28 ff.

⁸ BGHSt 23, 356 (359); BGHSt 31, 170 (175); BGHSt 35, 90 (91 ff.); BGH NStZ 1981, 342.

⁹ BGH NStZ 2009, 264 (265); BGH NStZ 2010, 384.

Entscheidungen hierzu ausgeführt, bei gefährlichen Gewalt-handlungen und schweren Verletzungen, deren Wirkungen der Täter wahrgenommen hat, liege es auf der Hand, dass er die lebensgefährdende Wirkung und die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt. An die für die Annahme eines unbeendeten Versuchs erforderliche Voraussetzung, dass der Täter den Erfolgseintritt (noch) nicht für möglich hält, sind nach dieser Rechtsprechung daher strenge Anforderungen zu stellen“¹⁰

Für diesen Text sind zwei verschiedene Interpretationen möglich. Der Satz, der mit den Worten beginnt „in diesem Sinne hält den Erfolgseintritt auch für möglich, wer [...]“, kann als Bestimmung des Inhalts der Vorstellung des Täters interpretiert werden. Das würde bedeuten, dass der Täter, der Tatsachen kennt, die eine Erfolgsgefahr begründen, sich nicht damit entlasten kann, er habe zwar diese Tatsachen gekannt, die Konsequenz einer Gefährdung des Opfers aber nicht daraus gezogen. Oder er kann auch als bloßer Hinweis auf ein starkes Indiz dafür gedeutet werden, dass der Täter diese Konsequenz tatsächlich gezogen hat, dann muss das Gericht doch positiv feststellen, dass der Täter „die lebensgefährdende Wirkung und die Möglichkeit des Erfolgseintritts“ zum Zeitpunkt des Aufhörens tatsächlich erkannt hat. Wir werden später zeigen, dass die erste der beiden Interpretationen die richtige ist. Aber bereits Ausführungen, die der *Große Senat* in der vorliegenden Entscheidung an früherer Stelle gemacht hat, sprechen für die zweite Interpretation. Sie lauten: „Rechnet der Täter dagegen nach der letzten Ausführungshandlung nach seinem Kenntnisstand (noch) nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges, und sei es auch nur in Verken-nung der durch sein Handeln verursachten Gefährdung des Opfers, so ist der Versuch unbeendet, wenn die Vollendung aus der Sicht des Täters noch möglich ist.“¹¹ Danach kann sich der Täter zur Begründung des strafbefreienden Rücktritts durch Aufhören auf die irri-ge Annahme berufen, dass Opfer nicht in Gefahr gebracht zu haben, auch wenn er Tatsachen gekannt hat, die eine Erfolgsgefahr zu begründen geeignet sind.

Und nun folgt eine nochmalige Erweiterung der Möglich-keit des Rücktritts durch Aufhören, die in der Folgezeit in der Rechtsprechung zum Rücktritt vom Tötungsversuch eine bedeutende Rolle spielen sollte. Sie lautet: „Dabei kommt auch der Fall in Betracht, dass der Täter nach der letzten Ausführungshandlung zunächst irrig angenommen hat, diese Handlung reiche zur Herbeiführung des Erfolges aus, und nunmehr in unmittelbarem Zusammenhang nach seiner korrigierten Vorstellung zu der Auffassung gelangt, dass er weiter handeln könne und müsste, um den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen.“¹² Sehen wir uns also unter diesem Blickwinkel die „strengen Anforderungen“ an, die der BGH an die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt des Aufhörens seither stellt.

I. Der korrigierte Rücktrittshorizont

Seit der soeben besprochenen Entscheidung des *Großen Senats* sind zahlreiche Judikate des BGH zum Thema des korrigieren Rücktrittshorizonts ergangen. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen der Täter mit Tötungsvorsatz dem Opfer mindestens einen tiefen Stich in Bauch oder Brust¹³ oder mehrere Schüsse in den Rücken¹⁴ beigebracht hatte, das Opfer versuchte, vor ihm zu flüchten und der Täter es nicht weiter verfolgte, aber auch keine Rettungsmaßnahmen veran-lasste, sodass nur ein Rücktritt durch Aufgeben der Tat in Betracht kam. Ein tiefer Messerstich in Brust oder Bauch oder Schüsse in den Rücken stellen eine unmittelbare Le-bensgefahr für das Opfer dar. Wenn es nicht ohnehin an der Verletzung eines lebenswichtigen Organs stirbt, so besteht doch die offenbare Gefahr äußerlichen oder innerlichen Ver-blutens, falls es nicht rasch ärztliche Hilfe erhält. Legt man also einen unkorrigierten Rücktrittshorizont zugrunde, also die Vorstellungen des Täters unmittelbar nach dem Stich oder Schuss, so ist kaum denkbar, dass der Täter, mit den Worten des *Großen Senats* zu sprechen, „die lebensgefährdende Wir-kung und die Möglichkeit des Erfolgseintritts“ nicht erkannt hat. Blicke es also bei der Maßgeblichkeit der Vorstellung des Täters im Moment des Aufhörens, so wäre einem solchen Täter ein Rücktritt durch Aufgeben grundsätzlich verschlos-sen, er müsste etwas zur Rettung seines Opfers unternehmen, den drohenden Erfolg verhindern oder doch, falls entgegen dem unmittelbaren Anschein keine Lebensgefahr besteht, sich ernstlich darum bemühen.

Und nun kommt der korrigierte Rücktrittshorizont ins Spiel. Dass die Vorstellung des Täters, das Opfer in Lebens-gefahr gebracht zu haben, von ihm korrigiert werden kann mit der Konsequenz, dass ihm der Rücktritt durch Aufhören wieder eröffnet ist, hatte ja bereits der *Große Senat* ausge-sprochen. Dazu heißt es in einem späteren Judikat: „Die Fra-ge, ob nach diesen Rechtsgrundsätzen von einem beendeten oder unbeendeten Versuch auszugehen ist, bedarf insbeson-dere dann eingehender Erörterung, wenn das angegriffene Tatopfer nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt. Ein solcher Umstand kann geeignet sein, die Vorstellung des Täters zu erschüttern, alles zur Erreichung des gewollten Erfolgs getan zu haben.“¹⁵ Ganz ähnlich formulieren dies auch andere Entscheidungen.¹⁶

In dieser Formulierung stecken manche Unklarheiten. Was ist der Inhalt der Vorstellung, die „erschüttert“ sein soll?

¹³ BGH NStZ 1999, 299; BGH NStZ 2005, 263; BGH NStZ 2005, 331; BGH NStZ 2010, 146; BGH NStZ-RR 2002, 73; BGH NStZ-RR 2008, 335 (336).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 15.8.2001 – 3 StR 231/01; BGHR StGB § 24 Abs. 1 S. 1, Versuch, unbeendeter 31.

¹⁵ BGH NStZ-RR 2008, 335 (336).

¹⁶ BGH bei *Altwater*, NStZ 1999, 17 (20); BGH NStZ 1999, 449 (450), m. Anm. *Puppe*, JR 2000, 72; BGH NStZ 2005, 311; BGH NStZ 2005, 331 (332); BGH NStZ 2009, 25; BGH NStZ-RR 2008, 335 (336); BGHR StGB § 24 Abs. 1 S. 1, Versuch, unbeendeter 31 und 29.

¹⁰ BGHSt 39, 221 (231); Vgl. auch BGH NStZ 2005, 263; BGH NStZ-RR 2006, 370 (371).

¹¹ BGHSt 39, 221 (227 f.).

¹² BGHSt 39, 221 (227 f.).

Alles Erforderliche getan zu haben, dass der Erfolg mit Sicherheit, dass er wahrscheinlich oder dass er möglicherweise eintritt? Manchmal werden die Vorstellungen auch recht sibyllinisch dahin beschrieben, der Täter habe möglicherweise geglaubt, mit dem Erfolgseintritt „sei noch nicht zu rechnen“.¹⁷ Es sollte für den Inhalt einer Vorstellung, die einen Rücktritt durch Aufhören ausschließt, genügen, dass der Täter damit rechnet, dass der Erfolgseintritt möglich und „nicht ganz fernliegend“ ist. Erstens genügt das nach der Rechtsprechung für den *dolus eventualis*¹⁸ und zweitens genügt es, um das Wissen des Täters zu begründen, dass er nunmehr als Garant zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist.

Ist aber der Anblick eines Opfers, dass in seiner Todesangst versucht vor dem Täter wegzulaufen wirklich geeignet, die Vorstellung des Täters, dass er es soeben lebensgefährlich verletzt hat „zu erschüttern“? Nicht nach jeder lebensgefährlichen Verletzung fällt das Opfer sofort um. Oft ist es unter dem Einfluss des Schocks und der Todesangst, in die der Täter es versetzt hat, für kurze Zeit noch zu beachtlichen körperlichen Leistungen fähig, insbesondere ein paar Schritte wegzulaufen oder artikuliert zu sprechen. Dass der Täter, der seinem Opfer soeben eine lebensgefährliche Verletzung beigebracht hat, angesichts eines solchen Opferverhaltens ernstlich glauben könnte, es nicht in Lebensgefahr gebracht zu haben, ist schon aus tatsächlichen Gründen nicht plausibel.

Es mag gleichwohl sein, dass ein Täter sich in einer solchen Situation tatsächlich bei dem Gedanken beruhigt, dass das Opfer schon nicht gleich draufgehen werde oder dass andere ihm helfen werden, aber das wäre ein Ausdruck tiefer Gleichgültigkeit gegenüber dem Schicksal des Opfers. Auch der BGH hat mehrfach ausgesprochen, dass es nicht für den Rücktritt genügt, wenn der Täter sich überhaupt keine Vorstellungen über die Gefährdung des Opfers gemacht hat.¹⁹ Dies gilt jedenfalls „nach besonders gefährlichen Gewaltanwendungen, die zu schweren Verletzungen des Opfers geführt haben“.²⁰ Aber auch nach besonders gefährlichen Gewalttaten kommt dem Täter nach der Rechtsprechung des BGH jede irriige Annahme, dass mit dem Tod des Opfers „noch nicht zu rechnen“ sei, strafbefreiend zugute, ohne dass irgendwelche Anforderungen an die Gründe für diesen Irrtum gestellt werden. War der Angeklagte allerdings so schlecht beraten, zuzugeben, dass er nach dem ersten und einzigen Stich bereits mit dem Tod des Opfers, das mit einem anderen Gegner kämpfte, gerechnet hat, dann nützt ihm konsequenterweise auch die Tatsache nichts, dass das Opfer zunächst unbeeindruckt weiterkämpfte²¹ und dies unanhängig davon, ob es in Wirklichkeit in Lebensgefahr war oder nicht.

¹⁷ BGH NStZ 2010, 384; BGHSt 36, 224; 39, 221 (227); BGH, Beschl. v. 29.8.1995 – 4 StR 474/95 = BGHR StGB § 24 Abs 1 S. 1 Versuch, unbeendeter 31 (Gründe).

¹⁸ Aus jüngster Zeit: BGH NStZ 2006, 98 (99); BGH NStZ 2007, 150 (151); BGH NStZ 2007, 700 (701); BGH NStZ-RR 2007, 43 (44).

¹⁹ BGHSt 40, 304 (306); BGH NStZ 1999, 299; BGH NStZ 2010, 146, BGH NStZ 2010, 384.

²⁰ BGH StraFo 2005, 166 (167).

²¹ BGH NStZ 2011, 90.

Zwar hat der BGH vereinzelt auch eine sog. „umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts“ angenommen, die den Versuch in einen unbeendeten zurückverwandelt, wenn der Täter kurz nachdem er irrtümlich angenommen hat, dass mit dem Tod des Opfers nicht zu rechnen sei, die Lebensgefahr doch noch erkennt. Aber diese Erkenntnis muss er kurze Zeit nach der letzten Handlung gewonnen haben, denn bald danach ist der Rücktritt – wie es heißt – „vollzogen“.²²

Wenn man, wie der BGH mehrfach betont,²³ an die Vorstellungen des Täters zum Zeitpunkt des Aufhörens „strenge Anforderungen“ stellen will, so sollte man als erstes bedenken, wozu der Täter von Rechts wegen verpflichtet ist, nachdem er seinem Opfer eine schwere und möglicherweise lebensgefährliche Verletzung zugefügt hat. Als Garant aus vorangegangenem rechtswidrigem und lebensgefährlichem Tun ist er nicht nur verpflichtet, den Erfolg zu verhindern, sofern er die Gefahr seines Eintritts erkannt hat, er ist auch verpflichtet, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob das Opfer sich in Lebensgefahr befindet und zur Abwendung dieser Gefahr seiner Hilfe bedarf.²⁴ Nur wenn er nach den Maßstäben eines sorgfältigen pflichtbewussten Garanten zu dem Ergebnis kommt, dass das Opfer nicht in Lebensgefahr ist, mag er durch bloßes Aufhören zurücktreten. Denn er kann dann nichts Besseres für sein Opfer tun, als es in Ruhe zu lassen.²⁵ Man kann ihm dann die Erfüllung seiner Prüfungspflicht als ernstliches Bemühen i.S.v. § 24 Abs. 1 Alt. 3 zugute kommen lassen. Der *Große Senat* des BGH hatte also in der Sache recht, wenn er ausführte, dass der Täter nicht mehr durch bloßes Aufhören zurücktreten kann, wenn er „die tatsächlichen Umstände erkennt, die diesen Erfolgseintritt nach der Lebenserfahrung nahelegen.“ Leider hat er dies nicht als Anforderung an die Tätervorstellung bei unbeendetem Versuch formuliert, sondern als eine Art unwiderlegliches Indiz dafür, dass der Täter den Erfolgseintritt in diesem Fall für möglich gehalten hat: „In diesem Sinne hält den Erfolgseintritt auch für möglich, wer die tatsächlichen Umstände erkennt, [...]“.²⁶ Unwiderlegliche Indizien und Vermutungen sind im Strafrecht nicht zulässig. Die Anforderung an die Vorstellung des Täters beim Aufhören mit dem Versuch müssen also wie folgt formuliert werden: Der Täter muss im Moment des Aufhörens mit dem Versuch Tatsachen kennen oder aufgrund einer gewissenhaften Prüfung der Situation unvermeidbar irrtümlich angenommen haben, die es nach der Lebenserfahrung ausschließen, dass eine Gefahr des Erfolgseintritts besteht.

²² BGH NStZ 2010, 146; BGH NStZ 1999, 449 (450); BGH NStZ 2010, 146.

²³ BGHSt 39, 221 (331); BGH NStZ 1994, 76 (77); BGH NStZ 1999, 300 (301); BGH NStZ-RR 2006, 370; BGH StV 1996, 86.

²⁴ *Jakobs* (Fn. 7), 29/85 f.; *Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, S. 129 f.; *Puppe* (Fn. 5), 21/25; *dies.*, NStZ 1995, 403 (404); *dies.*, JR 2000, 72 (74); *dies.*, JR 1995, 403 (404); Vgl. auch BGH NStZ 2010, 146.

²⁵ Vgl. *Weinhold* (Fn. 24), S. 79; *Puppe* (Fn. 5), 21/24.

²⁶ BGHSt 39, 221 (231).

Aber der BGH meint es offenbar mit den strengen Anforderungen an die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt des Aufhörens nicht so ernst. Er begründet die Strafbefreiung des Täters mit dem Opferschutz.²⁷ Wenn das Opfer überlebt, so ist ihm mit jedem Verzicht des Täters auf den Einsatz eines sich ihm noch bietenden Mittels zur Erfolgsherbeiführung gedient. Das gilt insbesondere bei Tötungsdelikten, bei denen stets die Gefahr eines Verdeckungsmordes besteht. Vermutlich ist das der Grund dafür, dass der BGH dem Täter die Straffreiheit für den Versuch auch dann anbietet, wenn er sein tatbestandsmäßiges Ziel erreicht hat und außer der Verdeckung seines Versuchs keinen Grund mehr hat, die Tötung des Opfers weiter zu betreiben.

II. Kritik des Opferschutzkonzepts des BGH

Versteht man den Rücktritt so, wie es der BGH tut, so ist er allein durch seine Zweckmäßigkeit zu rechtfertigen. Zweckmäßigkeitsargumente unterliegen zwei Qualitätsmaßstäben: Erstens muss der Zweck erstrebenswert und der Einsatz des Mittels rechtsethisch vertretbar sein. Zweitens muss das Mittel geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen.

Dem ersten dieser Maßstäbe genügt das Opferschutzkonzept des BGH, jedenfalls in einer Zeit, in der das Dealen im Strafprozess ein gesetzlich und höchstrichterlich anerkanntes Verfahren ist, der Staat also grundsätzlich bereit ist, mit dem Täter über seine Strafe gegen gewisse Gegenleistungen zu verhandeln. Tut man das im Strafprozess, warum sollte man es nicht auch schon während der Tatbegehung tun? Schließlich ist das Leben des Opfers der höchste Preis, den ein Täter in einem solchen Deal anbieten kann und weit mehr wert als ein Teilgeständnis im Strafprozess. Betrachtet man nur den Einzelfall, so überwiegt das Interesse am Leben des Opfers jedes Interesse an der Strafverfolgung des Täters. Die Aufopferung des Strafverfolgungsinteresses gegen das Leben des Opfers ist also auch verhältnismäßig, mindestens solange man nur den Einzelfall betrachtet. Ob das auch auf lange Sicht gilt, ist allerdings eine andere Frage. Wenn die Täter wüssten, dass sie durch bloßen Verzicht auf weitere Tötungshandlungen beispielsweise vom Versuch eines Raubmordes zurücktreten können, auch wenn sie dem Opfer alles genommen haben, was sie ihm nehmen wollten, hätten sie vielleicht weniger Hemmungen, auch lebensgefährliche Gewalt einzusetzen, um das Opfer wehrlos zu machen.

Veranschaulichen wir das an einem Fall, den der BGH entschieden hat.²⁸ Um einem Taxifahrer sein Fahrzeug und sein Geld abzunehmen, lotste der Täter diesen an einen einsamen Ort, stach ihm ein Messer in die Brust und warf ihn aus dem Auto. An der Stichverletzung wäre das Opfer alsbald gestorben, wenn es nicht anderweitig Hilfe erhalten hätte. Der Taxifahrer versuchte, wegzulaufen, war aber wegen der Schwere seiner Brustverletzung dazu nicht mehr fähig. Der Täter rief ihm zu „bleib stehen, ich bring dich um“. Fragte ihn „wo ist Geld“ und erhielt die Antwort „es ist alles im

Auto“. Obwohl der BGH selbst in diesem Zusammenhang von „gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen“ spricht, tadelt er das Instanzgericht dafür, dass es keinen Rücktritt durch Aufhören nach korrigiertem Rücktrittshorizont geprüft hat, weil das Opfer vor dem Täter zu fliehen versuchte, die Flucht abbrach und „ohne für den Angeklagten sichtbare schwere Verletzungen“ situationsangepasst antwortete. „Ob der Angeklagte am Ende des 2. Handlungsabschnitts noch die Vorstellung hatte, der Zeuge sei lebensgefährlich verletzt, ist angesichts des mitgeteilten Geschehens zweifelhaft“.²⁹ Diese Begründung ist schon in sich unplausibel. Sollte der Täter, als er mit dem Taxi davon fuhr und das Opfer, aller Hilfsmöglichkeiten beraubt, in einsamer Gegend seinem Schicksal überließ, wirklich ganz vergessen haben, dass er ihm vor wenigen Minuten ein Messer tief in die Brust gestoßen hatte?

Versetzen wir uns in die Lage dieses Täters vor seiner Tat und stellen wir uns vor, dass ihm die Rechtsprechung des BGH zum korrigierten Rücktrittshorizont bekannt ist. Nach den Regeln der „Verbrechervernuunft“ könnte er wie folgt spekulieren: Wenn ich den Taxifahrer lebensgefährlich verletze, aus seinem Taxi werfe und in einsamer Gegend zurücklasse, kann zweierlei geschehen. Er kann an der Verletzung sterben, dann bin ich den Tatzeugen los und man wird mir die Tat schwerlich beweisen können. Er kann aber auch überleben, dann berufe ich mich auf meinen korrigierten Rücktrittshorizont und werde jedenfalls nicht wegen Raubmordes bestraft. Das Rücktrittsangebot des BGH könnte den Täter also vielleicht dazu bewegen, auf einen Verdeckungsmord zu verzichten, was freilich zweifelhaft ist, weil ja auch der Raub mit schwerer Strafe bedroht ist. Aber dieser zweifelhafte Opferschutzeffekt würde mit einem weitgehenden Verlust der Abschreckungswirkung der Strafbarkeit des Mordversuchs bezahlt. Beschränkt man also die Interessenabwägung nicht auf die Situation des angegriffenen Opfers nach dem Tötungsversuch, so fällt die Abwägung nicht mehr so eindeutig zugunsten des erweiterten Rücktrittshorizonts aus. Selbst unter der Voraussetzung, dass das Rücktrittsangebot überhaupt ein taugliches Mittel ist, das Verhalten des Täters zu beeinflussen, geht die Gleichung, je mehr Rücktritt für den Täter, desto besser für das Opfer, nicht auf.

Die zweite Probe, die eine rein zweckrational begründete Rechtsanwendung bestehen muss, ist die, ob sie überhaupt tauglich ist, den Zweck zu erreichen, der sie rechtfertigen soll. Dieser Zweck besteht darin, den Täter, auch den, der sein Opfer bereits lebensgefährlich verletzt hat, durch das Versprechen der Befreiung von der Strafbarkeit seines Versuchs dazu zu bewegen, von weiteren ihm noch möglichen Tötungshandlungen abzustehen. Ein banaler, aber zur Zeit unüberwindlicher Grund dafür, dass der Rücktritt zu diesem Zweck nicht taugt, ist die Tatsache, dass die meisten Straftäter die Rücktrittsvorschrift gar nicht kennen, geschweige denn die Rechtsprechung des BGH zum korrigierten Rücktrittshorizont. Dem könnte man ja abhelfen, beispielsweise durch geeigneten Rechtskundeunterricht in der Schule. Frei-

²⁷ Vgl. dazu den Vorlagebeschluss des *1. Strafsenats*, BGH JZ 1993, 558 (560), und die Entscheidung des *Großen Senats*, BGHSt 39, 221 (232).

²⁸ BGH NSTZ 1997, 593.

²⁹ BGH NSTZ 1997, 593.

lich stellt sich die Frage, ob man das im Hinblick auf die soeben geschilderten Effekte wirklich tun sollte.

Aber selbst wenn die potentiellen Straftäter um die Rücktrittsvorschrift und die Rechtsprechung des BGH zum korrigierten Rücktrittshorizont wüssten, wäre es aus psychologischen Gründen zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung ein taugliches Mittel wäre, den angestrebten Zweck zu erreichen. Der rationell kalkulierende Täter hat sich soeben entschlossen, das Risiko der Strafbarkeit um der Vorteile willen auf sich zu nehmen, die er sich von der Straftat verspricht. Das Rücktrittsangebot würde einen solchen Täter allenfalls dann zum Aufhören bewegen, wenn er sein motivierendes Tatziel wider Erwarten ohne Erfolgsherbeiführung erreicht hat, wenn seine Chancen, es durch Erfolgsherbeiführung zu erreichen, erheblich gesunken sind oder die Gefahr, der Tat überführt zu werden, wesentlich gestiegen ist. Das Angebot wirkt also auf den rational handelnden Täter nur, wenn er gar keinen Grund mehr hat, aus seinem ursprünglichen Tatentschluss weiter zu handeln, und nur noch einen neuen Tötungsentschluss zur Tatverdeckung fassen könnte. Die Befreiung von der Strafbarkeit des Versuchs wäre der Lohn für den Verzicht auf den Verdeckungsmord.³⁰

Der irrational handelnde Täter ist von dem Verhandlungsangebot der Strafverfolgungsorgane erst recht nicht erreichbar. Er hört genauso irrational auf, wie er irrational angefangen hat. Die Gründe für dieses Aufhören sind oft schwer aufklärbar. Waren die Täter mit dem „Denkzettel“, den sie ihrem Opfer verabreicht hatten, zufrieden?³¹ War der erheblich alkoholisierte Täter, der sich mit einem Messerstich dafür rächen wollte, dass er aus dem Lokal geworfen worden war, überhaupt auf die Idee gekommen, einen zweiten Messerstich zu setzen?³² Diese Frage zu stellen, hat schon der *Große Senat* als eine Anwendung der verpönten Tatplantheorie verworfen.³³ Es heißt dort: „Das Gesetz honoriert den Verzicht auf mögliches Weiterhandeln mit Straffreiheit und erschöpft sich dabei seinem Wortsinn nach in der Forderung, ein bestimmtes äußeres Verhalten zu erbringen.“³⁴ Unter Verzicht ist also auch hier keine bewusste Entscheidung gemeint, auf irgendetwas eben zu verzichten; es kommt also nur darauf an, ob wirklich oder auch nur vermeintlich³⁵ noch irgendwelche Tatmittel zur Verfügung standen, und sei es auch nur für kurze Zeit und mit wenig Aussicht auf Erfolg.³⁶ Ist die objektive Lage so, so wird es dem Täter als Aufgeben der Tat zugute gehalten, wenn er diese Mittel nicht eingesetzt hat. Aufgeben ist gleich Aufhören.

Wenn dieses Aufhören aber gar nicht das Ergebnis eines bewussten Entschlusses zum Verzicht auf den Einsatz dieser weiteren Tatmittel ist, so hat es im wahrsten Sinne des Wor-

tes keinen Zweck, dieses Aufhören dadurch befördern zu wollen, dass man dem Täter Angebote für den Fall macht, dass er sich dazu entschließt. Es gibt auch in keinem Fall, in dem der BGH in letzter Zeit einen Rücktritt durch Aufgeben der Tat angenommen bzw. dem neuen Tatrichter aufgetragen hat, einen Rücktritt durch Aufgeben erneut zu prüfen, Anhaltspunkte dafür, dass beim Aufhören des Täters der Gedanke eine Rolle gespielt haben könnte, dass der Täter sich dadurch Straffreiheit oder auch nur eine Strafmilderung verschaffen könnte.

Das zweckrationale Rücktrittskonzept des BGH – je mehr Rücktritt für den Täter, desto besser für das Opfer – hat also die wichtigste Prüfung, die ein zweckrationales Konzept bestehen muss, nicht bestanden: Es erfüllt nicht seinen Zweck. Das lehrt die praktische Erfahrung und das erklärt auch die Täterpsychologie. Wir müssen danach die Frage nicht mehr entscheiden, ob es unter Generalpräventions- und Schuldgesichtspunkten zu verantworten ist, einem Täter, solange er noch Gewalt über das Opfer hat, dieses Opfers gewissermaßen als Geisel anzubieten, dessen Leben er gegen Straffreiheit eintauschen kann. Wir müssen vielmehr die Rücktrittsvorschrift auf ganz andere strafrechtstheoretische Grundlagen stellen.

III. Zu Sinn und Rechtfertigung des Rücktritts vom Versuch

Solange sich die Tat noch im Versuchsstadium befindet, ist noch nichts Endgültiges geschehen. Das durch den Versuch begangene Unrecht kann noch mindestens soweit rückgängig gemacht werden, dass auf die Bestrafung des Versuchs verzichtet werden kann.³⁷ Eine solche Tilgung des Unrechts kann nur durch eine bewusste Entscheidung des Täters für das Recht geschehen, also das, was auch der BGH einmal zur Grundlage des Rücktritts gemacht hat: eine „honorierfähige Umkehrleistung“,³⁸ worauf aber der *Große Senat* in seiner Entscheidung ausdrücklich verzichtet hat.³⁹ Damit ist nicht gemeint, dass der Täter irgendwie und je nach dem Ausmaß seines verwirklichten Unrechts mehr oder weniger deutlich seine Rechtstreue demonstrieren müsste, sondern lediglich, dass er in dem Moment, in dem er zurücktritt, das tut, was ihm das Recht in diesem Moment gebietet. Hat er in diesem Moment offensichtlich noch keinerlei Gefahr für das Rechtsgut herbeigeführt, so gebietet ihm das Recht nichts anderes, als mit seiner Versuchshandlung aufzuhören. Der Grund dafür ist nicht, dass er noch nicht so viel Unrecht getan hat wie derjenige, der sein Opfer in Gefahr gebracht hat und deshalb seine Rechtstreue nicht so eindrücklich und aufwendig demonstrieren muss wie jener⁴⁰, sondern viel nüchterner, dass er nichts Besseres für sein Opfer tun kann, als es in Ruhe

³⁰ Puppe (Fn. 5), 21/13.

³¹ BGH NStZ-RR 2006, 370.

³² BGH NStZ 2009, 25.

³³ BGHSt 39, 221 (227 ff.).

³⁴ BGHSt 39, 221 (231); Ähnlich schon der Vorlagebeschluss des *1. Strafsenats*, BGH JZ 1993, 558 (560).

³⁵ BGH NStZ 2006, 685.

³⁶ Vgl. BGH NStZ 1999, 299 (300); BGH NStZ-RR 2002, 73 (74); BGH NStZ-RR 2008, 336; BGH NStZ 2009, 25.

³⁷ Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 5; Puppe (Fn. 5), 21/5.

³⁸ BGH NStZ 1986, 264; Puppe, NStZ 1986, 14 (17 f.).

³⁹ BGHSt 39, 221 (230 f.).

⁴⁰ So Herzberg, in: Schwind u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18.12.1985*, 1985, S. 97 (S. 119 f.). Dazu Puppe (Fn. 5), 21/24.

zu lassen.⁴¹

Allerdings muss dies aufgrund einer bewussten und freien Entscheidung des Täters geschehen und nicht nur deshalb, weil er keinen Grund oder keine Lust mehr hat, seinen Versuch fortzusetzen. Er muss, wie es § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB ausdrückt, „die Tat aufgeben“. Aufgeben kann man nur ein Ziel, das man noch nicht erreicht hat, aber erreichen kann. Entgegen der Auffassung des *Großen Senats*⁴² ist also der Wortlaut des Gesetzes ein Argument für die Forderung nach einer Umkehrleistung des Täters und nicht gegen sie. Wer nur aufhört, weil er alles erreicht hat was er wollte, weil er erkennt, dass er es nicht erreichen kann oder weil er einfach keine Lust mehr hat, weiter zu machen, der gibt gar nichts auf.⁴³ Es ist auch schief, wenn der BGH das Erfordernis einer honorierbaren Umkehrleistung als moralisierend abtut,⁴⁴ indem er sich auf eine Entscheidung beruft, in der er einem Täter einen freiwilligen Rücktritt vom Versuch deshalb zugestanden hatte, weil er von seinem schwer verletzten Opfer abließ, um noch ein zweites töten zu können.⁴⁵ Dass diese viel kritisierte Entscheidung⁴⁶ als Leitentscheidung nicht nur für das Erfordernis der Freiwilligkeit, sondern auch für das des Aufgebens taugen soll, ist zu bestreiten. Es geht beim Erfordernis des Aufgebens als honorierfähige Umkehrleistung nicht um die Moral des Täters, sondern darum, dass das Überleben des Opfers – wenn auch in noch so bescheidenem Sinne – ein Verdienst des Täters sein muss und nicht ausschließlich sein (und des Opfers) Glück. Das Tabu der Innenwelt des Bürgers gilt auch nach *Kant* nur so lange, als der Bürger rechtmäßig handelt. Geht es um die Schuld des Bürgers an von ihm begangenen Umrecht und deren nachträgliche (teilweise) Aufhebung durch sein „gutes“ Handeln, so ist der Staat berechtigt und verpflichtet, nach den Gründen dieses Handelns zu fragen.⁴⁷

Sind aber dem Täter Tatsachen bekannt, aus denen ein sorgfältiger Beobachter den Schluss ziehen muss, dass er das Opfer möglicherweise in Gefahr gebracht hat, so ist es seine erste Pflicht, gewissenhaft und mit der erforderlichen Sorgfalt zu prüfen, ob dies der Fall ist, oder ob der erste Anschein

getrogen hat und das Opfer seiner Hilfe nicht bedarf. Erfüllt er diese Pflicht nicht, so liegt kein Rücktritt vor, auch dann nicht, wenn der Täter aus Leichtfertigkeit glaubt, das Opfer sei nicht in Gefahr und bedürfe seiner Hilfe nicht. Denn der Täter ist in diesem Zeitpunkt Garant aus Ingerenz für das Leben des Opfers.⁴⁸ Durch ein Verhalten, mit dem er nicht einmal seine Garantspflicht erfüllt, kann er sich keine Straffreiheit verdienen, auch wenn dieses Verhalten nur bei Vorsatz als neuer Versuch strafbar ist, bei Fahrlässigkeit aber nicht, falls der Erfolg nicht eingetreten ist.

