

AUSGABE 7/2011

S. 564 - 673

6. Jahrgang

Inhalt

WISSENSCHAFT IM FOKUS III

Strafrecht

Das Monitoring-Projekt des Forschungs- und Dokumentationszentrums für Kriegsverbrecherprozesse (ICWC), Marburg

Von Prof. Dr. Christoph Safferling, Stud. Mitarbeiter Philipp Graebke, Florian Hansen und Sascha Hörmann, Marburg 564

Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Wiss. Mitarbeiter Peter Gottschaldt, Leipzig 573

Versuchte Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO

Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 28.7.2010 – 1 StR 332/10
Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Köln, Diplom-Finanzwirt Stefan Burghaus, Köln/Bonn 578

Einwilligungsschranken und Rechtsgutsvertauschung am Beispiel des Fremddopings im Sport

Von Prof. Dr. Detlef Sternberg-Lieben, Dresden 583

Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten

Am Beispiel der Entscheidung des BGH zum Einsturz der Eissporthalle Bad Reichenhall
Von Prof. Dr. Stephan Stübinger, Bonn 602

Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht

Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht
Von Prof. Dr. Hans Theile, Konstanz 616

Die Frage nach der Rechtskultur als Brücke zwischen Kriminologie und Strafrecht

Von Prof. Dr. Michael Walter, Köln 629

Vergeltung als Strafzweck

Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik
Von Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg 636

Defizite und Neuerungen im Bilanzstrafrecht des HGB

Von Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln 648

Die Rechtsprechung zur Steuerhinterziehung durch Erlangen eines unrichtigen Feststellungsbescheides vor dem Hintergrund des Beschlusses des BVerfG vom 23.6.2010 (2 BvR 2559/08)

Von Prof. Dr. Petra Wittig, München 660

Dogmatisch fragwürdig und weitgehend ohne praktischen Nutzen

Die Vorschriften zur Bekämpfung des Missbrauchs der Kronzeugenregelung
Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz 669

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

Das Monitoring-Projekt des Forschungs- und Dokumentationszentrums für Kriegsverbrecherprozesse (ICWC), Marburg

Von Prof. Dr. Christoph Safferling, Stud. Mitarbeiter Philipp Graebke, Florian Hansen und Sascha Hörmann, Marburg*

Während Monitoring an internationalen und gemischt national-internationalen Gerichten seit Jahren üblich ist, sind solche Begleitungen eines Strafprozesses in Deutschland bisher weitgehend unbekannt. Mit dem vorliegenden Beitrag sollen Technik, Arbeitsweise und Ziele eines Monitorings in einem Strafverfahren erläutert werden (I.). Darüber hinaus werden die Erfahrungen während eines Monitorings an den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – ECCC (II.) und schließlich der Aufbau einer institutionalisierten Prozessbeobachterausbildung an der Phillips-Universität Marburg (III.) beschrieben.

I. Monitoring – eine Einführung

Der Begriff Monitoring ließe sich am ehesten mit „Verfahrensbeobachtung“ ins Deutsche übersetzen. Nun beobachten ein Verfahren eine ganze Reihe von Personen – neben den Beteiligten könnten dies etwa Zeugen sein, die nach ihrer Aussage den Ausgang der Verhandlung abwarten wollen, Journalisten, die in den Medien über das Prozessgeschehen berichten, Freunde und Verwandte des Angeklagten oder des Tatopfers oder auch völlig unbeteiligte Personen als interessierte Öffentlichkeit. All diese Beobachter haben ihre eigenen Motive, Ziele und Interessen und folglich auch ihre eigene Perspektive auf das Geschehen, so dass es nicht verwundert, dass sie den Prozess oft höchst unterschiedlich wahrnehmen und bewerten. Die meisten freilich werden ihre Eindrücke gar nicht in die Öffentlichkeit tragen.

Durch ein Monitoring-Programm soll den Genannten ein Beobachter hinzugefügt werden, der das Verfahren objektiven und transparenten wissenschaftlichen Standards folgend untersucht und das hierbei erstellte Material anschließend in Form sogenannter Monitoring-Reports zur weiteren Verwendung zur Verfügung stellt. Ein solcher Monitor geht nach einem im Vorfeld festgelegten Konzept vor; er hat eine eigene Beobachtungstechnik. Außerdem arbeitet er mit klaren Zielen. Beides – Technik und Ziele der Beobachtung – liegen offen zutage, so dass jeder sich ein Bild machen kann von Entstehung und Fokus der Reports. Auf diesem Wege verschaffen die Monitoring-Reports ihrem Leser nicht nur einen Eindruck vom Prozessgeschehen, sondern können auch im Rahmen wissenschaftlicher Forschung als Quelle ausgewertet werden.

1. Die möglichen Ziele eines Monitoring-Projekts

Zu den ersten Schritten bei der Vorbereitung eines Monitoring-Programms, so meinen verschiedene Handbücher internationaler Organisationen zum Thema¹, gehöre stets die ge-

* Der Verf. Safferling ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht sowie stellv. Direktor des Forschungs- und Dokumentationszentrums Kriegsverbrecherprozesse an der Phillips-Universität

naue Definition der mit dem Programm verfolgten Ziele. Tatsächlich bestimmen diese Ziele maßgeblich das konkrete Vorgehen, die Dauer, für welche das Projekt geplant wird, die Auswahl der Monitors sowie die Gestaltung der Reports.

Ein Handbuch der Vereinten Nationen listet nicht weniger als sechs mögliche Ziele auf,² eines der International Commission of Jurists sogar acht.³ Zusammenfassend können diese Ziele in vier Kategorien aufgeteilt werden. Zunächst kann es darum gehen, die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens und insbesondere die Wahrung der Angeklagtenrechte zu sichern oder zu fördern. Allein durch die Gegenwart der Beobachter, so der Gedanke, könnten sich Gericht, Staatsanwaltschaft und sonstige Beteiligte genötigt sehen, das Verfahren fair zu gestalten. Sodann könnte die Beobachtung in der anderen Richtung dafür sorgen, dass es zu einer gerechten Verurteilung wegen Menschenrechtsverletzungen kommt, wo andernfalls aus politischen oder anderen Gründen Straffreiheit gewährt werden sollte. Drittens könnte ein größer angelegtes Projekt, in dessen Rahmen eine ganze Reihe von Verfahren zu untersuchen wären, bestimmte Muster der Rechtsprechung und strukturelle Probleme im Rechtssystem eines Staates ausfindig machen. Zuletzt können sich Auswirkungen der erstellten Monitoring-Reports insofern ergeben, als diese eventuell den Blick der Öffentlichkeit für Probleme im Rechtssystem schärfen oder Gesetzgeber und Behörden zu Reformen ermutigen. Ebenso könnten möglicherweise politische Aktivisten, Nichtregierungsorganisationen und die wissenschaftliche Forschung von den Reports profitieren.

Obwohl hier im Detail selbstverständlich Konflikte möglich sind, werden viele Monitoring-Projekte mehrere dieser Ziele gleichzeitig zu verfolgen versuchen.

2. Die Durchführung eines Monitoring-Projekts

a) Bei der praktischen Umsetzung stellt sich zuerst die Frage, wer denn das ausgewählte Verfahren beobachten soll.⁴ Idealerweise wird das stets durch mehrere Monitors als Team geschehen. Das erlaubt nicht nur eine sich gegenseitig ergänzende Zusammenarbeit, die häufig notwendig sein wird, wenn in komplexen Gerichtsverhandlungen mit hoher Informationsdichte einer allein nicht mehr alles Wesentliche notie-

Marburg. Die Verf. Graebke, Hansen und Hörmann sind dort stud. Mitarbeiter und Koordinatoren des Monitoring-Projekts.

¹ Vgl. etwa International Commission of Jurists (Hrsg.), *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings*, 2009, S. 4 oder Organization for Security and Cooperation in Europe (Hrsg.), *Trial-Monitoring – A Reference Manual for Practitioners*, 2008, S. 27.

² Office of the High Commissioner for Human Rights, *Training Manual for Human Rights Monitoring*, 2001, S. 285.

³ International Commission of Jurists (Fn. 1), S. 4.

⁴ Vgl. etwa International Commission of Jurists (Fn. 1), S. 5 f.

ren kann, sondern sichert auch die regelmäßige und durchgängige Teilnahme des Teams, wenn einzelne Monitors ausfallen. Darüber hinaus eröffnen solche Teams die Möglichkeit, nicht nur (angehende) Juristen als Monitors einzusetzen, die aber selbstredend wegen ihrer Kenntnis der Rechtsmaterie und der Abläufe bei Gericht gebraucht werden. Außer ihnen können je nach der im Verfahren relevanten Materie Soziologen, Historiker, Anthropologen, Psychologen und Friedens- und Konfliktforscher wertvolle Beiträge leisten, indem sie ihr jeweiliges fachspezifisches Hintergrundwissen einbringen.

b) Ist ein Monitoring-Team zusammengestellt, so müssen die Teilnehmer auf ihre Aufgabe vorbereitet werden.⁵ Häufig wird dies mittels Trainingsveranstaltungen, Vorträgen, praktischen Übungen und dem Erstellen von schriftlichen Materialien zum Selbststudium erreicht werden. Inhaltlich müssen den Monitors insbesondere die tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe des Verfahrens sowie die im Laufe des Prozesses zu erwartenden Rechtsprobleme erläutert, die Erstellung von Notizen und das Abfassen der Reports eingeübt werden. Überdies sollten im Team Vereinbarungen getroffen werden, was die Veröffentlichung und Herausgabe von Informationen, gerade im Kontakt mit den Verfahrensbeteiligten, angeht. Die Monitors müssen auch auf den bei Gericht geltenden Verhaltenskodex aufmerksam gemacht werden.

c) Um später aus den Beobachtungen tragfähige Schlüsse ziehen zu können, ist es unabdingbar, dass die Monitors zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens anwesend sind; sogar bei Ausschluss der Öffentlichkeit versuchen sie, eine Ausnahme für sich zu erwirken, natürlich ohne später über das Beobachtete zu berichten.

Außerdem sollten die Monitors bereits während der Verhandlung umfangreiche und detaillierte Notizen machen, um das Geschehen in den Reports vollständig abbilden zu können. Genau dies kann indes zu Schwierigkeiten mit dem Gericht führen, das ein verständliches Interesse daran hat, bestimmte Details, insbesondere aus Zeugenaussagen, nicht aus dem Gerichtssaal dringen zu lassen.⁶ Ein erstes Beispiel für das Spannungsfeld, das sich aus den Erfordernissen unabhängiger Arbeit einerseits und der Notwendigkeit zur Kooperation andererseits ergibt. Was die Notizen anbelangt, so ist es ratsam, Kontakt zum Gericht aufzunehmen und dieses über die eigene Informationspolitik aufzuklären. Werden die detaillierten Reports erst nach dem Ende des Verfahrens veröffentlicht, dürfte das Anfertigen von Notizen nicht auf allzu große Widerstände stoßen.

d) Zwar ist bei solchen Kontakten unbedingt auf die Wahrung einer objektiven und unparteiischen Position zu achten,⁷ nichtsdestotrotz sind sie sehr hilfreich. Eine frühzeitige In-

formation der Beteiligten und eventuell auch verschiedener Behörden schafft nicht nur eine gewisse Vertrauensbasis, sondern knüpft auch bereits vor Prozessbeginn Kontakte, die im Laufe des Projekts Quelle wertvoller Informationen sein können. Obendrein kann so möglicherweise eine bevorzugte Behandlung der Monitors bei den im Bereich aufsehenerregender Prozesse üblichen Einlasskontrollen erwirkt werden. Obwohl der Zugang an sich der Öffentlichkeit – und damit auch Monitors – grundsätzlich offensteht, wird also regelmäßig bereits frühzeitig über das Projekt informiert. Nichts anderes gilt freilich in Bezug auf die Information der Öffentlichkeit, die gerade dann unabdingbar ist, wenn noch Geldgeber gesucht werden.

e) Das unmittelbare Ergebnis des Monitoring sind die Reports.⁸ In Textform wird hier der Verfahrensgang möglichst genau nachgezeichnet und die in der Verhandlung erörterten Rechtsprobleme dargestellt. Weiterhin beschreiben die Monitors die Organisation des Verfahrens durch das Gericht, seinen Umgang mit den Beteiligten, insbesondere dem Angeklagten und seinem Verteidiger sowie eventuell Opfern und deren Vertretern. In einem weiteren Abschnitt bleibt typischerweise Raum für sonstige Anmerkungen, Feststellungen und Beobachtungen. Exakt protokolliert wird zuletzt die Verhandlungsdauer: Beginn, Abschluss und Pausen werden minutengenau in einer fortlaufenden Tabelle aufgezeichnet, so dass am Ende des Prozesses entsprechende Statistiken erstellt werden können.

Inhaltlich sind die Reports objektiv und unparteiisch. Sie stellen nur das Geschehen dar, nehmen selbst aber keine Position ein. Keinesfalls mischen sich die Monitors in das laufende Verfahren ein; eine Ausnahme hiervon wird nur bei schweren Menschenrechtsverletzungen durch das Gericht gemacht. Aus diesem Grund ist bei allen Veröffentlichungen während des Prozesses stets genau zu prüfen, ob und wie diese sich auf das Verfahren auswirken könnten.

Selbst nach Abschluss des Verfahrens wird eine vollständige Veröffentlichung der Reports oft nicht möglich sein – die Persönlichkeitsrechte einzelner Personen sowie das Schutzbedürfnis von Zeugen können dem etwa entgegenstehen. Eine anonymisierte Version wird aber regelmäßig veröffentlicht werden können, so dass entweder aus dem Monitoring-Projekt selbst oder von Dritten ausgehend eine detaillierte Analyse des Geschehens möglich wird. Diese mag es sich etwa zum Ziel setzen, das materielle und formelle Recht sowie deren praktische Anwendung auf ihre Tauglichkeit, Effizienz oder Vereinbarkeit mit international oder national gültigen Menschenrechtsstandards hin zu überprüfen. Ebenso könnten die Reports als Quelle historischer oder soziologischer Forschung dienen. In jedem Falle ergibt sich ein positiver Effekt auf das Rechtssystem, wenn objektive Beobachter einem Gerichtsverfahren beiwohnen. Der für das deutsche Recht vom Gesetzgeber in § 169 GVG niedergelegte Grundsatz der Öffentlichkeit, den das Bundesverfassungsgericht als Teil des Rechtsstaatsprinzips mit Verfassungsrang ausgestat-

⁵ Zu verschiedenen Vorbereitungsmaßnahmen siehe etwa Organization for Security and Cooperation in Europe (Fn. 1), S. 90 ff.

⁶ Vgl. etwa § 58 Abs. 1 StPO, wonach der Zeuge in Abwesenheit von später zu hörenden Zeugen zu vernehmen ist; dazu Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 58 Rn. 2 u 5.

⁷ Vgl. etwa die Ausführungen in Office of the High Commissioner for Human Rights (Fn. 2), S. 287 und S. 289.

⁸ Vgl. zu deren Inhalt auch Office of the High Commissioner for Human Rights (Fn. 2), S. 291; International Commission of Jurists (Fn. 1), S. 29 f.

tet hat,⁹ kann seine Wirkungen nur entfalten, wenn auch eine Öffentlichkeit der Verhandlung tatsächlich beiwohnt.

II. Monitoring an den ECCC

1. Hintergrund

Nachdem bereits 1979 ein erster Prozess gegen führende Rote Khmer geführt wurde,¹⁰ unterzeichnete Kambodschas Regierung nach zähen Verhandlungen mit den Vereinten Nationen im Juni 2003 ein Abkommen, welches die Errichtung eines Strafgerichtshofes vorsah. Zwischenzeitlich drohten die Verhandlungen zu scheitern, da die kambodschanische Regierung aus zwei Gründen ein rein nationales Gericht installieren wollte. Auf der einen Seite wurde argumentiert, dass die Unterzeichnung der Genozidkonvention¹¹ seitens Kambodscha eine Verpflichtung darstelle, die Verbrechen der Roten Khmer innerhalb der Jurisdiktion Kambodschas abzuurteilen, auf der anderen Seite bestand Misstrauen gegenüber den Vereinten Nationen, da diese die Roten Khmer auch noch lange nach der Befreiung Kambodschas im Jahr 1979 unterstützt hatten.¹²

Die letztliche Einigung stellte eine Mischform da, ein hybrider Gerichtshof,¹³ der auf jedem Level mit internationalen und nationalen Angestellten ausgestattet ist, und bei dem es zwar eine Mehrheit kambodschanischer Richter in den unterschiedlichen Kammern gibt, diese jedoch auf Grund des „super majority“ Mechanismus auf die Unterstützung der internationalen Richter angewiesen sind.¹⁴

Diese Außerordentlichen Kammern im Gerichtssystem von Kambodscha (ECCC) sollten die Anführer und die hauptverantwortlichen für die unter den Roten Khmer, zwischen 17.4.1975 und 6.1.1979 begangenen Gräueltaten zur Rechenschaft ziehen. Das Verfahrensrecht hierfür, die „Internal Rules“, ist maßgeblich durch das nationale kambodschanische Recht geprägt, welches selber an die französische Strafprozessordnung angelehnt ist.¹⁵

Materiell rechtlich besteht die Möglichkeit jene Personen durch die ECCC zu verurteilen, die sich zwischen 1975 und 1979 nach kambodschanischem Recht wegen Tötung, Folter, Religiöser Verfolgung strafbar gemacht haben, oder gegen folgende von Kambodscha anerkannten Verträgen verstoßen

haben und sich wegen Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, schweren Verstößen gegen Genfer Konventionen von 1949, Zerstörung von kulturellem Eigentum, oder Verbrechen gegen international geschützte Personen strafbar gemacht haben.¹⁶

Nachdem die Untersuchungsrichter ihre ersten Ermittlungen aufgenommen hatten, schlossen sie die Untersuchung im Fall gegen Kaing Guek Eav (Duch) am 8.8.2008 ab und übertrugen die Anklageschrift und damit die Anklage an die Ankläger. Duch wurde angeklagt, sich als Verantwortlicher des Gefängnisses S-21 wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wegen schweren Verstößen gegen die Genfer Konvention von 1949 und Verstößen gegen nationales, kambodschanisches Recht strafbar gemacht zu haben.¹⁷ Unter Leitung des kambodschanischen Vorsitzenden Richters Nil Nonn fanden endlich am 17. und 18.2.2009 die Eröffnungs-Anhörungen statt.

Bereits bei den Verhandlungen zwischen der Regierung Kambodschas und den Vereinten Nationen zur Etablierung des Gerichtshofes waren erste Spannungen zu beobachten, welche das Projekt ECCC beinahe scheitern ließen. Aufgrund dieser Spannungen und der großen organisatorischen Herausforderung eines internationalisierten Tribunals entschied sich das War Crimes Studies Center der Universität von Berkeley (WCSC)¹⁸ den Fall 001 der ECCC mit einem Monitoring Programm zu begleiten.

2. Vorbereitung

Zur Vorbereitung auf das in Kambodscha stattfindende Monitoring wurden zunächst dezentrale Kurzworkshops in verschiedenen Ländern durchgeführt, aus denen die zukünftigen Monitors zu erwarten waren. Bei diesen Workshops wurden materiell-rechtliche Probleme des Verfahrens 001 besprochen, die Grundsätze des Monitorings vermittelt und unter Zuhilfenahme von Psychologen auf eine mögliche Traumatisierung von Monitors durch die Beobachtung hingewiesen. Unmittelbar vor Beginn des ersten Verfahrens wurde dann anhand der zu dieser Zeit schon vorliegenden Anklageschrift ein viertägiger Intensivworkshop mit allen Teilnehmern des Monitorings vor Ort in Kambodscha durchgeführt. Dabei wurde neben einer vertiefenden Lerneinheit zum materiellen Recht und Prozessrecht auch auf den Umgang mit der Presse vorbereitet.

⁹ BVerfGE 103, 44 (63).

¹⁰ Vgl. dazu *Selbmann/Wesemann*, ZIS 2010, 116.

¹¹ UN GA Res 3/260 (1948), deutsch: BGBl. II 1954, S. 730.

¹² *Etcheson*, *The Extraordinary Chambers*, A publication of the Open Society Justice Initiative, 2006, S. 10; zum Sitz der Roten Khmer in den Vereinten Nationen vgl. *Chhang*, *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007), 161.

¹³ *Meijer*, in: *Romano/Nollkaemper/Kleffner* (Hrsg.), *Internationalized Criminal Courts*, 2004, S. 207; *Mégrez*, *Cornell International Law Journal* 38 (2005), 725; s. auch *Schulz*, *Transitional Justice und hybride Gerichte*, 2009, S. 99 ff.

¹⁴ Vgl. *Bohlander/Winter*, in: *Kirsch* (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, S. 261 (S. 267-271); *Etcheson* (Fn. 12), S. 7; *Bertodano*, *Journal for International Criminal Justice* 4 (2006), 289.

¹⁵ Dazu auch *Kroker*, *ZStW* 122 (2010), 685.

¹⁶ Art. 2 ff. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers. Vgl. dazu auch der Beitrag von *Aßmann*, in: *Safferling/Conze* (Hrsg.), *The Genocide Convention 60 Years After its Adoption*, 2010, S. 183.

¹⁷ ECCC Office of the Co-Investigating Judges, *CLOSING ORDER indicting Kaing Guek Eav alias Duch*, paras. 144 ff. (die Closing Order ist abrufbar unter <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/closing-order-indicting-kaing-guek-eav-alias-duch> [zuletzt abgerufen am 11.7.2011]).

¹⁸ <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2011).

3. Durchführung

Die Durchführung des Monitorings stellte eine praktische Umsetzung der allgemeinen Monitoring-Ziele da. Hierbei sollten jedoch bestimmten, Fall abhängigen, vorher definierten, Zielen Rechnung getragen werden.

Die ECCC hatten seit ihrer Gründung mit ihrer Außenwirkung zu kämpfen. Auf der einen Seite war vielen Kambodschanern die Existenz des Gerichtshofes nicht bekannt,¹⁹ auf der anderen Seite hatten viele, denen die Existenz des Gerichtshofes bekannt war, Zweifel an seiner Rechtstaatlichkeit. Ursprung dieser Zweifel ist sicher auch das mangelnde Vertrauen der Kambodschaner in das korrupte nationale Rechtssystem.²⁰ Schon die Erfahrung an anderen internationalen Tribunalen hat gezeigt, dass ein funktionierendes Outreach den gesellschaftlichen Diskurs ermöglicht und damit die Chancen eine Versöhnung zu erreichen verbessert.²¹ Aus diesem Grund sollte ein Schwerpunkt des Monitorings im Outreach liegen, um durch diese vertrauensbildende Maßnahme den Diskurs in der kambodschanischen Gesellschaft zu stärken und die Akzeptanz der ECCC zu erhöhen. Dieser Schwerpunkt beinhaltete nicht nur das Informieren von großen Bevölkerungsgruppen über das Verfahren, sondern auch das Capacity-Building innerhalb des Teams, um damit neue Impulse in das kambodschanische Rechtssystem zu geben.

Die Basis des Monitorings war die kontinuierliche Anwesenheit eines internationalen Teams, welches während der Verhandlungen genaue Notizen vom Geschehen im Gerichtssaal anfertigte. Als Ausdruck dieses klassischen Monitorings wurden mit Hilfe der Notizen Tagesberichte geschrieben, welche die Besonderheiten in Bezug auf internationale Fair Trial-Standards, in Bezug auf die Anwendung der Internal Rules und des nationalen kambodschanischen Rechts dokumentierten. Diese Tagesberichte wurden am Ende jeder Prozesswoche, welche regelmäßig vier Prozesstage umfasste, zu Wochenberichten zusammengefasst. Diese waren von größtmöglicher Neutralität, was bedeutete, dass Werturteile, sofern sie vorkamen, durch internationale Rechtsprechung abgesichert sein mussten.

Um der weitverbreiteten Unkenntnis der kambodschanischen Bevölkerung bezüglich der ECCC entgegen zu treten und auch um in der Zivilgesellschaft Verständnis für die Rechtstaatlichkeit des Gerichtshofes zu wecken, wurden Teile der Monitoring-Berichte in Khmer übersetzt und in kambodschanischen Zeitungen abgedruckt, sowie zusammengefasste Berichte in Khmer über NGOs vertrieben. Wei-

terhin wurden in Kooperation mit dem britischen Regisseur *Matthew Robinson* Fernsehberichte erstellt, welche im größten kambodschanischen Fernsehsender wöchentlich ausgestrahlt wurden.²² Diese Fernsehberichte bestanden aus mitgeschnittenen Szenen aus dem Gerichtssaal, die von Experten den Zuschauern erläutert wurden. Hierbei haben die Monitors auf Grund ihrer Mitschriften und ihres tiefen Einblicks in das laufende Verfahren Vorschläge unterbreitet, welche Szenen des jeweiligen Tages für eine Ausstrahlung im Fernsehen geeignet und wichtig wären und somit Teil der Fernsehsendung werden sollten.

4. Evaluation des Verfahrens

Nachdem die letzte Hauptverhandlung des Verfahrens stattgefunden hatte, wurden die bisher erstellten Wochenberichte²³ ausgewertet und eine Analyse des Verfahrens erstellt.²⁴ Hierbei wurde zunächst eine Übersicht über die während der Hauptverhandlung eingereichten Beweismittel geschaffen und diese in einen zeitlichen und inhaltlichen Rahmen eingebettet. So lässt sich ein Zusammenhang zwischen den Zeugen, den sonstigen Beweismitteln und der hierfür aufgewendeten Zeit erstellen.²⁵ Anschließend wurden rechtliche und prozessuale Aspekte des Verfahrens aufgegriffen und bewertet. Insbesondere waren hier die laufenden Anträge der Ankläger von Interesse, mit denen sie erreichen wollten, dass Joint Criminal Enterprise als Konstrukt einer völkerrechtlichen Zurechnungsnorm von Tatbeiträgen, im Fall gegen Duch Anwendung findet. Problematisch war hierbei, dass Joint Criminal Enterprise von den Untersuchungsrichtern nicht in die Anklageschrift aufgenommen worden war, und weiterhin unklar war, ob Joint Criminal Enterprise bereits in den Jahren 1975 bis 1979 (völker-)gewöhnheitsrechtlich anerkannt war.²⁶ Im Urteil letztlich entschied die Kammer, dass der Angeklagte und seine Verteidigung sich der Gefahr einer Verurteilung wegen Joint Criminal Enterprise bewusst

¹⁹ Human Rights Center, University of California (Hrsg.), *So we will never Forget*, 2009, S. 36. Es handelt sich dabei um eine empirische Studie, im Rahmen derer im September 2008 in 125 zufällig ausgewählten Gemeinden in Kamboscha 1000 erwachsene Personen befragt wurden.

²⁰ Human Rights Center, University of California (Fn. 19), S. 16; *Linton*, *Journal for International Criminal Justice* 4 (2006), 328; *Sluiter*, *Journal for International Criminal Justice* 4 (2006), 315.

²¹ *Gurd*, *The Extraordinary Chambers*, A publication of the Open Society Justice Initiative, 2006, S.115.

²² <http://forum.eastwestcenter.org/Khmer-Rouge-Trials> (zuletzt abgerufen am 11.7.2011), http://www.cambodiafilms.com/khmer_rouge_trials.html (zuletzt abgerufen am 11.7.2011).

²³ Die KRT Trial Monitor Reports sind abrufbar unter http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/KRT_monitoring_reports.htm (zuletzt abgerufen am 11.7.2011).

²⁴ Vgl. *Kelsall u.a.*, *Lessons Learned from the 'Duch' Trial*, A comprehensive review of the first case before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, A report produced by the Asian International Justice Initiative's KRT Trial Monitoring Group, 2009 (abrufbar unter http://www.ocf.berkeley.edu/~changmin/documents/Lessons%20Learned%20from%20the%20Duch%20Trial_MRSK_FI_NAL.pdf [zuletzt abgerufen am 11.7.2011]).

²⁵ Ein Beispiel ist unten im Annex wiedergegeben; zum Ablauf der Hauptverhandlung siehe auch *Gibson/Rudy*, *Journal for International Criminal Justice* 7 (2009), 1007.

²⁶ Ausführlich dazu der amicus curiae-Schriftsatz an die ECCC von *Ambos*, abgedruckt in: *Criminal Law Forum* 20 (2009), 353.

waren und hierauf reagieren konnten.²⁷ Aus diesem Grund seien auch die Rechte des Angeklagten bei Verwendung von Joint Criminal Enterprise als Zurechnung nicht verletzt. Außerdem sahen sie es für erwiesen an, dass Joint Criminal Enterprise auch schon zum Tatzeitpunkt Gewohnheitsrecht war.²⁸ Insofern ist diese Entscheidung von großer Bedeutung für die weiteren Verfahren vor den ECCC.

Weiterhin rügte die Verteidigung an mehreren Stellen, dass das Prinzip der Waffengleichheit verletzt sei. Dies begründete sie mit der Präsenz und dem Tätigwerden der Opfervertreter vor Gericht. Die Opfer, die an dem Verfahren beteiligt waren, mussten sich vor Gericht anwaltlich vertreten lassen.²⁹ Dies führte dazu, dass der Angeklagte zeitweise bis zu acht Opfervertretern und zwei Anklägern gegenüber saß. In einer Entscheidung vom 9.10.2009 entschied die Verfahrenskammer, dass es tatsächlich ein Recht des Angeklagten sei nur einer Anklagebehörde gegenüber zu sitzen. Dies führte zu einer ersten Rollenzuweisung bezüglich der Opfervertreter.

Wie auch in vielen anderen Bereichen war das erste Verfahren vor den ECCC gegen Duch eine Bewährungsprobe für das Konzept der Nebenklage, für welches man sich für die ECCC entschieden hatte.³⁰ So wurde immer wieder die Frage aufgegriffen, welche Rolle die Nebenklägervertreter im Verfahren haben und wie dem Streben der Nebenkläger nach Gerechtigkeit am besten Rechnung getragen werden könnte. Die Frage nach der Rolle der Nebenklagevertreter,³¹ so scheint es, wurde durch das Gericht eher durch eine Analyse der quantitativen Beteiligung, als durch eine Analyse der qualitativen Beteiligung der Nebenklagevertreter bestimmt. Als Resultat hieraus wurden die Nebenklagevertreter immer wieder darauf hingewiesen, dass sie sich an vorher definierte zeitliche Grenzen halten sollen und dass sie keine sich wiederholenden Fragen stellen sollen.³² Insbesondere in den

²⁷ ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC, (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 498; Das Urteil ist abrufbar unter: <http://www.eccc.gov.kh/en/documents/court/judgement-case-001> (zuletzt abgerufen am 11.7.2011).

Zu der Anwendbarkeit von JCE in Case 001 und den folgenden Verfahren siehe auch *Gustafson*, Journal for International Criminal Justice 8 (2010), 1323.

²⁸ ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), paras. 504 ff.

²⁹ Rule 23 Nr. 7 Internal Rules.

³⁰ Vgl. dazu *Studzinsky*, ZIS 2009, 44; *Hoven*, ZStW 122 (2010), 706; *Boyle*, Journal for International Criminal Justice 4 (2006), 307.