Um einen Rücktritt durch bloßes Aufgeben oder gar Aufhören auszuschließen genügt es also, wenn der Täter, wie es in der Entscheidung des *Großen Senats* heißt: „Die tatsächlichen Umstände kennt, die diesen Erfolgseintritt nach der Lebenserfahrung nahelegen“. Denn dann hat er eine Pflicht, zur Rettung des Opfers tätig zu werden, gleichgültig, ob er selbst den Erfolgseintritt in diesem Moment für möglich hält oder nicht. Bei der gewissenhaften Prüfung, ob eine Erfolgsgefahr besteht, darf er sich nicht auf sein Laienurteil verlassen, wo Fachkenntnisse erforderlich sind. Er muss also beispielsweise das Opfer, dem er eben eine tiefe Stichwunde in den Rumpf beigebracht hat, zu einem Arzt bringen, der feststellen kann, dass keine Lebensgefahr besteht. Dass dadurch der Anreiz für den Täter, keine weiteren Tötungshandlungen vorzunehmen, der nach der Auffassung des BGH durch § 24 StGB geschaffen werden soll, erheblich reduziert wird, ist zuzugeben, aber wir haben gesehen, dass dieser Anreiz in der Praxis ohnehin nicht wirkt.

Erkennt der Täter nun aufgrund einer gewissenhaften Prüfung, dass das Opfer gar nicht in Gefahr ist oder nimmt er es nach einer solchen Prüfung aufgrund eines für ihn unvermeidbaren Irrtums an, so hat er diese seine Garantpflicht erfüllt und man kann ihm die gewissenhafte Prüfung als ernstliches Bemühen um die Erfolgsabwendung zugute halten, sofern das Opfer überlebt. Denn nach dieser Prüfung

⁴¹ Weinhold (Fn. 24), S. 79.

⁴² BGHSt 39, 221 (230 f.); Vgl. dazu bereits den Vorlagebeschluss, BGH JZ 1993, 558 (560).

⁴³ Rudolphi, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 24 Rn. 9, 14a; Herzberg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 24 Rn. 90; ders., JR 1991, 158 (169 f.); Puppe, NStZ 1990, 430 (433); dies., JZ 1993, 358 (362); Roxin, JZ 1993, 896; ders. (Fn. 4), § 30 Rn. 59.

⁴⁴ BGHSt 39, 221 (230 f.).

⁴⁵ BGHSt 35, 184.

⁴⁶ Jakobs, JZ 1988, 519; Bloy, JR 1989, 70; Zaczyk (Fn. 37), § 24 Rn. 64 ff., insbesondere Rn.66.

⁴⁷ Gegen den Einwand des unzulässigen Moralisierens Paeffgen, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 791 (S. 813 f.).

⁴⁸ Jakobs (Fn. 7), 26/21; 29/41 ff. In einer Entscheidung des BGH wird allerdings eine Garantpflicht aus Ingerenz für den Täter abgelehnt, der sein Opfer mit Verletzungsvorsatz in eine rechtswidrige Gefahr gebracht hat. Dazu heißt es in den Gründen lapidar: „Der Täter, der vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich einen Erfolg anstrebt oder billigend in Kauf nimmt, ist nicht zugleich verpflichtet, ihn abzuwenden“ (BGH NStZ-RR 1996, 131). Die Andeutung einer Begründung findet man allenfalls in dem Wort „zugleich“. Hier wird wohl ein Widerspruch angedeutet zwischen dem Vorwurf an den Täter, den Erfolg angestrebt oder sonst vorsätzlich verursacht zu haben und dem Vorwurf, diesen Erfolg nicht verhindert zu haben. Wie sich diese beiden Vorwürfe zueinander verhalten, ist eine Frage der Konkurrenzlehre, nicht der Normenlogik. Spätestens von dem Moment an, da er ins Ausführungsstadium tritt, ist es dem Täter bei Strafe geboten, seinen Vorsatz aufzugeben. Damit ist das Gebot, eine bereits geschaffene Erfolgsgefahr abzuwenden logisch durchaus vereinbar. Ein normlogischer Widerspruch liegt aber darin, aus der Verletzung der erstgenannten Norm eine Befreiung des Täters von der zweiten abzuleiten. *Suum turpitudinem allegans nemo auditur*.

kann er objektiv oder nach seinem unvermeidbaren Irrtum nichts weiter zur Erfolgsabwendung tun. So erledigt sich das Problem des sog. korrigierten Rücktrittshorizonts praktisch von selbst. Erst recht gilt das für die sog. umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts. Es ist schwer vorstellbar, dass ein Täter nach einer gewissenhaften Prüfung und ärztlichem Rat glaubt, für das Opfer bestehe keinerlei Lebensgefahr, um im nächsten Augenblick zu erkennen, dass sie doch noch besteht. Das nachgerade peinliche Hin und Her zwischen erst beendetem, dann wieder unbeendetem, dann womöglich wieder beendetem Versuch, das dann irgendwann „abgeschlossen“ sein soll, hätte ein Ende.

IV. Eine Wende in der Rechtsprechung des BGH zum Rücktritt vom unbeendetem Versuch?

Die neueste Entscheidung des BGH zur Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch beim Rücktritt betraf einen Fall, in dem der Angeklagte den Tatvorwurf bestritt, sich also auch nicht zu seinen Vorstellungen im Moment der Beendigung seiner Tötungshandlung äußerte. Das Instanzgericht hatte in dubio pro reo unterstellt, er habe, als er mit der Handlung aufhörte und vom Tatort floh, geglaubt, noch nicht alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben. Deshalb hielt es ihm einen Rücktritt vom unbeendetem Tötungsversuch zugute. Diese Begründung erklärt der BGH mit folgenden Worten für rechtsfehlerhaft: „Sie [die Strafkammer] hat lediglich darauf abgestellt, dass der Angeklagte nach Beendigung seiner Tathandlung den Geschädigten weder für tot gehalten habe, noch davon ausgegangen sei, dass er bereits alles für den Todeseintritt erforderliche getan habe. Die Annahme eines unbeendetem Versuchs setzt darüber hinaus gerade bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen eines mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnden Täters voraus, dass auch Umstände festgestellt werden, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Wertung zulassen, er habe nach Beendigung seiner Tathandlung den tödlichen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten. Daran fehlt es vorliegend.“⁴⁹ Was der BGH hier für den beendetem Versuch verlangt ist also nicht nur die schlichte Feststellung einer psychischen Tatsache, nämlich der Vorstellung des Täters, das Opfer nicht lebensgefährlich verletzt zu haben, er verlangt vielmehr die Feststellung von Umständen, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung eine bestimmte Wertung zulassen. Diese Ausdrucksweise ergibt nur dann einen Sinn, wenn es nicht mehr darum geht, die bloße psychische Tatsache festzustellen, dass der Angeklagte sich eine bestimmte, sei es auch noch so unbegründete Vorstellung gemacht habe. Die Ausdrücke Wertung und Gesamtwürdigung können vielmehr nur bedeuten, dass die etwa vorhandene Vorstellung des Täters, das Opfer nicht in Lebensgefahr gebracht zu haben, nach den ihm bekannten Umständen des Falles als plausibel bewertet werden muss, wenn sie einen Rücktritt durch Aufgeben begründen soll. Dass der *Senat* das nicht oder noch nicht mit der gebotenen Deutlichkeit ausspricht, ist dem Bestreben nach Kontinuität geschuldet. Es wird jedenfalls die Tendenz erkennbar, nicht mehr nur auf die Vorstellung abzu-

stellen, die sich der Täter tatsächlich gemacht hat, auch wenn sie nach den Umständen des Falles noch so unbegründet war, sondern auf diejenige Vorstellung, die er sich den Umständen des Falles nach hätte machen sollen.

⁴⁹ BGH NStZ 2011, 209.

Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung

Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle-Wittenberg

I. Einleitung

Das Debakel ist perfekt. Inzwischen hat der EGMR mehrfach den Sündenfall aus dem Jahr 1998, die rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit¹ als Verletzung von Art. 5 und 7 Abs. 1 EMRK gebrandmarkt.² Auch die im Jahr 2004 neu eingeführte und in der Folgezeit mehrfach verschärfte nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66c StGB a.F.³ wurde – wenig überraschend⁴ – vom EGMR nicht akzeptiert.⁵

¹ Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998, BGBl. I 1998, 160.

² EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 93-103, 122-137 = NSTZ 2010, 263 m. Anm. *Eschelbach* NJW 2010, 2499 sowie Bespr. *Müller*, StV 2010, 207; *Kinzig*, NSTZ 2010, 233; *Laue*, JR 2010, 198; *Pollähne*, KJ 2010, 255; *Kleszczewski*, HRRS 2010, 394 und *Jung*, GA 2010, 639; die Verfassungsbeschwerde hatte BVerfGE 109, 133 (m. krit. Bespr. *Mushoff*, KritV 2004, 137; *Kinzig*, NJW 2004, 911; zustimmend dagegen *Laubenthal*, ZStW 116 [2004], 703 [723 ff.]) noch als unbegründet abgelehnt. EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 47-59, 66-69; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Deutschland), Rn. 38-46, 53-56; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Deutschland), Rn. 52-58, 65-68; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 30-39, 46-49.

³ Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23.7.2004, BGBl. I 2004, S. 1838; Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13.4.2007, BGBl. I 2007, S. 513; Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht vom 8.7.2008, BGBl. I 2008, S. 1212.

⁴ Vgl. nur *Ullenbruch*, NSTZ 2001, 292 (296); *Hanack*, in: *Hanack* (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 709 (S. 717 f.); *Richter*, Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 2003, 201 (204); *Renzikowski*, JR 2004, 271 (273 f.); *Trechsel*, in: *Grafl/Medigovic* (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, 2004, S. 201 (S. 212); *Römer*, JR 2006, 5; *Streng*, StV 2006, 92 (98); *Bender*, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2007, S. 163 ff.; *Sprung*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß?, 2009, S. 241 ff.; anders nur *Rissing-van Saan/Peglau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 66b Rn. 54-56, 60 f.

⁵ EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 81-97. Die Sicherungsverwahrung als solche hat der EGMR dagegen nicht in Frage gestellt, s. EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – 24478/03 (Grosskopf v. Deutschland), Rn. 45-54; früher bereits EGMR, Urt. v. 7.5.1997 – 17391/90 (Erik-

Gerade die letzte Verurteilung ist besonders pikant. Der Beschwerdeführer war nach dem bayerischen „Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern“ vom 24.12.2001 in Sicherungsverwahrung genommen worden. Auf seine Verfassungsbeschwerde hin erklärte das BVerfG am 10.2.2004 die bayerische Regelung aus kompetenzrechtlichen Gründen für verfassungswidrig.⁶ Gleichwohl hatte seine Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg, denn die Senatsmehrheit begnügte sich damit, an Stelle der Nichtigkeit lediglich die Unvereinbarkeit festzustellen, und ordnete die befristete Fortgeltung der verfassungswidrigen Gesetze bis zum 30.9.2004 an. Dadurch wurde dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit gegeben, für die Unterbringung der betroffenen, als gefährlich eingestuften Beschwerdeführer eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage zu schaffen.⁷ Schon darin lag ein evidenter Konventionsverstoß, denn nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK darf die Freiheit „nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden“.⁸ Mit dieser Formulierung wird das innerstaatliche Recht gewissermaßen in die Konvention inkorporiert, denn ein Verstoß gegen nationale Rechtsvorschriften enthält zugleich eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK.⁹ Da bereits das BVerfG selbst die landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für verfassungswidrig hielt, war zwangsläufig in dem zugrundeliegenden Fall die Voraussetzung der „gesetzlich vorgeschriebenen Weise“ nicht erfüllt. Denn es fehlte an einer verfassungsgemäßen Eingriffsgrundlage und konsequenterweise auch an einem konventionsgemäßen Verfahren.¹⁰

sen v. Norwegen), Rn. 78; ferner EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 93-96.

⁶ BVerfGE 109, 190 m. krit. Bespr. *Kinzig*, NJW 2004, 911 (913).

⁷ Insoweit unter heftiger Kritik der Senatsminderheit, s. BVerfGE 109, 190 (244 ff.).

⁸ Der EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 96 hat diese Frage freilich offen gelassen, weil aus anderen Gründen bereits eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK vorlag.

⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 29.5.1997 – 19233 und 19234/91 (Tsirlis und Koloumpas v. Griechenland), Rn. 56: „the Convention ‚incorporates‘ the rules of that law“; näher dazu *Renzikowski*, in: *Wolfram/Birk/Golsong* (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 7. Lieferung, Stand: Juni 2004, Art. 5 Rn. 71 f. m.w.N.

¹⁰ Verkannt von *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2011, 174. § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, auf den sich das BVerfG stützte, ändert daran nichts, denn diese Vorschrift enthält nicht den geringsten Hinweis auf seine Relevanz für Freiheitsentziehungen. Das gilt, wie das Minderheitsvotum überzeugend ausführt, bereits im Hinblick auf Art. 104 GG – ganz abgesehen davon, dass mit diesem „Trick“ der konventionsrechtliche Gesetzesvorbehalt faktisch ausgehebelt wird.

Über die Folgerungen, die aus der Rechtsprechung des EGMR gezogen werden müssen, ist die Praxis jedoch gespalten. Während der 4. Senat des BGH und einige Oberlandesgerichte eine sofortige Freilassung aller konventionswidrig in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen befürworten,¹¹ lehnen der 5. Senat des BGH und andere Oberlandesgerichte diese Konsequenz entschieden ab.¹² Die Divergenz führte zur Vorlage an den BGH nach § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG¹³ und in der Folge zu einem Stillstand der Rechtspflege, nachdem diese Frage dem Großen Senat des BGH vorgelegt worden ist.¹⁴ Das BVerfG hat mehrfach eine sofortige Freilassung im Wege der einstweiligen Anordnung abgelehnt.¹⁵ Am 8. Februar hat es mündlich über Verfassungsbeschwerden wegen nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung verhandelt. Eine Entscheidung ist für Anfang Mai angekündigt.

Sollte es noch eines Beweises für die Auswirkungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Recht bedürft haben, so ist er mit dem „Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ vom 20.12.2010¹⁶ erbracht. Ziel der Reform war die Herstellung einer konventionskonformen Regelung der Sicherungsverwahrung.¹⁷ Allerdings ist die Reform nur halbherzig. Weil der Gesetzgeber sich auf Art. 7 EMRK beschränkt und Art. 5 Abs. 1 EMRK ausblendet,¹⁸ soll die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Art. 316e Abs. 1 EGStGB für alle Anlasstaten vor dem 1.1.2011 aufrechterhalten bleiben. Die vom Gesetzgeber beschworene Schutzlücke¹⁹ ist konventionsrechtlich ohne jegliche Relevanz.²⁰ So

dann bleibt eine rudimentäre nachträgliche Sicherungsverwahrung auch bei zukünftigen Anlasstaten für die Fälle erhalten, in denen die Unterbringung einer Person in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB nach § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden ist (s. § 66b StGB).²¹ Unangetastet blieb die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht nach § 7 Abs. 2 JGG.²²

Was macht man mit einem Gesetzgeber, der sehenden Auges Menschenrechtsverletzungen in Kauf nimmt?²³ Wie ist der Konflikt zwischen völkerrechtlicher Bindung und defizitärer innerstaatlicher Rechtsordnung zu lösen? Bevor diese Frage beantwortet wird, soll noch einmal kurz auf die ratio der Rechtsprechung des EGMR sowie auf einige Einwände dagegen eingegangen werden.

II. Die Konventionswidrigkeit der nachträglich angeordneten bzw. verlängerten Sicherungsverwahrung

1. Allgemeine Probleme bei der Rezeption der Rechtsprechung des EGMR

Deutsche Klagen über das Niveau der Urteilsbegründung des EGMR sind ebenso berechtigt wie alt. So moniert etwa Hörnle, der EGMR stelle „oberflächlich entwickelte Argumente nebeneinander“, ohne sich „in systematischer [...] Weise“ mit denkbaren Einwänden zu befassen.²⁴ In der Tat – und das betrifft nicht nur die Entscheidungen gegen Deutschland zur Sicherungsverwahrung – beschränkt sich der Gerichtshof häufig darauf, alle möglichen Gesichtspunkte zu sammeln, ohne ihre Relevanz oder ihr systematisches Verhältnis zueinander zu erläutern. Dem Rechtsanwender bleibt es dann überlassen, die tragenden Aspekte herauszudestillieren. Zwar mag diese Vorgehensweise der Herkunft der Richter aus den un-

¹¹ S. etwa BGH NStZ 2010, 567 m. Anm. Ahmed, StV 2010, 574; OLG Hamm RuP 2010, 162; OLG Frankfurt NStZ 2010, 573; NStZ-RR 2010, 321; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 322; OLG Karlsruhe Justiz 2010, 350; OLG Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2010, 296.

¹² BGHSt 55, 234; OLG Celle NStZ-RR 2010, 322; OLG Celle Niedersächsische Rechtspflege 2010, 363; OLG Stuttgart RuP 2010, 157; OLG Koblenz RuP 2010, 154; OLG Koblenz JR 2010, 306; OLG Düsseldorf RuP 2011, 40; OLG Nürnberg OLGSt § 67d Nr. 15 und § 2 Nr. 6; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010 – 2 Ws 431/10.

¹³ Aufgrund des durch das Gesetz zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung bei Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung vom 24.7.2010 (BGBl. I 2010, S. 976) eigens für diesen Anlass geänderten § 121 Abs. 3 Nr. 2 GVG; vgl. auch BT-Drs. 17/2350, S. 6 ff.

¹⁴ S. BGH NJW 2011, 240; bis zur Entscheidung des Großen Senats wurden alle Verfahren an die OLGe zurückgegeben.

¹⁵ BVerfG RuP 2010, 111; BVerfG NJW 2010, 2501.

¹⁶ BGBl. I 2010, S. 2300; zur Gesetzesbegründung s. BT-Drs. 17/3403; näher – krit. – Kinzig, NJW 2011, 177; Kreuzer, StV 2011, 122.

¹⁷ So ausdrücklich BT-Drs. 17/3403, S. 2.

¹⁸ S. BT-Drs. 17/3403, S. 79.

¹⁹ BT-Drs. 17/3403, S. 81 ff. – die im europäischen Vergleich einzigartige Sackgasse ist indes wegen der Ignoranz gegenüber der EMRK selbstverschuldet.

²⁰ Da zudem die nachträgliche Sicherungsverwahrung von Anfang an rückwirkend gelten sollte – das gilt noch mehr für den im Jahr 2007 eingeführten Art. 66b Abs. 1 S. 2 StGB für Fälle, in denen die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich war –, wird die Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK perpetuiert.

²¹ S. dazu BT-Drs. 17/3403, S. 55. Wegen des abschließenden Katalogs der Eingriffstatbestände in Art. 5 Abs. 1 lit. a-f EMRK kann man die Rechtsgründe für eine Freiheitsentziehung jedoch nicht beliebig gegeneinander austauschen. Vgl. auch BGH NStZ 2010, 567.

²² S. dazu BGH NJW 2010, 1539 m. Kritik v. Bartsch, StV 2010, 521 (524); Eisenberg, NJW 2010, 1507 (1509); Kinzig, JZ 2010, 689; Kreuzer, NStZ 2010, 473 (477 f.) und Renzikowski, NStZ 2010, 506 (507 f.).

²³ Vgl. die trotzige – oder lediglich prozesstaktischen Erwägungen geschuldete (?) – Bemerkung in BT-Drs. 17/3403, S. 53, die Bundesregierung teile die Annahme einer Verletzung von Art. 5 EMRK nicht. Nach irgendwelchen Gründen dafür sucht man jedoch vergebens.

²⁴ Vgl. zuletzt Hörnle, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 239 (S. 243 sowie S. 248): „flache Argumentationstiefe“.

terschiedlichsten Rechtskulturen geschuldet sein.²⁵ Mit der – weisen – Zurückhaltung des EGMR gegenüber nationalen Besonderheiten²⁶ hat das aber nicht das Geringste zu tun, zumal es gerade dem Gerichtshof aufgetragen wäre, in autonomer und authentischer Interpretation der EMRK eine eigene Dogmatik der Konventionsgarantien zu entwickeln. Dass auf diese Weise die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR nicht gefördert wird, sondern Missverständnisse heraufbeschworen werden, liegt auf der Hand.

Umgekehrt sollte man allerdings auch der deutschen Rechtspraxis den Spiegel vorhalten. Entgegen der Forderung des BVerfG im „Görgülü“-Urteil²⁷ findet sich bis Anfang 2010 die doch vom Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gebotene intensive Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 und 7 EMRK in keiner einzigen Entscheidung – und das gilt auch für das BVerfG selbst.²⁸ Erst seit Rechtskraft der Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR²⁹ rätselt die Praxis darüber, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind.

Ungeachtet dessen ist eine kritische Betrachtung der Rechtsprechung des EGMR schon aus rechtswissenschaftlichen Gründen geboten. Dabei kann der beklagte Mangel an Substanz und Überzeugungskraft durchaus geheilt werden.

2. Die Sicherungsverwahrung als Strafe i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EMRK

Methodischer Ausgangspunkt der Auslegung von Art. 7 EMRK ist die autonome Auslegung der Konvention – hier des Ausdrucks „penalty“ – unabhängig von den in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen verwendeten Begriffen.³⁰

Die in den Entscheidungen gegen Deutschland zugrunde gelegten Kriterien hat der EGMR schon vor Jahren in den Beschwerdesachen Welch gegen Großbritannien und Jamil gegen Frankreich formuliert:³¹ Zunächst muss es sich bei der fraglichen Maßnahme um eine Sanktion handeln, die infolge der Verurteilung wegen einer Straftat auferlegt worden ist. Sodann stellt der EGMR eine Gesamtwürdigung an, bei der die Charakterisierung der Maßnahme durch das innerstaatliche Recht nur eine untergeordnete Bedeutung neben ihrer Natur und ihrem Zweck, dem vorgesehenen Verfahren, der Vollstreckung und vor allem auch der Eingriffsschwere spielt. Dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung präventive Zwecke verfolgt, schließt ihre Einordnung als Strafe nicht von vornherein aus.³²

Über derartige Abwägungen lässt sich durchaus streiten, zumal sie immer etwas Unbestimmtes an sich haben³³ – obwohl der EGMR selbst Gesetzesbestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns immer wieder betont.³⁴ Auch sind manche Gesichtspunkte, die in die Abwägung einfließen, durchaus zweifelhaft.³⁵ Es kann wohl kaum darauf ankommen, dass sich die Sicherungsverwahrung in ihrem Vollzug nicht substantiell von einer „gewöhnlichen“ Gefängnisstrafe unterscheidet³⁶ oder dass dieselben Spruchkörper für Entscheidungen zuständig sind.³⁷ Auch die mangelnde psychologische Betreuung und Unterstützung bei der Resozialisierung der Sicherungsverwahrten³⁸ ist nicht konventionsrelevant: Für Art. 7 EMRK lässt sich jedenfalls keine Bedeutung erkennen. Bei Art. 5 EMRK kommt es – mit Ausnahme der Haftgründe nach Abs. 1 lit. d und e – ebenfalls nicht auf die

Grosse-Bömer/Klein, ZRP 2010, 172 (173) – liegt schon daher neben der Sache.

³¹ EGMR, Urte. v. 9.2.1995 – 17440/99 (Welch v. Großbritannien), Rn. 27, 28; EGMR, Urte. v. 8.6.1995 – 15917/89 (Jamil v. Frankreich), Rn. 30, 31.

³² S. EGMR, Urte. v. 9.2.1995 – 17440/99 (Welch v. Großbritannien), Rn. 29-35; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 2009, S. 336 f.; ebenso aus rechtsvergleichender Perspektive *Trechsel* (Fn. 4), S. 207; *Scheidegger*, in: Breitenmoser (Hrsg.), Human rights, democracy and the rule of law, liber amicorum Luzius Wildhaber, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, 2007, S. 737 (S. 739 m. Fn. 30); vgl. auch Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts 134 I, 121.

³³ S. etwa die Kritik *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 294 ff.: „offener Strafbegriff“. Im Übrigen ist die Auslegung des Ausdrucks „Strafe“ durch den EGMR keineswegs über jegliche Kritik erhaben, s. etwa *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 7 Rn. 24 m.w.N. für Disziplinarmaßnahmen.

³⁴ S. nur EGMR (Große Kammer), Urte. v. 22.3.2001 – 34044/96, 35532/97 und 44801/98 (Streletz, Kessler und Krentz v. Deutschland), Rn. 50.

³⁵ Zutreffend *Hörnle* (Fn. 24), S. 243.

³⁶ Anders *Gaede*, HRRS 2010, 329 (335).

³⁷ S. EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 127, 131.

³⁸ EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 129.

²⁵ Vgl. auch *Kühne*, StV 2001, 73 (76 f.).

²⁶ S. etwa EGMR, Urte. v. 25.3.1998 – 23224/94 (Kopp v. Schweiz), Rn. 59; EGMR, Urte. v. 12.5.2000 – 35394/87 (Khan v. Großbritannien), Rn. 34, 35; EGMR (Große Kammer), Urte. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russland), Rn. 88, 89; EGMR, Urte. v. 28.9.2010 – 40156/07 (A.S. v. Finnland), Rn. 50.

²⁷ BVerfGE 111, 307 (317, 324).

²⁸ Ganz abgesehen davon war und ist die Nichtanwendung von Art. 103 Abs. 2 GG auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft umstritten – vgl. dazu nur *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2005, § 2 Rn. 52 f. m.w.N. – ohne dass die Praxis die verschiedenen Einwände jemals näher diskutiert hätte.

²⁹ Nach der Verwerfung des Verweisungsantrags der Bundesrepublik gemäß § 44 Abs. 2 lit. c EMRK durch den Beschluss des fünfköpfigen Richterausschusses der Großen Kammer vom 10.5.2010.

³⁰ Vgl. auch Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention: Ein völkerrechtlicher Vertrag ist „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit den gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutungen und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen“. Der Vorwurf einer mangelnden Sensibilität gegenüber den dogmatischen Feinheiten des deutschen Rechts – so

Modalitäten der Freiheitsentziehung an.³⁹ Die einschlägige Konventionsgarantie für eine menschenunwürdige Behandlung wäre Art. 3 EMRK, aber eine Verletzung hat der EGMR in den Entscheidungen gegen Deutschland nicht angenommen.⁴⁰ Es wäre daher ein großes Missverständnis, zu meinen, man könne weitere Verurteilungen wegen Verletzung von Art. 7 EMRK schon dadurch vermeiden, dass der Vollzug der Sicherungsverwahrung resozialisierungsfreundlicher ausgestaltet wird,⁴¹ so wie es bereits das BVerfG mit dem „Abstandsgebot“ zum Strafvollzug eingefordert hat.⁴²

Letztendlich gibt die Eingriffsschwere für den EGMR den Ausschlag. Wenn im Fall *Welch* die präventive Vermögensbeschlagnahme in Zusammenhang mit der Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK bewertet wurde, dann gilt dies aus der Perspektive des Sicherungsverwahrten für eine potentiell unbegrenzte Freiheitsentziehung umso mehr.⁴³

Hinzu kommt folgende Überlegung: Auch das deutsche Recht führt die Trennung zwischen Sicherungsverwahrung als präventive Maßregel und Strafe als repressivem Schuldausgleich nicht eindeutig durch. So kann etwa nach § 154 Abs. 1 Nr. 2 StPO auf die Verhängung einer Strafe verzichtet werden, wenn die Anordnung der Maßregel „zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint“. § 67d StGB gestattet die Anrechnung der Unterbringung auf die Dauer der Freiheitsstrafe (sog. „Vikariieren“), was völlig ungereimt wäre, wenn man strikt zwischen präventiver und repressiver Freiheitsentziehung unterscheiden würde. Schließlich kennen die allerwenigsten Konventionsstaaten das (deutsche) System der Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel, sondern der Freiheitsentzug dient zugleich der Schuldvergeltung und der anschließenden Sicherung der Gesellschaft vor dem noch gefährlichen Straftäter.⁴⁴ Es lässt sich also durchaus begründen, dass die Sicherungsverwahrung als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK anzusehen ist.⁴⁵

³⁹ S. *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 21, 22, 185 und 190 m.w.N.

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – 24478/03 (*Grosskopf v. Deutschland*), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (*Schummer v. Deutschland*), Rn. 76-81; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 108-113; zu weitgehend daher *Kleszczewski*, HRRS 2010, 397.

⁴¹ So aber *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 174; wohl auch *Radtke*, NStZ 2010, 537 (538 und 541); zurückhaltend *Hörnle* (Fn. 24), S. 255.

⁴² Vgl. BVerfGE 109, 133 (166 f.).

⁴³ So auch EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M. v. Deutschland*), Rn. 130; ebenso *Möllers*, ZRP 2010, 153 (155 f.).

⁴⁴ Vgl. etwa die „mandatory life sentence“ oder die „indeterminate life sentence“ nach englischem Recht.

⁴⁵ Die von *Hörnle* (Fn. 24), S. 244 vermisste grundsätzliche Stellungnahme zur Bedeutung von Art. 7 EMRK erscheint angesichts des klaren Wortlauts von Abs. 1 S. 2 entbehrlich, zumal beim parallelen Art. 103 Abs. 2 GG niemand daran zweifelt, dass sich das Rückwirkungsverbot auch auf die

Art. 7 EMRK betrifft jedoch nur einen Teil der Fälle. Abgesehen vom gemäß Art. 316e Abs. 1 EGStGB fortgeltenden §66 b Abs. 1 S. 2 StGB, der den im Einigungsvertrag vereinbarten Ausschluss der Sicherungsverwahrung für die neuen Länder – in der ehemaligen DDR war diese Sanktion unbekannt – ausdrücklich nachträglich wieder zurücknimmt, sind nur solche Konstellationen betroffen, in denen die Anlasstat vor der Gesetzesänderung, sei es der rückwirkenden Verlängerung der Höchstfristen, sei es der Einführung der nachträglichen und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, begangen wurde.

3. Die Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit. a, c und e EMRK

a) Jeder Eingriff in die Freiheit ist nur dann konventionskonform, wenn er sich auf eine der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a-f EMRK normierten Eingriffstitel stützen kann. Dabei ist der Katalog der Eingriffstatbestände im Interesse eines effektiven Schutzes der Freiheit eng auszulegen.⁴⁶ Der Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK betrifft nur ganz bestimmte Urteile, nämlich solche, die mit einem Schuldspruch verbunden sind.⁴⁷ Würde man sich bereits mit irgendeiner gerichtlichen Entscheidung begnügen, wäre der Katalog der Eingriffstatbestände hinfällig. Im Zusammenhang mit einer derartigen Verurteilung darf neben der Freiheitsstrafe eine anschließende präventive Freiheitsentziehung angeordnet werden.⁴⁸ So dann muss die Freiheitsentziehung gerade auf der Verurteilung beruhen – der EGMR spricht von „sufficient causal connection“.⁴⁹ Der Ausdruck „Kausalität“ passt zur Bezeichnung der Rechtswirkungen eines Urteils nicht. Gemeint ist aber, dass die Verurteilung als Eingriffstitel fungiert, der in späteren Entscheidungen konkretisiert werden kann (wie in den meisten anderen Konventionsstaaten).⁵⁰ Das setzt aller-

Rechtsfolgen erstreckt, obwohl sie dort nicht ausdrücklich genannt werden, s. etwa *Dannecker*, in: *Dannecker* (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 25 (S. 36 ff.); grübeln könnte man vielmehr darüber, ob die außerordentlich weiten Strafrahmen des StGB dem Bestimmtheitsgebot genügen.

⁴⁶ Ständige Rspr., s. etwa EGMR (Große Kammer), Urt. v. 29.1.2008 – 13229/03 (*Saadi v. Großbritannien*), Rn. 43.

⁴⁷ Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (*Guzzardi v. Italien*), Rn. 100; EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck v. Belgien*), Rn. 35; EGMR, Urt. v. 30.7.1998 – 25357/94 (*Aerts v. Belgien*), Rn. 45.

⁴⁸ S. EGMR, Urt. v. 27.5.1997 – 17391/90 (*Eriksen v. Norwegen*), Rn. 78; EGMR v. 21.10.2010 – 24478/03 (*Grosskopf v. Deutschland*), Rn. 45-54.

⁴⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck v. Belgien*), Rn. 35; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (*Weeks v. Großbritannien*), Rn. 42; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.5.2002 – 46295/99 (*Stafford v. Großbritannien*), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 10.12.2002 – 53236/99 (*Waite v. Großbritannien*), Rn. 65; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 10.12.2002 – 21906/04 (*Kafkaris v. Zypern*), Rn. 117.

⁵⁰ Im Hinblick auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB mag man daran zweifeln, s. etwa *Kinzig*, NStZ 2010, 239; *Kinzig*, NJW 2011, 177 (179); *Pollähne*, KJ 2010, 255 (264 f.); demgegenüber *Finger*, Vorbehaltene und

dings voraus, dass die – spätere präventive – Freiheitsentziehung bereits in der Verurteilung angedroht worden ist.

Schon allein deshalb war die rückwirkende Verlängerung der Verwahrungsfrist mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK unvereinbar. Denn das Tatgericht konnte nach der zum Zeitpunkt der Verurteilung geltenden Rechtslage nur eine höchstens zehn Jahre dauernde Verwahrung anordnen. Die spätere Verlängerung, auch wenn sie gerichtlich angeordnet wurde, beruhte somit nicht auf dem ursprünglichen Eingriffstitel.⁵¹ Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB ist das nicht anders. Die Anordnung als solche ist keine Verurteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK, auch wenn sie in einem Urteil nach einer Hauptverhandlung ergeht. Denn sie enthält keine Feststellung der schuldhaften Begehung einer Straftat, sondern beruht ausschließlich auf einer Gefährlichkeitsprognose.⁵² Nun setzt die nachträgliche Sicherungsverwahrung zwar eine Verurteilung wegen bestimmter Delikte voraus.⁵³ Gleichwohl fehlt es an der vom EGMR geforderten „causal connection“ zwischen dem Ausgangsurteil des Tatgerichts und der Freiheitsentziehung: Das erste Strafurteil bildet lediglich den Anlass, nicht aber den Rechtsgrund, weil die Gründe für die Inhaftierung erst nachträglich während des Strafvollzugs entstehen. Vor allem verbietet sich wegen der formellen und materiellen Rechtskraft des Strafurteils jede Bezugnahme auf die frühere, inzwischen abgeurteilte Tat. Selbst wenn man die Erstreckung der Prognosebasis auf die Anlasstat als verfassungsrechtlich gebotene Gesamtwürdigung ansieht, ändert sich an der Beurteilung nichts. Dann nämlich entscheidet das Gericht nach anderen Anordnungsvoraussetzungen und gerade ohne Bindung an die Beurteilung der Tat und des Täters als nicht ausreichend gefährlich durch das Strafgericht. Deshalb fällt die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht unter den Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK.⁵⁴

Es genügt daher nicht, dass bei einer einschlägigen Verurteilung das Gesetz die Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eröffnet.⁵⁵ Denn der Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK stellt ausschließlich die formale Voraussetzung einer gerichtlichen Verurteilung als Titel der späteren Freiheitsentziehung auf.⁵⁶ Deshalb überzeugt es auch nicht, wenn *Hörnle* eine Legitimitätskala der Eingriffstatbestände der Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a bis f EMRK entwickelt und bei Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK auf die durchgängige gerichtliche Kontrolle setzt.⁵⁷ Denn die Qualität des Rechtsschutzes spielt für die Eingriffstatbestände keine Rolle; sie wird erst in den Verfahrensgarantien der Art. 5 Abs. 2 bis 4 EMRK angesprochen. So unterliegt die Verurteilung grundsätzlich keiner inhaltlichen oder verfahrensrechtlichen Kontrolle⁵⁸ und es genügt nach allgemeiner Ansicht sogar die gerichtliche Verhängung einer Freiheitsstrafe im summarischen Strafbefehlsverfahren nach § 407 Abs. 2 StPO.⁵⁹ Ganz abgesehen davon stellt der EGMR alle Freiheitsentziehungen grundsätzlich unter den Vorbehalt einer richterlichen Anordnung. Zwar sei der Richtervorbehalt in Art. 5 Abs. 1 EMRK nicht ausdrücklich angeordnet. Aber aus dem Regelungszusammenhang der gesamten Norm („from Article 5 read as a whole“), insbesondere aus Abs. 1 lit. c, Abs. 3 und der Habeas-Corpus-Garantie des Abs. 4 ergebe sich die Notwendigkeit einer gerichtlichen Intervention, da der Schutzzweck des Art. 5 EMRK ernstlich gefährdet wäre, wenn die Freiheit allein aufgrund einer Anordnung der Exekutive entzogen werden könnte.⁶⁰ Vordergründig ist auch der Vorwurf der Inkonsequenz. Nur auf den ersten Blick erscheint die Rechtsstaatlichkeit der Freiheitsentziehung durch eine zweite gerichtliche Entscheidung – die dann die Sicherungsverwahrung nachträglich anordnet – im deutschen Recht besser gewahrt zu sein als in ausländischen Rechtsordnungen, in denen die weitere präventive Inhaftierung nach der Verbüßung der schuldangemessenen Freiheitsstrafe in das Ermessen staatlicher Behörden gestellt wird.⁶¹ Diese Kritik übersieht geflissentlich, dass der EGMR in allen derartigen

nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2008, S. 214 ff.; vgl. auch die Formulierung in EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 86: „even a possibility“.

⁵¹ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M. v. Deutschland*), Rn. 100, 101; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (*Kallweit v. Deutschland*), Rn. 50, 51; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (*Mautes v. Deutschland*), Rn. 43, 44; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (*Schummer v. Deutschland*), Rn. 54, 55; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (*Jendrowiak v. Deutschland*), Rn. 33, 34.

⁵² So auch EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 84.

⁵³ Das betonen *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 4), § 66b Rn 60 sowie *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173) unter Verkennung der Entscheidung des EGMR v. 7.5.1997 – 17391/90 (*Eriksen v. Norwegen*), Rn. 78-85.

⁵⁴ Ebenso EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 85-88. Daher ist auch eine konventionskonforme Weiterentwicklung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, die sich *Grosse-Brömer/Kleine*, ZRP 2010, 172 (174) erhoffen, ausgeschlossen.

⁵⁵ So aber *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 4), § 66b Rn 61.

⁵⁶ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 16.12.1999 – 24888/94 (*V v. Großbritannien*), Rn. 104; EGMR, Urt. v. 17.6.2003 – 53652/00 (*Raf v. Spanien*), Rn. 59; EGMR, Urt. v. 10.7.2003 – 43522/98 (*Grava v. Italien*), Rn. 38.

⁵⁷ Vgl. *Hörnle* (Fn. 24), S. 247 f., 251.

⁵⁸ *S. Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 118 m.w.N.

⁵⁹ *S. Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn 39; *Trechsel*, JR 1981, 133 (137 f.); der Verurteilte kann ein ordentliches Gerichtsverfahren mit den Garantien des Art. 6 EMRK unschwer durch einen Einspruch herbeiführen.

⁶⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 28.3.2000 – 28358/95 (*Baranowski v. Polen*), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 31.7.2000 – 34578/97 (*Ječius v. Litauen*), Rn. 57-64; EGMR, Urt. v. 13.7.2004 – 38668/97 (*Ciszewski v. Polen*), Rn. 30.

⁶¹ So *Hörnle* (Fn. 24), S. 247 f. unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck v. Belgien*), Rn. 34-39 und EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (*Weeks v. Großbritannien*), Rn. 50, 51.

Fällen durchgängig einen Anspruch des Inhaftierten auf eine gerichtliche Kontrolle der weiteren Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 4 EMRK bejaht hat.⁶² Von einer Rechtsschutzlücke kann also keine Rede sein.

b) Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK erwähnt zwar ausdrücklich die Wiederholungsgefahr. Wie sich aus dem systematischen Zusammenhang zu Art. 5 Abs. 3 EMRK ergibt, handelt es sich hierbei jedoch nur um einen vorläufigen Hafttitel zur Sicherung eines gerichtlichen Verfahrens, welches mit einer Verurteilung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK enden kann.⁶³ Da die Sicherungsverwahrung gerade nicht dazu dient, ein späteres Strafverfahren durchzuführen, fällt sie nicht unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK.⁶⁴ Diese Auslegung ist keineswegs zirkelschlüssig,⁶⁵ denn Art. 5 Abs. 3 EMRK verweist seinem Wortlaut nach auf „the provisions of paragraph 1.c“, ohne in irgendeiner Weise zu differenzieren. Außerdem steht die Wiederholungsgefahr zwischen dem Tatverdacht und der Fluchtgefahr, was ebenfalls für eine strafrechtliche Einbettung spricht. Das hat einerseits zur Folge, dass der Wiederholungsgefahr praktisch keine Bedeutung zukommt,⁶⁶

was das weitere Argument des Gerichtshofs, die Inhaftierung sei nur zur Verhinderung einer konkreten und spezifischen Straftat („concrete and specific offence“) zulässig,⁶⁷ verdunkelt. Auf der anderen Seite genügt für eine Festnahme zunächst tatsächlich, abweichend etwa von § 112 StPO, bloßer Tatverdacht.⁶⁸ Der Gerichtshof hat jedoch bei länger als 48 Stunden dauernder Untersuchungshaft Art. 5 Abs. 3 EMRK zu einem Instrument einer umfassenden Überprüfung der Begründetheit und Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung entwickelt.⁶⁹

c) Immerhin gestattet Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK bei „Geisteskranken“ eine präventive Inhaftierung zum Schutze der Allgemeinheit. Der Ausdruck Geisteskrankheit („unsound mind“) wird in der Konvention nicht definiert. In der Praxis der Konventionsorgane lässt sich eine relativ weite Auslegung feststellen, die auch schwere Persönlichkeitsstörungen umfasst und damit tendenziell über den Begriff der Schuldfähigkeit nach § 20 StGB hinausgeht.⁷⁰ Damit wird lit. e interessant: Bei praktisch allen Personen, die in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden, wird die Gefährlichkeitsprognose auf eine Persönlichkeitsstörung gestützt. Allerdings ist eine Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK nur in bestimmten Einrichtungen zulässig, die die erforderliche

⁶² S. EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgien), Rn. 45-49; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks gegen Großbritannien), Rn. 56-58; weitere Nachweise bei *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 283.

⁶³ S. EGMR, Urt. v. 31.7.2000 – 34578/97 (Ječius v. Litauen), Rn. 50: „A person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence.“ Ebenso schon EGMR, Urt. v. 1.7.1961 – 332/57 (Lawless v. Irland), Rn. 13, 14; EGMR, Urt. v. 22.2.1989 – 11152/84 (Ciulla v. Italien), Rn. 39; s. ferner EGMR, Urt. v. 19.10.2000 – 27785/95 (Włoch v. Polen), Rn. 108; EGMR, Urt. v. 24.7.2003 – 46133 und 48183/99 (Smirnova v. Russland), Rn. 56; EGMR, Urt. v. 2.12.2003 – 53129/99 (Imre v. Ungarn), Rn. 37.

⁶⁴ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 102; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 50, 51; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Deutschland), Rn. 43, 44; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Deutschland), Rn. 54, 55; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 90; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 33, 34.

⁶⁵ So aber *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 4), § 66b Rn 56. Diese Ansicht (s. auch *Peglau*, NJW 2001, 2436 [2438 f.]; *Würtenberger/Sydow*, NVwZ 2001, 1201 [1204]; *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 [173]) hätte ferner zur Folge, dass bei Wiederholungsgefahr eine unbefristete Inhaftierung ohne gerichtliche Kontrolle möglich wäre. Hiergegen bereits EGMR, Urt. v. 1.7.1961 – 332/57 (Lawless v. Irland), Rn. 13, 14.

⁶⁶ Die unglückliche Formulierung der Haftgründe wird seit jeher beklagt, s. etwa *Bleichrodt* in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg.), *Theory and Practice of the European*

Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2006, S. 471; *Trechsel*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, S. 423.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 89 und 102 unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi v. Italien), Rn. 102. Dieser Gesichtspunkt ist vielmehr für die Ordnungs- und Erzwingungshaft nach lit. b von Bedeutung. Ob Art. 5 EMRK polizeilichen Unterbindungsgewahrsam legitimieren kann, ist daher zweifelhaft. Eine diesbezügliche Beschwerde gegen Deutschland ist derzeit in Straßburg anhängig.

⁶⁸ Vgl. *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 166 ff. m.w.N.; aber das ist unschädlich, weil die EMRK ohnehin nur Mindestgarantien aufstellt.

⁶⁹ S. dazu *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 253, 259 ff. m.w.N.

⁷⁰ Vgl. EKMR, Urt. v. 9.10.1985 – 10213/82 (Gordon v. Großbritannien), DR 47, 36 (40); EGMR, Urt. v. 24.9.1992 – 10533/83 (Herczegfalvy v. Österreich), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (Hutchinson Reid v. Großbritannien), Rn. 52; näher dazu *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 195. Teilweise wird vertreten, dass nur schuldunfähige Personen unter lit. e fallen, so OLG Hamm NStZ-RR 2010, 388; *Frowein/Peukert* (Fn. 58), Art. 5 Rn. 79; *Dörr*, in: Grote/ Marauhn (Hrsg.), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, Kap. 13 Rn. 193 unter Bezugnahme auf EKMR, E. v. 12.7.1976 – 7493/76 (X v. Deutschland). Allerdings geht der EGMR in ständiger Rspr. davon aus, dass lit. a (Schuldfeststellung!) neben lit. e vorliegen kann, s. etwa EGMR, Urt. v. 24.10.1997 – 22520/93 (Johnson v. Großbritannien), Rn. 58; EGMR, Urt. v. 2.9.1998 – 23807/94 (Erkalo v. Niederlande), Rn. 50, 51; EGMR, Urt. v. 11.5.2004 – 48865/99 (Morsink v. Niederlande), Rn. 62; EGMR, E. v. 24.3.2009 – 1241/06 (Puttrus v. Deutschland), Rn. 1; EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03 (Trajče Stojanovski v. Mazedonien), Rn. 30.

Behandlung der inhaftierten Person gewährleisten können.⁷¹ Schon das trifft auf die jetzige Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung nicht zu.⁷² In den einschlägigen Beschwerdesachen gegen Deutschland hat der EGMR durchweg darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer nicht wegen einer Geisteskrankheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK eingesperrt worden sei. Schließlich hätten die deutschen Gerichte davon abgesehen, ihn nach § 63 StGB in eine psychiatrische Anstalt einzuweisen.⁷³

Diese Rechtsprechung hat Konsequenzen für das neue Therapieunterbringungsgesetz. Damit will der Gesetzgeber Schutzlücken schließen, die infolge der Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR im Fall M. erwartet werden. Personen, die wegen einer Verletzung von Art. 7 EMRK aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden müssen, sollen jedenfalls dann erneut verwahrt werden können, wenn zu befürchten ist, dass sie aufgrund einer psychischen Störung weiterhin Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung begehen werden (s. § 1 ThUG).⁷⁴ Der Vollzug in besonderen Einrichtungen, in denen geeignete Therapien mit dem Ziel einer möglichen Entlassung angeboten werden sollen, trägt der Kritik des EGMR an der Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung Rechnung.⁷⁵ Die entscheidende Frage ist jedoch, ob und inwieweit eine „psychische Störung“ nach § 1 ThUG unter den Eingriffstatbestand des Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK fällt.⁷⁶

Der EGMR verlangt bislang – wenig konkret – lediglich, dass es sich um eine „true mental disorder“ handelt. Ganz

allgemein wird man darunter jede länger dauernde schwere Störung der Verstandestätigkeit, des Willens, des Gefühls- und des Trieblebens verstehen können, die die Einsichts- und Handlungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.⁷⁷ Damit bezieht sich die „Geisteskrankheit“ i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK auf einen vom Normalen abweichenden medizinischen Befund, der einer Behandlung bedarf, auch wenn Heilung im Einzelfall ausgeschlossen ist.⁷⁸ Eine Durchsicht der Spruchpraxis der Konventionsorgane ergibt, dass bislang – unabhängig von ihrer medizinischen Zuordnung – folgende erhebliche Persönlichkeitsstörungen als „Geisteskrankheit“ gewertet wurden: schizophrene Paranoia⁷⁹ bzw. eine paranoide Persönlichkeit,⁸⁰ Schizophrenie,⁸¹ psychopathische Persönlichkeitsstörung,⁸² schizoide und narzisstische Persönlichkeitsstörung,⁸³ alkoholbedingte Aggressivität,⁸⁴ Aggressivität infolge eines Hirntraumas.⁸⁵ Allein aus der Gefährlichkeit kann dagegen nicht auf Geisteskrankheit geschlossen werden.⁸⁶ Insgesamt lässt sich frühere Rechtsprechung folgende

⁷¹ Vgl. EGMR, Urt. v. 20.5.1985 – 8225/78 (*Ashingdane v. Großbritannien*), Rn. 44; EGMR, Urt. v. 30.7.1998 – 25357/94 (*Aerts v. Belgien*), Rn. 46; EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (*Hutchinson Reid v. Großbritannien*), Rn. 48.

⁷² S. auch EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (*Kallweit v. Deutschland*), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 94.

⁷³ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M. v. Deutschland*), Rn. 103; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (*Kallweit v. Deutschland*), Rn. 55; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (*Mauter v. Deutschland*), Rn. 45; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (*Schummer v. Deutschland*), Rn. 56; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 92, 93; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (*Jendrowiak v. Deutschland*), Rn. 35. (Nachträgliche) Sicherungsverwahrung nach §§ 66 StGB ff. ist gegenüber § 63 StGB entgegen *Greger*, NStZ 2010, 676 (678) der falsche Hafttitel.

⁷⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 19; zur – fehlenden – Gesetzgebungskompetenz s. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (181).

⁷⁵ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M. v. Deutschland*), Rn. 76, 77, 129.

⁷⁶ So die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 17/3403, S. 54 unter Verweis auf die „Winterwerp“-Kriterien, EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (*Winterwerp v. Niederlande*), Rn. 38, 39; aus neuerer Zeit etwa EGMR, Urt. v. 11.12.2008 – 34449/03 (*Shulepova v. Russland*), Rn. 40.

⁷⁷ S. EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (*Winterwerp v. Niederlande*), Rn. 38, 39; EGMR, Urt. v. 5.11.1981 – 7215/75 (*X. v. Großbritannien*), Rn. 41; *Douraki*, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux, 1986, S. 50 ff.

⁷⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (*Hutchinson Reid v. Großbritannien*), Rn. 52; EGMR, Urt. v. 21.6.2005 – 517/02 (*Kolanis v. Großbritannien*), Rn. 70.

⁷⁹ EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (*Winterwerp v. Niederlande*), Rn. 41; EGMR, Urt. v. 20.5.1985 – 8225/78 (*Ashingdane v. Großbritannien*), Rn. 38.

⁸⁰ EGMR, Urt. v. 5.11.1981 – 7215/75 (*X. v. Großbritannien*), Rn. 44; EGMR, Urt. v. 23.2.1984 – 9019/80 (*Luberti v. Italien*), Rn. 28; EGMR, Urt. v. 24.9.1992 – 10533/83 (*Herczegfalvy v. Österreich*), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 11.12.2008 – 34449/03 (*Shulepova v. Russland*), Rn. 43.

⁸¹ EGMR, Urt. v. 21.6.2005 – 517/02 (*Kolanis v. Großbritannien*), Rn. 69; EGMR, E. v. 8.7.2008 – 12455/04, 14140/05, 12906 und 26028/06 (*Tokić u.a. v. Bosnien-Herzegovina*).

⁸² EGMR, Urt. v. 24.10.1997 – 22520/93 (*Johnson v. Großbritannien*); EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (*Hutchinson Reid v. Großbritannien*), Rn. 52.

⁸³ EGMR, E. v. 24.3.2009 – 1241/06 (*Putrus v. Deutschland*), Rn. 1.

⁸⁴ S. EKMR, Ber. v. 9.10.1985 – 10213/82 (*Gordon v. Großbritannien*); EGMR, Urt. v. 26.9.2000 – 36273/97 (*Oldham v. Großbritannien*).

⁸⁵ S. EGMR, Urt. v. 7.5.1997 – 17391/90 (*Eriksen v. Norwegen*); vgl. auch die Übersicht bei *Harding*, International Journal of Law and Psychiatry 12 (1989), 245 (255, mit Tabelle 5).

⁸⁶ S. etwa EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (*Guzzardi v. Italien*), Rn. 98; auch bloß abweichendes Verhalten genügt nicht, vgl. EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (*Winterwerp v. Niederlande*), Rn. 37; EGMR, Urt. v. 28.10.2003 – 58973/00 (*Rakevich v. Russland*), Rn. 26; s. ferner EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03 (*Trajče Stojanovski v. Mazedonien*), Rn. 33-37: Die bloße Furcht der Bevölkerung vor wei-

Linie erkennen: Wenn das Tatgericht aufgrund des Geisteszustands des Betroffenen von Schuldunfähigkeit (vgl. § 20 StGB) ausging, richtete sich die präventive Freiheitsentziehung mangels einer Verurteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK ausschließlich nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK.⁸⁷ Wenn das Tatgericht nicht zu Schuldunfähigkeit gelangte, kamen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a und e EMRK nebeneinander zur Anwendung. In diesen Fällen handelte es sich aber durchweg um Konstellationen eingeschränkter Schuldfähigkeit (vgl. § 21 StGB).⁸⁸ Bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit hat der EGMR soweit ersichtlich niemals auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK zurückgegriffen.

Die Entscheidungen gegen Deutschland bestätigen diese Sicht. So weist der EGMR darauf hin, dass eine dissoziale Persönlichkeit noch nicht krankhaft i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK sein muss und nimmt die deutsche Praxis beim Wort: Nur eine krankhafte psychische Persönlichkeitsstörung, die mindestens im Sinne von § 21 StGB die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt und daher zur Unterbringung nach § 63 StGB führt, lässt sich auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK stützen.⁸⁹ Unter diesen Voraussetzungen dürfte eine Unterbringung nach dem ThUG nur in ganz extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen⁹⁰ – die indes bereits von den Unterbringungsgesetzen der Bundesländer erfasst werden. Der vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Anwendungsbereich dürfte mit ziemlicher Sicherheit vor dem EGMR als Umgehung der Konvention auf keine Akzeptanz stoßen.

teren Straftaten ist irrelevant; die Notwendigkeit einer weiteren Überwachung rechtfertigt keine Haft.

⁸⁷ S. EGMR, Urt. v. 23.2.1984 – 9019/80 (Luberti v. Italien), Rn. 25; EGMR, Urt. v. 24.9.1992 – 10533/83 (Herczegfalvy v. Österreich), Rn. 62.

⁸⁸ S. EKMR, Ber. v. 9.10.1985 – 10213/82 (Gordon v. Großbritannien); EGMR, Urt. v. 26.9.2000 – 36273/97 (Oldham v. Großbritannien); EGMR, Urt. v. 11.5.2004 – 49902/99 (Brand v. Niederlande), Rn. 59; EGMR, E. v. 24.3.2009 – 1241/06 (Putrus v. Deutschland); EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03 (Trajče Stojanovski v. Mazedonien), Rn. 30; zuletzt EGMR, E. v. 28.9.2010 – 32705/06 (Frank v. Deutschland).

⁸⁹ Unmissverständlich EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 55; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 92, 93. So wäre etwa die in BT-Drs. 17/3403, S. 54 beispielhaft genannte Pädophilie nur in den seltenen Fällen erfasst, in denen die Rspr. eine „schwere andere seelische Abartigkeit“ i.S.v. §§ 20, 21 StGB angenommen hat, vgl. BGH NStZ 2001, 453; BGH NStZ-RR 2004, 201 und BGH NStZ-RR 2007, 337; s. ferner EGMR, E. v. 28.9.2010 – 32705/06 (Frank v. Deutschland).

⁹⁰ S. die Konstellationen bei OLG Koblenz NStZ 2005, 97 (99); OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 107, in denen die schwerwiegende psychische Störung erst während der Haft im Rahmen einer Prüfung nach § 454 Abs. 2 StPO diagnostiziert wurde. Aber auch dann wäre die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus geboten gewesen.

4. Die Missachtung von Schutzpflichten durch den EGMR

Von Seiten einiger Oberlandesgerichte sowie Teilen der Literatur wird dem EGMR vorgehalten, er vernachlässige die gegenläufigen Interessen der potentiellen Opfer von Sexual- und Tötungsdelikten, indem er ausschließlich die Rechte der gefährlichen Gewalttäter thematisiere.⁹¹ Damit wird ein Aspekt angesprochen, der sich auch in der Rechtsprechung des EGMR findet: Die Konventionsgarantien sind nicht nur als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen zu verstehen, sondern aus ihnen werden Schutzpflichten abgeleitet. So muss der Staat u.a. Konventionsverletzungen präventiv vorbeugen und repressiv mit dem Mittel des Strafrechts verfolgen.⁹²

Darüber hinaus bezieht sich diese Kritik auf eine Passage in der „Görgülü“-Entscheidung des BVerfG. Dort statuieren die Richter zwar die grundsätzliche Pflicht der Gerichte zu einer konventionsgemäßen Auslegung im Rahmen geltender methodischer Standards. Eine Einschränkung wird jedoch insbesondere dann gefordert, wenn die Beachtung der Rechtsprechung des EGMR im konkreten Fall gegen Grundrechte Dritter verstößt.⁹³ Die Bedeutung dieses Anwendungsvorbehalts erschließt sich aus der kurz zuvor ergangenen Verurteilung der Bundesrepublik im Fall Caroline von Monaco, in der der EGMR die entgegengesetzte Abwägung der Pressefreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht durch das BVerfG⁹⁴ etwas lieblos als Verletzung von Art. 8 EMRK abqualifizierte.⁹⁵ In einigen Kommentaren zur „Görgülü“-Entscheidung wurde die neue Linie des BVerfG als Retourkutsche gegenüber dem EGMR gedeutet.⁹⁶

Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob man bei der Problematik der Sicherungsverwahrung von einem mehrpoligen Grundrechtsverhältnis sprechen kann. Zunächst einmal fehlt es an der Betroffenheit eines konkreten anderen Grundrechtsträgers, vielmehr geht es um den Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten. Es können also noch gar keine be-

⁹¹ So OLG Celle NStZ-RR 2010, 322; OLG Stuttgart RuP 2010, 157; OLG Nürnberg NStZ 2010, 574 (576); *Grosse-Bröhmer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173); *Radtke*, NStZ 2010, 573 (543); *Hörnle* (Fn. 24), S. 244 f., 254.

⁹² S. etwa zu Art. 2 EMRK EGMR, Urt. v. 24.10.2002 – 37703/97 (Mastromatteo v. Italien), Rn. 67-78 = NJW 2003, 3259; EGMR, Urt. v. 8.11.2005 – 34056/02 (Gongadze v. Ukraine), Rn. 164-180; zur Strafverfolgung von Sexualdelikten EGMR, Urt. v. 26.3.1985 – 8978/80 (X und Y v. Niederlande), Rn. 24-30 = NJW 1985, 2075; EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgarien), Rn. 149-153; näher hierzu *Pitea*, Journal of International Criminal Justice 2 (2005), 447.

⁹³ BVerfGE 111, 307 (329).

⁹⁴ BVerfGE 101, 361.

⁹⁵ EGMR, Urt. v. 24.6.2006 – 59320/00 (von Hannover v. Deutschland), Rn. 72-79 = NJW 2004, 2647 (2650 f., „kein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen“).