³¹ Vgl. insbesondere Rule 23 Nr.1 Internal Rules:

„1. The purpose of Civil Party action before the ECCC is to:
a) Participate in criminal proceedings against those responsible for crimes within the jurisdiction of the ECCC by supporting the prosecution; [...];“ (vgl. auch *Gibson/Rudy*, Journal for International Criminal Justice 7 [2009], 1014).

³² Zum Spannungsfeld des Rechts auf ein zügiges Verfahren und einer Opferbeteiligung siehe etwa *Zappalà*, Journal for

ersten Wochen des Verfahrens hatte das Gericht mit prozessualen, organisatorischen und technischen Problemen zu kämpfen, was zu einem sehr langsamen Fortschreiten des Prozesses führte.

Auch sich wiederholende Befragungen von verschiedenen Parteien und ein unbeschränktes Fragerecht der Nebenklagevertreter führten dazu, dass der Ablaufplan der Anhörungen immer wieder nachgebessert werden musste. Erst in Woche neun des Verfahrens wurde für die Staatsanwälte, die Verteidigung von Duch und die Nebenklagevertreter die Redezeit situationsabhängig begrenzt. Zu beobachten war eine zunehmende Aktivität des Vorsitzenden Richter Nil Nonn, der begann wiederholende und irrelevante Fragen nicht mehr zuzulassen und damit das Verfahren beschleunigte.

Ein weiteres durchgängiges Problem betraf die Übersetzung in die drei offiziellen Sprachen, nämlich Khmer, Englisch und Französisch. So war zwischenzeitlich unklar, ob bestimmte Dokumente auf Grund von Ungenauigkeiten, die aus der Übersetzung resultierten, als Beweismittel verwendet werden können.³³ Als Resultat sollten die am Prozess Beteiligten auch während der Verhandlungen auf mögliche Ungenauigkeiten in Übersetzungen achten, was sehr zeitaufwendig war und zu Verzögerungen führte. Auch die Qualität der Simultanübersetzung war über weite Strecken nicht ausreichend. So bleibt es offen, wie viel die Beteiligten überhaupt von dem verstehen konnten, was vor Gericht gesagt wurde. Teilweise wurde es offensichtlich, dass die Richter, Ankläger, Verteidiger von Duch und Nebenklagevertreter nicht in der Lage waren, die Übersetzungen richtig zu verstehen.³⁴

5. Evaluation des Monitorings

a) Vorbereitung

Die Vorbereitung auf das Monitoring war geprägt von der Tatsache, dass die Anklageschrift für das Verfahren 001 bereits veröffentlicht war. Das bedeutete, die Monitors konnten sich bereits vor Beginn des Verfahrens mit den genauen Tatvorwürfen und den historischen Hintergründen auseinandersetzen. Auch das Vorliegen der Internal Rules ermöglichte es einen ersten Einblick die Prozessordnung des Gerichts zu bekommen. Förderlich für die Vorbereitung war jedenfalls auch, dass die Monitors allen Beteiligten vor Beginn des Verfahrens vorgestellt wurden.

b) Durchführung

Ein großer Vorteil des internationalen Monitoring-Teams war die Anwesenheit von Khmer, Französisch und Englisch sprechenden Monitors. Hierdurch konnten Unstimmigkeiten bezüglich der Übersetzung aufgeklärt werden und Einschätzungen abgegeben werden, wie viel Inhalt durch Simultanübersetzung verloren geht. Bei der Übersetzung von Khmer zu Englisch und dann von Englisch ins Französische oder anders herum ging zeitweise, so die Einschätzung einiger

International Criminal Justice 8 (2010), 145 und *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87 (101 ff.).

³³ Vgl. KRT Trial Monitor, Reports Nr. 4 and 7.

³⁴ Vgl. KRT Trial Monitor, Report Nr. 3.

Monitors, bis zu 40 % des Inhalts der eigentlichen Aussage verloren.

Ein weiterer Vorteil des Monitoring-Teams war der Umstand, dass die Monitors aus den unterschiedlichsten Teilen der Welt kamen und ihr juristische Ausbildung somit in unterschiedlichen Rechtssystemen absolviert hatten. Dies führte dazu, dass jeder Monitor die Vorkommnisse vor Gericht in seinen nationalen Kontext einordnete und bewertete, was zu verschiedenen Blickwinkeln auf problematische Vorkommnisse vor Gericht führte. Der Rahmen der Beurteilung blieb gleichwohl immer der völkerrechtlichen Fair Trial-Standard.

III. Das Monitoring-Projekt am ICWC

Im Dezember des vergangenen Jahres erfolgte die Nachricht der Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den Ruander Onesphore R. vor dem OLG Frankfurt. Dem 53jährigen Angeklagten wird vorgeworfen, im April 1994 drei Massaker angeordnet und koordiniert und sich dadurch wegen Völkermordes und Mordes in über 3700 Fällen, sowie Anstiftung hierzu strafbar gemacht zu haben. Damit eröffnete sich die Möglichkeit, ein Strafverfahren mit internationalem Bezug gewissermaßen vor der Marburger „Haustür“ beobachtend begleiten zu können.

Eine zur selben Zeit stattfindende Auswertung des ersten sechsmonatigen Einsatzes eines Marburger Prozessbeobachters an den ECCC und der dazu zuvor durch das WCSC unternommenen Vorbereitung verdeutlichte die Anforderungen, die an einen Prozessbeobachter vor Ort gestellt und somit auch, wie eine angemessene Vorbereitung auf einen solchen Einsatz aussehen muss. Dabei wurde klar, dass neben den obligatorischen Kenntnissen des anzuwendenden materiellen und formellen Rechts ein Monitor für den Einsatz in einem Strafverfahren mit internationalem Bezug über weiteres Hintergrundwissen verfügen sollte, das ihm ermöglicht, die während des Verfahrens vermittelten Informationen besser einordnen zu können. Zudem müssen die Hintergründe und Grundsätze einer seriösen Prozessbeobachtung vermittelt werden und im besten Fall bereits vor dem eigentlichen Einsatz die Möglichkeit gegeben werden, praktische Erfahrungen zu sammeln.

1. Projektziele

Vor diesem Hintergrund begann die Konzeptionsphase des Monitoring-Projekts am ICWC mit dem Ergebnis einer dreifachen Zielsetzung.

a) Monitoring des Strafverfahrens gegen Onesphore R.

Die Beobachtung des Strafverfahrens gegen R. soll als echtes verfahrensbegleitendes Monitoring die Einhaltung der Fair Trial-Standards überwachen und das Verfahren dokumentieren. Denn selbst wenn man auch zunächst davon ausgehen kann, dass ein Verfahren vor einem deutschen Gericht mehr oder minder selbstverständlich diesen Standards genügt, darf man dabei nicht außer Acht lassen, dass es sich hier um ein umfangreiches Verfahren handelt, das einige Spannungsfelder berührt: Die möglichen Tatorte liegen über 6000 Kilometer von Deutschland entfernt; die vorgeworfenen Tathandlungen

liegen 17 Jahre zurück; vor diesem räumlichen und zeitlichen Hintergrund müssen Zeugen ausfindig gemacht und weitere Beweismittel beschafft werden; Zeugen werden aus dem In- und Ausland geladen, manche eigens hierher geflogen, untergebracht und unter den Schutz des BKA gestellt; möglich ist darüber hinaus auch eine Einmischung des Ruandischen Staates. In diesen Rahmen muss nun ein deutscher Staatsschutzsenat mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln der StPO, die Wahrheitsfindung betreiben. Vor diesem Hintergrund ist es eine der wesentlichen Fragen, ob die StPO für ein solches Verfahren gewappnet ist. Neben den Blick auf die Rechte der Verfahrensbeteiligten, soll auch diese Frage durch das Monitoring beantwortet werden.

b) Aufbau von Ausbildungsstrukturen

Die dazu notwendige Vorbereitung im Vorfeld des Prozessbeginns soll dabei jedoch nicht auf die Durchführung der aktuellen Prozessbeobachtung beschränkt sein, sondern vielmehr zugleich als Grundstein eines Capacity-Buildings dienen. Hierdurch soll eine auf Dauer angelegte Ausbildungsstruktur geschaffen werden, die es ermöglicht, speziell vorbereitete, auch international einsetzbare Beobachter für Forschungseinrichtungen oder auch Nichtregierungsorganisationen zur Verfügung zu stellen oder in eigenem Namen zu entsenden. Die Aufnahme des Monitorings in Bezug zum Frankfurter Verfahren dient dabei gewissermaßen als Pilotprojekt.

c) Integration in den Lehrbetrieb

Möglich werden soll dies schließlich durch eine langfristige Integration in den bestehenden Lehrbetrieb. Hierbei bereiten die bisher angebotenen Veranstaltungen im Strafrecht, Strafprozessrecht und Völkerstrafrecht den Boden für eine qualifizierte, nachhaltige Ausbildung.³⁵

2. Ausbildungsinhalte

Vor dem Hintergrund der Auswertung der Erfahrungen an den ECCC und der eigenen Zielsetzung wurde ein Ausbildungspaket konzipiert, das auf das Verfahren am OLG Frankfurt zugeschnitten, neben dem deutschen Verfahrensrecht und der materiell-rechtlichen Grundlagen³⁶ auch Kenntnisse des Konflikts und dessen historischen Hintergrunds umfasst.

Damit soll der Monitor in die Lage versetzt werden, dem Prozessgeschehen besser folgen und Hintergründe besser verstehen zu können. Straftaten, die vor internationalen Gerichten verhandelt werden, haben ihre Ursache in aller Regel

³⁵ So etwa vor allem die Vorlesung zum Völkerstrafrecht, die sich sowohl an Studierende der Rechtswissenschaft wie auch der Friedens- und Konfliktforschung wendet und in dessen Rahmen auch Planspiele stattfinden, bei denen Studierende als Prozessbeteiligte ergebnisoffene Verhandlungen simulieren. Dazu kommt das reguläre Seminarangebot im Bereich des Strafrechts, welches auch immer wieder prozessuale Fragestellungen zum Thema hat.

³⁶ § 220a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F., § 211 StGB, sowie den Täterschaftsformen.

in einem inner- oder zwischenstaatlichen Konflikt, so auch in dem vorliegenden Frankfurter Verfahren. Die während einer solchen Verhandlung zu Tage tretenden Informationen müssen möglichst schnell aufgenommen und sortiert werden. Dazu gehören bspw. Kenntnisse der am Konflikt beteiligten Parteien und dessen historischer Hintergrund ebenso wie die Lage der genannten möglichen Tatorte etc. Fragen wie, „Ist der Angeklagte oder ein Zeuge möglicherweise einer der Konfliktparteien zuzuordnen?“ oder „Wo befinden sich Dorf A, Distrikt B?“ müssen gedanklich beantwortet werden können, schon allein um wichtige von weniger wichtigen Informationen unterscheiden zu können. Darüber hinaus fand ergänzend eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Monitorings, d.h. den Zielen und Prinzipien einer wissenschaftlichen Prozessbeobachtung statt. Dieser theoretische Teil wurde durch eine Reihe mehrstündiger Workshops zu den einzelnen Themenkomplexen umgesetzt und zudem in einem 220 Seiten umfassenden Reader vorab zusammengefasst und zur Verfügung gestellt.

Für den praktischen Teil wurde zum besseren Verständnis und einer ersten Erprobung der „Monitorings-Skills“ ein Prozess am Landgericht (Schwurgericht) Marburg begleitet. Hierbei sollte den Projektteilnehmer die Schwerpunktsetzung bei der Beobachtung, sowie die Erstellung der Reports auch praktisch vor Augen geführt werden. Im Rahmen dessen wurde den Studierenden so auch das Verfassen erster Monitoring-Reports zur Aufgabe gemacht, die anschließend in Kleingruppen ausgewertet wurden.

Neben diesem Teil der Ausbildung vor Beginn der Beobachtung finden zudem fortlaufend monatliche Treffen der gesamten Projektgruppe statt. Diese bilden den Schwerpunkt der begleitenden Veranstaltungen und haben vornehmlich den Austausch in Bezug auf das Prozessgeschehen zum Gegenstand. Hierbei wird auch speziellen Fragen des Verfahrensrechts nachgegangen, denn angesichts dessen, dass man in dem vorliegenden Verfahren, anders als bei Prozessen an internationalen Tribunalen, weder auf Transkripte, noch auf die Anklageschrift zurückgreifen kann, muss eine Auseinandersetzung mit einschlägigen juristischen Fragestellungen zum Teil „on demand“ erfolgen.

Abgerundet wird die laufende Auseinandersetzung mit den Verfahrensthemen mit Hilfe von Gastvorträgen. Nachdem bereits Prof. Dr. Bernd Röhrle vom Marburger Fachbereich Psychologie über mögliche Folgen sekundärer Traumata bei Journalisten und Juristen gesprochen hat, werden zukünftig unter anderem Praktiker des Völkerstrafrechts und Kenner Ruandas Beiträge leisten und damit bereits Gelerntes vertiefen und ergänzen.

Schließlich ist auch die Arbeit zur Erstellung der Tagesberichte in den Kleingruppen selbst als Teil der Ausbildung zu verstehen. Gewissermaßen als Nebeneffekt werden hier Soft-Skills gefördert, indem die Studierenden das Prozessgeschehen in einer interdisziplinären Gruppe diskutieren und aus verschiedenen Perspektiven ihre Beobachtungen aufarbeiten, die Schwerpunkte der Berichte setzen und somit neben ihren juristischen Kenntnissen ihre Beobachtungsgabe, sprachliche Kompetenz und letztlich ihre Teamfähigkeit trainieren.

3. Organisation

Das Projekt wurde den Studierenden im Rahmen zweier Informationsveranstaltungen vorgestellt. Daraufhin meldeten sich 92 Studierende jüngerer und höherer Semester, sowohl der Rechtswissenschaft wie auch der Friedens- und Konfliktforschung, die daran mitwirken wollten. Angesichts des höher als erwarteten Interesses wurde die Teilnehmerzahl auf dreißig erhöht und das Koordinationsteam um zwei weitere Studierende höherer Semester verstärkt, um möglichst viele Teilnehmer an der Ausbildung teilhaben zu lassen. Die Auswahl wurde mithilfe von Motivations schreiben und Arbeitsproben getroffen, die im Verlauf der praktischen Vorbereitung angefertigt wurden. Die Übrigen Interessierten sind zudem als Nachrücker Teil der Projektgruppe und besuchen auch weiterhin die monatlichen Projektgruppentreffen.

Nach dem Abschluss der Vorbereitung und der Auswahl der Projektteilnehmer wurden die Teams zusammengestellt. Dabei handelt es sich um fünf Gruppen zu jeweils sechs Studierenden, sowohl der Rechtswissenschaft als auch der Friedens- und Konfliktforschung, die abwechselnd die Ereignisse eines Prozesstages dokumentieren. Den Gruppen stehen Studierende höherer Semester vor, die als Teamleiter und Mentoren sowohl für den Ablauf vor Ort, als auch für eine erste fachliche Nachbereitung im Team verantwortlich sind. Hinzu kommen die bereits genannten vier Koordinatoren, ebenfalls Studierende, welche die Projektgruppe betreuen und unter anderem die logistische und inhaltliche Vorbereitung von Veranstaltungen übernehmen. Ferner bereiten sie die von den Teams eingereichten Tagesberichte für eine erste zusammenfassende Veröffentlichung auf der Website des ICWC vor.³⁷

4. Fazit

Die Begegnung von Theorie und Praxis in der deutschen juristischen Ausbildung ist seit dem Aufkommen des aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis übernommenen Konzepts der Law Clinics nicht mehr ganz so neu.³⁸ Ein solcher Ansatz, der sich nach der Vermittlung theoretischer Kenntnisse den Schwerpunkt in die tatsächliche Rechtsanwendung setzt, verbietet sich jedoch in Bezug auf das Strafrecht. Das Rechtsdienstleistungsgesetz, das unter bestimmten Umständen die unentgeltliche Rechtsdienstleistung erlaubt, gilt schließlich nur hinsichtlich einer außergerichtlichen Betätigung. Das hier vorgestellte Monitoring-Projekt des ICWC ist somit ein weiterer Ansatz, sich innerhalb der universitären Ausbildung auch dem Strafrecht praktisch zu nähern. Diese Verknüpfung der abstrakten Wissensvermittlung mit einem realen Bezug und den praktischen Übungen stößt dabei auf großes studentisches Interesse. Anstatt des – für die Vorlesungen der Rechtswissenschaft üblichen – reinen Frontalunterrichts kommt es zur regen Beteiligung der Anwesenden, Lehrinhalte werden aktiv diskutiert und erschließen sich den Teilnehmern aus der eigenen Erfahrung heraus besser. Man lernt „am

³⁷ <http://www.uni-marburg.de/icwc/lehre/monitoring/monitoringolfrankfurt> (zuletzt abgerufen am 11.7.2011).