⁹⁶ Vgl. etwa *Schilling*, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, 2010, S. 19; *Tomuschat*, German Law Journal 11 (2010), 513 (522).

stimmten Rechtsverhältnisse namhaft gemacht werden. Die Gegenansicht übersieht, dass jeder Eingriff in ein Grundrecht nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur gerechtfertigt werden kann, wenn er erforderlich ist, um andere berechnigte und überwiegende Interessen zu verfolgen. Lässt man schon jede wie auch immer ausgestaltete denkbare Betroffenheit irgendwelcher nicht konkretisierbarer Dritter ausreichen, so wird jeder Rechtsstreit zu einem mehrpoligen Grundrechtsverhältnis. Wer sollte dann alles an der Entscheidung über die Freilassung oder weitere Sicherungsverwahrung beteiligt werden?⁹⁷ Der EGMR verlangt jedenfalls als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Menschenrechtsbeschwerde, dass der Beschwerdeführer in seinem subjektiven Recht betroffen ist. Für eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG gilt nichts anderes. Man kann nun zwar die – nachträgliche – Sicherungsverwahrung als Ausprägung der allgemeinen rechtsstaatlich begründeten Pflicht zum Schutz der Bürger vor Kriminalität auffassen. Insoweit hat das BVerfG jedoch – bei aller Kritik – klargestellt, dass die nähere Ausgestaltung dem Ermessen des Gesetzgebers aufgetragen ist.⁹⁸ Eine entsprechende verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Aufhebung der zeitlichen Befristung bei der erstmaligen Anordnung der Sicherungsverwahrung oder zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung lässt sich daher nicht begründen.⁹⁹ Auch ein Blick auf den Normzweck von Art. 5 und 7 EMRK führt zu keinem anderen Ergebnis. Der konventionsrechtlich garantierte Gesetzesvorbehalt bei Freiheitsentziehungen dient in historischer Perspektive allein dem Schutz des einzelnen Bürgers vor willkürlichen Freiheitsentziehungen.¹⁰⁰ Zwar erwähnt Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK neben der Freiheit die Sicherheit, aber daraus folgt kein zusätzlicher Anspruch der Bürger auf den Schutz etwa ihrer körperlichen Unversehrtheit. Vielmehr bezeichnen Freiheit und Sicherheit zwei Seiten ein und derselben Münze: Sicherheit ist die verfahrensrechtliche Absicherung der Freiheit, „the condition of being protected by law in that freedom“.¹⁰¹ Für den strafrechtlichen Gesetzesvorbe-

halt nach Art. 7 EMRK gilt mutatis mutandis das Gleiche.¹⁰² Auch bei Art. 103 Abs. 2 GG denkt bislang mit guten Gründen niemand daran, die Garantie unter Berufung auf Rechtspositionen anderer zu relativieren, denn ansonsten ließe sich mit dem Opferschutz jede Rechtsform aufheben.¹⁰³ Unter diesen Prämissen ist die vermeintliche Grundrechtskollision jedoch nur ein Scheinproblem. Wie der EGMR in der Beschwerdeentscheidung Jendrowiak gegen Deutschland ausgeführt hat, besteht ein staatlicher Schutzauftrag zur Verhinderung von Straftaten nur innerhalb der Grenzen der Konvention.¹⁰⁴

III. Die Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR in innerstaatliches Recht

Bei den Folgen, die sich für die deutsche Rechtsordnung und -praxis aus der Feststellung der Konventionswidrigkeit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung durch den EGMR ergeben, ist zu differenzieren. Die EMRK ist zunächst einmal ein völkerrechtlicher Vertrag, der die Bundesrepublik nach Außen bindet. Ihre Binnenwirkung im innerstaatlichen Recht richtet sich danach, wie sie im deutschen Recht integriert worden ist (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG). Eine unmittelbar auf das deutsche Recht durchschlagende Wirkung der EMRK oder der Rechtsprechung des EGMR gibt es nicht. Vielmehr kann – wie bei jedem völkerrechtlichen Vertrag – die völkerrechtliche Bindung nach Außen von der innerstaatlichen Verbindlichkeit abweichen.¹⁰⁵

1. Völkerrechtliche Bindung

Die Wirkung von Urteilen des EGMR ist begrenzt. Weder kann er – wie ein Verfassungsgericht – die Entscheidungen nationaler Gerichte und Behörden aufheben, noch überprüft er – jedenfalls im Grundsatz – abstrakt die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit den Konventionsgarantien. Seine Entscheidungen beschränken sich vielmehr auf die bloße Feststellung einer Konventionsverletzung – oder Konventi-

⁹⁷ S. auch *Gaede*, HRRS 2010, 329 (334).

⁹⁸ BVerfGE 109, 133 (186 f.); BVerfGE 109, 190 (236 ff.); in diese Richtung auch EGMR, Urt. v. 24.10.2002 – 37703/97 (*Mastromatteo v. Italien*), Rn. 68.

⁹⁹ Anders *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 unter Berufung auf ein Untermaßverbot. Wie hier *Kinzig*, NStZ 2010, 233 (238).

¹⁰⁰ Näher dazu *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 3 ff.; auch der EGMR betont seit jeher den Schutz vor Willkür als maßgeblichen Normzweck von Art. 5 EMRK, vgl. EGMR, Urt. v. 8.6.1986 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel u.a. v. Niederlande*), Rn. 58; EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (*Winterwerp v. Niederlande*), Rn. 37; EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (*Guzzardi v. Italien*), Rn. 92; EGMR, Urt. v. 12.6.2003 – 44672/98 (*Herz v. Deutschland*), Rn. 43; EGMR, Urt. v. 28.9.2006 – 56272/00 (*Kayadjeva v. Bulgarien*), Rn. 29.

¹⁰¹ *Fawcett*, *The Application of the European Convention on Human Rights*, 1969, S. 70; vgl. auch EKMR, E. v. 12.10.1973 – 5877/72 (*X. v. Großbritannien*), CD 45, 90 Rn. 2:

„Put in different terms, ‚security of person‘ means physical security, that is freedom from arrest and detention.“ Ebenso EGMR, Urt. v. 18.12.1986 – 9990/82 (*Bozano v. Frankreich*), Rn. 54; EGMR, Urt. v. 25.5.1998 – 24276/94 (*Kurt v. Türkei*), Rn. 123; EGMR, Urt. v. 12.3.2003 – 46221/99 (*Öcalan v. Türkei*), Rn. 86. Unzutreffend *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173).

¹⁰² S. EGMR, Urt. v. 22.11.1995 – 20166/92 (*S.W. v. Großbritannien*), Rn. 34; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 22.3.2001 – 34044/96, 35532/97 und 44801/98 (*Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*), Rn. 50; EGMR, Urt. v. 9.10.2008 – 62936/00 (*Moiseyev v. Rumänien*), Rn. 233: Schutz vor willkürlicher Bestrafung. Zur historischen Perspektive s. *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 7 Rn. 5 ff.

¹⁰³ Ebenso *Gaede*, HRRS 2010, 329 (334); drastisch *Kreuzer*, NStZ 2010, 477: „Guantanamo-Judikatur“.

¹⁰⁴ EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (*Jendrowiak v. Deutschland*), Rn. 37, 38, 48.

¹⁰⁵ S. auch BVerfGE 111, 307 (325 ff.).

ongemäßheit – der konkreten angefochtenen Maßnahme, gegebenenfalls nebst der Festsetzung einer angemessenen Entschädigung in Geld. Dabei beziehen sie sich nur auf den Einzelfall und entfalten gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK eine Rechtswirkung lediglich inter partes. Der EGMR kann also selbst einen Konventionsverstoß nicht beseitigen, sondern es bleibt dem unterlegenen Staat überlassen, wie er das Urteil konventionskonform umsetzt.¹⁰⁶ Es versteht sich von selbst, dass festgestellte und noch fortbestehende Konventionsverletzungen unverzüglich beendet werden müssen. Doch die grundsätzliche Freiheit in der Wahl der Mittel hierzu hat der EGMR selbst mehrfach betont und regelmäßig davon abgesehen, dem verurteilten Vertragsstaat konkrete Maßnahmen vorzuschreiben.¹⁰⁷ Schließlich ist es nicht die Aufgabe des EGMR, die Probleme zu lösen, die das nationale Recht mit der Rezeption der EMRK hat. In dieser Selbstbescheidung liegt eine weise Zurückhaltung gegenüber den Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, die durchaus der Akzeptanz der Rechtsprechung des EGMR förderlich ist.¹⁰⁸ Gleichwohl konkretisiert der EGMR die *restitutio in integrum* dann, wenn ein bestimmter konventionswidriger Zustand nur auf eine einzige Art und Weise beseitigt werden kann.¹⁰⁹

Die bislang in Straßburg erfolgreichen Beschwerdeführer sind aus konventionsrechtlicher Perspektive daher aus der Haft zu entlassen, denn eine andere Möglichkeit zur Beseitigung der rechtswidrigen Freiheitsentziehung ist überhaupt nicht ersichtlich.¹¹⁰ Demgegenüber meint *Radtke* unter Be-

zugnahme auf die „Görgülü“-Entscheidung des BVerfG,¹¹¹ eine schematische Umsetzung der Urteile des EGMR verbiete sich dann, wenn sich zwischenzeitlich die Sach- und Rechtslage wesentlich geändert habe.¹¹² Aber eine Veränderung der Umstände, die die Prognose der Gefährlichkeit des Inhaftierten tragen, oder eine Neubewertung der Gefährlichkeit wäre im Hinblick auf die Verstöße gegen Art. 5 und 7 EMRK zunächst ganz irrelevant. Allenfalls wäre es denkbar, dass eine aktuelle Exploration des Sicherungsverwahrten eine Geisteskrankheit zutage fördert, die nunmehr gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK seine Unterbringung in der Psychiatrie rechtfertigt.¹¹³

Aber auch in Parallelfällen, die vom EGMR noch nicht entschieden worden sind, ist die Bundesrepublik völkerrechtlich verpflichtet, die betroffenen Personen freizulassen.¹¹⁴ Aus Art. 46 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 1 EMRK leitet der EGMR nämlich im Interesse eines effektiven Menschenrechtsschutzes die Pflicht ab, durch entsprechende – allgemeine oder individuelle – Maßnahmen auch im Hinblick auf andere Personen, die sich in derselben Lage wie der Beschwerdeführer befinden, eine Konventionsverletzung abzuwenden oder zu beenden.¹¹⁵ Eindringlich verweist der EGMR in den Beschwerdeentscheidungen *Kallweit* und *Mauter* auf die in der Erklärung von Interlaken vom 19.2.2010 bekräftigte Verantwortung der Staaten, die Rechtsprechung des EGMR umzusetzen und alle Maßnahmen zu ergreifen, um künftige Konventionsverletzungen zu verhindern.¹¹⁶ Insofern betrachtet sich der EGMR nicht exklusiv als Hüter der Konvention, sondern nimmt die nationalen Institutionen in die Pflicht, weil nur auf diese Weise seine subsidiäre Stellung (vgl. Art. 13, 35 Abs. 1 EMRK) gewahrt bleiben und er von Beschwerden entlastet werden kann.

¹⁰⁶ Ausführlich *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, S. 33 ff., 63 ff., 215 ff.; *Polakiewicz*. in: Blackburn/Polakiewicz (Hrsg.), *Fundamental Rights in Europe*, 2001, S. 55; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (859 ff).

¹⁰⁷ Vgl. EGMR, Ur. 13. 6. 1979 – 6833/74 (*Marckx v. Belgien*), Rn. 58; EGMR, Ur. v. 27.8.1991 – 13057/87 (*Demicoli v. Malta*), Rn. 45; EGMR, Ur. v. 25.2.1997 – 22009/93 (*Z. v. Finnland*), Rn. 112; EGMR, Ur. v. 8.4.2004 – 11057/02 (*Haase v. Deutschland*), Rn. 115 = NJW 2004, 3401 (3406).

¹⁰⁸ S. auch *Gless*, StV 2010, 400 (401, 403).

¹⁰⁹ S. EGMR (Große Kammer), Ur. v. 30.6.2009 – 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken v. Schweiz*), Rn. 88-98 = NJW 2010, 3699 (3702 f.); früher etwa EGMR, Ur. v. 31.10.1995 – 14556/89 (*Papamichalopoulos u.a. v. Griechenland*), Rn. 34-40: Anordnung der Rückübertragung des rechtswidrig entzogenen Eigentums; EGMR, Ur. v. 26.2.2004 – 74969/01 (*Görgülü v. Deutschland*), Rn. 64 = NJW 2004, 3397 (3401): Anordnung des Umgangs mit dem leiblichen Kind; EGMR, Ur. v. 2.9.2010 – 46344/06 (*Rumpf v. Deutschland*), Rn. 71-73 = NJW 2010, 3355 m. Anm. *Meyer-Ladewig*: Anordnung der gesetzlichen Einführung eines Rechtsbehelfs bei überlanger Verfahrensdauer.

¹¹⁰ *Kinzig*, NStZ 2010, 238; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (860, 864); s. auch EGMR (Große Kammer), Ur. v. 8.4.2004 – 71503/01 (*Assanidze v. Georgien*), Rn. 202, 203; EGMR, Ur. v. 8.7.2004 – 48787/99 (*Ilaşcu u.a. v. Moldawien und Russland*), Rn. 490; EGMR, Ur. v. 22.4.2010 – 40984/07

(*Fatullayev v. Aserbeidschan*), Rn. 174-177; näher dazu *Schilling* (Fn. 96), S. 122 ff.; *Breuer*, EuGRZ 2004, 357; das sieht auch das BVerfG (BVerfGE 111, 307 [321]) nicht anders. Abl. *Greger*, NStZ 2010, 676 (680).

¹¹¹ BVerfGE 111, 307 (321).

¹¹² *Radtko*, NStZ 2010, 537 (542 ff.); genau besehen bleibt er jedoch eine Begründung für die von ihm behauptete fehlende völkerrechtliche Pflicht zur Entlassung schuldig. Die Ausführungen zur nationalen Rechtslage sind jedenfalls in diesem Zusammenhang ohne Belang.

¹¹³ An der Konventionswidrigkeit der vorangegangenen Sicherungsverwahrung würde sich daran aber auch nichts ändern. Insoweit wäre aber nur noch eine Entschädigung möglich.

¹¹⁴ S. *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861, 868); *Kinzig*, NStZ 2010, 238.

¹¹⁵ S. EGMR, Ur. v. 13.7.2000 – 39221 und 41963/98 (*Scozzari und Giunta v. Italien*), Rn. 249; EGMR, Ur. v. 6.10.2005 – 23032/02 (*Lukenda v. Slowenien*), Rn. 97; EGMR, Ur. v. 4.12.2008 – 30562 und 30566/04 (*S. und Marper v. Großbritannien*), Rn. 134; EGMR, Ur. v. 28.7.2009 – 22539/05, 476 und 13136/07, 17911/08 (*Olaru u.a. v. Moldawien*), Rn. 49.

¹¹⁶ EGMR, Ur. v. 13.1.2011 – 17792/07 (*Kallweit v. Deutschland*), Rn. 83; EGMR, Ur. v. 13.1.2011 – 20008/07 (*Mauter v. Deutschland*), Rn. 66.

2. Innerstaatliche Verbindlichkeit

Innerstaatlich steht die EMRK nach h.L. im Rang eines einfachen Bundesgesetzes und geht damit nicht automatisch allem Recht vor.¹¹⁷ Gleichwohl hat das BVerfG schon 1987 darauf hingewiesen, dass die Gerichte wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gehalten sind, Vorschriften des nationalen Rechts so zu interpretieren, dass sie mit völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar sind.¹¹⁸ Auch bei der Auslegung der Grundrechte orientiert sich das BVerfG schon seit langem an der EMRK.¹¹⁹ In der „Görgülü“-Entscheidung hat das BVerfG die innerstaatliche Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR nochmals präzisiert. Aus der Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG leitet das BVerfG eine Pflicht der Gerichte ab, sich mit der Rechtsprechung des EGMR auseinanderzusetzen.¹²⁰ Allerdings steht die Beachtung der EMRK und ihrer letztverbindlichen Auslegung unter dem Vorbehalt „methodisch vertretbarer Auslegung“ des deutschen Rechts.¹²¹ Eine konventionskonforme Auslegung scheidet demzufolge jedenfalls dann, wenn das innerstaatliche Recht schon wegen seines abweichenden Wortlauts einer Korrektur nicht zugänglich ist.¹²² Weiterhin soll eine – immerhin begründbare¹²³ – Abweichung von der Rechtsprechung des EGMR zulässig sein, wenn bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen kollidierende Rechtspositionen abgewogen werden müssen.¹²⁴ In diesem Zusammenhang weist das BVerfG jedoch auf zwei Konstellationen besonders hin: Wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die der Entscheidung des EGMR zugrunde lagen, zwischenzeitlich geändert haben, muss eine Abweichung zulässig sein. Das versteht sich eigentlich von selbst. Weiterhin – und das betrifft die mehrpoligen Grundrechtskollisionen – ist grundsätzlich nur der Beschwerdeführer, nicht aber der andere betroffene Grundrechtsträger im Verfahren vor dem

EGMR beteiligt (siehe auch Art. 36 EMRK), so dass dessen subjektive Rechte nicht verfahrensmäßig abgesichert sind.¹²⁵

Nach der Reform der Sicherungsverwahrung stellt sich die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur geführten Diskussion über die Konsequenzen, die für die rückwirkend verlängerte und für die nachträgliche Sicherungsverwahrung aus den Entscheidungen des EGMR gegen die Bundesrepublik zu ziehen sind, in einem anderen Licht dar. Denn jetzt muss die neue Gesetzeslage beachtet werden. Maßgeblich ist Art. 316e Abs. 1 S. 2 EGStGB, wonach das bisherige Recht – d.h. insbesondere die Regelung über die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB a.F.) – im Hinblick auf alle Anlasstaten weitergelten soll, die bis zum 31.12.2010 begangen worden sind. Die Änderungen in Abs. 2 und 3 beziehen sich vor allem auf die Beschränkung der Sicherungsverwahrung in § 66 Abs. 1 StGB n.F. auf gravierende Straftaten vor allem gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung und können hier außer Acht gelassen werden.

a) Obwohl die Rückwirkungsproblematik vom Gesetzgeber nicht *expressis verbis* geregelt worden ist, scheint eine konventionskonforme Auslegung von Art. 316e Abs. 1 EGStGB dergestalt möglich, dass eine rückwirkend unbefristete Sicherungsverwahrung nicht mehr angeordnet werden kann, wenn die Anlasstat vor dem 31.1.1998 begangen worden ist. Diese Ansicht entspricht im Ergebnis der Auffassung eines Teils der OLG.¹²⁶

Sie kann sich auf den gesetzgeberischen Willen berufen. So hat der Gesetzgeber den Ausbau der Führungsaufsicht und die Einführung des neuen ThUG damit begründet, dass auf diese Weise dem Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern in den Fällen Rechnung getragen werden soll, in denen jemand aufgrund des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden muss.¹²⁷ Dieser Zweck hat sich sogar in § 1 Abs. 1 ThUG niedergeschlagen. Dort ist die neue Form der Therapieunterbringung gerade für solche Personen vorbehalten, die „deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden [können], weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist“. Im Übrigen geht der Gesetzgeber davon aus, dass Art. 316 e EGStGB „von vornherein Rückwirkungsprobleme [vermeidet], die insbesondere dadurch entstehen können, dass nach Ansicht des EGMR die Sicherungsverwahrung – abweichend von ihrer Einstufung im deutschen Recht – als Strafe im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 EMRK anzusehen ist“.¹²⁸ Unverändert geblieben sind zwar §§ 2 Abs. 6, 67d Abs. 3 StGB. Doch sind diese Vorschriften ebenfalls einer konventions- und verfassungskonformen Auslegung zugänglich, die nunmehr auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Die

¹¹⁷ S. statt vieler BVerfGE 111, 307 (315 ff.); Heckötter, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2007, S. 80 ff.; zur Gegenansicht vgl. Tietje, in: Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, 2004, S. 179 (S. 182 ff.) m.w.N.

¹¹⁸ BVerfGE 74, 358 (370); s. auch Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 112 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 74, 370; BVerfGE 82, 115 (120).

¹²⁰ BVerfGE 111, 307 (326); BVerfG NJW 2005, 1105 (1107).

¹²¹ BVerfGE 111, 307 (317).

¹²² S. BVerfGE 111, 307 (329).

¹²³ BVerfGE 111, 307 (324).

¹²⁴ BVerfGE 111, 307 (324, 327 ff.); krit. gegenüber diesem Verfassungsvorbehalt Cremer, EuGRZ 2004, 683; Esser, StV 2005, 348 (350 ff.); Meyer-Ladewig/Petzold, NJW 2005, 15 (19); Tomuschat, German Law Journal 11 (2010), 513 (522); Heckötter (Fn. 117), S. 188 ff.; Schilling (Fn. 96), S. 189 ff.

¹²⁵ S. BVerfGE 111, 307 (324 f., 328). Gerade diesen Aspekt bemüht auch OLG Stuttgart RuP 2010, 157; hiergegen bereits oben II. 4.

¹²⁶ S. oben Fn. 11.

¹²⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 13 f., 19 f., 53.

¹²⁸ BT-Drs. 17/3403, S. 49.

bisherige gegenteilige Auffassung des 5. *Senats* und der Mehrheit der OLGe¹²⁹ ist daher überholt.

Nimmt man zudem die Äußerung des BVerfG ernst, dass die EGMR und ihre Auslegung durch den EGMR auch bei der Interpretation der Grundrechte zu berücksichtigen ist, so wird man künftig Art. 103 Abs. 2 GG auf die Sicherungsverwahrung als strafgleichen Eingriff erstrecken müssen.¹³⁰ Es ist auch nicht ersichtlich, dass die bisherige Zweispurigkeit von Sicherungsverwahrung und Strafe zu den „tragenden Grundsätzen der Verfassung“¹³¹ gehört, die der deutsche Gesetzgeber auch um den Preis einer Konventionswidrigkeit bewahren will.

b) Anders beurteilt sich die Rechtslage für die nachträgliche Sicherungsverwahrung, die der Gesetzgeber für wenige Sonderfälle in § 66b StGB¹³² und ansonsten für Anlasstaten bis zum 31.12.2010 ausdrücklich – als andere gesetzliche Bestimmung i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB – beibehält. Eine Reform von § 7 Abs. 2 JGG stand überhaupt nicht zur Diskussion. Hier ist eine konventionskonforme Auslegung, die insbesondere der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 lit. a und c EMRK Rechnung trägt, ausgeschlossen. Das gilt ebenso für die offene Rückwirkung gemäß § 66b Abs. 1 S. 2 StGB a.F. wie für Anlasstaten vor der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung.¹³³ Irgendwelche Einschränkungen in diese Richtung enthält Art. 316e EGStGB nicht. Diese Konstellationen waren auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens M. gegen Deutschland, worauf die Reform der Sicherungsverwahrung zum Teil beruht. Zudem findet sich in den Gesetzesmaterialien der Hinweis, dass die Bundesregierung die Ansicht der Konventionswidrigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht teilt.¹³⁴ Für die Behörden und Gerichte ist diese Rechtslage somit bindend, zumal es ungereimt wäre, bei einer konventionswidrigen Rechtslage eine Normverwerfungskompetenz einzuräumen, die das GG für ein verfassungswidriges Gesetz nicht vorsieht.¹³⁵

An der mittlerweile vom EGMR in der Beschwerdesache Haidn¹³⁶ festgestellten Konventionswidrigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung ändert die Reform nichts. Sie kann zunächst lediglich auf dem Weg gemildert werden, den der 5. *Senat* des BGH vorgeschlagen hat: § 66b StGB a.F. sei teleologisch dergestalt einzuschränken, dass die nachträgliche

Anordnung der Sicherungsverwahrung nur bei „höchstgefährlichen Verurteilten in Betracht komm[t], bei denen sich die Gefahrenprognose aus konkreten Umständen in der Person oder ihrem Verhalten ableiten lässt“.¹³⁷ Für die Betroffenen bleibt damit zunächst nur die Möglichkeit, nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs auf eine erfolgreiche Beschwerde in Straßburg zu hoffen. § 359 Nr. 6 StPO sieht dann die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 275a StPO vor. Zwar stellen sich hier dieselben Probleme entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts, aber § 359 Nr. 6 StPO kann als Anwendungsvorrang einer Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR im konkreten Fall interpretiert werden.¹³⁸

3. Die Ebene des Verfassungsrechts – drei Szenarien

Es bleibt die Ebene des Verfassungsrechts. Bislang kann ein Konventionsverstoß nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Auch eine Richtervorlage ans BVerfG nach Art. 100 GG ist nicht möglich.¹³⁹ Das muss aber nicht so bleiben.

Im Hinblick auf die bevorstehende Entscheidung des BVerfG sind drei Szenarien denkbar:

a) Das BVerfG integriert die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 und 7 EMRK in die Auslegung des Grundgesetzes. Angesichts des übereinstimmenden Regelungszwecks von Art. 7 EMRK und Art. 103 Abs. 2 GG ist es, wie bereits ausgeführt, ohne weiteres möglich, den Grundsatz „nulla poena sine lege“ um die Sicherungsverwahrung als strafgleichen Eingriff zu erweitern. Die einzelnen Eingriffsvorbehalte von Art. 5 Abs. 1 EMRK, die im GG keine Entsprechung haben, können in Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG integriert werden.¹⁴⁰ Das für einen Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit erforderliche Gesetz muss demzufolge den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 EMRK genügen. Mehrere Gesichtspunkte sprechen für eine konventionsfreundliche Fortentwicklung der „Görgülü“-Rechtsprechung des BVerfG: Schon dort hat das BVerfG aus Art. 1 Abs. 2 GG einen besonderen Schutz für einen Kernbestand an internationalen Menschenrechten und daraus resultierend die verfassungsrechtliche Pflicht abgeleitet, die konkrete Ausgestaltung der EMRK in die Auslegung des GG einzubeziehen.¹⁴¹ Über Art. 52 Abs. 3 und 53 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁴² sind die Konventionsgarantien inzwischen zu europäischem Verfassungsrecht aufgestiegen und gemäß Art. 6 EUV¹⁴³ als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts anerkannt. Das GG sollte in seiner Anwendung nicht hinter diesen Mindeststandards zurückbleiben.

¹²⁹ S. Fn. 12.

¹³⁰ So schon *Gaede*, HRRS 2010, 329 (334); *Eschelbach*, NJW 2010, 2499 (2500).

¹³¹ BVerfG 111, 307 (319); a.A. *Greger*, NStZ 2010, 676 (680).

¹³² Entgegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, so auch *Kinzig*, NJW 2011, 177 (180); s. auch BGH NStZ 2010, 567 f.

¹³³ Obwohl insofern ein Verstoß gegen Art. 7 EMRK unstrittig vorliegt, s. auch *Hörnle* (Fn. 24), S. 250.

¹³⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 33. Immerhin wird bei einer Verurteilung durch den EGMR weiterer Prüfungsbedarf eingeräumt (BT-Drs. 17/3403, S. 20). Zutr. dagegen die Einschätzung von *Kinzig*, NJW 2011, 177 (182).

¹³⁵ So zutreffend BGH NJW 2011, 240 (242).

¹³⁶ Oben Fn. 5.

¹³⁷ BGH NStZ 2010, 565 (567).

¹³⁸ So wohl auch BVerfGE 111, 307 (326).

¹³⁹ BGH NJW 2011, 240 (242).

¹⁴⁰ Ebenso *Gaede*, HRRS 2010, 329 (338); vgl. auch BVerfG 120, 180 (200 ff.).

¹⁴¹ BVerfG 111, 307 (317); s. ferner BVerfGE 120, 180 (199 ff.).

¹⁴² AB1. EU 2007 Nr. C 303/1.

¹⁴³ AB1. EU 2008 Nr. C 115/13.

b) Das BVerfG zieht sich auf die Position zurück, dass allein der Gesetzgeber über den Umfang der innerstaatlichen Bindung an Völkerrecht entscheidet, wie es auch sonst bei völkerrechtlichen Verträgen dem Gewaltenteilungsgrundsatz entspricht. Auch diese Linie ist in der „Görgülü“-Entscheidung angelegt.¹⁴⁴ Damit könnte sich der Gesetzgeber von der Beachtung der Konventionsgarantien dispensieren. Eine solche Entscheidung würde freilich der Bedeutung der – immer noch völkerrechtlich einzigartigen – EMRK als Normierung eines für den Staat verbindlichen und für den Einzelnen gerichtlich kontrollierbaren menschenrechtlichen Mindeststandards nicht gerecht.

c) Das BVerfG stellt sich gegen den EGMR und erklärt dessen Auslegung von Art. 5 und 7 EMRK für die rückwirkend verlängerte und die nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung für unmaßgeblich. Dabei könnte es sich darauf berufen, dass der Gesetzgeber den zugrunde liegenden mehrpoligen Grundrechtskonflikt entschieden und dabei seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht entsprochen habe. Bei der Verhütung schwerster Kriminalität sei der staatliche Schutzauftrag, der erst die Freiheit und Sicherheit der Bürger garantiere, dem individuellen Interesse des gefährlichen Straftäters vorgeordnet.¹⁴⁵ Jedenfalls im Bereich des Strafrechts würden die Konventionsgarantien dann an Bedeutung verlieren. Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR dienten dann nur noch dazu, ein bereits im deutschen Straf- und Verfassungsrecht gefundenes Ergebnis abzurunden.

IV. Schluss

Das BVerfG steht also an einem Scheideweg, in welche Richtung es die „Görgülü“-Rechtsprechung weiterentwickelt. Keine der drei hier vorgestellten Alternativen ist dabei in dem Sinne zwingend, dass sie sich deduktiv aus verfassungsrechtlichen Prämissen ableiten lässt. Vielmehr wird das BVerfG wieder einmal Rechtspolitik betreiben, aber das ist bei der Bestimmung der Verfassung durchaus nicht selten.

Dabei müssen jedoch auch die politischen Konsequenzen bedacht werden. Der EGMR dürfte jeder Relativierung der EMRK durch das BVerfG schon deshalb entgegen treten, weil nationale Sonderwege zu einer Aufweichung des Konventionsschutzes – nicht nur in Deutschland – führen. Der Widerstand des BVerfG besäße zudem eine besondere Qualität, denn bislang hat noch kein oberstes Verfassungsorgan eines Mitgliedstaates die Autorität des EGMR offen in Frage gestellt, nicht einmal in den gerichtsnotorischen Konventionsstaaten wie Russland oder Türkei. Neben das für Art. 35 EMRK relevante Verdikt einer systematischen

¹⁴⁴ S. BVerfG 111, 307 (323); dafür auch *Hörnle* (Fn. 24), S. 254, 256; *Greger*, *NStZ* 2010, 676 (680).

¹⁴⁵ In diese Richtung etwa *Landau*, *NStZ* 2007, 121 (125 f.); krit. etwa *Patz*, *Die Effektivität der Strafrechtspflege*, 2009, S. 24 ff.; s. ferner EGMR, *Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94* (*Teixeira de Castro v. Portugal*), Rn. 36: „[...] the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place [...] that it cannot be sacrificed for the sake of expedience.“

Konventionsverletzung träte der Ansehensverlust der Bundesrepublik: Ein Staat mit einer anerkanntermaßen vorbildlichen Verfassung verlöre seine Stimme für einen Einsatz zum Schutz der Menschenrechte. Wer sich selbst nicht an die Konventionsgarantien hält, wenn es gerade nicht zu passen scheint, kann schwerlich von anderen ihre Beachtung einfordern.

Für den 4. Mai hat das BVerfG seine Entscheidung angekündigt. Danach werden alle schlauer sein.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Nach der Abfassung dieses Beitrages hat das BVerfG (2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10) in einem Paukenschlag sämtliche Regelungen über die Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) als verfassungswidrig aufgehoben, weil der Vollzug nicht in der gebotenen Weise ausgestaltet sei. Dem Gesetzgeber wurde eine zweijährige Frist bis Ende Mai 2013 gesetzt, damit er die Einzelheiten der Sicherungsverwahrung und des Vollzugs verfassungskonform regeln kann. An der unterschiedlichen Auslegung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots in Art. 7 EMRK und Art. 103 Abs. 2 GG hat das BVerfG zwar festgehalten, dabei jedoch die einzelnen Eingriffsvorbehalte von Art. 5 Abs. 1 EMRK, die im GG keine Entsprechung haben, in Art. 2 Abs. 2 GG integriert. Das verfassungsrechtliche Vertrauensschutzgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG erlaubt demzufolge eine nachträgliche präventive Freiheitsentziehung nur noch dann, wenn die Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten auf einer Persönlichkeitsstörung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK beruht. Insgesamt hat sich das BVerfG zur konventionsfreundlichen Auslegung des innerdeutschen Gesetzes- und Verfassungsrechts bekannt und sich aber wie bereits in der *Görgülü*-Entscheidung das letzte Wort vorbehalten. Die befürchtete Verfassungskrise ist durch diese salomonische Entscheidung abgewendet.

Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe

Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09*

Von VRiBGH a.D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan, Karlsruhe

I. Allgemeine Grundlagen des rechtlichen Lebensschutzes

In Fällen der sog. Sterbehilfe geht es bekanntlich um die Konkurrenz zweier grundgesetzlich verankerter Kernaussagen, die scheinbar nicht miteinander zu vereinbaren sind, nämlich zum einen um die staatliche Verpflichtung zum generellen Lebensschutz, u.a. durch das Strafrecht, und zum anderen um das Recht des Einzelnen zur freien Selbstbestimmung, auch am Lebensende. Hier überschneiden sich Allgemein- und Individualinteressen und es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen der Einzelne über das Rechtsgut „Leben“, nämlich sein Leben, verfügen kann und inwieweit unsere Rechtsordnung seine Verfügung akzeptiert.

Strafrechtlicher Lebensschutz wirkt vom Beginn des menschlichen Lebens (§ 218 StGB) und des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB bis zum Tod eines Menschen ungeachtet dessen physischer Konstitution fort.¹ Eine Lockerung des Tötungsverbots im Sinne eines Verbots der gezielten *aktiven*, d.h. mit dem Zweck einer Beschleunigung des Todesintritts bewirkten Lebensverkürzung wird von der h.M. in Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft auch in Extremsituationen bis heute nicht akzeptiert, weil die Gefahr einer allgemeinen Relativierung des Lebensschutzes aus Zweckmäßigkeitsgründen oder durch Missbrauch rechtlicher Möglichkeiten gesehen und deren Realisierung auch nicht ganz ohne Grund befürchtet wird.

Aus strafrechtlicher Sicht stellte sich schon immer die Frage, ob eine aktive Sterbehilfe grundsätzlich und unter allen Umständen verboten ist oder ob sie unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt sein kann oder vielleicht von den Straftatbeständen, die Tötungsdelikte zum Gegenstand haben, gar nicht mehr erfasst wird. Weiter ist in diesem Zusammenhang die Frage nach der Bedeutung des Willens, d.h. dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, neu zu stellen.

II. Grundlagen und Rahmenbedingungen für die strafrechtliche Bewertung von Sterbehilfe

In das Zentrum der strafrechtlichen Überlegungen zur aktiven Sterbehilfe rückt stets sofort der Straftatbestand des § 216 StGB, der für denjenigen, der durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen eines Menschen zu dessen Tötung bestimmt wird, zwar einen milderen Strafrahmen zur Verfügung stellt als für einen ohne ein solches Verlangen des Getöteten zur Tötung schreitenden Täter. Das Gesetz stellt aber denjenigen, der eine Tötung auf Verlangen ausführt, gerade nicht straffrei, sondern will ihn bestraft wissen, wenn auch

erheblich milder. Das grundgesetzlich garantierte Selbstbestimmungsrecht des Menschen gibt nämlich aus strafrechtlicher Perspektive Dritten keinen Freibrief zur Tötung eines anderen Menschen an die Hand, selbst wenn der Getötete sich den Tod wohlüberlegt, ernstlich und dringend gewünscht hat.² Hieraus leitet die h.M. eine Einwilligungssperre für Tötungsdelikte ab, mit der Folge, dass das Rechtsgut menschliches Leben auch für seinen Träger unter keinen Umständen disponibel erscheint.

In den Fällen, in denen der Betroffene unheilbar erkrankt oder zumindest die Prognose hinsichtlich seiner Überlebenschancen denkbar ungünstig ist, sind schon bisher Auswege aus dem Bestrafungsgebot der Tötungstatbestände gesucht und auch begangen worden. In der Rechtsprechung und in der Wissenschaft hat sich nämlich die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Verzicht auf (weitere) lebenserhaltende Behandlungsmaßnahmen zumindest dann zulässig sein muss, wenn der nicht mehr abwendbare Tod nahe bevorsteht. Eine Pflicht zur Lebensverlängerung um jeden Preis, d.h. auch mit therapeutisch sinnlosen Maßnahmen, gibt es dann nicht, auch nicht für einen Arzt, selbst wenn eine behandlungsbezogene Willensäußerung des Betroffenen nicht feststellbar ist.³ Lange Zeit war streitig, ob dies auch gilt, wenn die Sterbephase noch nicht eingesetzt hat.

Die mit den strafrechtlichen Fragestellungen befasste Rechtsprechung hat die Möglichkeit der Beendigung einer medizinischen Behandlung *vor* Eintritt in die Sterbephase bereits vor geraumer Zeit bejaht, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Vorgehen mit dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen übereinstimmt.⁴ Das Unterlassen der weiteren Behandlung wird für rechtmäßig gehalten, wenn es dem Willen, d.h. Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung trägt, da gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf. Dieser Lösung steht jedenfalls nach Auffassung einer gewichtigen Literaturmeinung die Einwilligungssperre des § 216 StGB nicht entgegen, weil sie auf die aktive Tötung durch einen anderen Menschen beschränkt sei und einen die Garantenpflicht des Arztes oder auch die Hilfspflicht anderer Garanten beseitigenden Behandlungsverzicht des Patienten nicht hindere.⁵ Aus vergleichbaren Überlegungen heraus hat die Rechtsprechung ein an sich phänomenologisch

* Die Verf. war Vorsitzende des 2. Strafsenats und Berichterstatterin in dieser Sache.

¹ Zu den infolge medizinischer Erkenntnisse und Fortschritte fließend gewordenen Grenzen u.a. Fischer, in: M. Heinrich/C. Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 557 (S. 558 f.).

² Hierzu erst jüngst ein Urteil des 3. Strafsenats des BGH v. 7.10.2010 – 3 StR 168/10 = StV 2011, 284.

³ BGHSt 32, 367 (379 f.); Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 8 f.; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 35 ff. m.w.N.; a.A. Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29 f.

⁴ BGHSt 37, 376 (378 f.); 40, 257 (262 f.).

⁵ So Eser (Fn. 3), Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 28; Jähnke, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2002, Vor § 211 Rn. 13.

als aktives Tun erscheinendes Verhalten in ein normativ verstandenes Unterlassen umgedeutet, wie etwa die Abschaltung des Beatmungsgeräts in ein Unterlassen der weiteren Beatmung, die Anweisung an das Pflegepersonal, die künstliche Ernährung zu beenden, in ein Nichtvornahme, ein Unterlassen der weiteren Sondenernährung.⁶ Tatsächlich, darüber konnte eigentlich kein Zweifel bestehen, war diese so bezeichnete passive Sterbehilfe bei ihrer praktischen Umsetzung in die Realität gar nicht so passiv, wie behauptet wurde.⁷ Auch lassen sich die Entscheidungen zur passiven Sterbehilfe nicht bruchlos mit der übrigen Rechtsprechung zu Fällen des strafbaren bzw. straflosen Umgangs mit der Situation von sterbenden oder sterbewilligen Menschen zusammenfügen. Zum einen ist § 216 StGB in älteren Entscheidungen auch auf Fälle des pflichtwidrigen Unterlassens angewandt worden,⁸ zum anderen wurde unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich in Fällen der sog. indirekten – in Wahrheit direkten – Sterbehilfe, bei denen einem *sterbenden* Patienten eine seinem Willen entsprechende Leidensminderung durch medikamentöse Behandlung der Begleiterscheinungen der Grunderkrankung mit der unbeabsichtigten Nebenfolge einer Lebensverkürzung durchgeführt wird,⁹ sogar die aktive Verursachung des Todes als rechtlich erlaubt anerkannt.

Die strafrechtliche Diskussion im Zusammenhang mit Fragen nach der Zulässigkeit von Sterbehilfe ist dennoch über mehrere Jahrzehnte auf der dogmatisch nicht einheitlich durchgehaltenen Grundlage der begrifflichen Unterscheidung von erlaubter passiver Sterbehilfe und verbotener (direkter) aktiver Sterbehilfe geführt worden.

Das hatte ungeachtet des tatsächlichen Stands der alles andere als stringenten strafrechtlichen Rechtsprechung die verbreitete Vorstellung zur Folge, dass aktives Handeln stets mit Strafbarkeit gleichzusetzen sei, und führte in der Praxis zu Verunsicherung, wenn es darum ging, ob eine medizinische Behandlung begrenzt oder gar abgebrochen werden darf, wenn dies Aktivitäten des Arztes oder des medizinischen Personals voraussetzte. Auch meinte der *XII. Zivilsenat* noch 2005 feststellen zu können, dass die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe im weiteren Sinne noch nicht hinreichend

geklärt seien, was für das Zivilrecht ebenfalls von Bedeutung sei, da niemand zivilrechtlich zu einem Verhalten verurteilt werden könne, mit dem er Gefahr laufe, sich zu den Geboten des Strafrechts in Widerspruch zu setzen.¹⁰ Diese Schlussfolgerung wäre zweifellos richtig, wenn denn die Prämisse in den hier interessierenden Zusammenhängen zuträfe.

III. Das Dritte Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 29.7.2009 und das BGH-Urteil vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09

Die rechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen für Sterbehilfe und deren strafrechtlicher Bewertung haben sich jedenfalls gegenwärtig zum einen durch das Dritte Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 29.7.2009¹¹ und zum anderen infolge des Urteils des 2. *Strafsenats* des BGH vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09¹² zur Zulässigkeit einer „Sterbehilfe“ (auch) durch aktives Tun nicht unwesentlich in Richtung auf eine einheitlichere Handhabung verändert und gefestigt.

Der 2. *Strafsenat* hat bekanntlich dort folgende Grundsätze aufgestellt:

- Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch)¹³ ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess¹⁴ seinen Lauf zu lassen.
- Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.
- Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht im Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich.

Für die Einordnung des Urteils des 2. *Strafsenats* in das Spektrum der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe ist im Blick zu behalten, dass im Zentrum der strafrechtlichen Prüfungen schon immer der Wille bzw. die Einwilligung des Patienten in medizinische Behandlungsmaßnahmen stand.

⁶ BGHSt 40, 257 (265 f.).

⁷ So zutreffend *Rosenau*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 547 (S. 555); *Wolfslast/Weinrich*, StV 2011, 286 (287); siehe hierzu auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, Vor § 211 Rn. 33 ff.; *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, Vor § 211 Rn. 122 f.

⁸ BGHSt 13, 162 (166); 32, 367 (371).

⁹ BGHSt 42, 301 (305) m. Anm. *Schöch*, NStZ 1997, 409; *Schroth*, GA 2006, 549 (565 f.); *Verrel*, MedR 1997, 428; vgl. auch *Kutzer*, in: Schöch/Satzger u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 663 (S. 673 f.); Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. 2/2, 2006, N 216.

¹⁰ BGHZ 163, 195 (200 f.).

¹¹ BGBI. I 2009, S. 2286.

¹² BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963.

¹³ Eine Klammerdefinition, die deshalb auch als solche bei Auseinandersetzungen mit der Entscheidung nicht aus dem Blick verloren werden sollte! Diese Definition ist im Übrigen inhaltlich von den im Februar 2011 veröffentlichten und überarbeiteten Grundsätzen der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung in der Präambel übernommen worden, DÄBl. 2011, 138.

¹⁴ Das trifft entgegen gelegentlich vertretener Auffassungen (so etwa *Rosenau* [Fn. 7], S. 547 [S. 557]) auch auf Wachkomapatienten zu, die ohne apparative Unterstützung zumindest keine Nahrung oder Flüssigkeit zu sich nehmen können, d.h. „lebensbedrohlich“ erkrankt sind.

Die allgemeine Diskussion um die Zulässigkeit von Sterbehilfe wurde zunächst durch strafrechtliche Entscheidungen des BGH in Gang gesetzt, die als erstes eine auf dem Willen des Patienten beruhende Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen – die sog. passive Sterbehilfe¹⁵ – betrafen. Später wurde die medizinisch gebotene und mit dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten erfolgte Medikation zur Schmerzlinderung bei einem Sterbenden, die als nicht gewollte, aber unvermeidlich in Kauf genommene Nebenfolge das Leben des Patienten verkürzen kann, sog. indirekte Sterbehilfe,¹⁶ als rechtmäßig anerkannt. Als wichtige Erweiterung des Bereichs rechtlich zulässiger Sterbehilfe erfolgte sodann durch ein – allgemein als Kemptener Entscheidung bekanntes – Urteil des *1. Strafsenats*, in dem dieser deutlich machte, dass nach seiner Auffassung die Beendigung einer lebenserhaltenden Maßnahme – jedenfalls ausnahmsweise – auch schon vor Eintritt in die Sterbephase zulässig sein könne, nämlich dann, wenn dies dem zuverlässig ermittelten mutmaßlichen Nichtbehandlungswillen des Patienten entspricht.¹⁷ Der *1. Strafsenat* interpretierte allerdings die Anweisung der Angeklagten an das Pflegepersonal, die künstliche Ernährung zu beenden – also ein zweifellos positives Tun – in ein Unterlassen um, weil der Schwerpunkt des Unwerts ihres Verhaltens in der Verletzung der Garantenstellung gegenüber der Wachkomapatientin und in der Nichtvornahme der für die Lebenserhaltung gebotenen künstlichen Ernährung liege.¹⁸

1. Der am Patientenwillen orientierte „Behandlungsabbruch“ und die Rechtfertigungslösung des 2. Strafsenats

In dem der Entscheidung des *2. Strafsenats* vom 25.6.2010 zugrundeliegenden Fall hatte sich das Landgericht bei seiner Verurteilung des angeklagten Rechtsanwalts letztlich auf die vordergründige Unterscheidung von „passiv“ und „aktiv“ zurückgezogen. Es hatte zwar gesehen und anerkannt, dass die künstliche Ernährung gegen den Willen der Patientin weiter durchgeführt werden sollte und gegen deren Willen rechtswidrig war, das Durchschneiden der PEG-Sonde auf Rat des Angeklagten durch die Tochter der Patientin hat es – zutreffend – als aktives Tun gewertet, allerdings dieses Vorgehen nicht mehr als zulässige „passive“ Sterbehilfe anerkannt, sondern als nicht mehr durch die Einwilligung der Patientin zu rechtfertigende aktive Sterbehilfe gewertet und den Angeklagten wegen (gemeinschaftlicher) versuchter Tötung verurteilt.

a) Der in Rechtsprechung und Literatur in diesen Zusammenhängen verwendete Begriff der passiven Sterbehilfe war – wie bereits angesprochen – von Beginn an schon deshalb verfehlt bzw. irreführend, weil nicht die generelle Passivität des Arztes beim Sterben eines Menschen gemeint war oder gar verlangt wurde, gemeint war lediglich eine Passivität im Hinblick auf das Grundleiden, das Beenden kurativer oder

lebenserhaltender Tätigkeiten.¹⁹ Die Grenze zwischen erlaubter und nicht erlaubter Sterbehilfe lässt sich in diesem Zusammenhang nicht sinnvoll nach Maßgabe einer an äußeren Geschehensabläufen orientierten Unterscheidung bestimmen oder hinreichend deutlich machen. Wird eine lebenserhaltende medizinische Maßnahme beendet oder soll eine solche beendet werden, so beinhaltet ein solches Vorgehen regelmäßig einen Gesamtkomplex von verschiedenen medizinisch erforderlichen, aber auch rein praktisch notwendigen Handlungen, die gegebenenfalls in weitere pflegerische und palliativmedizinische Maßnahmen übergehen. Eine solche Behandlungsbeendigung – medizinisch wird hier auch von einer Änderung des Therapieziels gesprochen – erschöpft sich also nicht in bloßer Untätigkeit. Nicht nur aus medizinischer, sondern auch aus rechtlicher Sicht kommt es entscheidend darauf an, was in der konkreten Situation gemessen an dem Zustand des Patienten an medizinischen und pflegerischen Maßnahmen sinnvoll und notwendig ist und ob dies dem Willen des Patienten entspricht oder nicht. Maßgeblich kommt es für die Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenen Verhalten also darauf an, welche Sachverhalte von der Einwilligung des Patienten abgedeckt werden.²⁰

b) Die Entscheidung versucht deshalb, die nach allgemeinem Konsens rechtmäßige Sterbehilfe in ihrem sozialen, medizinischen und rechtlichen Sinngehalt umfassender zu definieren und inhaltlich korrekter zu fassen. Der bisher allgemein verwendete dreigliedrige, zu Missverständnissen führende Begriff der Sterbehilfe – erlaubte passive und indirekte sowie verbotene direkte Sterbehilfe – wurde durch den Begriff des „Behandlungsabbruchs“ ersetzt; mit dem Begriff des „Behandlungsabbruchs“ ist ein in der allgemeinen Diskussion²¹ gängiger und auch schon vom *1. Strafsenat* in der Entscheidung BGHSt. 40, 257²² verwendeter Terminus aufgegriffen worden, weil er nach Auffassung des *2. Strafsenats* das Gemeinte erschöpfend beschreibt, ohne eine aktive Tötung im Sinne der Straftatbestände §§ 212, 216 StGB schon per definitionem zu erlauben. Danach fallen zwar alle, aber auch nur solche Handlungen, die mit der Beendigung oder Begrenzung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang

¹⁹ Zutreffend schon *Schreiber*, NSStZ 2006, 473 (475).

²⁰ So auch die zutreffende Interpretation des BGH-Urteils durch *Hirsch*, JR 2011, 37 f.

²¹ Ein Begriff, der schon zuvor in der wissenschaftlichen Diskussion etabliert war, siehe die Nachweise in BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 31; *Verrel*, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, C 60 f, C 7776 f., hatte ebenfalls die Ersetzung der überkommenen Sterbehilfeterminologie durch einen an dem am Selbstbestimmungsrecht des Patienten und dem Behandlungsbezug orientierten Begriff der *Behandlungsbegrenzung* vorgeschlagen. Der *2. Strafsenat* hat stattdessen den durch Klammerdefinition näher umschriebenen Begriff des *Behandlungsabbruchs* gewählt, weil er alle Formen des nicht (mehr) Behandelns umfasst und insbesondere nicht im Unklaren lässt, dass auch der letzte Vollzug des Patientenwillens durch Abschalten medizinisch-technischer Geräte hierunter fällt.

²² BGHSt 40, 257 (260 ff.).

¹⁵ BGHSt 37, 376 (379), eine Entscheidung des *3. Strafsenats* des BGH aus dem Jahr 1991.

¹⁶ BGHSt 42, 301 (305) und BGHSt 46, 279 (284 f.).

¹⁷ BGHSt 40, 257 (260, 262).

¹⁸ BGHSt 40, 257 (265 f.).

stehen, unter den Begriff des Behandlungsabbruchs. Eine als Sterbehilfe rechtmäßige Handlung muss jedoch zudem objektiv und subjektiv unmittelbar auf die Begrenzung oder Beendigung einer lebenserhaltenden oder -verlängernden medizinischen Behandlung bezogen sein und zu dem Zweck vorgenommen werden, den ebenfalls auf diese Behandlung bezogenen Patientenwillen umzusetzen.

Daraus folgt eine wesentliche Einschränkung des Umfangs der bei einem vom Patientenwillen getragenen Behandlungsabbruch rechtmäßigen aktiven und passiven Verhaltensweisen, die der Abgrenzung zur nach wie vor strafbaren Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) dienen kann. Das Element der Behandlungsbezogenheit hält auch – entgegen einer in der öffentlichen Diskussion nicht selten anzutreffenden Verallgemeinerung oder Gleichsetzung des Begriffs der „Sterbehilfe“ mit Hilfe zum Suizid²³ – das anders gelagerte Problem des ärztlich assistierten Suizids oder der Beihilfe zum Suizid aus der Definition der rechtmäßigen Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch usw. heraus. Denn das eine hat mit dem anderen nicht notwendig etwas zu tun. Zwar ist auch die Suizidproblematik eng mit dem Selbstbestimmungsrecht verbunden, ihr fehlen jedoch in der Regel die Elemente der physischen Erkrankung und/oder der Behandlungsbezogenheit der zum Tode führenden Handlungen.²⁴

c) Hinzu kommt folgende Überlegung: Das grundgesetzlich garantierte Selbstbestimmungsrecht ist ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen ungewollte Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang seines Lebens und Sterbens. Es gewährt nach meiner Auffassung und der des 2. *Strafsenats* des BGH dem Rechtsgutsinhaber aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu gezielten Eingriffen in sein Leben veranlassen zu können.²⁵ Die Verfügungsfreiheit des Einzelnen endet nach unserer Rechtsordnung dort, wie aus § 216 StGB erhellt, wo er die Entscheidung über den Bestand seines Lebens aus der Hand gibt und dessen Beendigung in die Hand eines Dritten legt. Das erklärt u.a. auch die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen und die Straflosigkeit der Beihilfe zum Suizid.²⁶ In dem hier interessierenden Zusammenhang bleiben denn auch gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die in keinem Zusammenhang mit einem Behandlungsabbruch stehen, sondern von außen kausal in den Krankheitsverlauf eingreifen, um das Leben zu beenden, auch wenn sie dem Willen des Patienten entsprechen, zunächst einmal nach §§ 212, 216 StGB strafbare Handlungen. So ist das Abschalten eines

Beatmungsgeräts oder die Entfernung einer Ernährungssonde zulässig, nicht aber die zusätzlich gesetzte Spritze mit einem tödlich wirkenden Giftstoff oder die Verabreichung einer Überdosis eines Medikaments zur Beschleunigung des Todeintritts.

2. Stellungnahmen zum Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09

Wie nicht anders zu erwarten ist die Entscheidung von Vertretern der Wissenschaft in kritischen Stellungnahmen kommentiert worden.

a) Die Kritik richtet sich zunächst eher vordergründig gegen einige Formulierungen und dogmatische Ansätze der Entscheidung, wobei zumindest die Kritik an einer angeblichen Aufgabe der Unterscheidung von Tun und Unterlassen fehlt geht,²⁷ da der 2. *Strafsenat* das auch nicht getan, sondern lediglich die Frage der Rechtmäßigkeit der Sterbehilfe von dieser Unterscheidung abgekoppelt und entschieden hat, dass ein aktives Handeln wie ein Tun und nicht wie ein Unterlassen zu behandeln ist.²⁸

Weiter wird beanstandet, dass der in der Entscheidung auf das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Einwilligung des Patienten gestützte gerechtfertigte Behandlungsabbruch nicht mit § 216 StGB zu vereinbaren sei,²⁹ zugleich aber behauptet, dass die Fallkonstellation der Beendigung lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen von § 216 StGB auch gar nicht erfasst werde, weil die Anwendung des § 216 StGB im Wege teleologischer Reduktion nur auf die Fälle des von außen erfolgten aktiven Setzens einer Todesursache zu beschränken sei. Nach dieser Meinung finde § 216 StGB auf ein bloßes Vorenthalten lebenserhaltender Maßnahmen nämlich gar keine Anwendung.³⁰

Nun ist dieses Argumentationsmuster jedenfalls auf den ersten Blick nicht überzeugender als die Einwilligungslösung des 2. *Strafsenats*, zumal bei einem Wegfall der Privilegierungsvorschrift des § 216 StGB sogleich die Tatbestände der §§ 211, 212 StGB im Raum stünden, wenn es nur um eine teleologische Reduktion des § 216 StGB ginge.³¹ Auch bedarf es einer solchen Tatbestandsreduktion zunächst einmal nicht, wenn man mit der Rechtsprechung den Begriff des „Verlangens“ i.S.d. § 216 StGB nicht schon mit einer bloßen Einwilligung gleichsetzt,³² es sei denn man verfolgt den weiter reichenden Gedanken einer allgemeinen tatbestandlichen Reduktion der Tötungsdelikte für Sterbehilfefälle. Hierauf wird zurückzukommen sein.

b) Nicht vertieft behandelt werden kann hier die in der Literatur entstandene Diskussion über die strafrechtliche Be-

²³ Vgl. dazu *Putz*, in: *Schöch/Satzger* u.a. (Fn. 9), S. 701 f. m.w.N.

²⁴ Diese Kriterien der Grenzziehung zwischen erlaubter Sterbehilfe und verbotener Tötung werden von *Fischer* (Fn. 1), S. 557 (S. 571, 575) nicht erwähnt.

²⁵ BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 35; ähnlich schon zum AE-Sterbebegleitung *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553 (573); *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (606); *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. 2008, S. 335.

²⁶ Vgl. *Stratenwerth*, in: Böse (Hrsg.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 355 (S. 358).

²⁷ *Walter*, ZIS 2011, 76 f.

²⁸ Insoweit zutreffend *Verrel*, NStZ 2010, 571 (574).

²⁹ *Walter*, ZIS 2011, 76 (78).

³⁰ *Duttge*, MedR 2011, 32 (37); ähnlich *Walter*, ZIS 2011, 76 (81 f.).

³¹ Darauf weist *Engländer*, JZ 2011, 513 (518) zutreffend hin.

³² So schon RGSt, 68, 306 (307); vgl. ferner BGH StV 2011, 284 = Urt. v. 7.10.201 – 3 StR 168/10.

deutung der betreuungsrechtlichen Regelungen der §§ 1901a ff. BGB n.F. für das Strafrecht.³³

Nur soviel: Der 2. *Strafsenat* hat in seinem Urteil ausgeführt, die neuen Vorschriften des Betreuungsrechts entfalten „auch für das Strafrecht Wirkung“, ließen aber die Regelungen der §§ 212, 216 StGB unberührt (Rn. 26). Diese Aussage stützt sich auf die Gesetzesmaterialien, in denen – zutreffend – davon ausgegangen wird, dass sowohl die Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess als auch das Recht, einen medizinischen Eingriff ablehnen zu können, streng von einer Tötung auf Verlangen zu unterscheiden seien. Eine nach § 216 StGB strafbare Tötung auf Verlangen könne selbstverständlich auch in den Festlegungen einer Patientenverfügung nicht wirksam gefordert werden. Denn: „Die Rechtsordnung bildet mit ihren Teilbereichen Zivil- und Strafrecht eine Einheit, bei der die Teilbereiche aufeinander einwirken. Deshalb kann der Patient vom Arzt keine strafbare Handlung verlangen.“³⁴ Die Richtigkeit dieser Aussage lässt sich kaum bestreiten.

Soweit in einigen Anmerkungen und Besprechungen des Urteils gemutmaßt wird, der 2. *Strafsenat* habe die Beachtung des betreuungsrechtlichen Verfahrens zur Voraussetzung für eine strafrechtliche Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs erklärt oder erklären wollen,³⁵ trifft dies ausweislich der Entscheidungsbegründungen nicht zu und ist wohl teils auch der jeweils eigenen Erwartungshaltung oder Einstellung zur Frage möglicher prozeduraler Rechtfertigungslösungen entsprungen. Sowohl in dem Urteil vom 25.6.2010 als auch in dem Nachfolgebefehl vom 10.11.2010³⁶ wird darauf hingewiesen bzw. ausgeführt, dass die §§ 1901a ff. BGB n.F. der prozeduralen Absicherung der schwierigen und der Gefahr von Manipulationen ausgesetzten Feststellung des Patientenwillens dienen, deren Beachtung den Beteiligten die Sicherheit gibt, bei den Bemühungen um die Feststellung des Patientenwillens das Richtige getan bzw. sich gesetzeskonform verhalten zu haben. Wenn sich ein Beteiligter an die Vorschriften gehalten hat, wird ihm auch strafrechtlich niemand vorwerfen können, er habe sein Verhalten nicht am Patientenwillen orientiert oder zumindest orientieren wollen. Welche strafrechtlichen Konsequenzen sich aus der Nichteinhaltung der betreuungsrechtlichen Verfahrensvorschriften ergeben, ist damit noch nicht gesagt. Das richtet sich allein

³³ Die Formulierung, dass die Verfahrensregeln „zu berücksichtigen“ (Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 25) sind, ist durchaus mit Bedacht gewählt worden. Die von *Walter*, ZIS 2011, 76 (76 f. dort Fn. 29) unter Berufung auf *Verrel* (NSTZ 2010, 671 [674]) geäußerte Vermutung, der *Senat* habe wahrscheinlich „beachten“ oder „einhalten“ gemeint, ist falsch; die Ermahnung, man müsse sich stets zur treffenden Wahl des Wortes zwingen, trifft zwar zu, liegt aber hier neben der Sache.

³⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 8.

³⁵ *Verrel*, NSTZ 2011, 277 in einer Anmerkung zu dem Beschluss des 2. *Strafsenats* v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10; ähnlich auch *Walter*, ZIS 2011, 76 (79 f.) und *Dölling*, ZIS 2011, 345 (348).

³⁶ BGH NSTZ 2011, 274.

danach, ob er sich zutreffend oder zumindest in vertretbarer Weise auf einen entsprechenden Patientenwillen berufen kann; allerdings trägt er bei Nichtbeachtung der genannten Regeln das Risiko der Fehleinschätzung zumindest insoweit, als ihm der Ausweg aus einer möglichen Strafbarkeit – entweder wegen Körperverletzung infolge Missachtung des Nichtbehandlungswillens des Patienten oder wegen eines Tötungsdelikts wegen Missachtung des Behandlungswillens – durch Berufung auf einen unvermeidbaren (Erlaubnis-)Irrtum versperrt sein dürfte.³⁷

Ferner stellt sich die Frage, ob sich ein Verstoß gegen die betreuungsrechtlichen Verfahrensregeln nicht schon auf die Validität des „Ermittlungsergebnisses“ hinsichtlich eines dem weiteren Handeln zugrunde gelegten tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillens auswirkt.³⁸ Dass eine Strafbarkeit allein wegen Verstoßes gegen die Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB nicht in Betracht kommen kann,³⁹ versteht sich ohne entsprechende gesetzliche Regelung von selbst. Ebenso wenig kann ein solcher Verstoß für sich genommen als ein derart gewichtiges und strafwürdiges Fehlverhalten gewertet werden, dass darauf eine Bestrafung nach den Tatbeständen der §§ 211 ff. StGB gestützt werden könnte.⁴⁰ Anlass, derartige Überlegungen hinter den Ausführungen des Urteils vom 25.6.2010 zu vermuten, geben die Urteilsgründe jedenfalls nicht.

IV. „Behandlungsabbruch“ als tatbestandslose Umsetzung des Patientenwillens

Vertiefender Betrachtung bedürfen jedoch, auch wegen eines möglichen Konflikts einer Einwilligungslösung mit § 216 StGB,⁴¹ diejenigen Stimmen, die Ansätze bieten, die Sterbehilfeproblematik im Zusammenhang mit Behandlungsbegrenzungen usw. aus dem Bereich der Rechtfertigung auf die Tatbestandsebene zu verlagern und von einer schon von den Tatbeständen der Tötungsdelikten nicht erfassten Fallgestaltung,⁴² zumindest aber von einer fehlenden Zurechenbarkeit des Todeserfolges auszugehen.

³⁷ So zutreffend *Rosenau* (Fn. 7), S. 547 (S. 563); *Gaede*, NJW 2010, 2925 (2927 f.); auch schon *Verrel*, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, C 98 f.

³⁸ Vgl. *Wolflast/Weinrich*, StV 2011, 286 (288 f.), Anm. zu BGH, Beschl. v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10.

³⁹ *Hirsch*, JR 2011, 37 (39).

⁴⁰ So aber möglicherweise *Walter*, ZIS 2011, 76 (81).

⁴¹ *Rosenau* (Fn. 7), S. 547 (S. 558); *ders.*, in: M. Heinrich/C. Jäger (Fn. 1) S. 577 (S. 583); *Walter*, ZIS 2011, 76 (77 f.).

⁴² Zu früheren Lösungsversuchen für eine fehlende Tatbestandsmäßigkeit von Sterbehilfehandlungen, die meistens auf den sozialen Sinn- oder Bedeutungsgehalt gestützt oder mit einer andersartigen objektiven Zwecksetzung des ärztlichen Handelns, einer fehlenden Rechtsgutsverletzung oder dem Schutzzweck der Tötungsdelikte begründet werden, vgl. u.a. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, Vor § 211 Rn. 7, *Jähnke* (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 15 und 17; *Krey/Heinrich* (Fn. 3), Rn. 14; *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 33, jeweils m.w.N.