³⁸ Vgl. im speziellen Bezug zum Migrationsrecht: Hörmann, Marburg Law Review 2008, 73.

Fall“, vor dem fühlbaren Hintergrund strafrechtlicher Realität.

Auch die praktische Arbeit am ersten deutschen Prozess zu den Vorkommnissen in Ruanda im Jahr 1994 zeigt, dass das bisherige Ausbildungsmodell des Monitoring-Projekts tragfähig und außerordentlich belastbar ist. Die angefertigten Tagesberichte sind auskunftstark und detailreich und stellen bereits jetzt eine gute Grundlage für eine spätere wissenschaftliche Auseinandersetzung dar. Es ist absehbar, dass die bisherigen Strukturen geeignet sind, einen Personenpool von kompetenten, praktisch erfahrenen Prozessbeobachtern zu schaffen, die nicht nur in der Lage sind, das Verfahrensgeschehen deskriptiv aufzuschlüsseln, sondern sich auch wissenschaftlich damit auseinanderzusetzen.

Table: Summary of witness testimony¹

TOPIC:	WITNESSES WHO GAVE EVIDENCE / PARTY:	APPROX. NO. OF WKS OF TT*:	% OF OT*:
Issues related to M-13	The Accused; François Bizot [F]; Uch Sorn [F]; Chan Voeun [F]; Chan Khorn [F].	2 (Reports No. 3&4)	10
Establishment of S-21 and Takmao Prison	The Accused	Less than 1 (Report No.5)	>5
Implement'n of CPK Policy at S-21	Craig Etcheson [E]; the Accused; Mam Nay [F]; Raoul Marc Jennar [E].	2.5 (Reports No. 5,6, 7, 8, 13 & 19)	12.5
Armed Conflict	Nayan Chanda [E]; the Accused.	1 (Reports No. 7 & 8)	5
Functioning of S-21, including Choeung Ek	The Accused; Van Nath [F]; Chum Mei [C]; Bo Meng [C]; Norng Chanphal [F]; Ly/Ear Hor [C]; Lay Chan [C]; Phaok Khan [C]; Chin Met [C]; Nam Mon [C]; Mam Nay [F]; Him Huy [F]; Prak Khorn [F]; Kok Sros [F]; Suos Thy [F]; Meas Pengkry [FA]; Sek Dan [F]; Lach Mean [F]; Cheam Sou [F]; Kheav Yet [FA]; Pesh Mab [FA] Nhem En [FA]; Nheab Ho [FA]; Khung Pai [FA]; David Chandler [E]; Chuun Phal [F]; Soam Met [F]; Makk Sithim [FA]; Toy Teng [FA]; Soam Sam Ol [FA] Chey Sopheara [FA]; Horn Im [FA]; Kaing Pan [FA];	7 (Reports No. 9-17)	35
Establishment and Functioning of S-24	Chin Met [C]; Tay Teng [FA]; Bou Thon [F]; Uk Bunseng [FA]; Phach Siek [FA]; Kaing Pan [FA]; Chum Neou [C]; Meas Peng Kry [F]	2 (See Reports No. 12, 17)	10
Damage and injury suffered from the crimes allegedly committed by the Accused	Martine Lefevre [C]; Uk Neary [C]; Robert Hamill [C]; Antonya Tioulong [C]; Hav Sophea [C]; So Soung [C]; Neth Phally [C]; Im Sunthy [C]; Phung Guth Sunthary [C]; Seang Vandy [C] Chum Sirath [C]; Chum Neou [C]; Ou Savrith [C]; Chhin Navy [C]; Touch Monin [C].	1 (See Reports No. 18 - 19)	5
The Character of the Accused	Françoise Silboni-Guilbaud [E]; Kar Sunbunna [E]; Sou Sat [F]; Tep Sem [F]; Tep Sok [F]; Chou Vin [F]; Hun Smien [F]; Peng Poan [F]; Christopher Lapel [F].	2.5 (See Reports No.19, 20 and 21)	12.5
Sentencing – Aggravating and Mitigating Circumstances and Reparations	Chhim Sotheara [E]; Richard Goldstone [E]; Stephane Hessel [E].	1.5 (See Reports No.19 and 21)	7.5

Key

[E] = Expert Witness

[F] = Witness of Fact who testified in open court

[FA] = Witness of Fact whose affidavit was read into the record

[C] = Civil Party (N.B. This includes Civil Parties who testified whose status is challenged by the Defense)

*‘TT’ refers to ‘trial time’; Estimates made on rough calculations of hours spent during a particular week on hearing testimony and are for indicative purposes only. ‘OT’ refers to ‘overall testimony’; Percentages are given as a percent of the overall testimony.

¹ *Kelsall u.a.* (Fn. 24), S. 11.

Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Wiss. Mitarbeiter Peter Gottschaldt, Leipzig

I. Einführung

Der aus der Medizin in die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften importierte Begriff Compliance bedeutet die Einhaltung von Gesetzen, insbesondere Strafgesetzen und anderen Verhaltensgeboten durch Mitarbeiter eines Unternehmens und seiner Vertragspartner. Compliance-Maßnahmen, Compliance-Management-Systeme und Compliance-Programme sollen der Einhaltung von Gesetzen und anderen Verhaltensgeboten Vorschub leisten, sie sollen das Entdeckungsrisiko von Compliance-Verstößen steigern und die Normtreue der Mitarbeiter festigen. Der für die genannten Compliance-Aufgaben im Unternehmen verantwortliche „Compliance-Beauftragte“ ist seit der Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. Juli 2009¹ selbst in den Fokus des wirtschaftsstrafrechtlichen Interesses geraten.² Nach der in Form eines obiter dictums geäußerten Ansicht des Senats soll einen Compliance-Beauftragten „regelmäßig strafrechtlich eine Garantspflicht i. S. des § 13 Abs. 1 StGB“ zur Abwendung von Straftaten treffen, die von Unternehmensangehörigen begangen werden und im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehen.

Die von Praktikern und Strafrechtswissenschaftlern zu dieser Entscheidung auch in der ZIS veröffentlichten Rezensionen und Besprechungsaufsätze³ beziehen sich nahezu ausschließlich auf das vom Bundesgerichtshof in den Vordergrund gerückte Tatbestandsmerkmal der Garantstellung eines „Compliance Officers“.⁴ Bereits insofern bestehen aber nach wie vor Lücken im Forschungsstand. Denn die Problematik der Garantstellung wurde bisher nicht mit Blick auf die Hierarchieebene thematisiert, die dem Compliance-Beauftragten im Unternehmen zukommt und die eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB auf ein

Tätigwerden von „oben nach unten“ begrenzen könnte.⁵ Neben dieser Problematik ergeben sich aus dem obiter dictum des BGH weitere offene Grundsatzfragen des unechten Unterlassungsdelikts. So ist klärungsbedürftig, ob ein als Garant anzusehender Compliance-Beauftragter zur Abwendung sämtlicher Straftaten der Mitarbeiter verpflichtet ist oder ob sich seine Einstandspflicht, wie dies der Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB nahe legt, lediglich auf Erfolgsdelikte beschränkt. Drittens stellt sich die Frage nach den Anforderungen an die zur Erfolgsabwendung mögliche und geeignete Rettungshandlung, zu der ein Compliance-Beauftragter verpflichtet ist. Auch hier bedürfen die einschlägigen dogmatischen Grundsätze, die an Fallgestaltungen der Straßenspezifität entwickelt worden sind, einer wirtschaftsstrafrechtlichen Spezifizierung und Präzisierung, die bislang noch nicht ausreichend geleistet wurde. Den drei genannten Fragestellungen soll im Folgenden im Rahmen einer praxisorientierten tour d’horizon ohne Anspruch auf Vollständigkeit nachgegangen werden.

II. Der Compliance-Beauftragte in der Unternehmenshierarchie – Konsequenzen für die Begründung der Garantstellung

1. Die Verankerung von Compliance-Aufgaben im Unternehmen

Compliance ist Aufgabe der Geschäftsführung. Bei der Aktiengesellschaft ist sie Ausdruck der Leitungsverantwortung des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG).⁶ Danach haben Vorstandsmitglieder die Pflicht, sich selbst gesetzestreu zu verhalten (Legalitätspflicht).⁷ Weiterhin sind sie gehalten, das Unternehmen so zu führen und zu organisieren, dass Gesetzesverstöße vermieden werden (Organisations- bzw. Überwachungspflicht).⁸ Entsprechende Pflichten treffen in der GmbH den oder die Geschäftsführer, vgl. §§ 35 Abs. 1, 43

¹ BGH NJW 2009, 3173 = BGHSt 54, 44.

² Das als „BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs“ bezeichnete Urteil erschien in mindestens 47 Fachzeitschriften und hat eine beispiellose Flutwelle an Publikationen ausgelöst. Alleine in juris werden 52 Urteilsanmerkungen und Besprechungsaufsätze zitiert.

³ Krüger, ZIS 2011, 1; Reichert, ZIS 2011, 113; Mittelsdorf, ZIS 2011, 123.

⁴ Barton, RDV 2010, 19; Berndt, StV 2009, 689; Bürkle, CCZ 2010, 4; Campos Nave/Vogel, BB 2009, 2546; Dann/Mengel, NJW 2010, 3265; G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, 981; Deutscher, WM 2010, 1387; Favoccia/Richter, AG 2010, 137; Fecker/Kinzl, CCZ 2010, 13; Kretschmer, JR 2009, 474; Krieger/Günther, NZA 2010, 367; Lackhoff/Schulz, CCZ 2010, 81; Mosbacher/Dierlamm, NStZ 2010, 268; Ransiek, AG 2010, 147; Rieble, CCZ 2010, 1; Rolshoven/Hense, BKR 2009, 425; Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53; Rotsch, ZJS 2009, 712; Rübenstahl, NZG 2009, 1341; Spring, GA 2010, 222; Warneke, NStZ 2010, 312; Wybitul, BB 2009, 2590.

⁵ In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wird ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass Überwachungspflichten auch von unten (Leiter der Innenrevision) nach oben (Mitglied des Vorstands) bestehen, vgl. hierzu grundlegend: H. Schneider, in: Kühl/Seher (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, Festschrift für Udo Ebert, 2011 (im Erscheinen).

⁶ Pietzke, CCZ 2010, 45 (50); Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2174); U. H. Schneider, ZIP 2003, 645 (647 ff.); Krieger/Günther, NZA 2010, 367. Weiterhin ergeben sich spezialgesetzliche Anknüpfungspunkte (bspw. § 130 OWiG, § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG) für die Anerkennung von Compliance Aufgaben.

⁷ Dies betrifft sowohl die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften wie auch sonstiger Rechtsnormen. Grundlegend Fleischer, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 4 ff.

⁸ Fleischer (Fn. 7), § 8 Rn. 1; Reichert, ZIS 2011, 113 (114); Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173.

Abs. 2 GmbHG.⁹ Compliance-Aufgaben können allerdings, ebenso wie andere Organpflichten, horizontal oder vertikal delegiert werden. In manchen Unternehmen wird Compliance als originäre Aufgabe der Geschäftsführung definiert. In anderen Unternehmen steht dagegen an der Spitze der Compliance-Organisation der Leiter der Rechtsabteilung oder der Innenrevision, so dass Compliance auf der ersten Berichtsebene unterhalb des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung angesiedelt ist. In größeren Unternehmen bzw. Konzernen arbeiten unter der Leitungsperson weitere Compliance Officer, die eine Ressortverantwortung haben oder z.B. in Konzernen für Tochtergesellschaften zuständig sind. Diese unterschiedliche Verankerung von Compliance in Unternehmen hat Folgen für die Begründung einer Garantenstellung.

2. Die Reichweite der Geschäftsherrenhaftung

Hinsichtlich der Garantenstellung der Geschäftsführungorgane wird im Schrifttum insbesondere auf die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung¹⁰ rekurriert. Nach überwiegender Auffassung¹¹ leitet sich diese aus der „Herrschaft über Untergebene“¹² ab und begründet Überwachungspflichten gegenüber den als Gefahrenquelle für Rechtsgüter des Unternehmens und Dritter thematisierten Mitarbeitern: Die Unternehmensleitung verfüge gegenüber ihren Mitarbeitern über eine arbeits- und organisationsbezogene Weisungsbefugnis und habe dementsprechend die Pflicht, durch bindende Anweisungen und Kontrollen strafbare Betriebshandlungen zu verhindern.

Erkennt man die Geschäftsherrenhaftung im Grundsatz an, ist das mit Compliance-Aufgaben betraute Organ der Geschäftsführung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet, gegen die Straftaten nachgeordneter weisungsgebundener Mitarbeiter einzuschreiten. Allerdings ist eine „Herrschaft über Untergebene“ bereits in komplexen Organisationsstrukturen, wie sie in Großunternehmen anzutreffen sind, zumindest fraglich

⁹ Krieger/Günther, NZA 2010, 367 f.

¹⁰ G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, 981 (988 ff.); Deutscher, WM 2010, 1387 (1389); Lackhoff/Schulz, CCZ 2010, 81 (83); Mosbacher/Dierlamm, NSZ 2010, 268 (269); Ransiek, AG 2010, 147 (151); Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (54f.); Warneke, NSZ 2010, 312 (315).

¹¹ Vereinzelt erfolgt eine Ableitung der Garantenstellung des Geschäftsherrn auch aus dem Ingerenzgedanken; grundlegend Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 235 ff.; vergleichbare Argumentation bei Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung. Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener, 2009, S. 259 f.

¹² Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 328 ff.; ders., Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 101 ff.; ders., ZStW 96 (1984), 287 (318); Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616 ff.); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 137; Schall, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, S. 267 (S. 271 ff.); ähnlich Spring, (Fn. 11), S. 222 ff., der von einer „rechtlich anerkannten Autoritätsstellung“ als Grundvoraussetzung spricht.

und bedarf der differenzierten Prüfung im Einzelfall. Häufig sieht es die Geschäftsverteilung nicht vor, dass ein Vorstandsmitglied in den Ressortbereich eines anderen Vorstandsmitgliedes „hineinregieren“ und dort Anordnungen treffen, bzw. Weisungen erteilen darf. Auch gegenüber anderen Mitgliedern der Geschäftsführung fehlt es an der entsprechenden Befehlsgewalt. Dasselbe gilt hinsichtlich der Mitglieder des Aufsichtsrates, die ebenfalls Straftaten zum Nachteil des Unternehmens begehen können und die ein Organ der Geschäftsführung nicht durch ein Machtwort zu unterbinden befugt ist. Aus diesem Grund lässt sich aus der Geschäftsherrenhaftung weiterhin keine Garantenstellung des Compliance Beauftragten der Konzernmutter für Compliance-Verstöße in den Tochterunternehmen ableiten, da die Tochterunternehmen in der Regel selbständige juristische Personen darstellen, und insoweit kein Durchgriffsrecht besteht.

Werden Compliance Aufgaben delegiert,¹³ kann die Geschäftsherrenhaftung ebenfalls nur eingeschränkt als Quelle zur Begründung einer Garantenstellung des kraft Delegation verantwortlichen Mitarbeiters herangezogen werden. Im Sinne einer „Herrschaft über Untergebene“ begründet sie jedenfalls keine Erfolgsabwendungspflichten gegenüber Mitgliedern des Vorstands bzw. der Geschäftsführung. Auch wenn die Straftaten von Mitarbeitern auf niedrigeren Hierarchieebenen begangen werden, wird der Compliance-Beauftragte nur in Ausnahmefällen Herrschaft ausüben können. Denn gegenüber Mitarbeitern außerhalb der Compliance-Abteilung ist er in der Regel nicht weisungsbefugt.¹⁴

Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass der Compliance-Beauftragte nach der Ausgestaltung der jeweiligen Arbeitsverträge berichtspflichtig im Hinblick auf bestimmte Compliance-Verstöße nachgeordneter Mitarbeiter sein wird. Eine Berichtspflicht begründet kein Weisungsrecht gegenüber einem Mitarbeiter, so dass die Geschäftsherrenhaftung auch unter diesem Blickwinkel als Quelle einer Garantenstellung nicht in Betracht kommt.

Die Geschäftsherrenhaftung muss als Begründungsansatz einer denkbaren Garantenstellung des Compliance-Verantwortlichen ferner ausscheiden, soweit es sich um Schutzpflichten im Hinblick auf Rechtsgüter des Unternehmens handelt. Droht eine Gefährdung der Rechtsgüter des Unternehmens (Eigentum, Vermögen usw.), die außen stehende Dritte zu verantworten haben (z.B. Lieferanten oder Kunden des Unternehmens), kann dieses Delikt wiederum nicht durch ein Machtwort unterbunden werden. Denn auch insoweit gibt es keine Weisungsbefugnis und kein Direktionsrecht des Compliance-Verantwortlichen, auf die eine Garantenstellung im Sinne der Geschäftsherrenhaftung zurückgeführt werden könnte.

¹³ Eingehend zum Prinzip der Delegation von Organpflichten Schmidt-Husson, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 7.

¹⁴ Mangels eines Direktionsrechts übt er somit nicht die „Herrschaft über Untergebene“ aus; so auch Berndt, StV 2009, 689 (691); Deutscher, WM 2010, 1387 (1390); Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (57); Warneke, NSZ 2010, 312 (316).

3. Vertragliche Erfolgsabwendungspflichten

Auf allen Hierarchieebenen kommt aber eine auf Vertrag gegründete Garantenstellung in Betracht, die sowohl Überwachungs- als auch Schutzpflichten auslösen kann. Nach der Rechtspflichtlehre können Verträge rechtliche Einstandspflichten im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB auslösen, soweit die vertragliche Pflicht auch tatsächlich übernommen wurde.¹⁵ Je nach der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages kann es sich um Überwachungspflichten (Überwachung der Mitarbeiter im Hinblick auf die Begehung von Straftaten zum Nachteil außen stehender Dritter und zum Nachteil des Arbeitgebers) und/oder um die Pflicht, die Rechtsgüter des Unternehmens vor einer Beeinträchtigung auch durch außen stehende Dritte zu schützen, handeln.

Ob und inwieweit eine Garantenstellung besteht, ist durch Auslegung des Arbeitsvertrages und der zugrundeliegenden Stellenbeschreibung festzustellen.¹⁶ Moralische Pflichten oder tatsächlich übernommene Pflichtenkreise genügen nicht, weil es sich nicht um Rechtspflichten im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB handelt. In der BSR-Entscheidung war es daher verfehlt, darauf abzustellen, der verantwortliche Leiter der Innenrevision und der Rechtsabteilung sei das „juristische Gewissen“¹⁷ der Berliner Stadtreinigung gewesen. Bei der „tatsächlichen Übernahme“ des Pflichtenkreises handelt es sich nicht um ein konstitutives Merkmal der Garantenstellung,¹⁸ sondern um ein „Haftungskorrektiv“, das zusätzlich zu der Rechtspflicht herangezogen werden kann. Das Merkmal stellt sicher, dass nicht bloße Vertragsverletzungen, sondern nur tatsächlich übernommene Pflichten strafbewehrte Erfolgsabwendungspflichten auslösen können.¹⁹ Da Dienstverträge bei juristischen Personen regelmäßig mit dem Unternehmen abgeschlossen werden, bestehen die Überwachungspflichten nicht gegenüber dem Organ, sondern gegenüber der juristischen Person selbst. Der entsprechende Mitarbeiter ist folglich auf das Unternehmensinteresse verpflichtet und nicht auf den Geschäftsführer oder Vorstand. Deshalb ist es möglich, wirksam Überwachungs- und Schutzpflichten zu begründen, die ein Fehlverhalten der Geschäftsführung einschließen. Das Unternehmen kann ein Interesse daran haben,

einen Mitarbeiter gewissermaßen „auf Posten zu stellen“,²⁰ um die von dem Unternehmen und von allen Mitarbeitern, einschließlich der Geschäftsführung, ausgehenden Gefahren zu überwachen. Ein derartiges Bedürfnis besteht insbesondere dann, wenn es aufgrund einer Börsennotierung in den USA auch dem US-Strafrecht unterliegt, das ein Unternehmensstrafrecht kennt und empfindliche Sanktionen vorsieht. Nach qualitativen Interviews der *Verf.* mit Compliance Officern verschiedener DAX-Unternehmen wird hiervon allerdings in der Praxis offensichtlich kein Gebrauch gemacht: Die den Tätigkeitsbeschreibungen des Arbeitsvertrages zugrundeliegenden Überwachungspflichten schließen die Unternehmensführung zum Teil ausdrücklich aus.

III. Keine Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf die Verhinderung von Erfolgsdelikten

§ 13 Abs. 1 StGB bezieht sich auf das Unterlassen eines zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden Erfolges. Die Erfolgsabwendungspflicht des Compliance-Verantwortlichen könnte damit auf die Verhinderung tatbestandsmäßiger Erfolge im Sinne der Erfolgsdelikte beschränkt sein. Er wäre strafbar bei Nichtverhinderung eines Betruges oder einer Untreue, nicht aber bei Unterlassen der Abwendung von Bestechungsdelikten gem. §§ 299, 331 ff. StGB, die nicht als Erfolgsdelikte ausgestaltet sind.

Diesen Wertungswiderspruch korrigiert eine in Literatur und Rechtsprechung vertretene Auffassung,²¹ nach der unter Erfolg im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB allgemein die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes zu verstehen ist. Nach der Gegenansicht überschreitet eine derartige Auslegung von § 13 StGB die Grenzen rechtlicher Bestimmtheit:²² Schon der Wortlaut der Norm verlange, § 13 StGB nur auf solche Tatbestände anzuwenden, die eine von der Handlung trennbare Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts voraussetzen. Schlichte Tätigkeitsdelikte könnten deshalb nicht täterschaftlich durch Unterlassen begangen werden. Im Fall des unterlassenden Garanten, der gegen ein Tätigkeitsdelikt eines Begehungstäters nicht einschreite, komme aber Beihilfe durch Unterlassen in

¹⁵ BGHSt 39, 392 (399 f.); 46, 196 (202 f.); 47, 224 (229); *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 34; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 28; *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 178.

¹⁶ Näher *H. Schneider* (Fn. 5).

¹⁷ BGH NJW 2009, 3173 (3175).

¹⁸ So aber *Wybitul*, BB 2009, 2590 (2592); *Barton*, RDV 2010, 19 (23); *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (59); *Bürkle*, CCZ 2010, 4 (5) in Fn. 18; *Reichert*, ZIS 2011, 113 (115) in Fn. 23. Im Ergebnis wie hier: *Deutscher*, WM 2010, 1387 (1392); *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

¹⁹ *Seebode*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 317 (S. 341).

²⁰ Zuerst *Kohler*, Studien aus dem Strafrecht, Bd. 1, 1890, S. 47.

²¹ BayObLG JR 1979, 289 (291): „es ist anerkannt, daß § 13 Abs. 1 StGB nicht nur reine Erfolgsdelikte erfaßt, daß vielmehr unter einem zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden ‚Erfolg‘ im Sinne der genannten Vorschrift jede Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes zu verstehen ist“; ferner OLG Stuttgart NuR 1987, 281; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 29/2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 6.

²² *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 13 Rn. 2; *ders.*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 795 (S. 796); *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 133; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 11 Rn. 3; *Schünemann* (Fn. 12 – Unternehmenskriminalität), S. 91.

Betracht. Denn in diesem Fall könne die Haupttat als tatbestandsmäßiger Erfolg der durch Unterlassen verwirklichten Beihilfe interpretiert werden.²³ Auf der Grundlage dieser Auffassung ist der Compliance-Beauftragte wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar, wenn er zum Beispiel gegen die Verwirklichung eines Bestechungsdelikts eines Mitarbeiters nicht einschreitet. Verhindert er ein seitens eines Unternehmensmitarbeiters begangenes Erfolgsdelikt nicht, ist zu prüfen, ob der unterlassende Garant neben dem Begehungstäter als Täter oder Teilnehmer einzustufen ist. Nach der Position der Rechtsprechung richtet sich die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme auch insoweit nach den allgemeinen Kriterien des Interesses am Taterfolg und der Tatherrschaft.²⁴ In der Praxis wird dies – ebenso wie in der BSR-Entscheidung des 5. Senats²⁵ – regelmäßig zur Annahme von Beihilfe durch Unterlassen führen.

IV. Anforderungen an die zur Erfolgsabwendung mögliche und geeignete Rettungshandlung

§ 13 Abs. 1 StGB verpflichtet den Garant nach seinem Wortlaut dazu, den Erfolg abzuwenden. Diese Erfolgsabwendungspflicht wird von Literatur und Rechtsprechung auf die „physisch reale Möglichkeit“ der zur Rettung des bedrohten Rechtsguts erforderlichen Rettungshandlung begrenzt.²⁶ Ist der Garant handlungsunfähig, z.B. weil er selbst bewusstlos oder gefesselt ist²⁷ oder die erforderliche Rettungshandlung Fähigkeiten und Fertigkeiten voraussetzt, über die er nicht verfügt, trifft ihn keine Erfolgsabwendungspflicht. Sein Unterlassen ist nicht tatbestandsmäßig.

Darüber hinaus ist die Erfolgsabwendungspflicht auf vertraglich geschuldete oder gesetzlich vorgesehene Handlungs-

optionen beschränkt. Der Garant darf daher eine ihm physisch mögliche und zum Schutz des Rechtsguts erforderliche Rettungshandlung unterlassen, wenn die Überwachungs- und Schutzpflichten, zu deren Umsetzung er auf Posten gestellt ist, nur bestimmte Handlungen vorsehen, zu denen die erforderliche Handlung nicht gehört. Dies ergibt sich aus dem weithin anerkannten Grundsatz,²⁸ dass Unterlassen im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB die Nichtvornahme einer konkreten geforderten Handlung darstellt und insoweit auf bestimmten normativen Handlungserwartungen aufbaut. Entspricht der Garant seinen zivilrechtlichen oder vertraglich geschuldeten Handlungspflichten, macht er sich nicht strafbar, weil die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht weitergehen kann, als die zivilrechtliche Haftung.²⁹ Für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft wird dieser Grundsatz insbesondere von Cramer akzentuiert. Im Anschluss an Tiedemann³⁰ geht Cramer³¹ zwar davon aus, „dass der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit und jedes seiner Mitglieder sowohl Überwachergarant (zugunsten Dritter gegenüber Straftaten seitens des Vorstandes) als auch Beschützergarant (zugunsten des Gesellschaftsvermögens gegenüber Schädigungen durch den Vorstand)“ sei. Er begrenzt allerdings aus den oben genannten Gründen die Erfolgsabwendungspflicht auf die rechtlichen Instrumente, die das Aktienrecht dem Aufsichtsrat zur Einwirkung auf den Vorstand vorgibt:

„Eine Rechtspflicht zum Einschreiten kann nur dort bestehen, wo das Gesetz dem Aufsichtsrat die Möglichkeit eines Einschreitens bietet. [...] Ob weitergehend tatsächlich die Möglichkeit besteht, ein strafbares oder ordnungswidriges Verhalten zu verhindern, kann dabei keine Rolle spielen. So ist es durchaus möglich, dass in Anbetracht der tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse innerhalb einer Aktiengesellschaft etwa der Einfluss des Aufsichtsratsvorsitzenden so groß ist, dass er seinen Willen dem Vorstand aufzwingen kann. Auf diese tatsächlichen Machtverhältnisse kommt es jedoch nicht an, da von Rechts wegen der Vorsitzende des Aufsichtsrats seine Einflussmöglichkeit nicht dahin einsetzen darf, die Leitung der Aktiengesellschaft in die eine oder andere Richtung zu zwingen, das heißt den Vorstand gegen seinen Willen

²³ Jescheck (Fn. 22 – LK), § 13 Rn. 2; differenzierend Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 119. Lfg., Stand: September 2009, § 13 Rn. 7 f.

²⁴ Zuletzt BGH NStZ 2009, 321 (322): „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag – im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe.“

²⁵ BGH NJW 2009, 3173 (3175).

²⁶ BGHSt 15, 18 (22); 47, 318 (320); BGH NStZ 1998, 192 (193); Weigend (Fn. 15), § 13 Rn. 65; Roxin (Fn. 12), § 31 Rn. 15 m.w.N. in Fn. 17: „Die Handlungsmöglichkeit als Voraussetzung des Unterlassens ist in der Literatur im wesentlichen anerkannt.“

²⁷ Stree/Bosch (Fn. 15), Vorbem. § 13 Rn. 142/143.

²⁸ Zum Problem der sog. rechtlichen Unmöglichkeit vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 15 Rn. 18; Gropp (Fn. 22), § 11 Rn. 48 f.; Joerden, wistra 1990, 1 (2 ff.); Roxin (Fn. 12), § 31 Rn. 14; Weigend (Fn. 15), § 13 Rn. 65.

²⁹ Lüderssen, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 163 (S. 170) spricht deshalb zu Recht von einer „asymmetrischen Akzessorietät“ des Strafrechts: „Was im Zivilrecht erlaubt ist, darf nicht zu einem strafrechtlichen Verbot führen. Was im Zivilrecht verboten ist, kann gleichwohl ohne Strafe bleiben.“ Insoweit kommt dem Zivilrecht eine die strafrechtliche Verantwortlichkeit begrenzende Funktion zu.

³⁰ Tiedemann, in: Jescheck/Vogler (Fn. 22), S. 319 (S. 322).

³¹ Cramer, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 563 (S. 564 ff.).

zur Durchführung oder Unterlassung bestimmter Geschäftsmaßnahmen zu veranlassen.“³²

Für den Compliance-Verantwortlichen ergeben sich die rechtlichen Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht zwar nicht (wie im Verhältnis des Aufsichtsrates zum Vorstand der Aktiengesellschaft) aus dem Gesetz. Sie können aber durch den Arbeitsvertrag und die diesem zugrundeliegende Stellenbeschreibung näher konkretisiert werden. Der Arbeitsvertrag begründet daher nicht nur die Garantenstellung, sondern er begrenzt auch die dem Garanten obliegenden Pflichten.³³ Sieht der Vertrag demnach lediglich Berichtspflichten des Compliance-Verantwortlichen gegenüber den Organen der Geschäftsführung (oder einem anderen Vorgesetzten) vor, macht sich der Garant nicht strafbar, sofern er dieser Pflicht nachkommt.³⁴ Auf die Frage, ob er damit wirksam den tatbestandsmäßigen Erfolg des seitens des Begehungstäters verwirklichten Delikts verhindert, kommt es nicht an.