1. Von Bedeutung ist insoweit der Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes,⁴³ der die Versagung oder den Widerruf der Einwilligung in eine medizinische Behandlung, wie eben ausgeführt, gerade nicht als Fall des § 216 StGB angesehen hat, sondern von einer Tötung auf Verlangen unterschieden wissen wollte, also im Verhältnis zu einem am Patientenwillen orientierten Behandlungsabbruch offensichtlich als ein aliud verstanden hat. Über die schon herangezogene Stelle in den Materialien zu dem genannten Gesetz hinaus wird zur weiteren Begründung des grundsätzlichen Unterschieds zwischen der Verweigerung der Einwilligung in eine medizinische Maßnahme und einer strafbaren Tötung ausgeführt, das Selbstbestimmungsrecht gelte nicht schrankenlos. So verbiete die Rechtsordnung die Tötung menschlichen Lebens und deshalb auch eine Tötung auf Verlangen, auch in der Form der aktiven Sterbehilfe. Die Achtung des Selbstbestimmungsrechts durch Unterlassung einer Behandlung aufgrund der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder die Unterlassung ihrer Fortführung in einer Patientenverfügung – meine Ergänzung: oder aufgrund einer konkreten Willensäußerung oder des mutmaßlichen Willens – sei hiervon strikt zu unterscheiden.⁴⁴ Der Gesetzgeber ist demnach davon ausgegangen, dass das Selbstbestimmungsrecht (nur) als Abwehrrecht der betroffenen Person gegen nicht gewollte Eingriffe zu respektieren ist, nicht jedoch – zumindest nicht bei Tötungsdelikten – als Legitimationsgrundlage für Dritte. Diese Auffassung hat auch der 2. *Strafsenat* vertreten.

Mir scheint allerdings fraglich, ob im Hinblick auf diese Gesetzesbegründung von einer vom Gesetzgeber gewollten teleologischen Reduktion der strafrechtlichen Tötungstatbestände ausgegangen werden kann. Der Gesetzgeber wollte die betreuungsrechtlich relevanten Fälle regeln, in denen Wahrnehmung und Beachtung des jedem Menschen zustehenden Selbstbestimmungsrechts bei körperlichen oder geistigen Erkrankungen verbunden mit Einschränkungen der Fähigkeit zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts eine Rolle spielen. Die strafrechtlichen Tötungstatbestände wollte er nicht ändern und hat sie auch nicht geändert. Die Entwurfsbegründung zum Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz beschreibt lediglich, was als zulässige Ausübung des Selbstbestimmungsrechts anzusehen ist, und dass diese Fallkonstellationen nicht von § 216 StGB erfasst würden. Dazu, was letztlich ein hiervon zu trennendes tatbestandsmäßiges Verhalten i.S.d. §§ 212, 216 StGB ausmacht, besagt sie nichts.

2. Von Bedeutung ist deshalb die von anderen *Autoren*⁴⁵ angesprochene, allerdings nicht neue Überlegung, dass eine Rückbesinnung auf die Natur der medizinischen Behandlung als grundsätzlich einwilligungsbedürftige Maßnahme notwendig ist, um auch die auftretenden strafrechtlichen Probleme angemessen lösen zu können. Man muss sich nämlich

auch im Strafrecht darauf besinnen, dass nicht (erst) der Abbruch einer medizinischen Behandlung, sondern die Vornahme, d.h. deren Beginn und ihre Fortführung der Einwilligung des Patienten bedarf, anderenfalls die Behandlung rechtswidrig ist und beendet werden muss.⁴⁶ Eine Einwilligung in den Behandlungsabbruch ist daher zugleich eine rechtlich verbindliche Versagung oder ein Widerruf der früheren Einwilligung in eine Behandlung.⁴⁷ Die Versagung oder der Widerruf einer derartigen, die Rechtmäßigkeit einer medizinischen Behandlung erst bewirkenden Einwilligung, hat mit einer Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB wenig, wenn nicht sogar gar nichts zu tun oder gemeinsam.

3. Wird diese hauptsächlich im zivil- und öffentlich-rechtlichen Schrifttum anzutreffende Betrachtungsweise hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts, in dem eine Einwilligung des Patienten vorliegen muss, um eine medizinische Behandlung auch für die nachfolgenden Maßnahmen als rechtmäßig charakterisieren zu können, auch im Strafrecht in ihrer umfassenden rechtlichen Bedeutung berücksichtigt, muss weiter, nämlich über die bisher von der Rechtsprechung bevorzugte Rechtsfertigungslösung hinaus, gedacht und argumentiert werden. Bedenkt man ferner den Eingriffscharakter jeder medizinischen Behandlung, die, wenn sie ohne das Einverständnis oder gegen den Willen des Patienten erfolgt, rechtswidrig ist, auch im strafrechtlichen Sinne zu Ende, so liegt die Schlussfolgerung mehr als nahe, dass es sich schon nicht um ein im Sinne der Tötungsdelikte tatbestandsmäßiges Verhalten handeln kann, wenn eine lebenserhaltende oder -verlängernde ärztliche Behandlung nicht oder nicht mehr fortgesetzt wird, weil gegen den Willen des Patienten nicht behandelt werden darf.

Für das Zivilrecht wird denn auch die Auffassung vertreten, dass in derartigen Fällen keine Tötungshandlung vorliege.⁴⁸ Auf das Strafrecht ist ein solches Ergebnis (keine Tötungshandlung i.S.d. §§ 211 ff. StGB) nicht ohne weiteres übertragbar, weil die Beendigung einer lebenserhaltenden medizinischen Behandlung für den später eintretenden Todeserfolg zweifellos ursächlich und deshalb zunächst einmal strafrechtlich relevant ist, daran ändert auch der entsprechende Patientenwille nichts.

Im Strafrecht hat es mit der kausalen Verknüpfung zwischen Tun oder Unterlassen und dem tatbestandlichen Erfolg aber gleichfalls nicht sein Bewenden, sondern die tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung, der Erfolg, muss dem

⁴³ *Duttge*, MedR 2011, 32 (36); *Walter*, ZIS 2011, 76 (81).

⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 9; ähnlich die grundsätzliche Argumentation von *Neumann* (Fn. 7), Vor § 211 Rn. 122.

⁴⁵ *Engländer*, JZ 2011, 513 (517); *Lipp*, FamRZ 2010, 155; angesprochen wird dieses Problem auch von *Kubiciel*, ZJS 2010, 656 (660).

⁴⁶ Ausführlich dazu schon *Taupitz*, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, 2000, A 18 ff. 123, 125; siehe auch *Verrel*, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, C 37 f.

⁴⁷ Darauf weist zutreffend *Engländer*, JZ 2011, 513 (518) hin.

⁴⁸ *Lipp/Klein*, FPR 2007, 56 (57); schon *Schroth*, GA 2006 549 (551), und auch *Verrel*, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, C 37 f., haben richtig angemerkt, dass das deutsche Recht keine Zwangsbehandlung kennt, im Gegenteil sogar eine Pflicht zum Behandlungsabbruch bestehen kann.

Täter als sein Werk zurechenbar sein.⁴⁹ Daran fehlt es nach meiner inzwischen gewonnenen Überzeugung in den hier interessierenden Fallkonstellationen. Da der Arzt kein eigenständiges Recht zur Behandlung des Patienten hat, muss die lebenserhaltende Behandlung, wie jede Behandlung, nicht nur medizinisch indiziert sein, sondern auch dem Patientenwillen entsprechen. Lehnt der Patient eine Behandlung ab, darf der Arzt ihn nicht behandeln, d.h. entweder er darf die Behandlung gar nicht erst aufnehmen oder aber er muss sie, wenn sie mit oder sogar ohne Einwilligung des Patienten begonnen wurde, auf jeden Fall beenden. Führt er sie ohne Einwilligung des Patienten weiter, macht er sich wegen Körperverletzung strafbar. Beendet er sie, weil er den Patienten ohne dessen Einverständnis nicht (weiter) behandeln darf und hat dies den Tod des Patienten zur Folge, so kann ihm dieser Erfolg nicht zugerechnet werden, da er sich pflichtgemäß und rechtmäßig verhalten hat. Würde man ihn dennoch für den Todeserfolg wegen eines Tötungsdelikts zur Verantwortung ziehen, würde er für ein rechtmäßiges Verhalten bestraft. Das kann nicht sein. Er hat weder die durch die Erkrankung entstandene Todesgefahr zu vertreten noch ist er in der Lage, das einer rettenden, zumindest aber lebensverlängernden medizinischen Behandlung entgegenstehende rechtliche Hindernis der fehlenden Einwilligung des Betroffenen zu überwinden. Er kann für den Todeserfolg rechtlich nicht verantwortlich gemacht werden.⁵⁰ Nach den im Strafrecht anerkannten, den Tatbestand eines Erfolgsdelikts einschränkenden Grundsätzen der objektiven Zurechnung muss auch in den Fällen fehlender rechtlicher Verantwortlichkeit für den tatbestandsmäßigen Erfolg schon der Tatbestand – hier des § 212 StGB – verneint werden.⁵¹ Auf eine Rechtfertigung (durch Einwilligung) kommt dann nicht mehr an.

V. Beurteilungskriterien für die strafrechtliche Verantwortung von Betreuern, Bevollmächtigten und Dritten

Der 2. *Strafsenat* hat die Anwendung der Grundsätze seines Urteils vom 25.6.2010 nicht auf das Handeln der den Patienten betreuenden Ärzte beschränkt,⁵² sondern auf das Handeln Dritter erstreckt, soweit sie in den Behandlungsabbruch aufgrund ihrer Bestellung als Betreuer oder als Bevollmächtigte des nicht selbst entscheidungsfähigen Patienten eingebunden sind oder als von dem Arzt oder dem Betreuer für die Be-

handlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden. Darin wird von einigen Literaturvertretern gleichzeitig – eine als verfehlt bemängelte – Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit einem Behandlungsabbruch auf diesen Personenkreis gesehen.⁵³ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese *Autoren* ein „nur“ in die Begründung des Senatsurteils hineinlesen, das dort nicht steht – und zwar aus gutem Grund. Denn ob und wenn ja unter welchen Umständen ein an einem Abbruch bzw. der Beendigung einer medizinischen Behandlung nicht beteiligter Dritter rechtmäßig handelt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die ihrerseits erst die für eine Rechtfertigung maßgebliche Grundlage liefern. Liegt eine Situation vor, die einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund, etwa § 32 StGB oder § 34 StGB, trägt, kommt eine Rechtfertigung ohne Zweifel in Betracht. Geht es aber darum, den Willen eines selbst nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten zuverlässig zu ermitteln, ist das eine andere Sache. Man mag der Putzfrau oder dem zur Beseitigung eines Wackelkontakts am Beatmungsgerät hinzugezogenen Elektriker rechtmäßiges Handeln noch zugestehen, wenn sie – bildlich gesprochen – den Stecker des Beatmungsgeräts aus der Wand ziehen, weil sie definitiv sicher wissen, dass der Patient unter keinen Umständen eine künstliche Beatmung will. Zweifelhafte wird es aber schon dann, wenn der Wille des Patienten dahin eingeschränkt war, dass er keine künstliche Beatmung mehr wolle, wenn sie medizinisch nicht (mehr) indiziert ist. Man schreckt aber sicherlich davor zurück, Putzfrau oder Elektriker die Beurteilung zu überlassen, ob diese Bedingung vorliegt oder nicht. Dies gilt erst recht, wenn es darum geht, den verbindlichen und deshalb den weiteren medizinischen Maßnahmen zugrunde zu legenden Patientenwillen zuverlässig festzustellen. Da die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen außerhalb der Behandlungssituation stehende Dritte, die dem Willen des Patienten zum Durchbruch verhelfen wollen, rechtmäßig handeln, nicht zu entscheiden war, hat das Urteil vom 25.6.2010 dazu auch keine Aussage gemacht.

Auf der Grundlage der hier vertretenen objektiven Zurechnungslösung stellt sich das Problem ohnehin anders dar, da der unbeteiligte Dritte nicht in die medizinische Behandlung eines lebensbedrohlich erkrankten Menschen eingebunden ist und deshalb auch nicht in einer für den Arzt, gegebenenfalls auch das übrige medizinische Personal und den Betreuer typischen Entscheidungssituation steht. Er hat keine mit der Behandlungssituation verbundenen rechtlichen Pflichten und auch nicht die faktische Möglichkeit, lebensverlängernd tätig zu werden. Wenn er in Kenntnis des die Behandlung ablehnenden Patientenwillens eine eingeleitete medizinische Behandlung beendet, kann er sich bei entsprechenden Sachverhaltsgestaltungen allenfalls auf Notwehr gemäß § 32 StGB oder einen rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB berufen, wenn er zugunsten des Patienten aktiv geworden ist.

⁴⁹ Vgl. hierzu vor allem *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 39 ff., und u.a. *Krey*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 280 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 176 ff. jeweils m.w.N.

⁵⁰ So auch *Engländer*, JZ 2011, 513 (518) unter Hinweis auf *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien, 2006, S. 18 ff.

⁵¹ *Gaede*, NJW 2010, 2925 (2927), favorisiert ebenfalls eine Tatbestandslösung, wobei er schon der Einwilligung als Grundrechtsbetätigung tatbestandsausschließende Wirkung beimessen will, jedenfalls käme auch nach seiner Auffassung auch eine Lösung über die Grundsätze der objektiven Zurechnung in Betracht.

⁵² Siehe BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 39.

⁵³ *Engländer*, JZ 2011, 513 (519); *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674); einer Beschränkung auf die betreuungsrechtlich legitimierten Personen zustimmend *Walter*, ZIS 2011, 76 (79 f.).

VI. Sonderfall indirekte Sterbehilfe

In dem Urteil vom 25.6.2010 ist, allerdings ohne nähere Erläuterung, auch die indirekte Sterbehilfe in den neuen Begriff des gerechtfertigten Behandlungsabbruchs einbezogen worden. Das ist – erkennbar – dem Bestreben zuzuschreiben, auch diese Form der bisher schon als rechtmäßig anerkannten Sterbehilfe weiterhin als rechtmäßig zu behandeln. Eine im Hinblick auf die Rechtsfigur des „Behandlungsabbruchs“ dogmatisch zu Ende durchdachte und begründete Aussage ist damit eher nicht verbunden, worauf auch völlig zu Recht in Besprechungen des Urteils hingewiesen wird.⁵⁴ Eine solche war zwar zur Entscheidung des Falles Putz nicht erforderlich, ist dessen ungeachtet aber für die Zukunft nicht entbehrlich.

Die Rechtmäßigkeit der sog. indirekten Sterbehilfe wird von der Rechtsprechung seit der Entscheidung BGHSt. 42, 301 (305) mit der h.M. der Sache nach auf § 34 StGB gestützt; dies wird mit der auf den Punkt gebrachten – und der des Menschenwürdearguments entkleideten⁵⁵ – Argumentation begründet, die Entscheidung des Betroffenen für ein kürzeres, aber schmerzfreies Leben einem nur unwesentlich längeren, aber qualvollem Leben vorzuziehen, müsse von der Rechtsordnung als Entscheidung des Rechtsgutsinhabers für das aus dessen Sicht (qualitativ) höherwertige Rechtsgut – kürzeres, aber schmerzfreies Leben – respektiert werden. Darin steckt Brisanz, weniger wegen des in derselben Person angelegten Rechtsgüter- oder Interessenkonflikts, der von dem betroffenen Rechtsgutsinhaber zweifellos selbst entschieden werden kann, als vielmehr in einer damit verbundenen und von unserer Rechtsordnung an sich nicht tolerierten qualitativen Relativierung von Lebenszuständen oder anders formuliert, einer für den Ausgang der Entscheidung bedeutsamen Qualifizierung menschlichen Lebens.⁵⁶ Dass man den wesentlichen Grund für eine Billigung der indirekten Sterbehilfe in der darin liegenden Entscheidung für die Herstellung bzw. Erhaltung eines erträglichen, wenn auch kürzeren Lebens sehen kann, die sich gerade *nicht gegen* das Leben selbst richtet und deshalb auch nicht mit dem Tötungsverbot kollidiert,⁵⁷ erscheint auf den ersten Blick nicht abwegig. Wirklich überzeugender sind Notstandsargumentationen, gegebenenfalls angereichert mit Einwilligungselementen,⁵⁸ auch nicht, sie bleiben Behelfskonstruktionen.⁵⁹ Zur Problemlösung ebenfalls nicht geeignet erscheinen Überlegungen zu einer teleologischen Reduktion des § 216 StGB, die in den

Fällen der indirekten Sterbehilfe zu einer Aufhebung der Einwilligungssperre führen könnte.⁶⁰ Näher als eine derart gekünstelte Begründung liegt es dann schon, die zur Leidensminderung und Schmerzlinderung eingesetzten Behandlungsmaßnahmen von vornherein nicht unter den Tatbestand des § 212 StGB fallen zu lassen.⁶¹ Auch dem liegt allerdings eine normative Wertung zugrunde.

⁵⁴ *Wolfslast/Weinrich*, StV 2011, 286 (287 f.); *Engländer*, JZ 2011, 513 (519 f.).

⁵⁵ Dazu kritisch *Fischer* (Fn. 1), S. 557 (S. 561 ff.).

⁵⁶ Vgl. *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 269 f.

⁵⁷ *Ingelfinger* (Fn. 56), S. 273, in Anlehnung an *Wessels*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 1997, Rn. 25 f.; ähnlich *Krey/Heinrich* (Fn. 3), Rn. 14 und *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 32.

⁵⁸ *Rosenau* (Fn. 7), S. 547 (S. 560 f.) unter Berufung auf *Roxin*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 88; vgl. ferner *Merkel*, JZ 1996, 1145 (1147 ff.).

⁵⁹ *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 33.

⁶⁰ *Engländer*, JZ 2011, 513 (518).

⁶¹ Dass dies eine vom Arzt *lege artis* ausgeführte Schmerzbehandlung voraussetzt, die nach dem heutigen Stand der medizinischen Wissenschaft zudem in aller Regel eher lebensverlängernde denn -verkürzende Wirkungen hat, versteht sich eigentlich von selbst.

Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Claus Roxin**, München

I. Einführung

Selten ist über die strafrechtliche Beurteilung eines fiktiven Falles so intensiv und leidenschaftlich diskutiert worden wie über den Sachverhalt, dass ein von Terroristen gekapertes Flugzeug abgeschossen wird mit der Wirkung, dass zwar sämtliche Passagiere vorsätzlich getötet werden, eine Tötung der im Hochhaus Anwesenden, in das die Selbstmordattentäter das Flugzeug steuern wollen, aber verhindert wird.

Das Vorbild dieses imaginierten Szenarios ist bekanntlich der Terrorangriff vom 11.9.2001 auf das World Trade Center in New York, bei dem mehrere tausend Menschen ums Leben gekommen sind. Als Reaktion auf dieses Ereignis hatte der Bundesgesetzgeber am 11.1.2005 ein Luftsicherheitsgesetz erlassen, dessen § 14 Abs. 3 und 4 sich mit der Abwehr von Angriffen im Luftraum beschäftigten und folgendermaßen lauteten:

„§ 14 LuftSiG

[...]

(3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.

(4) Die Maßnahme nach Abs. 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnete Mitglied der Bundesregierung anordnen.“

Die gesetzliche Abschussermächtigung, die in der durch § 14 Abs. 3 LuftSiG zugelassenen „Einwirkung mit Waffengewalt“ enthalten ist, hat das BVerfG in seinem Urteil vom 15.2.2006¹ für nichtig erklärt, weil dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit fehle und weil sie, wie es im dritten Leitsatz heißt, „mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar“ sei, „soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden“.

Man könnte mit diesem höchstrichterlichen Spruch das Problem als erledigt ansehen, wenn nicht eine stattliche Anzahl von Straf- und Öffentlichrechtlern das Urteil für falsch erklärt hätten und mit Nachdruck auf der Rechtmäßigkeit eines solchen Abschusses beharren würden, einer Handlung, die *Burkhard Hirsch*, einer der Beschwerdeführer beim BVerfG, als „Rettungstotschlag“ bezeichnet.² Im Strafrecht sind die Wortführer der Rechtmäßigkeitslösung *Erb*³, *Gropp*⁴, *Hans-Joachim Hirsch*⁵, *Hörnle*⁶, *Jerouschek*⁷, *Köh-*

*ler*⁸, *Rogall*⁹, *Schünemann*¹⁰ und *Spendel*¹¹. *Neumann*¹², *Otto*¹³ und *Sinn*¹⁴ kommen einer solchen Lösung immerhin nahe. Im öffentlichen Recht haben vor allem *Hillgruber*¹⁵, *Isensee*¹⁶ und *Depenheuer*¹⁷ für die Berechtigung eines Flugzeugabschusses unter Einschluss der Tötung von Passagieren plädiert.

Dabei wird gerade von Befürwortern einer Abschussberechtigung vielfach mit Polemik nicht gespart. *Isensee*¹⁸ nennt die Entscheidung des BVerfG „die Unvernunft selbst. Der grundrechtlich gebotene Lebensschutz wird so in sein Gegenteil verkehrt.“ *Hans-Joachim Hirsch*¹⁹ findet die Ansicht des BVerfG „verhängnisvoll“, *Rogall*²⁰ bezeichnet sie als „gänzlich unvertretbar“ und *Hillgruber*²¹ bemängelt ein nach seiner Ansicht „widersinniges Ergebnis“.

Angesichts dessen scheint es mir nicht überflüssig, den Streit noch einmal aufzugreifen. Dabei lasse ich die staatsrechtliche Frage nach der Zuständigkeit des Bundes beiseite, denn sie gehört nicht in das Strafrecht. Auch will ich mich nicht mit der Frage beschäftigen, ob die staatlichen Streitkräfte sich bei einem Abschuss des Flugzeugs auf den rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB oder ggf. nur auf eine spezialgesetzliche Ermächtigung stützen können, wie sie § 14 Abs. 3 LuftSiG enthält. Mir geht es allein um die Frage, ob eine gesetzliche Abschusserlaubnis, worauf immer sie gegründet wird, rechtfertigende Kraft entfalten kann oder ob

⁵ *H.-J. Hirsch*, in: *Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 149.*

⁶ *Hörnle*, in: *Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008, 2008, S. 555.*

⁷ *Jerouschek*, in: *Amelung (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003, 2003, S. 185.*

⁸ *Köhler*, in: *Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 257.*

⁹ *Rogall*, *NStZ* 2008, 1.

¹⁰ *Schünemann*, in: *Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.), Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, 2005, S. 145.*

¹¹ *Spendel*, *RuP* 2006, 131.

¹² *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 34 Rn. 77 ff.*

¹³ *Otto*, *Jura* 2005, 470.

¹⁴ *Sinn*, *NStZ* 2004, 585.

¹⁵ *Hillgruber*, *JZ* 2007, 209.

¹⁶ *Isensee*, in: *Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26.7.2007, 2007, S. 205.*

¹⁷ *Depenheuer*, in: *Depenheuer u.a. (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 43.*

¹⁸ *Isensee* (Fn. 16), S. 205 (S. 229 ff.).

¹⁹ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149 (S. 172).

²⁰ *Rogall*, *NStZ* 2008, 1 (4).

²¹ *Hillgruber*, *JZ* 2007, 209 (217).

¹ BVerfGE 115, 118.

² *B. Hirsch*, *NJW* 2007, 1188.

³ *Erb*, in: *Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 119 ff.*

⁴ *Gropp*, *GA* 2006, 284.

eine sonstige Entschuldigung oder Straffreistellung möglich ist.

II. Gibt es eine Pflicht, das eigene Leben zur Rettung anderen Lebens aufzuopfern?

Es kann kein Zweifel sein, dass eine solche Pflicht grundsätzlich nicht besteht. Dass niemand „einen unschuldigen und an der Notlage unbeteiligten Menschen mit direktem Vorsatz töten darf“, wie ich schon im Jahre 1985 geschrieben habe,²² lässt sich schwerlich bestreiten, wenn man nicht das grundgesetzlich garantierte Lebensrecht in seinem Wesensgehalt antasten will. Die von der Rechtsordnung auferlegten Solidaritätspflichten enden sogar schon weit vor der Opferung des eigenen Lebens. § 323c StGB verlangt eine Hilfeleistung nur, wo dies „ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist“. Es ist auch unbestritten, dass niemand gezwungen werden darf, z.B. eine Niere zur Rettung eines anderen Menschenlebens zu opfern, obwohl man auch mit einer Niere noch sehr gut leben kann.

Das Transplantationsgesetz verbietet sogar die freiwillige Spende eines Organs, sofern der Empfänger nicht ein Verwandter oder eine dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit nahestehende Person ist (§ 8 Abs. 2 TPG). Selbst nach dem Tode darf ein Organ zur Lebensrettung anderer nur nach einer vor dem Tode ausgesprochenen Zustimmung oder bei deren Fehlen mit der Einwilligung der nächsten Angehörigen – aber nicht gegen den Willen des Verstorbenen – erfolgen (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 S. 2 TPG). Der Gesetzgeber schätzt also die Persönlichkeitsautonomie so hoch ein, dass er um ihretwillen den Tod zahlreicher Menschen in Kauf nimmt, die durch eine Organtransplantation hätten gerettet werden können.

Die h.M. lässt sogar nicht einmal die Erzwingung einer Blutspende zu, wenn nur dadurch das Leben eines anderen gerettet werden kann.²³ Auch der Regierungsentwurf 1962, auf dem die heutige Notstandsregelung des § 34 StGB beruht, hatte betont,²⁴ dass es der Menschenwürde widerspreche, „einen anderen über seine Freiheitsrechte und seine verantwortliche sittliche Entscheidung hinweg zu zwingen, seinen Körper als bloßes Mittel zur Erreichung eines, wenn auch wünschenswerten, Zweckes verwenden zu lassen.“

Angesichts dieser Regelungen lässt sich ernstlich nicht die Meinung vertreten, dass die Passagiere eines Flugzeugs grundsätzlich verpflichtet sind, sich zur Rettung anderer Personen (im Beispielfall der Menschen im World Trade Center) vom Staat töten zu lassen. Es gilt vielmehr, wie *Neumann*²⁵ knapp formuliert: „Die in § 34 festgeschriebene Solidaritätspflicht erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Verpflichtung zur Opferung des eigenen Lebens.“ Im selben Sinne sagen *Höfling/Augsberg*²⁶ vom Standpunkt des öffent-

lichen Rechts aus: „Die bewusste Aufgabe des eigenen Lebens liegt außerhalb dessen, was der Einzelne dem Gemeinwesen schuldet.“

Trotzdem wird das manchmal bestritten, im Zusammenhang unseres Themas beispielsweise von *Isensee*.²⁷ Bei ihm lesen wir: „Um der staatlichen Allgemeinheit willen sieht das Recht die Möglichkeit der Aufopferung vor, auch die Aufopferung des Lebens. Die Kasuistik erstreckt sich von den Kollateralschäden der Zwangsimpfung über die allgemeine Wehrpflicht bis zum Widerstandsrecht.“ Aber in all diesen Fälle geht es um begrenzte Gefahrtragungspflichten, wie sie auch mit Risikoberufen und Schutzgarantenstellungen verbunden sind, niemals aber um die planmäßig-vorsätzliche Tötung von Menschen, die an der Gefahrenlage unbeteiligt sind.

III. Lässt sich bei Flugzeugentführungen, wenn sie Menschen am Boden bedrohen, eine Ausnahme von der Regel der fehlenden Aufopferungspflicht begründen?

Fast alle Autoren, die eine „Rettungstötung“ – also den Abschuss eines gekaperten Flugzeugs zur Rettung anderer bedrohter Menschen – für zulässig halten, gründen diese Ansicht auch auf eine Ausnahme von der prinzipiell anerkannten Nichtaufopferungspflicht.

Zur Begründung einer solchen Ausnahme gibt es verschiedene Ansätze. Man kann erstens die Zulässigkeit der Tötung auf eine Abwägung zwischen dem Leben der Getöteten und der Geretteten stützen (1.). Man kann zweitens die Tötung durch die Annahme eines sog. Defensivnotstandes zu rechtfertigen versuchen (2.). Man kann sich drittens auf den Gedanken eines rechtsfreien Raumes und ähnliche Konstruktionen berufen (3.). Und man kann viertens einen die normalen Regeln außer Kraft setzenden Staatsnotstand oder Ausnahmezustand in Anspruch nehmen (4.). Diese Bemühungen sollen nacheinander gewürdigt werden.

1. Die Abwägungslösung

Es liegt nahe, eine den Abschuss rechtfertigende These darauf zu stützen, dass die Zahl der im World Trade Center zu rettenden Personen die der im Flugzeug Getöteten weit überwiegt und dass außerdem für das Leben der Passagiere nur noch eine kurze Zeitspanne verblieben wäre, während die durch den Abschuss Geretteten eine normale Lebensdauer hätten erwarten können.

Wer solchen Lösungen näherzutreten will, muss sich allerdings darüber klar sein, dass er sich im strikten Widerspruch zu einer längst vor dem Luftsicherheitsgesetz etablierten Rechtsprechung setzt. Das BVerfG²⁸ hat nicht erst in dem uns beschäftigenden Fall, sondern schon vor Jahrzehnten gesagt: „Die pauschale Abwägung von Leben gegen Leben [...] ist nicht vereinbar mit der Verpflichtung zum individuellen Schutz jedes konkreten Lebens [...]. Der Schutz des einzelnen Lebens darf nicht deswegen aufgegeben werden, weil das an sich achtenswerte Ziel verfolgt wird, andere Leben zu retten.“

²² *Roxin*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 181 (S. 187).

²³ Dazu m.w.N. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 48.

²⁴ BT-Drs. 4/650, S. 160.

²⁵ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 75.

²⁶ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1082).

²⁷ *Isensee* (Fn. 16), S. 205 (S. 230).

²⁸ BVerfGE 39, 1 (58).

Jedes menschliche Leben [...] ist als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden.“ Auch der BGH²⁹ hat – anlässlich des sog. Katzenkönigs-Falles – die Opferung eines Menschen selbst zur Rettung von Millionen anderer nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

Man könnte die staatliche Tötung der Flugpassagiere also nur dann mit Hilfe von Abwägungen rechtfertigen, wenn man, wie *Dreier*³⁰ mit Recht sagt, „das Wertungsmodell der etablierten Strafrechtsdogmatik [...] grundsätzlich neu justieren“ würde. Ich will versuchen zu zeigen, dass dafür kein hinreichender Anlass besteht.

a) Die quantitative (zahlenmäßige) Abwägung

Das Zahlenverhältnis von vernichtetem und gerettetem Leben kann allein sicher nicht ausschlaggebend sein. In einem vielzitierten, von *Welzel*³¹ gebildeten Fall verhindert ein Weichensteller einen Zugzusammenstoß mit voraussichtlich vielen Toten, indem er einen führerlosen Güterzug, der mit einem Personenzug zusammenstoßen würde, in letzter Minute auf ein Nebengleis lenkt, wobei er voraussieht, dass drei dort beschäftigte Arbeiter getötet werden. Geht man von der gesicherten Erkenntnis aus, dass eine Pflicht der Arbeiter, ihr Leben für andere aufzuopfern, nicht besteht, kann auch die Zahl der Geretteten eine solche Pflicht nicht auslösen.

Eine Berücksichtigung des Zahlenverhältnisses könnte im Fall des gekaperten Flugzeugs allenfalls begründet werden, indem man davon ausgeht, dass dem Staat eine Schutzpflicht sowohl gegenüber den Flugzeugpassagieren wie gegenüber den Menschen am Boden obliegt und dass bei einer Konkurrenz gleichartiger Pflichten das Zahlenverhältnis den Ausschlag geben müsse.