Weiterhin ist zu beachten, dass Erfolgsabwendungspflichten nur im Zeitraum zwischen unmittelbarem Ansetzen und Vollendung bzw. (bei Bejahung der sukzessiven Beihilfe) der materiellen Beendigung der Straftat durch den Begehungstäter bestehen. Bei Erfolgsdelikten lässt sich der Vollendungszeitpunkt in der Regel präzise bestimmen. Er fällt häufig mit dem Beendigungszeitpunkt zusammen oder geht ihm nur kurze Zeit voraus. Danach bestünde z.B. keine strafbewehrte Handlungspflicht des Compliance-Verantwortlichen, sofern er von einem Betrug erst nach Eintritt des Vermögensschadens erfährt. Probleme bestehen aber bei den praxiswichtigen Korruptionsdelikten. Die Vollendung ist hier – das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung vorausgesetzt – an die Verwirklichung der Tathandlungen (Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen) gekoppelt.³⁵ Da die Rechtsprechung aber die Möglichkeit der sukzessiven Beihilfe anerkennt und den spätestmöglichen Zeitpunkt der Beihilfe auf die Beendigung der Haupttat ausdehnt,³⁶ ist unter Anwendung der vom BGH für den Verjährungsbeginn bei Bestechungsdelikten entwickelten Grundsätze Beihilfe bis zum Zufluss bzw. der Zuwendung des letzten Vorteils bzw. bis zum endgültigen Fehlschlagen der Unrechtsvereinbarung denkbar.³⁷

V. Ergebnis

- Die Garantenstellung des Compliance-Verantwortlichen ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag, sofern dieser oder die zugrunde liegende Stellenbeschreibung erkennen lässt, dass dem Arbeitnehmer bestimmte Überwachungs- und/oder Schutzpflichten übertragen wurden und der Compliance-Verantwortliche diese Pflichten auch tatsächlich übernommen hat.
- Die vertraglich übernommenen Pflichten legen fest, ob eine Überwachung nur gegenüber den in der Unternehmenshierarchie nachgeordneten oder weisungsabhängigen Mitarbeitern erfolgen soll, oder ob auch die Geschäftsführung der Überwachung durch den Compliance-Verantwortlichen unterliegt.
- Arbeitsvertrag und Stellenbeschreibung sind auch für die Bestimmung der Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht maßgeblich.
- Erfolgsabwendungspflichten sind nicht auf Erfolgsdelikte beschränkt, sie beziehen sich vielmehr auch auf die Verhinderung von Tätigkeitsdelikten, die von einem Mitarbeiter des Unternehmens begangen werden. In diesem Fall macht sich der Compliance-Verantwortliche aber lediglich wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar.
- Erfolgsabwendungspflichten bestehen, sofern man in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung die Figur der sukzessiven Beihilfe anerkennt, bis zur materiellen Beendigung des Delikts durch den Begehungstäter.

³² Cramer (Fn. 31), S. 563 (S. 570).

³³ Kritisch zum vertraglichen Ausschluss der externen Anzeigeberechtigung *Favoccia/Richter*, AG 2010, 137 (143), die darin einen Verstoß gegen § 138 BGB sehen.

³⁴ So auch *Deutscher*, WM 2010, 1387 (1392); *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

³⁵ BGHSt 10, 358 (367f.); 47, 22 (25); BGH NJW 2008, 3076 (3077); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 21; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 50; *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 331 Rn. 31.

³⁶ BGHSt 6, 248 (251); BGH NJW 1990, 654 (655); BGH NSTZ-RR 1999, 208; BGH NSTZ 2007, 35 (36).

³⁷ BGHSt 11, 345 (347); BGH NJW 1998, 2373; BGH NJW 2003, 2996 (2997); BGH NJW 2006, 925 (927); BGH NJW 2008, 3076 (3077).

Versuchte Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 28.7.2010 – 1 StR 332/10

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Köln, Diplom-Finanzwirt Stefan Burghaus, Köln/Bonn*

I. Regelbeispiel und Versuch als allgemeine Problemstellung

„Auch wenn der Angeklagte hier nicht i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO, in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt hat‘ [...], durfte das Landgericht die Strafe [...] dem gemäß § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 370 Abs. 3 AO entnehmen. [...] Der Umstand, dass ebenso wie das Grunddelikt [...] auch das Regelbeispiel [...] nur versucht worden ist, steht dem nicht entgegen [...]. Für den Eintritt der Regelwirkung [...] kann es bei der versuchten Steuerhinterziehung [...] nur darauf ankommen, ob der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Regelbeispiels [...] unmittelbar angesetzt hat.“¹

Das erklärt der BGH in einem Beschluss vom 28.7.2010 und folgt damit seinen zum „Versuch des Regelbeispiels“ entwickelten allgemeinen Vorgaben: Obwohl die Regelbeispiele für besonders schwere Fälle systematisch nicht dem Tatbestand, sondern der Strafzumessung zuzuordnen sind und nur Indizwirkung entfalten, bewertet der BGH sie als tatbestandsähnliche Merkmale, da sie – ebenso wie Qualifikationsstatbestände – die unrechtershöhenden Umstände der Tat beschreiben. Diese Vergleichbarkeit rechtfertigt eine (entsprechende) Anwendung der §§ 22-24 StGB auch auf Regelbeispiele: Handle der Täter „vorsätzlich“ bezogen auf die Verwirklichung des Regelbeispiels und „setze“ er dazu „unmittelbar an“, so trete die Indizwirkung des Regelbeispiels ein. Das gelte jedenfalls dann, wenn auch das Grunddelikt nur versucht ist.² Demgegenüber hatten einige Oberlandesgerichte hervorgehoben³ und hebt die mittlerweile herrschende Auffassung in der Literatur hervor, dass (Qualifikations-)Tatbestand und Regelbeispiel strukturell deutlich zu unterscheiden sind, so dass, auch mit Blick auf das in Art. 103 Abs. 2 GG normierte Analogieverbot, die Anwendung der §§ 22-24 StGB für Regelbeispiele abzulehnen ist. Überdies bestehe für diese Analoganwendung kein praktischer rechtspolitischer Bedarf, da das „versuchte Regelbeispiel“ zwanglos als unbenannter schwerer Fall interpretiert werden könne.⁴ Das überzeugt.

* Prof. Dr. Georg Steinberg ist Inhaber einer Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln. Diplom-Finanzwirt Stefan Burghaus studiert dort Rechtswissenschaft und ist nebenberuflich tätig bei Flick Gocke Schaumburg, Steuerzentrierte Rechtsberatung, Bonn.

¹ BGH, Beschl. v. 28.7.2010 – 1 StR 332/10 = wistra 2010, 449 (450).

² Grundlegend BGHSt 33, 370; noch offengelassen in BGH NSTZ 1984, 262; zustimmend Fabry, NJW 1986, 15 (18-20).

³ BayObLG NJW 1980, 2207; OLG Stuttgart NSTZ 1981, 222; OLG Düsseldorf NJW 1983, 2712.

⁴ Vergleiche etwa Arzt, StV 1985, 104; Otto, JZ 1985, 21 (24); besonders ausführlich und instruktiv Küper, JZ 1986, 518; Sternberg-Lieben, Jura 1986, 183 (187 f.); Gössel, in:

In seiner grundlegenden Entscheidung von 1985 zu diesem Problem erklärt der BGH zu der Konstellation, dass der Täter das Regelbeispiel „versucht“, das Grunddelikt aber vollendet, deren Bewertung sei durch die Feststellungen zum Versuch des Regelbeispiels bei versuchtem Grunddelikt „nicht in dem Sinne logisch vorgezeichnet, dass eine Wertung der Tat als besonders schwerer Fall von vornherein ausschiede“.⁵ In der Tat ist es umgekehrt plausibler, „erst recht“ auch hier vom Eintritt der Regelwirkung bei „versuchtem“ Regelbeispiel auszugehen, wenn man sie denn (anders als hier vertreten) grundsätzlich anerkennt.⁶ Ansonsten entstehen nämlich massive Wertungswidersprüche, was am Beispiel von §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB verdeutlicht sei: Der Dieb, der sich erfolglos bemüht, aus einer verschlossenen Kassette ein Schmuckstück zu entwenden, ist nach dem BGH strafbar gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1, 22 StGB, sodass er auch bei Eintritt der fakultativen Milderung nach § 23 Abs. 2 StGB gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 3 Var. 4 StGB i.V.m. § 38 Abs. 2 StGB mit Freiheitsstrafe (von mindestens einem Monat) zu bestrafen ist. Will der Täter hingegen die Kassette aufbrechen, erübrigt sich dies jedoch, da sie unverschlossen ist, und stiehlt er dann den Inhalt, so könnte er, verneinte man das Auslösen der Regelwirkung bei „Versuch“ des Regelbeispiels und Vollendung des Grunddelikts, nach dem Strafraumen des § 242 Abs. 1 StGB mit Geldstrafe (oder mit Freiheitsstrafe), also jedenfalls nach einem mildereren Strafraumen bestraft werden. Das ist wider-

Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 357 (S. 365); Zieschang, Jura 1999, 561 (565 f.); bezogen auf § 243 StGB vermittelnd Laubenthal, JZ 1987, 1065 (1068-1070); aktuell Eser/Bosch, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 243 Rn. 44 m.w.N.

⁵ BGHSt 33, 370 (376). Der BGH hat allerdings 1998 erklärt, BGH NSTZ 1998, 510 (511): „Neben dem vollendeten Grundtatbestand ist im Schuldanspruch für den Versuch der Verwirklichung des Regelbeispiels kein Raum.“ Nach ihrem Zusammenhang bezieht sich diese Aussage nicht auf Spezifika des gegenständlichen § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB. Auch BGH NSTZ 2003, 602, betrifft aber, mit derselben Aussage, dieselbe Konstellation beim selben Regelbeispiel (vollendete sexuelle Nötigung mit versuchter Vergewaltigung); vergleiche auch BGH NSTZ-RR 1997, 293; was im Ganzen wohl doch darauf schließen lässt, dass diese Aussagen nicht allgemein gemeint ist.

⁶ Fabry, NJW 1985, 15 (20), mit zahlreichen Nachweisen; Küper, JZ 1986, 518 (525); vgl. auch Zopfs, GA 1997, 320 (323 f.): „logischerweise“, wobei Zopfs allerdings die sachlichen Gegenargumente für gewichtiger hält; Lübbersmann, Praxis Steuerstrafrecht 2010, S. 256 ff., 258 f.: „logischerweise“; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 46 Rn. 102: Ein solcher Erstrecht-Schluss „könnte nahe liegen“.

sprüchlich, da der Täter im zweiten Fall zusätzlich zum Handlungsunrecht von Grunddelikt und Regelbeispiel das Erfolgsunrecht des Grunddelikts verwirklicht.⁷

Zuzugeben ist andererseits, dass auch die konsequente Annahme der Indizwirkung des „versuchten“ Regelbeispiels sowohl bei versuchtem als auch vollendetem Grunddelikt zu einem Wertungswiderspruch führt, insofern nämlich nur im ersteren Fall nach § 23 Abs. 2 StGB gemildert werden, im letzteren Fall hingegen die Nichtrealisierung des Regelbeispiels nur als Aspekt im Rahmen des § 46 StGB Berücksichtigung finden kann.⁸ Nicht zuletzt die Unauflösbarkeit dieser Widersprüchlichkeiten unterstützt den Standpunkt, dass man die Indizwirkung bei „Versuch“ des Regelbeispiels im Ganzen ablehnen sollte.

II. Versuch des Regelbeispiels § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO

Dieser Streit, dessen Für- und Gegenargumente seit längerem ausgetauscht sind, soll hier nicht weiter vertieft sondern auf besondere Problemaspekte eingegangen werden, die gerade den „Versuch des Regelbeispiels“ § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO tangieren. Zur Ausdeutung des Merkmals „in großem Ausmaß“ ist zunächst auf eine strukturelle Besonderheit des § 370 AO als Ganzes einzugehen. Wenn der Gesetzgeber in § 370 Abs. 4 S. 1 AO bereits die nicht erfolgende, die zu niedrige und die verspätete Festsetzung der Steuer als Tatbestandserfolg „Steuerverkürzung“ (§ 370 Abs. 1 Alt. 1 AO) ausreichen lässt, so stellt er explizit klar, dass die Verletzung des Rechtsguts Steueraufkommen nicht erforderlich ist, sondern seine in der fehlerhaften Festsetzung konkretisierte Gefährdung ausreicht.⁹ Wenn dies für den Tatbestandserfolg „Erlangung eines Steuervorteils“ (§ 370 Abs. 1 Alt. 2 AO) auch umstritten ist, da die Lehre teilweise den Eintritt von Vermögenszuwachs beim Täter, korrespondierend einen (voll realisierten) Schaden beim Steueraufkommen fordert, so ist § 370 AO jedenfalls nach dem aktuellen, in einer Entscheidung vom 10.12.2008 dargelegten Konzept des BGH auch in dieser Erfolgsvariante ein konkretes Gefährdungsdelikt: Der „nicht gerechtfertigte Steuervorteil“ ist danach ein „Vorteil spezifisch steuerlicher Art, der auf dem Tätigwerden der Finanzbehörde beruht und eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs bewirkt“.¹⁰

In diesem spezifischen deliktsstrukturellen Zusammenhang ist zunächst die Entscheidung des BGH vom 2.12.2008 zu sehen, in der er das Merkmal des „großen Ausmaßes“ näher definiert: Als Wertgrenze sei in Anlehnung an die Interpretation des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB von 50.000,- € auszugehen, allerdings nur dann, wenn die Tat zu

einem „Vermögensverlust“ geführt habe, das heißt „namentlich dann, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat“. Führe das Verhalten des Täters hingegen „lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs“, dann, so der BGH, sei ein Richtwert von 100.000,- € anzusetzen.¹¹

Die Verwerfungen, die ganz allgemein entstehen, wenn man die Regelwirkung des „versuchten“ Regelbeispiels bei versuchtem Grunddelikt anerkennt, bei vollendetem Grunddelikt hingegen nicht, treten auch – und drastischer als für § 243 StGB – für das Regelbeispiel nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO, so wie es der BGH interpretiert, in Erscheinung: Wenn der Täter eine Steuerhinterziehung versucht, deren Ausmaß zwischen den beiden Richtwerten liegt (also beispielsweise 75.000,- € beträgt), ist er demnach, wenn er auch den Verlust beabsichtigt, wegen versuchter Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall zu bestrafen (es sei denn, die Indizwirkung des Regelbeispiels wird aus anderen Gründen entkräftet). Es ist also der Strafraumen des § 370 Abs. 3 S. 1 AO (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren) anzuwenden, fakultativ zu mildern gemäß §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 S. 1, Nr. 3 Var. 4 StGB i.V.m. § 38 Abs. 2 StGB, was einen Strafraumen von einem Monat bis zu sieben Jahren sechs Monaten ergibt. Wenn der Täter dagegen die Steuerhinterziehung im selben Ausmaß vollendet, indem er einen „Gefährdungsschaden“, also keinen Verlust herbeiführt, dann ist dieses Ausmaß nicht „groß“. Dass der Täter hier ebenfalls das Regelbeispiel versucht, da er auf das Umschlagen des Gefährdungsschadens in einen Verlust abzielt, kann nicht zu einer entsprechenden Strafraumenverschiebung führen. Demnach bliebe die Sanktion der vollendeten Tat, da sie nach dem Strafraumen des § 370 Abs. 1 AO zu ahnden ist (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe), sehr erheblich hinter der Sanktion derselben Tat als Versuch zurück!¹² Das Problem ist deshalb besonders relevant, weil bei der Steuerhinterziehung (anders als insbesondere bei der Untreue, § 266 StGB) der Täter in der Praxis in den allermeisten Fällen, wenn er einen Vorsatz bezogen auf den Gefährdungsschaden gefasst hat, auch den Verlust zumindest billigend in Kauf nimmt. Darüber hinaus spitzt sich das Problem in der Praxis weiter zu, weil nach § 376 Abs. 1 AO die Verwirklichung eines benannten besonders schweren Falls die Verjährungsfrist von fünf auf zehn Jahre steigen lässt.¹³

⁷ Vgl. zu dieser Widersprüchlichkeit bereits Küper, JZ 1986, 518 (525).