So sagt *Isensee*: „Die grundrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs [scil. des Abschusses der Maschine] kann nur aus der Notwendigkeit heraus erfolgen, den unter den gegebenen Umständen größtmöglichen Lebensschutz zu erreichen.“³² *Ladiges* meint, es müsse „wegen des Grundgedankens des Rechtsgüterschutzes von dem grundsätzlichen Verbot der Tötung von nicht-gefährverantwortlichen Personen eine Ausnahme gemacht werden“³³. *Hörnle* billigt zwar den Passagieren einen Abwehrensanspruch zu, relativiert diesen jedoch, indem sie sagt: „Gleichzeitig wäre aber der Pilot als Repräsentant des Staates gehalten, das Leben der Menschen am Flughafen [gemeint ist wohl: am Boden] zu bewahren. Unter solchen Umständen kann man es dem Täter gestatten,

[...] doch auf das Zahlenverhältnis abzustellen [...] Ein Abschuss wäre deshalb gerechtfertigt.“³⁴

Die genannten Autoren lassen aber den entscheidenden Umstand unberücksichtigt, dass die beiden kollidierenden Schutzpflichten nicht von gleichem Range sind. Denn die Tötung von Personen, die sich nicht als Gefahr für andere darstellen, ist kategorisch verboten. Die Rettung von Personen ist aber nur dann geboten, wenn sie ohne die Tötung von Personen, von denen keine Gefahr ausgeht, möglich ist.³⁵ Es liegt hier ähnlich wie bei der sog. Rettungsfolter – der Folter, durch die das lebensrettende Geständnis eines Kidnappers erzwungen werden soll. Auch in diesem Fall wird argumentiert, es stünde die Menschenwürde des gefolterten Entführers gegen die im Kollisionsfall höher zu gewichtende Menschenwürde des vom Tode bedrohten Opfers.³⁶ Aber auch hier ist, wie sämtliche mit der Sache befassten Gerichte und jetzt auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte³⁷ anerkannt haben, die Rettung nur geboten, soweit sie ohne Menschenwürdeverstoß, d.h. ohne Folter, möglich ist.

Es entspricht denn auch der fast allgemeinen Ansicht in der Literatur, dass in Fragen des Lebensschutzes bei der Kollision eines Unterlassungsgebotes mit einer Handlungspflicht das Unterlassungsgebot vorgeht.³⁸ In dem bekannten Euthanasie-Fall³⁹, in dem zur Nazi-Zeit Ärzte eine Reihe von Geisteskranken dem Tode ausgeliefert hatten, um zu verhindern, dass anderenfalls alle Anstaltsinsassen getötet würden, wird eine Rechtfertigung von der ganz h.M. abgelehnt, weil die Pflicht, die Tötung Unschuldiger zu unterlassen, höher eingestuft wird als die Pflicht zur Lebenserhaltung.⁴⁰ Treffend formuliert *Merkel*: „Die negativen (Unterlassungs-)Pflichten des Staates, denen auf Seiten der Bürger die ‚abwehrrechtlichen‘ Funktionen ihrer Grundrechte entsprechen, gehen den positiven, den Schutzpflichten, in jeder direkten Kollision zwischen beiden ausnahmslos vor.“⁴¹ In der Anwendung auf den Terroristen-Fall bedeutet dies, dass das Verbot einer Tötung der an der Gefahr unbeteiligten Passagiere (also die Pflicht, ihre Tötung zu unterlassen), gegenüber der Pflicht zur Rettung anderer (also dem Handlungsgebot) vorrangig ist.

Es kommt hinzu, dass auch dann, wenn nicht einmal Leben gegen Leben steht, das staatliche Gebot zur Lebensrettung nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht als schlechthin vorrangig, sondern als gegen andere staatliche Belange abwägbar beurteilt wird. So ist in dem bekannten Entfüh-

²⁹ BGHSt 35, 347 (349). Es ging hier um die irrtümliche Annahme einer solchen Rettungsmöglichkeit, die der BGH nicht als Erlaubnistatbestandsirrtum gelten ließ.

³⁰ *Dreier*, JZ 2007, 261 (266).

³¹ *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (51).

³² *Isensee* (Fn. 16), S. 205 (S. 229).

³³ *Ladiges*, ZIS 2008, 129 (140); ebenso *ders.*, Die Bekämpfung nichtstaatlicher Angreifer im Luftraum unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten, 2007, passim.

³⁴ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 570).

³⁵ So auch *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1084): „Eine Handlungspflicht bestünde nur für den Fall, dass sie ohne Verletzung anderer Rechtsgüter erfüllt werden könnte.“

³⁶ Näher dazu *Roxin*, in: Griesbaum (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 205 (S. 208 f.).

³⁷ EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Das Urteil ist in deutscher Übersetzung vom Strafverteidiger Heuchemer ins Netz gestellt worden).

³⁸ Vgl. *Roxin* (Fn. 23), § 16 Rn. 117.

³⁹ BGH NJW 1953, 513.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 23), § 16 Rn. 33-42.

⁴¹ *Merkel*, JZ 2007, 373 (381).

rungs-Fall Schleyer mit Billigung des Gerichts⁴² auf dessen Rettung durch die geforderte Freilassung von Terroristen verzichtet worden, um den Staat nicht erpressbar zu machen und weiteren Terrorakten auszusetzen. „Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen“, so heißt es in dem Urteil, „in eigener Verantwortung zu entscheiden.“ Eine unbedingte staatliche Verpflichtung zur Rettung von Menschenleben besteht also selbst dann nicht, wenn sie ohne Tötung Unbeteiligter möglich wäre.

b) Die qualitative Abwägung nach der Dauer des zu erwartenden Lebens

Das Zahlenverhältnis als solches kann also keine Berechtigung zur Tötung der Passagiere liefern. Im Falle des gekaperten Flugzeugs kommt aber noch hinzu, dass die Passagiere bei dem geplanten Zusammenstoß des Flugzeugs mit einem Hochhaus ohnehin getötet worden wären. Wenn man unter diesem Gesichtspunkt zu einer Rechtfertigung ihrer Tötung kommen will, muss man von einer quantitativen zu einer qualitativen Betrachtung übergehen und eine nur noch kurze Lebensspanne gegenüber der Aussicht der sich im Hochhaus Befindlichen auf ein noch längeres, nicht gewaltsam beendetes Leben zurückstellen lassen. Auch dieser Gesichtspunkt wird von den Befürwortern einer Rechtfertigungslösung nicht selten als ausschlaggebend angesehen.

So meint etwa *Hillgruber*⁴³, entscheidend sei der Umstand, „dass [...] das Leben der Flugzeugpassagiere schlechterdings nicht mehr zu retten ist“. „[...] dass sie ohnehin nur noch wenige Minuten zu leben hätten, darf nicht unberücksichtigt bleiben“. Auch er zieht für diesen Fall das schon zurückgewiesene Schutzpflichtargument heran. Der Staat greife zwar in das Grundrecht des Lebens der Passagiere ein, aber er tue es in Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht für das Leben.

Auch *Hörnle* beruft sich außer auf die Überzahl der geretteten Passagiere auf die geringe Lebenserwartung der Getöteten, indem sie den Abwehranspruch der Passagiere gegenüber staatlicher Tötung für „schwächer“ erklärt, „da er sich nur auf die letzten fünf Minuten des eigenen Lebens“⁴⁴ beziehe. Das Argument der nur noch geringen Lebenserwartung hat für sie sogar größeres Gewicht als der Zahlenvergleich, wie ihr Hinweis auf den Weichensteller-Fall zeigt, bei dem sie eine Rechtfertigung ablehnt:⁴⁵ „Das den ohnehin dem Tod geweihten Passagieren zugemutete Opfer hat deshalb eine andere Bedeutung als das Opfer, das im Weichenstellerfall den Gleisarbeitern abverlangt würde.“

Die Bewertung von Lebensspannen führt aber auch zu inakzeptablen Konsequenzen. *Hörnle*⁴⁶ hält sich selbst ein Beispiel aus dem medizinischen Alltag entgegen: „Müsste man“, fragt sie sich, „wenn man im Flugzeugbeispiel diesen Schritt [scil. der Rechtfertigung] geht, nicht bei knappen

Ressourcen in einer Intensivstation Patienten, die dem Tode nahe sind, entlassen, um die Apparate anderen mit besseren Überlebenschancen zur Verfügung zu stellen?“ Sie lehnt das ab mit der Begründung: „Den Krankenhauspatienten würde das Recht auf einen friedlichen und würdigen Tod genommen (hierin würde das besondere Unrecht einer ungewollten Entlassung bestehen), während diese Option für die Flugzeugpassagiere nicht besteht.“ Wenn man jedoch bedenkt, dass viele Menschen einen würdigen Tod gerade darin sehen, dass sie nicht an Apparate angeschlossen auf der Intensivstation sterben wollen, wird man dieses Argument schwerlich als einen ausreichenden Grund für die unterschiedliche Behandlung beider Fälle ansehen können.

Daran zeigt sich, dass bei einer Abwägung von Lebensspannen der gesamte Lebensschutz im Bereich des Lebensendes ins Wanken gerät. Noch deutlicher wird das, wenn man sich den Fall denkt, dass im Krankenhaus jemand, der nur noch ganz kurze Zeit zu leben hat, vorzeitig getötet wird, um durch eine Transplantation eines seiner Organe einem anderen das Leben zu retten. Dass das keinesfalls zulässig sein kann, ist nach den Andeutungen, die ich anfangs über unser Transplantationsrecht gemacht habe, klar. *Hörnle*⁴⁷ weist, um eine abweichende Behandlung gegenüber dem Terroristen-Fall zu begründen, darauf hin, dass „das Ausschachten eines Körpers als Organersatzteillager einen Verstoß gegen die Menschenwürde bedeuten“ würde. Aber der eigentliche Menschenwürdeverstoß und auch das primäre Unrecht liegt doch in der vorsätzlichen Tötung von Menschen, die für die bestehende Gefahrensituation nicht zuständig sind. In diesem Punkt gleichen sich die beiden Fälle. Eine Organentnahme ist zwar gegen den Willen des Verstorbenen auch unzulässig, wiegt aber doch weit weniger schwer als eine Tötung.

Eine Variante der Rechtfertigung durch Zeitspannenabwägung ist die von *Sinn*⁴⁸ und *Neumann*⁴⁹ vertretene These von der mangelnden Schutzfähigkeit des Lebens der Passagiere. *Sinn*⁵⁰ hat an der Schutzwürdigkeit beider Personengruppen (der Passagiere und der Menschen am Boden) keinen Zweifel: „Anders sieht es hingegen mit dem anderen Aspekt des Lebensschutzes, der Schutzfähigkeit, aus“, betont er. „Es können [...] nur die Hilfsmöglichkeiten genutzt werden, die möglich sind, und dies wirkt sich im Ergebnis zugunsten der Personengruppe am Boden aus. Mit der unterschiedlichen Schutzfähigkeit ist zum einen das Kriterium genannt, das die gesetzgeberische Eingriffsgestattung und Vorzugsentscheidung in § 14 Abs. 3 LuftSiG trägt, und zum anderen der Grund, der den möglichen Vorwurf einer Verfassungswidrigkeit auf Grund ungleicher Behandlung ausräumt.“ Im selben Sinn sagt *Neumann*:⁵¹ „Hier, wo nicht die Schutzwürdigkeit [...], wohl aber die Schutzmöglichkeit [...] des einen Rechtsguts nahezu auf null reduziert ist, ist die Rettung der anderen gerechtfertigt.“

Dem steht aber entgegen, dass das Leben der Passagiere

⁴² BVerfGE 46, 160 (164).

⁴³ *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (216 f.).

⁴⁴ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 570).

⁴⁵ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 566).

⁴⁶ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 566).

⁴⁷ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 566).

⁴⁸ *Sinn*, NSTZ 2004, 585.

⁴⁹ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77e.

⁵⁰ *Sinn*, NSTZ 2004, 585 (592 f.).

⁵¹ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77.

um die verbleibende Spanne durch eine staatliche Tötung verkürzt wird, obwohl diese Spanne dem Lebensschutz untersteht und schützbar wäre. Die Abschussbefürworter überspielen das, indem sie das Leben der Passagiere nur um „wenige Augenblicke“ (Neumann), um „wenige Minuten“ (Hillgruber) oder „fünf Minuten“ (Hörnle) verkürzt sehen. Aber ein Abschuss könnte, wenn er überhaupt zulässig wäre, natürlich nicht unmittelbar vor dem geplanten Terrorakt erfolgen, sondern müsste längere Zeit vorher, solange das Flugzeug noch über unbewohntem Gebiet fliegt, stattfinden.

Die verbleibende Lebenszeit wäre auch nicht etwa sinn- und wertlos. Mit Recht weist Wolter⁵² auf Geiselpfer hin, „die sich in Würde von ihren Angehörigen mit dem Mobiltelefon [...] verabschieden möchten, die etwa einen Brief schreiben wollen, die noch einen [...] Rettungsversuch durch Überwältigung der Attentäter unternehmen mögen, die beten oder sich trösten wollen“. Auch wichtige Dispositionen ließen sich auf elektronischem Wege durchaus noch treffen. Außerdem ist es schlimm genug, dass der Staat den Geiseln im Flugzeug nicht helfen kann. Doch ist das kein Grund, sie obendrein noch vorzeitig zu töten und dadurch ihrer letzten Lebensgestaltungsmöglichkeiten zu berauben.

Im Übrigen würde, wenn man Menschen mit geringer Lebenserwartung als nicht mehr schutzfähig ansehen wollte, auch die vorzeitige Tötung Moribunder zulässig sein, wenn ein anderer den Apparat, an den sie angeschlossen sind oder eines ihrer Organe zur Erhaltung seines Lebens benötigt. Das wird niemand verantworten wollen.

c) Die Gefahrengemeinschaft zwischen Geopferten und Geretteten als zusätzliche Rechtfertigungsvoraussetzung im Rahmen quantitativer oder qualitativer Abwägung

Um unerwünschten Tötungsrechtfertigungen bei quantitativen oder qualitativen Lebensabwägungen vorzubeugen, verlangen Autoren, die für die Rechtmäßigkeit eines Flugzeugabschusses im Terroristen-Fall eintreten, durchweg noch zusätzlich, dass Getötete und Gerettete sich in einer „Gefahrengemeinschaft“ befinden, d.h. dass sie derselben Gefahr ausgesetzt sind.

Das Bestehen einer Gefahrengemeinschaft ist freilich gerade im Terroristen-Fall zweifelhaft, weil die Personen, die bei einem Zusammenprall des Flugzeugs mit dem Hochhaus ihr Leben verlieren würden, im Zeitpunkt des Abschusses nach ihrer Zahl und Identität noch gar nicht feststehen.⁵³ Wenn man sich darüber hinwegsetzt, muss man sich damit begnügen, dass wenigstens die Todesart aller Beteiligten (Tod durch Zusammenstoß eines Flugzeugs mit dem Hochhaus) dieselbe wäre.

Eine solche Konstruktion ermöglicht es, in den von mir angeführten Fällen, dass ein Mensch, der nur noch ganz kurze Zeit zu leben hat, getötet wird, um einem anderen durch sein Beatmungsgerät oder durch eine Transplantation das Leben zu retten, eine Rechtfertigung abzulehnen. Denn Geretteter und Geopferter haben sich nicht in einer gemeinsamen Gefahr befunden. Vielmehr sind beide unabhängig voneinander

in Gefahr gewesen. So sagt denn auch Neumann:⁵⁴ „Angesichts der strikten Voraussetzungen (Identität der Bedrohungssituation als Konstitutivum der Gefahrengemeinschaft) erscheint auch die Befürchtung nicht begründet, in der Konsequenz dieser Auffassung könne es zur Tolerierung der Tötung von Menschen zum Zwecke der Organgewinnung und -transplantation kommen.“

Dem lässt sich zunächst die Frage entgegenhalten, warum die Gefahrengemeinschaft entscheidend sein soll, wenn der eigentliche Grund der Rechtfertigung in der Minderzahl oder der geringen Lebenserwartung der Geopferten im Verhältnis zu den Geretteten liegt.

Dazu kommt der Einwand, dass auch eine Gefahrengemeinschaft trotz Überzahl der Geretteten und geringer Lebenserwartung der Geopferten eine Tötung, nicht ohne weiteres als tolerabel erscheinen lässt. Das zeigen konstruierte Beispiele ebenso wie praktisch geschehene Fälle.

In der Literatur viel diskutiert wird der „Ballon-Fall“.⁵⁵ Ein Ballon mit zahlreichen Passagieren ist überlastet und droht mit tödlicher Wirkung für alle abzustürzen. Daraufhin wirft der Ballonführer einige Menschen über Bord, wodurch der Absturz vermieden und die größere Zahl der Passagiere gerettet wird. Ein ähnliches Beispiel bietet der „Fährmanns-Fall“: Ein Fährmann will eine Schar kleiner Kinder über einen reißenden Fluss setzen. Die Fähre ist aber leak und droht zu sinken. Daraufhin stößt der Fährmann einige Kinder ins Wasser, wo sie vorausgesehener Maßen ertrinken, während die nunmehr weniger belastete Fähre das Ufer erreicht und die auf ihr verbliebenen Kinder gerettet sind. Hierhin gehört auch der schon erwähnte Euthanasie-Fall, in dem einige Geistesranke dem Tode ausgeliefert wurden, um die übrigen zu retten.

In diesen Fällen lässt die heute fast einhellige Meinung – selbst unter den Abschussbefürwortern – keine Rechtfertigung zu, obwohl die Getöteten „ohnehin verloren“ waren (also nur noch sehr kurze Zeit zu leben gehabt hätten) und die jeweils Geretteten deutlich in der Überzahl sind. Der Grund liegt darin, dass, wie Erb⁵⁶ sagt, „die Rechtsordnung bei gleicher Ausgangsposition der Beteiligten keinem von ihnen vermitteln kann, warum gerade er auf seine Rettungschance zugunsten der anderen verzichten sollte“.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Aber es bleibt festzuhalten, dass die Idee, die einer Rechtfertigung im Falle des Flugzeugabschusses zugrunde liegt, dass in Gefahrengemeinschaften eine rettbare Anzahl von Menschen auf Kosten „ohnehin verlorener“ gerettet werden darf, schon hier aufgegeben wird. Die Rechtsordnung nimmt den Tod aller in Kauf, weil sie die zur Rettung der meisten erforderliche Tötung einer geringeren Anzahl den Betroffenen nicht plausibel machen kann.

⁵⁴ Neumann (Fn. 12), § 34 Rn. 77e.

⁵⁵ Hierzu und zum nachfolgenden Fährmann-Fall Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 117.

⁵⁶ Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 117 m.w.N.; ähnlich Neumann (Fn. 12), § 34 Rn. 76.

⁵² Wolter, in: Hettinger u.a. (Fn. 5), S. 707 (S. 715).

⁵³ Dazu Jerouschek (Fn. 7), S. 185 (S. 189).

d) Das zusätzliche Erfordernis einseitig verteilter Rettungschancen

Die Abwägungstheoretiker verlangen deshalb überwiegend, dass die Rettungschancen im Rahmen der Gefahrengemeinschaft einseitig verteilt sein müssen.⁵⁷ Im Ballon-, im Fährmanns- und im Euthanasie-Fall hat jeder eine Chance zum Überleben, wenn nur andere getötet werden. Im Terroristen-Fall dagegen haben nach dieser Konzeption nur die Menschen am Boden, nicht aber die Passagiere, eine Überlebenschance.

Aber einen überzeugenden Tötungsgrund gibt auch das nicht ab. Die Annahme, dass man eine „mutmaßliche Einwilligung“ der Passagiere mit ihrem Abschuss annehmen könne, ist – abgesehen davon, dass eine Einwilligung in die Tötung ohnehin nicht möglich ist – „eine lebensfremde Fiktion“, wie das BVerfG⁵⁸ unter allseitiger Billigung festgestellt hat. Dann kann man aber auch in diesem Fall nicht davon sprechen, dass die Passagiere ihre staatlich verordnete Tötung plausibel finden werden. Es ist in Wahrheit immer die Entscheidung eines außenstehenden Interpreten, der in einem Fall (beim Flugzeugabschuss) die unschuldigen Passagiere zum Tode verurteilt und bei anderen Gefahrengemeinschaften (Ballon-, Fährmanns-, Euthanasie-Fall) den Tod aller eher in Kauf nimmt als die Rettung eines Teils der Gefährdeten.

Die Forderung einseitig verteilter Rettungschancen im Rahmen einer Gefahrengemeinschaft wollen zudem die meisten Abschussbefürworter für eine Rechtfertigung von Tötungen auch noch nicht genügen lassen. Das zeigt der berühmte Mignonette-Fall⁵⁹, mit dem sich im Jahre 1884 ein englisches Gericht zu beschäftigen hatte. Die Yacht „Mignonette“ war auf hoher See schiffbrüchig geworden. Eine Reihe von Besatzungsmitgliedern hatte sich auf ein Boot gerettet, das wochenlang auf dem Ozean trieb. Um dem Hungertod zu entgehen, töteten die Besatzungsmitglieder den schon im Sterben liegenden Schiffsjungen und ernährten sich von seinem Fleisch, bis sie schließlich von einem vorüberkommenden Schiff aufgenommen und gerettet wurden.

Hier sind alle vier Voraussetzungen, die bisher für eine Rechtfertigung ins Feld geführt wurden, erfüllt: Die Zahl der Geretteten überwiegt, das Opfer hatte nur noch eine sehr kurze Lebenszeit zu erwarten, und alle Beteiligten befanden sich in einer Gefahrengemeinschaft mit ungleich verteilten Rettungschancen. Trotzdem wird eine Rechtfertigung allgemein und auch von den Befürwortern des Flugzeugabschlusses abgelehnt. Das englische Gericht hat die Täter sogar zum Tode verurteilt, was dann durch die Krone im Wege der Begnadigung in sechs Monate Freiheitsstrafe umgewandelt wurde. Nach deutschem Recht wären die Täter gemäß § 35 StGB entschuldigt worden.

⁵⁷ Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 118; ähnlich Neumann (Fn. 12), § 34 Rn. 76.

⁵⁸ BVerfGE 115, 118 (157).

⁵⁹ Näher dazu Prächel, Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Recht, 1975, S. 61 ff.

e) Das weitere Rechtfertigungserfordernis eines identischen Schadensverlaufs

Ein Befürworter des Flugzeugabschlusses wie Erb⁶⁰ gründet den Ausschluss der Rechtfertigung im Mignonette-Fall auf eine fünfte Zulässigkeitsvoraussetzung: dass nämlich die Art des Todes dieselbe sein müsse, was nicht der Fall sei, wenn der Hungertod durch eine gewaltsame Tötung ersetzt werde.

Hier wird aber eine rationale Begründung endgültig durch eine gefühlsgeladene Devisen ersetzt. Denn wenn man um der Rettung zahlreicher Menschen willen die Verkürzung einer nur noch geringfügigen Lebensspanne in Kauf nimmt, ist nicht einzusehen, warum es auf die Art und Weise der Lebensverkürzung ankommen soll. Auch sind in Wirklichkeit zwei zeitlich versetzte Todesarten niemals dieselben: Es ist etwas anderes, ob man durch einen staatlich angeordneten Flugzeugabschuss oder durch einen Terrorangriff auf das World Trade Center getötet wird. So sagt denn auch Otto,⁶¹ es würden „die Getöteten durchaus einem anderen, neuartigen Schadensverlauf ausgesetzt“.

Beim Abschuss eines von Terroristen gekaperten Flugzeugs kommt außerdem noch ein weiteres gegen die Zulassung sprechendes Argument hinzu, das bei sonstigen Abwägungen im Rahmen von Gefahrengemeinschaften nicht auftritt und von den Befürwortern einer staatlichen Tötung durchweg übergangen wird. Wenn nämlich die Zielsetzung der Terroristen einigermaßen erkennbar sein soll, muss sich das Flugzeug längst über bewohntem Gebiet befinden. Dann aber wird der Abschuss aller Voraussicht nach auch Menschen an der Abschussstelle töten, die keiner Gefahrengemeinschaft angehören und deren Opferung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu rechtfertigen ist.

Demnach sind alle Versuche zur Rechtfertigung von „Rettungstötungen“ gescheitert.

f) Die Notwendigkeit deontologischer Schranken für staatliche Eingriffe

Das aber spricht entscheidend dafür, den ganzen Abwägungsansatz aufzugeben und von einer konsequentialistischen Lösung, „derzufolge“, wie Hörnle⁶² sagt, „eine Bilanz der Folgen einer Handlung für deren Richtigkeit ausschlaggebend ist“, zu einer deontologischen Konzeption überzugehen. Deontologisch ist eine Auffassung, wenn sie die Richtigkeit einer Entscheidung auf eine folgenunabhängige Regel stützt.⁶³ Der Staat darf danach bestimmte Handlungen unabhängig von ihren Folgen schlechthin nicht vornehmen. Das gilt z.B. für die Verletzung des Schuldprinzips, für die Missachtung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und für die Folter: Auch zur Rettung von Menschenleben darf nicht gefoltert werden.

Was der Folter recht ist, muss der Tötung billig sein.

⁶⁰ Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 121.

⁶¹ Otto, Jura 2005, 470 (478).

⁶² Hörnle (Fn. 6), S. 555 (S. 559).

⁶³ Zur Definition dieser Begriffe näher Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2010, S. 120 Fn. 62. Das Buch von Greco liefert umfangreiche Darlegungen zu Deontologie und Konsequentialismus.

Selbst zur Rettung von Menschenleben darf der Staat niemanden töten, der an der Entstehung der Gefahr nicht beteiligt ist. Es gibt also Unverfügbares im Recht, das jeder Abwägung entzogen ist. Diese deontologischen Schranken jeder staatlichen Handlungsbefugnis wurzeln in obersten Verfassungsgrundsätzen, im Falle der Flugzeugentführung, wie ich gleich noch etwas näher erklären werde, in der Menschenwürde. Das bedarf besonderer Betonung im Hinblick auf die neueren Bemühungen, auch die Menschenwürde zu relativieren und in Abwägungsprozesse einzubeziehen.

Im Grunde müssten auch Konsequentialisten dieser These bei der Abwägung von Leben gegen Leben und speziell bei dem uns beschäftigenden Fall des Flugzeugabschlusses zustimmen können. Denn die vielen Einschränkungen, die sie selbst bei der von ihnen propagierten folgenorientierten Tötungserlaubnis machen, lassen sich nur deontologisch erklären. Wenn auch sie in den Krankenhaus-Fällen, im Ballon- und Mignonette-Fall auf eine Rettung zahlenmäßig überwiegenden und mit größerer Lebenserwartung ausgestatteten rettbarer Lebens durch Ablehnung einer Tötungsrechtfertigung verzichten, so kann das nur auf einer folgenunabhängigen Respektierung des unantastbaren Eigenwertes beruhen, der einem an der Gefahrerzeugung unbeteiligten Menschenleben auch dann zukommt, wenn es voraussichtlich nur noch kurze Zeit dauert und durch seine Opferung andere gerettet werden können.

Auch alle aus dem Rechtsgefühl gespeisten Plausibilitäts-erwägungen laufen auf diesen Gesichtspunkt hinaus. Das muss dann aber auch für den Fall des Flugzeugabschlusses gelten, zumal da hier ein starkes konsequentialistisches Argument hinzutritt: dass nämlich die Gefährdung von Menschen an der Abschussstelle keinesfalls hingenommen werden kann.

Das BVerfG ist daher im Recht mit der Ansicht, dass der in § 14 Abs. 3 LuftSiG vorgesehene Flugzeugabschuss gegen ein unveräußerliches Lebensrecht und die Menschenwürde verstößt. Die entgegen aller Kritik durchaus brauchbare *Dürigsche* „Objektformel“, die den Gehalt der Menschenwürde zwar nicht erschöpft, aber doch in einem wichtigen Punkt konkretisiert, passt hier durchaus: Die Passagiere werden nicht als Rechtssubjekte, als Personen, respektiert, sondern wie Objekte behandelt, die um der Rettung anderer willen aus dem Weg geräumt werden müssen.

Mit Recht spricht daher *Jakobs*⁶⁴ von einer „Entpersonalisierung der Opfer“: Die Passagiere könnten bei einem Abschuss „nicht als Personen behandelt werden, die auf fremdes Terrain übergreifen drohen, sondern ihr Tod im Falle eines Abschusses stellt einen Kollateralschaden dar [...], sie werden [...] zur Vermeidung größeren Schadens geopfert, also als Nicht-Personen behandelt“⁶⁵. Oder, wie *Höfling/Augsberg*⁶⁶ es ausdrücken: „Indem die unschuldigen Passagiere geopfert werden, werden sie zum Teil des zur Waffe pervertierten

Flugzeugs verdinglicht und sind als solcher, nicht als Menschen, Zielobjekt der staatlichen Maßnahme.“

Wenn demgegenüber *Depenheuer*⁶⁷ meint, in solchen „tragischen Entscheidungssituationen“ könne „der rechtschaffene Bürger seine Würde einzig darin finden, dass er sein Interesse bis hin zur Aufopferung seines Lebens den Interessen anderer oder des Gemeinwohls solidarisch unterordnet“, so verkennt er, dass die Menschenwürde ein Abwehrrecht ist, das den Einzelnen, solange er niemanden gefährdet, vor Eingriffen in den Kern seiner Persönlichkeit schützen soll. Die These, dass sie solche Eingriffe geradezu verlange, stellt die Intention des Grundgesetzes auf den Kopf.⁶⁸

2. Die Annahme eines rechtfertigenden Defensivnotstandes

Die Undurchführbarkeit einer überzeugenden Abwägungslösung und vermutlich auch die geringe Chance, sie gegen eine gefestigte verfassungsrechtliche Rechtsprechung durchzusetzen, hat eine Reihe strafrechtlicher Abschussbefürworter dazu veranlasst, die Zulassung einer staatlichen Tötung der Passagiere auf einen anderen Grund zu stützen: einen durch Menschen ausgelösten Defensivnotstand.⁶⁹

Ob dieser Defensivnotstand auf eine Analogie zu § 228 BGB oder auf eine Interessenabwägung nach § 34 StGB gegründet werden kann, ist strittig,⁷⁰ für das Ergebnis aber auch gleichgültig. Der Defensivnotstand rechtfertigt die Abwehr von Menschen ausgehender Gefahren, soweit diese Abwehr nicht schon durch Notwehr gedeckt ist. Wenn z.B. ein Autofahrer infolge einer plötzlichen Ohnmacht oder eines Herzinfarktes die Kontrolle über sein Fahrzeug verliert, auf einen dicht gedrängten Weihnachtsmarkt zurast und zahlreiche Menschen zu töten droht, darf man ihm, wenn kein anderes Abwehrmittel zur Hand ist, die den Markt flankierenden Betonklötze in den Weg schieben, selbst wenn der Autofahrer dabei möglicherweise zu Tode kommt. Notwehr und Nothilfe scheiden hier aus, weil nach heute ganz h.M. für die Rechtswidrigkeit des Angriffs eine Sorgfaltswidrigkeit des Fahrers erforderlich wäre, an der es wegen der Unbeherrschbarkeit des Geschehensablaufs fehlt.

Die durch den Defensivnotstand bewirkte Einschränkung des Lebensschutzes ist trotz des Umstandes, dass der Fahrer weder rechtswidrig noch schuldhaft noch überhaupt handelt, im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zulässig und kein Verstoß gegen die Menschenwürde, weil niemand verpflichtet ist, schwere oder gar tödliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, die ihm durch andere drohen. Wie *Merkel* treffend formuliert:⁷¹ „Im Defensivnotstand wird eine Gefahr nicht auf Kosten Dritter abgewehrt, sondern gewissermaßen auf

⁶⁷ *Depenheuer* (Fn. 17), S. 43 (S. 57).