⁸ Hinweis darauf etwa bei Zopfs, GA 1997, 320 (324).

⁹ Vergleiche mit weiteren Nachweisen Rolletschke, Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 10; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2009, § 370 Rn. 15.

¹⁰ BGH, NJW 2009, 381; zustimmend mit Nachweisen Rolletschke (Fn. 9), Rn. 11; so auch Joecks (Fn. 9), § 370 Rn. 104.

¹¹ BGHSt 53, 71 (85 Rn. 37-40) = NJW 2009, 528; zustimmend Joecks (Fn. 9), § 370 Rn. 271b; Rolletschke, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 75 (76-78); kritisch Bach, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 11; zu Aussagekraft und Bindungswirkung von seitens des BGH genannten Schwellenwerten Salditt, Praxis Steuerstrafrecht 2009, 15; Schaefer, NJW-Spezial 2009, 88 f.; Brauns, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 515.

¹² Dazu auch Lübbersmann, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 256 (259).

¹³ Dazu allgemein kritisch Samson/Brüning, wistra 2010, 1; Haas/Wilke, NSTZ 2010, 297; Wulf, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 13 (17-19); speziell bezogen auf den Versuch des Re-

III. Versuch des Regelbeispiels § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

Die skizzierte Verwerfung kann, wie für jedes Regelbeispiel eines besonders schweren Falls, beseitigt werden, indem man ganz allgemein die Indizwirkung des „versuchten“ Regelbeispiels verneint. Mit Blick auf § 370 AO tut sich eine weitere Lösungsmöglichkeit auf, die der BGH speziell für das Regelbeispielsmerkmal des „Vermögensverlusts“ entwickelt hat, nämlich bezogen auf § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Das soll im deliktsstrukturellen Gesamtkontext von Betrug und Untreue (vgl. die Verweisung auf das genannte Regelbeispiel in § 266 Abs. 2 StGB) kurz skizziert werden.

In den letzten Jahren haben Rechtsprechung und Literatur sich bekanntlich mit der Frage beschäftigt, wie intensiv eine Vermögensbeeinträchtigung sein muss, um als „Schaden“, also tatbestandlicher Erfolg des § 263 Abs. 1 StGB (bzw. „Nachteil“, tatbestandlicher Erfolg des § 266 Abs. 1 StGB), interpretiert werden zu können. Da beide Normen ihrem Wortlaut nach keine konkreten Gefährdungs-, sondern Verletzungsdelikte sind, kann, worüber allgemeiner Konsens besteht, dogmatisch-formal eine bloße Vermögensgefährdung bereits mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichen. Zugleich ist aber sachlich unbestreitbar, dass sich Vermögensbeeinträchtigungen in bestimmten Fallkonstellationen wie zum Beispiel der Kreditvergabe sukzessive intensivieren können, indem das Risiko des endgültigen Vermögensverlusts allmählich steigt – bis hin zu seiner unumkehrbaren Realisierung. Zielführend, wenn auch nicht einfach, ist hier der Weg, denjenigen Gefährdungsgrad endgültigen Verlusts zu bestimmen, der bei wirtschaftlicher Betrachtung (etwa bilanzrechtlich) bereits für sich einen Schaden bedeutet, nämlich (allerdings terminologisch angreifbar) einen Gefährdungsschaden. Die sukzessive Konturierung und Präzisierung, die durch diesen objektiven Zugriff auf das Problem möglich ist, ist jedenfalls dem nicht zuletzt beweispraktisch problematischen Vorgehen des 2. *Senats* vorzuziehen, zwecks Einschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 263, 266 StGB subjektiv bei „Gefährdungsschaden/-nachteil“ diesbezüglichen direkten Vorsatz beziehungsweise, wenn insoweit nur *dolus eventualis* besteht, überschießenden Gefährdungsrealisierungsvorsatz zu fordern.¹⁴

Auch diese Problematik soll hier aber nicht weiterverfolgt werden, sondern ist nur als Hintergrund für die Diskussion zur Auslegung des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB von Interesse. Der BGH geht davon aus, dass für die Herbeiführung eines „Vermögensverlusts großen Ausmaßes“, für das aktuell der Richtwert 50.000,- € angenommen wird,¹⁵ nur der endgültige Schaden, nicht der bloße Gefährdungsschaden

gelbeispiels *Lübbersmann*, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 256 (260 f.).

¹⁴ BGHSt 51, 100 (120-124 bezogen auf § 266 StGB); dagegen der 1. *Strafsenat* BGH NJW 2008, 2451; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; siehe zum Ganzen im Übrigen nur *Fischer* (Fn. 6), § 263 Rn. 156-174, 181-185a, mit umfassenden Nachweisen.

¹⁵ BGHSt 48, 360.

hinreicht, was aus dem besonderen Begriff „Vermögensverlust“ zu folgern sei.¹⁶ Die differenzierende Wortwahl des Gesetzgebers (Schaden/Nachteil – Verlust) macht es in der Tat durchaus plausibel, hier auch sachlich zu unterscheiden (ebenso auch die als Merkmal des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB normierte „Gefahr des Verlusts“¹⁷). Auch werden die §§ 263, 266 StGB nicht (zwingend) in Gefährdungsdelikte umgedeutet, wenn man an den „Vermögensverlust“ höhere sachliche Anforderungen stellt als an den „Vermögensschaden/-nachteil“: Letztere sind als bereits schädigende Belastung des Vermögens durch konkrete Verlustrisiken zu interpretieren, die aber, im Gegensatz zum Vermögensverlust, im selben wirtschaftlichen Zusammenhang bereits wieder entfallen kann, indem sich das betreffende Risiko nicht realisiert.¹⁸

Systematisch überraschend ist nun aber die Erklärung des BGH, dass die Herbeiführung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB, im Gegensatz zu nahezu jedem anderen Regelbeispiel,¹⁹ nicht „versucht“ werden kann. Das soll einerseits gelten, wenn das Grunddelikt vollendet ist: Die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ (in Höhe von 335.000 DM), mithin die Realisierung des Untreuetatbestands, reicht, wie der BGH in einer Entscheidung aus 2003 ausführlich begründet, objektiv für den „Vermögensverlust“ nicht aus. Unerörtert bleibt allerdings, weshalb auch die Tatsache, dass der Täter den Vermögensverlust herbeizuführen „versuchte“, die Regelwirkung des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB nicht auslöst.²⁰ Kann man hier noch davon ausgehen, dass der BGH sich (stillschweigend) auf die generelle Annahme stützt, dass bei Vollendung des Grunddelikts der „Versuch“ des Regelbeispiels die Regelwirkung nicht auslöst, so tritt der Ausnahmecharakter dieser Interpretation jedenfalls in der folgenden Konstellation deutlich hervor: Auch wenn das Grunddelikt nur versucht ist, soll die Regelwirkung bei „versuchtem“ Regelbeispiel entfallen; das erklärte der 4. *Senat* Anfang 2007 unter Verweis auf die Entscheidung zur ersteren Konstellation,

¹⁶ BGH NStZ 2002, 547; BGHSt 48, 354 = NJW 2003, 3717 = NStZ 2004, 95; BGH StV 2007, 132 = wistra 2007, 111; BGH wistra 2007, 183; BGH NStZ-RR 2009, 206 (207); zu Stellungnahmen zu diesen Entscheidungen Nachweise bei *Fischer* (Fn. 6), § 263 Rn. 217.

¹⁷ Dazu BGHSt 48, 354 (358).

¹⁸ Kritisch hingegen etwa *Fischer* (Fn. 6), § 263 Rn. 216 f.

¹⁹ Wenn der 5. *Strafsenat* in BGH NStZ-RR 1997, 293, die dogmatische Möglichkeit des Versuchs des Regelbeispiels § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB (a.F.) bestritten hat, so mit generalisierender Begründung: „Den ‚Versuch eines besonders schweren Falles‘ gibt es im System des Strafgesetzbuchs nicht, weil [...] insbesondere die gesetzlichen Regelbeispiele keine Tatbestände im engeren Sinn, sondern lediglich Strafzumessungsregeln enthalten.“ Gleichwohl dürfte er sich nur auf diese spezielle Norm beziehen; vgl. auch die Bemerkung oben Fn. 5.

²⁰ BGHSt 48, 354.

ohne den Unterschied zu benennen und die Gleichbehandlung beider Konstellationen zu begründen.²¹

Einen Begründungsversuch lieferte am 17.11.2007 der 2. Senat: „Würde schon die beabsichtigte Zufügung eines großen Vermögensverlustes, zu der der Täter angesetzt hat, ohne dass das Betrugsdelikt vollendet wäre, zur Annahme des Regelbeispiels führen, müsste es auch im Falle einer Vermögensgefährdung, die zur Annahme eines vollendeten Betruges führt, aber nach den Vorstellungen des Täters noch in einen endgültigen Vermögensschaden umschlagen soll, ohne weiteres ebenfalls gegeben sein. Das aber hat der BGH in seiner Entscheidung BGHSt 48, 354 gerade ausgeschlossen.“²² Wenn auch nur bezogen auf den spezifischen Fall des „Verlusts“ und ohne dass der Senat die allgemeine Tragfähigkeit des Arguments reflektiert, scheint hier auf, dass es ganz allgemein systematisch widersprüchlich ist, die Regelwirkung bei „versuchtem“ Regelbeispiel eintreten zu lassen, wenn das Grunddelikt versucht ist, hingegen nicht, wenn es vollendet ist. Da der BGH aber diese Konsequenz nicht allgemein ziehen will, wählt er zur Vermeidung der resultierenden Verwerfungen wenigstens für § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB den Weg, den „Versuch des Verlusts“ dogmatisch für unmöglich zu erklären. Ein auch nur plausibler dogmatischer Ansatzpunkt dafür, weshalb der Verlustbegriff aufgrund seiner höheren objektiven Anforderungen im Vergleich zum Schadens-/Nachteilsbegriff nicht den Kategorien des § 22 StGB zugänglich sein soll, ist allerdings nicht ersichtlich.²³

IV. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB und § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO im Vergleich

Die neben der hier favorisierten generellen Nichtanerkennung des „versuchten“ Regelbeispiels mögliche weitere Lösung für das unter II. skizzierte Problem könnte nach dem unter III. Erörterten also darin bestehen, dass man speziell das Regelbeispiel § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO (wie § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) für den Kategorien des § 22 StGB nicht zugänglich erklärt. Diese Übertragung lehnt der BGH in seiner Entscheidung vom 28.7.2010 aber ab und hebt, im Gegenteil, die Unterschiede beider Normen hervor:

„Für den Eintritt der Regelwirkung der Regelbeispiele [...] kann es bei der versuchten Steuerhinterziehung [...] nur darauf ankommen, ob der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Regelbeispiels [...] unmittelbar angesetzt hat. Denn bei der versuchten Steuerhinterziehung ist auch für die Indizwirkung der Regelbeispiele auf die subjektive Tatseite abzustellen. [...] Gegenteiliges ergibt sich nicht aus dem Vergleich mit dem Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Var. 1 StGB [...]. Denn der dort vom Gesetzgeber verwendete Begriff des Vermögensverlustes ist nach dem Wortsinne enger zu verstehen als die [...] Begriffe des Vermögens-

schadens oder -nachteils und verbietet daher eine Ausdehnung auf bloße Gefährdungsschäden [...]. Dies rechtfertigt, die im bloßen Ansetzen, einen Vermögensverlust herbeizuführen, liegende Gefährdung auch bei Versuchstaten für die Regelwirkung nicht ausreichen zu lassen. Zutreffend hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass im Gegensatz hierzu § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO ausdrücklich Bezug nimmt auf den Begriff der Steuerverkürzung und damit auf die Legaldefinition in § 370 Abs. 4 Satz 1 AO. Von dieser Definition werden auch Vermögensgefährdungen bei verspäteter oder zu niedriger Festsetzung erfasst [...].“²⁴

Mit (für sich genommen) überzeugendem Verweis auf den unterschiedlichen Wortlaut der beiden Regelbeispiele stellt der BGH also klar: § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO kann versucht werden, indem nämlich der Täter auf einen Gefährdungsschaden großen Ausmaßes (mindestens 100.000,- €) abzielt. So lag es im zu entscheidenden Fall, in dem der Täter unberechtigt Vorsteuern in Höhe von 534.000,- € geltend gemacht, das Finanzamt aber wegen Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben den Erstattungsbetrag nicht ausgezahlt hatte: Der Täter zielte auf einen Gefährdungsschaden von mehr als 100.000,- €, was für den „Versuch“ des Regelbeispiels „großes Ausmaß“ hinreicht. Dass der Täter hier nicht nur auf den Gefährdungsschaden (als Zwischenstadium), sondern auf den endgültigen Vermögensverlust zielte, ist in dieser Konstellation (Werte über 100.000,- €) irrelevant.

Nicht zu entscheiden gewesen – und seitens des BGH unbeantwortet geblieben – ist deshalb die Frage, ob das Regelbeispiel auch in der Spielart der Herbeiführung eines Steuerverlusts großen Ausmaßes versucht werden kann oder ob insoweit die (einschränkende) Interpretation des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Var. 1 StGB zu übertragen, also der Verlustbegriff jeweils gleich zu interpretieren ist. Das wird nur dann relevant, wenn das beabsichtigte Ausmaß der Steuerhinterziehung zwischen den etablierten Grenzwerten 50.000,- € und 100.000,- € liegt. Eine Übertragung der Auslegung des Verlustbegriffs erweist sich hier als durchaus sinnvoll: Der Täter, der Steuern in einem Ausmaß von 75.000,- € zu hinterziehen versucht, ist demnach gemäß dem fakultativ zu mildernden Grundtatbestand zu bestrafen (§ 370 Abs. 1 AO, § 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB); vollendet er die Tat mittels Herbeiführung eines Gefährdungsschadens, ist er nach § 370 Abs. 1 AO zu bestrafen; schlägt der Gefährdungsschaden in einen Verlust um, tritt die Regelwirkung des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO ein. Versucht der Täter erfolglos eine Steuerhinterziehung in einem Ausmaß von mehr als 100.000,- €, ist er (gegebenenfalls) nach dem Strafraumen des § 370 Abs. 3 AO bei fakultativer Milderung nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu bestrafen; vollendet er die Tat durch Herbeiführung eines Gefährdungsschadens, entfällt die Milderungsmöglichkeit. Die oben unter II. aufgezeigten Wertungswidersprüche können durch diese Interpretation des Verlustbegriffs also beseitigt werden.

²¹ BGH wistra 2007, 183; sich daran, wiederum ohne Begründung, anschließend: BGH NSTZ-RR 2009, 206; zu dieser zweifelhaften Verweiskette auch Lübbersmann, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 256 (260).

²² BGH StV 2007, 132 (Hervorhebung nur hier).

²³ Vgl. auch Lübbersmann, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 256 (259 f.).

²⁴ BGH wistra 2010, 449 (450).