⁶⁸ Bedenken auch bei *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77d, wo das im Text verwendete Zitat ebenfalls abgedruckt ist.

⁶⁹ Ausführlich – aber ohne Bezug auf den Fall eines gekaperten Flugzeuges – dazu *meine* Abhandlung, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 457.

⁷⁰ Näher dazu *Roxin* (Fn. 69), S. 457.

⁷¹ *Merkel*, JZ 2007, 373 (384).

⁶⁴ *Jakobs*, in: *Amelung/Günther/Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 207 (S. 208 mit dortiger Fn. 1).

⁶⁵ *Jakobs*, *Rechtswang und Personalität*, 2008, S. 28.

⁶⁶ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1083).

ihren Ursprung zurückgewälzt. Es ist ein Gebot der [...] Gerechtigkeit, mit der tragischen Beseitigung der Gefahr denjenigen zu belasten, den das Schicksal zu deren Ursprung gemacht hat.“ Auch ich denke, dass es keine Entpersonalisierung bedeutet, wenn das Recht sich bei einem unausweichlichen Konflikt zwischen Gefahrverursachern und Gefährdeten auf die Seite der Gefährdeten stellt.

Auf einen Defensivnotstand dieser Art gründen immerhin fünf namhafte Strafrechtler im Terroristen-Fall das Recht zur Tötung der Passagiere. Dabei entwickeln mit einer Ausnahme alle dieses Konzept unabhängig voneinander. Den Anfang macht im Jahr 2003 *Schünemann*⁷², demzufolge die Passagiere des Flugzeugs „zweifelloso keine Verantwortung für das Handeln der Terroristen tragen, aber dennoch Teil der ‚Angriffskausalität‘ sind und damit der rechtmäßigen Verteidigung seitens der von dem Flugzeug bedrohten Menschen unterliegen“.

Im Jahr 2006 hat *Gropp*⁷³ eine entsprechende Meinung vertreten. Bei ihm heißt es: „[...] im drohenden Absturz realisiert sich [...] auch eine durch die Passagiere selbst unmittelbar geschaffene Gefahr. [...] In den Dimensionen des defensiven Notstandes kommt die Gefahr für die am Boden befindlichen Personen somit aus der Sphäre der mit dem Flugzeug herabstürzenden Personen. Worauf das Abstürzen beruht, spielt für die Menschen am Boden keine Rolle. Ihr Recht auf Leben führt dazu, dass sie Gefahren, selbst wenn die Gefährdenden ‚nichts dafür können‘, nicht unbegrenzt hinzunehmen brauchen. Notfalls dürfen sie die Gefährdenden sogar töten.“

Im selben Jahr hat *Köhler*⁷⁴ dieselbe Meinung vertreten. Er hält mit der hier vertretenen Ansicht jede „Lebenswert- oder Lebenszeitverrechnung“ für „notstandsrechtlich unhaltbar“ und für einen Verstoß gegen die Menschenwürde.⁷⁵ Aber auch er meint:⁷⁶ „[...] steht Leben gegen Leben, so fällt die mitwirkende objektiv zurechenbare Gefahrverantwortung der in den Angriff Einbezogenen [...] jenen zur Last. Das schließt auch die Tötung ein [...]“

Im Jahr 2007 wendet sich *Hans-Joachim Hirsch*⁷⁷ gegen jede „Quantifizierung von Menschenleben“ und jede „Abwägung von kurzzeitiger und normaler Lebenserwartung“⁷⁸. Stattdessen gehe es darum, „ob sich im Defensivnotstand die Bedrohten dagegen wehren dürfen, dass diejenigen, die mit dem gefahrbringenden Objekt untrennbar [...] verbunden sind, sie mit in den Tod reißen“⁷⁹. Die ohnehin Todgeweihten dürften nur dann geopfert werden, wenn sie „in die Gefahrenquelle involviert“ seien. Er bejaht das für die Flugzeugpassagiere und kommt deshalb zur Zulässigkeit des Flugzeugabschusses.

Als bisher letzter Vertreter der Defensivnotstandstheorie hat im Jahre 2008 *Rogall*⁸⁰ im Anschluss an *Köhler* die Meinung vertreten, die Passagiere seien „Teil der körperlichen Gefahren, die den am Boden befindlichen Personen drohen“. Sie treffe „eine ‚Zustandsverantwortlichkeit‘, die das Urteil erlaubt, dass die Gefahr aus einer Sphäre stammt, an der sie in ihrem So-Sein Anteil haben“. Es liege daher ein rechtfertigender Defensivnotstand vor.

Eine Rechtfertigung durch Defensivnotstand ist allerdings von allen anderen Beurteilern abgelehnt worden,⁸¹ und zwar auch von denen, die den Abschuss aus anderen Gründen für gerechtfertigt halten. Diese Ablehnung ist berechtigt. Denn die Passagiere gefährden niemanden, sondern sind in ganz demselben Maße Opfer der Terroristen wie die Anwesenden im Hochhaus. Dass sie einen Flug angetreten haben, begründet keine Gefahr, und dass sie im Flugzeug saßen, erhöht, wie alle Kritiker übereinstimmend festgestellt haben, die Gefahr für die am Boden Getöteten nicht; deren Tötung wurde allein durch die Terroristen und das Flugzeug verursacht. Sie sind also nicht, wie *Schünemann* sagt, Teil der „Angriffskausalität“, weil sie sich an dem Angriff nicht beteiligen und auch nichts dazu beitragen. Deshalb sind sie auch nicht „Gefährdende“, wie *Gropp* meint, und tragen keine „Gefahrverantwortung“, wie *Köhler* suggeriert. Die räumliche Verbundenheit mit dem Flugzeug, auf die sich *Hirsch* beruft, liefert keine Tötungsrechtfertigung. Es liegt im Gegenteil eine gegen die Menschenwürde verstoßende Verdüngung der Passagiere vor, wenn man sie als Teil des angreifenden Flugzeugs behandelt. Dasselbe ist gegen *Rogall* einzuwenden, wenn man die Passagiere als „Teil der körperlichen Gefahren“ der am Boden befindlichen Personen beurteilt. Sie sind vielmehr genauso gefährdet wie diese und werden vom selben Schicksal bedroht. Auch die Berufung auf einen Defensivnotstand bietet also keinen gangbaren Weg zur Rechtfertigung eines Abschusses.

3. Rechtsfreier Raum und ähnliche Konstruktionen

Ein weiterer Versuch, in schwierigen Konfliktsituationen zu einem Ausschluss der Rechtswidrigkeit zu kommen, beruht auf der Idee eines „rechtsfreien Raumes“, in dem der Gesetzgeber sich jeder Wertung enthält. Sie ist in der Nachkriegs-

⁸⁰ *Rogall*, NSStZ 2008, 1.

⁸¹ Ich nenne nur: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 34 Rn. 11; *Hilgendorf*, in: Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 107 (S. 119); *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 565 Fn. 57); *Jäger*, JA 2008, 678 (682); *Ladiges*, ZIS 2008, 129 (132); *Merkel*, JZ 2007, 373 (383); *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77c; *Pawlik*, JZ 2004, 1048; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 34 Rn. 30; *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 349a; *Streng*, in: Jahn u.a. (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 135; *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O.) § 34 Rn. 74a.

⁷² *Schünemann* (Fn. 10), S. 145 (S. 153).

⁷³ *Gropp*, GA 2006 284 (286).

⁷⁴ *Köhler* (Fn. 8), S. 257.

⁷⁵ *Köhler* (Fn. 8), S. 257 (S. 259).

⁷⁶ *Köhler* (Fn. 8), S. 257 (S. 269).

⁷⁷ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149.

⁷⁸ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149 (S. 159, 161).

⁷⁹ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149 (S. 161).

zeit vor allem von *Arthur Kaufmann* befürwortet⁸² und gegen Einwände verteidigt worden.⁸³ Freilich hat er den Abschuss gekaperter Flugzeuge, der damals noch kein Diskussionsgegenstand war, nicht unmittelbar behandelt. Wendet man seine Lehre aber auf unseren Fall an, so würde das bedeuten, dass der Abschuss der Maschine weder rechtmäßig noch rechtswidrig, sondern „rechtswertungsfrei“ wäre.

Eine ganz ähnliche Lösung hat neuerdings – aber ohne Rückgriff auf den rechtsfreien Raum – *Otto* entwickelt:⁸⁴ „Der Eingreifende muss hier eine Entscheidung treffen, möglichst viele zu retten. Trifft er diese Entscheidung, so ist sie nicht rechtswidrig im Sinne einer den Wertmaßstäben der Rechtsordnung widersprechenden Entscheidung, sie ist aber im Hinblick auf die Geiseln auch nicht rechtmäßig, so dass die Betroffenen zur Aufopferung ihres Lebens verpflichtet würden. Sie ist schlicht nicht rechtswidrig.“

Das sind aber auch keine zufriedenstellenden Problemlösungen.⁸⁵ Denn wenn das Recht sich einer Bewertung vorsätzlicher Tötungen enthält, kommt das einer Freigaberegelung gleich und läuft im Ergebnis auf eine Tötungsgestattung hinaus, die aus den geschilderten Gründen abzulehnen ist. Und der Vorschlag *Ottos*, wonach ein Abschuss des Flugzeugs weder rechtmäßig noch rechtswidrig ist, lässt offen, wie jenseits dieser Alternative eine dritte Bewertungskategorie möglich sein soll. Der „rechtsfreie Raum“ bietet, wie gesagt, keinen Ausweg aus dem Dilemma. *Otto* bezeichnet denn auch selbst seine Lösung als „fraglich“.

Eine Variante dieser Unentschiedenheitskonzeptionen ist auch die von *Günther*⁸⁶ für „notstandsähnliche Lagen“ – freilich ohne Bezug auf den hier behandelten Fall – entwickelte Annahme eines „Strafunrechtsausschlussgrundes“. Es soll sich dabei um eine Zwischenstufe zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand handeln, bei deren Vorliegen zwar nicht die Rechtswidrigkeit, wohl aber das strafwürdige Unrecht fehlt. Aber eine solche Zwischenstufe ist dem geltenden Recht unbekannt, und sie ist auch unnötig, weil für Fälle fehlender Strafwürdigkeit die noch zu erörternde Kategorie des Verantwortungsausschlusses zur Verfügung steht (dazu unten V.).⁸⁷

4. Die Annahme eines rechtfertigenden Staatsnotstandes oder Ausnahmezustandes

Ein letzter Versuch geht schließlich dahin, den Abschuss des Flugzeugs mit einer staatsgefährdenden Notstandslage zu begründen, die alle sonst für eine Verbrechensabwehr gelten-

den Regeln außer Kraft setzt. So hält *Fischer*⁸⁸, ohne sich freilich dieser Sicht anzuschließen, § 14 Abs. 3 LuftSiG für „eine kriegsrechtlich inspirierte Regelung“. *Jerouschek*⁸⁹ will unter Berufung auf Art. 115a GG (Verteidigungsfall) und die daran anknüpfenden Vorschriften auch die Tötung Unbeteiligter für zulässig erklären: „Zwar wird bislang in der verfassungsrechtlichen Literatur Art. 115a GG auf Angriffe mit Waffen im technischen Sinne bezogen und außerdem ein Angriff grundsätzlich einer ausländischen Staatsmacht vorbehalten, jedoch legt die mit dem 11.9.2001 zu Tage getretene neue Dimension des Terrorismus eine vorsichtige Extensivierung dieser Auslegung nahe. Der Bundeskanzler erhält damit die Befugnis, die zur Abwehr eines solchen Terrorangriffs erforderlichen Maßnahmen, nötigenfalls den Abschuss des Flugzeugs, zu ergreifen.“

*Pawlik*⁹⁰ weist darauf hin, dass im Rahmen der Landesverteidigung (Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG) ein „tödlicher Kollateralschaden“ auch Zivilisten des eigenen Landes zugefügt werden dürfe. Er stellt dabei an die Zulässigkeit eines Abschusses „eines gefährlichen Zivilflugzeugs“ strenge Anforderungen. „Nur wo es um die Abwehr einer existenziellen Bedrohung der Rechtsgemeinschaft geht, kann diese von den unter ihrem Schutz stehenden Personen das äußerste Opfer, die Preisgabe ihres Lebens, verlangen. Die abzuwehrende Handlung muss deshalb ein Gefährdungspotential in sich bergen, das in etwa dem eines Angriffs mit Waffengewalt im Sinne von Art. 115a Abs. 1 GG (Verteidigungsfall) entspricht.“ Er kommt daher zu dem Ergebnis, „dass im Falle einer existenziellen Bedrohung des Gemeinwesens die Ausweitung der Aufopferungspflicht der Bürger bis hin zur Lebenspreisgabe eine nicht prinzipiell illegitime Option darstellt“. Allerdings wird die Regelung des LuftSiG diesen Anforderungen auch nach seiner Meinung nicht gerecht.⁹¹

Inwieweit im Krieg und in kriegsähnlichen Situationen die sonst geltende Rechtsordnung suspendiert und auch die Tötung unbeteiligter Zivilisten in Kauf genommen werden kann, ist eine weitläufige und schwierige Frage,⁹² die hier jedoch nicht weiter verfolgt werden muss. Denn es ist offensichtlich, dass ein Flugzeugabsturz, der Menschen am Boden gefährdet, nicht in diese Kategorie gehört. Er ist erstens nicht auf die Täterschaft von Terroristen beschränkt, sondern kann auch durch geistesverwirrte Entführer, durch Tod oder Handlungsunfähigkeit von Piloten oder die Manövrierunfähigkeit eines Flugzeugs bewirkt werden. Und zweitens ist ein Terroranschlag zwar ein schweres Verbrechen, aber zu einer existenziellen Bedrohung des Gesamtstaates führt er nicht.

⁸² *Kaufmann*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 327.

⁸³ *Kaufmann*, JZ 1992, 981 (983).

⁸⁴ *Otto*, Jura 2005, 470 (479).

⁸⁵ Zum rechtsfreien Raum näher *Roxin* (Fn. 23), § 14 Rn. 26 ff., sowie *Schünemann* (Fn. 10), S. 145.

⁸⁶ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, passim.

⁸⁷ Ausführliche Auseinandersetzung mit *Günther* bei *Roxin* (Fn. 22), S. 181.

⁸⁸ *Fischer* (Fn. 81), § 34 Rn. 11a.

⁸⁹ *Jerouschek* (Fn. 7), S. 185 (S. 198).

⁹⁰ *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1053 ff.).

⁹¹ *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1055).

⁹² Grundlegend (allerdings ohne direkten Bezug auf das LuftSiG) *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, passim; auch *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1086 ff.) behandeln das Problem unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten eingehender.

*Burkhard Hirsch*⁹³ hat mit Recht festgestellt: „Ein Terrorakt ist kein Krieg. Die Täter sind nicht Kombattanten und keine Völkerrechtssubjekte, sondern Verbrecher.“ Und *Höfling/Augsberg* sagen zutreffend:⁹⁴ „In praxi ist es keiner terroristischen Organisation je gelungen, das Fundament der Staatlichkeit zu erschüttern [...]. Insbesondere haben die Anschläge vom 11.9.2001 in New York, die den Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung bilden, zu keinem Zeitpunkt eine destabilisierende Wirkung auf die Vereinigten Staaten gehabt.“ Es ist daher richtig, wenn *Fischer* erklärt:⁹⁵ „Gegenüber unschuldigen Passagieren scheidet in Friedenszeiten eine Berufung auf Kriege aus.“ Auch der Rückgriff auf einen Staatsnotstand kann also einen Abschuss nicht rechtfertigen.

IV. Situationsbeurteilung und Prognose

Alle Bemühungen, den Abschuss einer gekaperten Maschine zur Rettung am Boden befindlicher Personen für rechtmäßig zu erklären, müssen also, soweit dabei unbeteiligte Passagiere getötet werden, schon aus rechtlichen Gründen als verfehlt angesehen werden. Selbst wenn es aber anders wäre, würde eine Rechtfertigung schon aus dem tatsächlichen Grund ausgeschlossen sein, dass es nie in verlässlicher Weise möglich sein wird, zu erkennen oder zu prognostizieren, dass ein Abschuss wirklich das einzige Mittel ist, um die Tötung von Menschen am Boden durch ein Selbstmordattentat zu verhindern und dass außerdem eine Tötung von Menschen an der Abschnitsstelle ausgeschlossen ist.

Mit Recht hat schon das BVerfG⁹⁶ unter Berufung auf die Vereinigung Cockpit und die Flugbegleiter-Organisation betont, dass es sehr schwierig ist, überhaupt festzustellen, dass „ein erheblicher Luftzwischenfall [...] vorliegt“ und dass die „Möglichkeit, die Situation und die Geschehnisse an Bord eines solchen Luftfahrzeugs zu erkennen“, „selbst bei – zudem oft nur schwer herstellbarem – Sichtkontakt eingeschränkt“ seien.

Wie soll man, selbst wenn sich das Vorliegen einer Flugzeugentführung feststellen lässt, sagen können, ob ein Absturz bezweckt ist oder ob nur die Passagiere als Geiseln für erpresserische Forderungen benutzt werden sollen? Wie soll man beurteilen können, ob die weitaus in der Überzahl befindlichen Passagiere die Terroristen nicht noch überwältigen können? Immerhin ist eine solche Überwältigung im Fall des sog. Unterhosen-Bombers gelungen. Selbst beim Angriff auf das World Trade Center haben die Passagiere anscheinend eine vierte Maschine zu einer Kursänderung zwingen können. Wie soll man ferner ausschließen können, dass die Terroristen ihr Ziel verfehlen oder dass auch bei einem Abschuss Menschen am Boden zu Tode kommen?

Die Folgerung des BVerfG, dass alle „Einschätzungen hinsichtlich Motivation und Zielen der Entführer [...] wohl bis zuletzt spekulativ“ bleiben müssten, gilt auch für zahlreiche andere relevante Tatsachen. Unter solchen Umständen

müsste eine vorsätzliche Tötung der Passagiere durch den Staat selbst dann ausgeschlossen werden, wenn sie beim Vorliegen sicherer Erkenntnisse zulässig wäre (was aber auch nicht der Fall ist).

Einige Autoren haben das durchaus erkannt. So sagen *Höfling/Augsberg*:⁹⁷ „Der hypothetisch vorweggenommene Todeseintritt kann – gerade auf Grund massiver, situationsbedingter Entscheidungsnot – wohl niemals ‚sicher‘ angenommen werden.“ Und *Neumann*⁹⁸, der die rechtlichen Bedenken gegen einen Abschuss überwinden zu können glaubt, lässt ihre Zulässigkeit an der Unsicherheit jeder Prognose schließlich doch scheitern. Er sagt: „Richtig ist allerdings, dass eine hinreichend sichere Feststellung, dass einige der Gefährdeten tatsächlich rettungslos verloren sind, häufig nicht möglich ist [...]. Das gilt insbesondere dort, wo – wie in den Fällen einer Flugzeugentführung – die Entwicklung der Gefahrenlage von der Entscheidung dritter Personen abhängt (mit denen typischerweise eine Kommunikation nicht möglich ist). Schon aus diesem Grund dürfte eine strafrechtliche Rechtfertigung des Abschusses eines entführten Flugzeugs in der Regel nicht in Betracht kommen.“

Andere Abschussbefürworter gehen demgegenüber mit dem Problem, dass die Sachlage und ihre Entwicklung schwer zu beurteilen sind, zu leichtsinnig um. Wenn etwa *Jerouschek*⁹⁹, um Bedenken gegen die sachgerechte Beurteilbarkeit der konkreten Situation zu zerstreuen, lapidar sagt, „die Erstellung von Prognosen gehört zum juristischen Alltagsgeschäft“, dann lässt er völlig außer Acht, dass es Prognosen sehr verschiedener Art gibt und dass Voraussagen über das Schicksal entführter Flugzeuge sicher nicht zum juristischen Alltagsgeschäft gehören.

Und *Erb* meint:¹⁰⁰ „Bedenken hinsichtlich praktischer Schwierigkeiten, die Unausweichlichkeit des Todeseintritts sicher festzustellen, berechtigen nicht zur kategorischen Verwerfung des Ansatzes – hier haben wir es vielmehr mit einem prozessualen Problem zu tun, das ggf. über den Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ gelöst werden muss.“ Danach müssten also selbst ernsthafte Zweifel über die Lage zu Lasten der Passagiere gehen, was die Bedenken gegen die Tolerierung eines Abschusses nur verstärkt.

Außerdem darf man nicht verkennen, dass der Abschuss gekapertter Flugzeuge grundsätzlich kein taugliches Mittel der Terrorismusbekämpfung ist. Denn die Terroristen würden auch einen Abschuss als Erfolg feiern, weil sie immerhin ein Flugzeug zum Absturz gebracht und den Tod zahlreicher Menschen bewirkt haben. Der Gesetzgeber wäre deshalb gut beraten, wenn er seine Aufmerksamkeit darauf konzentrierte, terroristische Flugzeugentführungen von vornherein zu verhindern. Das ist durchaus möglich, wenn man lückenlose Kontrollen durchführt, das Eindringen fremder Personen in das Cockpit unmöglich macht und der Maschine bewaffnete Flugbegleiter mitgibt. Es ist heute unbestritten, dass der Anschlag auf das World Trade Center nie hätte gelingen können,

⁹³ *B. Hirsch*, NJW 2007, 1188 (1189).

⁹⁴ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1086).

⁹⁵ *Fischer* (Fn. 81), § 34 Rn. 11.

⁹⁶ BVerfGE 115, 118 (155).

⁹⁷ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1083).

⁹⁸ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77e.

⁹⁹ *Jerouschek* (Fn. 7), S. 194.

¹⁰⁰ *Erb* (Fn. 3), § 34 Rn. 120.

wenn derartige Vorsichtsmaßregeln beachtet worden wären.¹⁰¹ Wenn es aber möglich ist, terroristische Anschläge zu verhindern, besteht erst recht kein Anlass, verfassungswidrige Abschussregelungen in Gesetzesform zu gießen.

V. Der Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Extremfällen

Demnach hält keine der Begründungen, die den Abschuss eines gekaperten, mit unbeteiligten Passagieren besetzten Flugzeugs rechtfertigen sollen, kritischer Betrachtung stand. Durchschlagende juristische Gründe sprechen ebenso dagegen wie die Unmöglichkeit einer hinreichend sicheren Beurteilung der tatsächlichen Situation.

Dies bedeutet aber nicht, dass ein als rechtswidrig zu beurteilender Abschuss auch unter allen Umständen bestraft werden muss. Zwar kommt eine gesetzliche Straffreistellung nicht in Betracht.¹⁰² Denn eine generalisierende Abgrenzung von Fällen, in denen auf eine Bestrafung verzichtet werden kann, lässt sich nicht treffen. Auch könnte eine gesetzliche Straffreistellungsklausel als Ermunterung zum Abschuss und damit zu rechtswidrigem Handeln verstanden werden, was ein Gesetzgeber nicht ohne Selbstwiderspruch tun darf.

Das schließt aber in Grenzfällen die Möglichkeit einer übergesetzlichen Straffreistellung nicht aus, wie sie die h.M. auch sonst in vergleichbaren Fällen für möglich hält, wenn, wie z.B. im Fall der Euthanasieärzte, eine größere Menge von Menschen unter Aufopferung einer kleineren Zahl gerettet wird.¹⁰³ Auch das BVerfG¹⁰⁴ hat wohl an eine solche Möglichkeit gedacht, wenn es sagt, es habe „nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären“.

Eine Reihe von Autoren – ich nenne nur *Dreier*¹⁰⁵, *Frister*¹⁰⁶, *Hilgendorf*¹⁰⁷, *Neumann*¹⁰⁸ und *Beulke*¹⁰⁹ – wollen den Flugzeugabschuss denn auch in dem uns beschäftigenden Fall durch Annahme eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes straflos lassen. Das ist aber aus zwei Gründen keine glückliche Lösung.

Erstens nämlich lässt sich ein Schuldausschluss kaum sinnvoll begründen. Ich habe immer schon – ohne unmittelbaren Bezug zu dem uns beschäftigenden Fall – über die Konstruktion einer Entschuldigung in Fällen der Gefahrengemeinschaft gesagt:¹¹⁰ „Beurteilt man ein Verhalten als rechtswidrig, muss es [...] notwendigerweise gegen das Gesollte verstoßen. Dann aber ist nicht ersichtlich, warum einen Täter, der sich für das Unrecht entschieden hat, kein Schuld-

vorwurf treffen soll.“ *Jakobs*¹¹¹ hat das jetzt zum Gegenstand eines eigenen Aufsatzes gemacht und kommt ebenfalls zu dem Ergebnis: „Um ein Problem der Schuld handelt es sich nicht.“

Der zweite Grund, der gegen die Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschlusses spricht und den auch zwei seiner prinzipiellen Befürworter (*Beulke* und *Neumann*) schon thematisieren, liegt darin, dass das Problem einer unsicheren Tatsachengrundlage und Prognose durch einen generellen Schuldausschluss nicht zu erfassen ist.

Welche Möglichkeiten gibt es aber sonst, um wenigstens in besonders tragischen Einzelfällen im Wege einer Straffreistellung Nachsicht zu üben? *Jakobs*¹¹² meint, die Option „Finger weg!“ „Nicht Schicksal spielen!“ „dürfte bei Katastrophen, die den Staat nicht herausfordern, die angemessene Lösung bilden, aber ansonsten mag sie den Weg zu verlässlicher Rechtlichkeit verfehlen. Freilich sollte das, was dann dem Staat als dem Ordnungsgaranten und nur ihm ermöglicht wird, richtig benannt werden: Ausnahme, nämlich Herausnahme der Opfer aus dem Kreis der Personen im Recht.“

Das ist aber auch kein gangbarer Weg. Denn erstens gibt es keine halbwegs sicheren Kriterien dafür, welche Katastrophen den Staat „herausfordern“ und welche nicht. Zweitens und vor allem aber würde eine Herausnahme der Passagiere aus dem „Kreis der Personen im Recht“, ihre auch von *Jakobs*¹¹³ sogenannte „Entrechtlichung“, gegen die Menschenwürde verstoßen, die jedem Menschen den unveräußerlichen Status als Rechtssubjekt garantiert. Immerhin liegt darin aber keine verkappte Rückkehr zur Rechtfertigungslösung, denn *Jakobs* betont, die Passagiere würden durch ihre „Entrechtlichung“ in einen vorstaatlichen Zustand gestoßen. Sie dürften sich daher wehren, „wie sie wollen“.

Meine eigene Lösung setzt beim Zweck der Strafe an, den ich in „schuldbegrenzter Prävention“ sehe. Nach meiner Konzeption sollte man die Deliktskategorie, die sich an das Unrecht anschließt, nicht, wie es herkömmlicherweise geschieht, auf die „Schuld“ reduzieren, sondern als „Verantwortlichkeit“ verstehen. Die Verantwortlichkeit, d.h. die Möglichkeit und Notwendigkeit der Verhängung von Strafe, setzt nämlich neben der Schuld auch eine präventive Bestrafungsnotwendigkeit voraus.¹¹⁴ Das zeigt schon das geltende Recht. Beim Notwehrexzess etwa (§ 33 StGB) fehlt es nicht an der Schuld. Denn die Grenzen der Notwehr haben nur Sinn, wenn man sie auch einhalten kann. Aber wegen der besonderen Opfersituation des aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überreagierenden Täters fehlt ein Strafbedürfnis, so dass der Gesetzgeber Nachsicht üben kann.

¹⁰¹ Vgl. *B. Hirsch*, NJW 2007, 1188 (1189).

¹⁰² Dazu auch *Hilgendorf* (Fn. 81), S. 107 (S. 130 ff.).

¹⁰³ Ausführlich dazu *Roxin* (Fn. 81), § 22 Rn. 142 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 115, 118 (157).

¹⁰⁵ *Dreier*, JZ 2007, 261 (267).

¹⁰⁶ *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, Kap. 17 Rn. 14.

¹⁰⁷ *Hilgendorf* (Fn. 81), S. 107 (S. 130).

¹⁰⁸ *Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 62a.

¹⁰⁹ *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, § 11 Rn. 452a.

¹¹⁰ *Roxin* (Fn. 23), § 22 Rn. 154; ganz ähnlich Rn. 156.

¹¹¹ *Jakobs*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, 2010, S. 207 (S. 218).

¹¹² *Jakobs* (Fn. 111), S. 207 (S. 217 f.).

¹¹³ *Jakobs* (Fn. 111), S. 207 (S. 228 mit dortiger Fn. 31).

¹¹⁴ Ausführlich zu alledem *Roxin* (Fn. 23), §§ 19 ff. Dem folgt *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 190, dessen Plädoyer für einen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund (§ 5 Rn. 206e) demnach im hier vertretenen Sinne zu deuten ist.

Im Lichte solchen Verständnisses von Verantwortungsausschluss lässt sich auch für Grenzfälle des Lebensnotstandes die Möglichkeit eines übergesetzlichen Ausschlusses der strafrechtlichen Verantwortlichkeit begründen. Wenn ein Abfangjäger das Terrorflugzeug vergeblich abzudrängen versucht hat, die Hoffnungslosigkeit der Situation aus nächster Nähe überblickt und sich durch sein Gewissen gedrungen fühlt, die Menschen am Boden durch einen Abschuss des Flugzeugs zu retten, lädt er zwar immer noch die Schuld einer unrechtmäßigen Tötung der Passagiere auf sich. Aber man kann auf eine Bestrafung verzichten, weil der Täter nicht aus kriminellen Motiven, sondern aus Gründen der Lebenserhaltung gehandelt hat, weil nicht wenige rechtsgelehrte Beurteiler ein solches Verhalten sogar billigen und weil einer Gewissensentscheidung auch von der Verfassung (Art. 4 GG) ein zwar nicht Rechtswidrigkeit und Schuld, unter Umständen aber doch ein die Strafe ausschließender Stellenwert zugesprochen wird.¹¹⁵

Anders fällt die Beurteilung dagegen aus, wenn jemand bei sehr unsicherer Möglichkeit einer Situationsbeurteilung und Prognose aus reinem Draufgängertum das Passagierflugzeug abschießt, wenn er damit rechnen muss, dass auch an der Abschussstelle Menschen zu Tode kommen oder wenn er das Passagierflugzeug hauptsächlich deswegen abschießt, weil darin eine Gruppe ihm verhasster Politiker sitzt. In Fällen solcher Art kann aus leicht ersichtlichen präventiven Gründen auf eine Bestrafung nicht verzichtet werden.

Die hier vorgeschlagene Lösung hat gegenüber der Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschlusses nicht nur den Vorzug größerer Begründungskorrektheit. Sie gestattet auch sachgerechte Differenzierungen, die bei einem allein auf die Fahrgemeinschaft und die Rettungschancen gegründeten pauschalen Schuldausschluss nicht möglich sind.

Damit bin ich am Ende meiner Darlegungen. Sie betreffen einen Fall, der sich hoffentlich nie ereignen wird. Seine Erörterung erscheint mir dennoch wichtig und nützlich. Denn sie führt in straf- und verfassungsrechtliche Grundfragen, deren Beantwortung für unsere Rechtskultur von erheblicher Bedeutung ist.

¹¹⁵ Vgl. zur Gewissensentscheidung näher *Roxin*, in: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher (Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S. 389; *Roxin*, GA 2011, 1.