V. Fazit

Die Regelwirkung bei „versuchtem“ Regelbeispiel eintreten zu lassen, wenn das Grunddelikt versucht ist, nicht hingegen, wenn das Grunddelikt vollendet ist, ist inkonsequent und führt zu Widersprüchen bei den jeweils sich ergebenden Strafraumen, da die nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen besonders schwerer Fälle höher sein können als die jeweiligen ungemilderten Strafraumen des Grunddelikts; es wird dann also weniger streng geahndet, dass der Täter (bei „versuchtem“ Regelbeispiel) das Grunddelikt vollendet, als wenn er es nur versucht. Vor diesem Hintergrund hat der BGH, wenn auch ohne die Allgemeinheit des Problems zu reflektieren, den Begriff des Vermögensverlusts (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) für den Kategorien des § 22 StGB nicht zugänglich erklärt, mithin insoweit die dogmatische Möglichkeit des „Versuchs“ des Regelbeispiels verneint.

Wenn er betont, diese Interpretation sei nicht auf § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO übertragbar, so meint dies lediglich, dass die dortige Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“, zu stützen auf den abweichenden Wortlaut, auch mittels Herbeiführung eines hinreichend großen (versuchten) Gefährdungsschadens realisiert werden kann. Sinnvoll und ohne dass man in Konflikt mit den seitens des BGH zu § 370 AO getroffenen Aussagen gerät ist es aber, die Interpretation des Verlustbegriffs des § 263 StGB für den seitens des BGH entwickelten Verlustbegriff des § 370 AO zu übernehmen, also insoweit den „Versuch“ des Regelbeispiels für dogmatisch unmöglich zu erklären. Das heißt schlicht, dass bei einem „Ausmaß“ zwischen 50.000,- € und 100.000,- € erst der (objektive) „Verlust“ die Regelwirkung auslöst. Bei „Ausmaßen“ von über 100.000,- € bleibt der skizzierte Wertungswiderspruch allerdings in bestimmten Konstellationen (vollendete Steuerhinterziehung mit misslingendem Versuch, dabei den Richtwert von 100.000,- € zu überschreiten) bestehen, so dass es letztlich die beste Lösung wäre, den „Versuch“ des Regelbeispiels als dogmatische Möglichkeit ganz zu verneinen.

Einwilligungsschranken und Rechtsgutsvertauschung am Beispiel des Fremddopings im Sport*

Von Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Dresden

Das konsentiertere Fremddoping, also die nach den Regeln der Sportverbände unzulässige Beibringung leistungsfördernder Substanzen durch einen Dritten (etwa durch den Trainer oder den betreuenden Sportarzt), wirft eine Reihe strafrechtsdogmatischer Probleme auf: Eine strafbare Körperverletzung kommt nur dann in Betracht, wenn das Verhalten des Dritten sich als Fremdverletzung und nicht lediglich als Mitwirkung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung darstellt. Die Abgrenzung von strafloser Selbstverletzung und möglicherweise strafbarer Fremdverletzung ist an der Tatherrschaft über den Körperverletzungsvorgang auszurichten; dem die Dopingmittel bebringenden Arzt oder Trainer kommt die Herrschaft über den entscheidenden Moment der Beibringung des Dopingstoffes zu. Treten infolge einer konsentierten Beibringung von Dopingstoffen Gesundheitsschäden ein, die vom Sportler nicht in seine Einwilligung aufgenommen wurden, so kommt mangels hierauf bezogener Einwilligung des Sportlers eine Strafbarkeit des Dritten insoweit in Betracht. – Aus § 228 StGB (Sittenwidrigkeit: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.“) kann nicht die Unwirksamkeit der Einwilligung eines Sportlers hergeleitet werden, der über die Gefährlichkeit des beigebrachten Mittels informiert war: Diese Schranke der Einwilligung verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot der Verfassung (Art. 103 Abs. 2 GG). – Die Unwirksamkeit dieser gesetzlich statuierten Einwilligungsschranke steht einer richterlichen Schrankenziehung im Bereich der Einwilligung nicht entgegen: Da das Institut der Einwilligung als solches zulässigerweise nicht strafgesetzlich geregelt ist, können auch die Schranken für dieses strafbefreiende Institut von Jurisprudenz und Judikative im Wege systemgerechter Auslegung festgelegt werden. – Einwilligungsschranken, durch die ein freiverantwortlich Handelnder ausschließlich davor bewahrt werden soll, sich selbst zu schädigen, sind angesichts verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht zulässig; auch aus der Garantie der Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG) folgt nichts anderes. Ferner kann es nicht Aufgabe des Strafrechts sein, einen Einwilligenden vor den Folgen des Gebrauchs seiner Freiheit zu schützen. – Unbedenklich sind hingegen Beschränkungen der Einwilligungsbefugnis, wenn hierdurch Dritte (beispielsweise: andere Sportler) geschützt werden sollen. – Der Verstoß gegen Vorgaben des Sportverbandsrechts als solcher führt noch nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung; dies verstößt nicht gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. – Das Aufstellen einer Einwilligungsschranke zum Schutze Dritter kann aber gegen das Verbot der „Rechtsgutsvertauschung“ verstoßen: Die vom Gesetzgeber in den Tatbeständen getroffenen Unrechtsvertypungen hindern im Bereich der Einwilligung grundsätzlich daran, eine erteilte Einwilligung aus Gründen für unwirksam zu erklären, die in der Strafvorschrift, die dieses Rechtsgut schützt, keinen Anklang gefunden

haben; dies ergibt sich nicht nur aus dem Parlamentsvorbehalt für Strafvorschriften, sondern auch aus der Verrufswirkung des Strafurteils sowie der (positiven) Generalprävention. – Eine Einschränkung hierfür gilt allerdings dann, wenn ein konsentiertes Individualdelikt mit einer Strafvorschrift zusammentrifft, die Drittinteressen schützt (Gebot der Widerspruchsfreiheit der Ordnung des Strafrechts): Ist für eine konkrete Fallgestaltung strafgesetzlich normiert, dass zum Schutze von Drittinteressen die Verfügungsfreiheit über ein Individualrechtsgut aufgehoben ist, so kann einer Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Individualrechtsgutes keine rechtfertigende Wirkung zukommen. Auf der Basis der im deutschen Arzneimittelgesetz vorhandenen Anti-Doping-Strafvorschriften führt dies zu dem Ergebnis, dass der Einwilligung des gedopten Sportlers auch im Bereich der Körperverletzungstatbestände keine rechtfertigende Wirkung zukommt.

The application of a substance of doping (done by a trainer or a sports physician) which was allowed by the sportsman raises a lot of questions for the jurisprudence of criminal law: A culpability because of physical injury is only possible in case of violation done by another person; there is no culpability if the event is to be judged as a case of self-violation done by an well informed person. The delimitation depends on the control of the act; that control over the decisive moment of application of the drug has to be ascribed to the doctor or trainer of the sportsman. – If later on some damage of health should result which was not consented by the sportsman there could be the possibility of culpability due to the lacking of consent. – The rule of § 228 German Criminal Code (unconscionality: „A bodily harm done with the consent of the injured person is unlawful only than if the act – despite of the consent – will be a breach of moral standards“) does not lead to the consequence of ineffectiveness of the consent: This limitation of approval is infringing the principle of certainty and clarity which is established in article 103 section 2 of the German Constitution. – The invalidity of § 228 German Criminal Code as a legal barrier of effective consent is no obstacle for the jurisprudence and the practice of the courts to establish such barriers: Because of the circumstance that the consent of the victim is not regulated in the German Criminal Code, there is the possibility to create the limits of this construction by the application of the law. – Due to the regulations of the German constitution a victim's consent could not be declared invalid just to protect a person – who is able to care for herself – to do some harm to herself. Considering the guarantee of human dignity (article 1 section 1 German Constitution) does not alter this result. Likewise it cannot be the task of criminal law to protect a responsible person against her own will. – On the other hand there is without thinking the possibility to limit the approval of a consenting person to protect other people (for instance: other sportsmen). – If there is only a breach of

regulation being set by the sports federations this circumstance does not lead to the voidness of the approval; this result is not infringing the unity of the legal system. – The installing of some limits to the victims consent however could lead to a prohibited so-called „Rechtsgutsvertauschung“ (that means the changing of the legally protected interest which is the basis of the criminal law against bodily harm): The legislature by erecting the elements of crime has determined the type of injustice; therefore the application of the law is not allowed to declare the nullity of an approval by considering circumstances which are not an element of the criminal offence the agreement of the victim is relating; this results from the reservation of criminal law being passed by parliament, furthermore from the disreputable effects of a conviction and from the (positive) general prevention of crime. – In this connection there is one limitation in the instance the penal regulation the approval is referring coincides with another penal regulation which is protecting the interests of other persons or the general public interest (principle of non-contradiction of the legal orders imposed by the rules of criminal law): If there is a criminal regulation that – for the reason of protecting the interests of other persons or the general public interest – is cancelling the authority of disposition concerning an individual object of legal protection, than the approval referring to the violation of this individual object does not effect that unlawfulness as well. On the basis of the German penal regulation against doping established by the German law about medical drugs this leads to the conclusion that the approval of a sportsman being doped has also no justifying effect with regard to criminal offences protecting the victim against bodily harm.

I. Einleitung

Doping im Sport hat sich leider zu einem Dauerthema entwickelt. Der 1998 getroffenen Feststellung *Kristian Kühls*, dass die Aktualität dieses Themas für jeden am Sport(-Recht) Interessierten auf der Hand läge,¹ muss angesichts der Dopingvorfälle, die auch die diesjährige Tour de France² überschatteten, leider auch zehn Jahre später uneingeschränkt

* Der Beitrag wurde erstmals veröffentlicht in: Andrade/Antunes/de Sousa (Hrsg.), Festschrift für Professor Dr. Jorge de Figueiredo Dias, Bd. 2, 2009, S. 1039.

¹ *Kühl*, in: Vieweg (Hrsg.), Doping, Realität und Recht, internationales Symposium am 4. und 5.7.1997 in Erlangen, 1998, S. 77 (S. 80).

² Dass bei den Olympischen Sommerspielen in Peking nur einige wenige Dopingtäter überführt wurden, kann angesichts des Umstandes, dass die unerlaubten Mittel zur Leistungssteigerung, etwa das Erythropoietin (Epo), in der Regel in der Trainingsphase vor dem Wettkampf zur Anwendung kommen, auch keinen Grund zur Entwarnung darstellen. Durch diesen „Generalverdacht“ werden letztlich auch die wahrhaft phänomenalen („übermenschlichen“?) Leistungen des Schwimmers *Michael Phelps* (achtfacher Olympia-Sieger mit mehrfachem Weltrekord) sowie des Leichtathleten *Usain Bolt* (dreifacher Sprint-Olympia-Sieger mit jeweiligem Weltrekord) überschattet.

zugestimmt werden. Strafrechtspolitisch wird derzeit (auch) in Deutschland intensiv darüber diskutiert, ob eine spezielle Strafvorschrift³ eingeführt werden sollte, die den dopenden⁴ Sportler selbst pönalisiert. Hierdurch sind eine Vielzahl noch nicht geklärter Fragen aufgeworfen; um nur die wichtigsten anzusprechen: Ob eine derartige Strafvorschrift in ein stimmiges Rechtsgüterschutz-Konzept⁵ eingefügt werden kann,⁶ ob eine derartige Regelung nicht unter dem Blickwinkel der

³ Bislang finden sich lediglich im deutschen Nebenstrafrecht, nämlich dem Arzneimittelgesetz (AMG), Regelungen, die das Doping teilweise erfassen: Nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. 6a Abs. 1 AMG wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft, wer „Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr bringt, verschreibt oder bei anderen anwendet.“; seit dem 1.11.2007 wird ergänzend auch die entsprechende Strafbarkeit desjenigen verfügt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2b i.V.m. § 6a Abs. 2a AMG), der „Arzneimittel in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport besitzt“.

⁴ Unter Doping wird nachfolgend der Versuch körperlicher Leistungssteigerung mit chemischen, pharmakologischen oder physikalischen Methoden verstanden, die nach den Vorgaben der betreffenden Sportfachverbände oder des Internationalen Olympischen Komitees verboten sind; zu den definitorischen Schwierigkeiten: *Vieweg*, in: *Vieweg* (Fn. 1), S. 21.

⁵ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht kürzlich in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift gegen Geschwisterincest (§ 173 Abs. 2 StGB) eine Beschränkung des Gesetzgebers auf „angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ‚anerkannte‘ Rechtsgüter“ abgelehnt (BVerfG NJW 2008, 1137 [1138]), letztlich aber den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers vom Ansatz her doch dadurch (etwas) begrenzt, dass eine Strafvorschrift entweder dem Schutz anderer Individuen oder dem Schutz der Allgemeinheit dienen muss (ebd.), vgl. *Hörnle*, NJW 2008, 2085. Ob diese ohnehin recht weite Vorgabe im konkreten Fall dann aber eingehalten wurde, sei hier dahingestellt (krit. *M. Heinrich*, in: *M. Heinrich/C. Jäger* u.a. [Hrsg.], *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 131 [S. 140 ff.]; *Hörnle*, NJW 2008, 2085 [2088]; *Roxin*, in: *Herzog* (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573 [S. 581 f.]; sowie *Hassemer* in seinem Minderheiten-votum, BVerfG NJW 2008, 1137 [1142 ff.]; anders hingegen *Androulakis*, in: *Herzog*, a.a.O., S. 271 [S. 286]; *Krauß*, in: *Herzog*, a.a.O., S. 423 [S. 436 f.]).

⁶ Insoweit wäre zunächst einmal Klarheit darüber zu gewinnen, welchen Schutzzweck eine derartige Strafvorschrift eigentlich verfolgen sollte; die Palette möglicher Schutzgüter reicht von der Gesundheit (des Dopingenden selbst bzw. diejenige aller Sportler), über Sportethos/Lauterkeit im Sport bzw. eine Gemeinschaft stiftende Vorbildfunktion des (Leistungs-) Sports über den fairen Leistungswettbewerb bis hin zu den Vermögensinteressen der Konkurrenten, des Wettkampfveranstalters bzw. der Zuschauer, ohne dass hiermit eine vollständige Aufzählung erreicht wäre; vgl. hierzu *Heger*, *SpuRt* 2007, 153 (153, 154 f.); *Jahn*, *ZIS* 2006, 57, (58, 62); *Kudlich*, *JA* 2007, 90 (93 f.); jeweils m.w.N.

Subsidiarität des Strafrechts auf ganz erhebliche Bedenken stoßen müsste,⁷ ob nicht der allgemeine Gleichheitssatz des Art 3 Abs. 1 GG verletzt würde,⁸ jede dieser Fragen wäre einer eigenen Vertiefung wert, deren Abarbeiten aber einen Festschriftenbeitrag hoffnungslos überfrachten müsste.

Strafrechtsdogmatisch wirft das hier stattdessen untersuchte konsenterte Fremddoping, also die nach den Regeln der Sportverbände unzulässige Beibringung leistungsfördernder Substanzen durch einen Dritten (etwa durch den Trainer oder den betreuenden Sportarzt), die Frage auf, ob insoweit angesichts der Einwilligung des Sportlers überhaupt eine rechtswidrige und strafbare Körperverletzung vorliegen kann. Die nachfolgenden Ausführungen, die sich auf die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland beziehen, sollen namentlich der Frage nachgehen, ob eine Bestrafung der die Dopingmittel bebringenden Dritten wegen Körperverletzung (§ 223 StGB) nicht eine unzulässige Rechtsgutsvertauschung darstellt, bei der Belange der Lauterkeit im Sport bzw. des fairen Leistungswettbewerbs unter der „falschen Flagge“ einer Körperverletzung zur Strafbarkeit führen (unter III.). Vorab ist zunächst aber eine Reihe von Vorfragen zu klären, die sämtlich für die mögliche Strafbarkeit des die Dopingstoffe bebringenden Dritten von Bedeutung sind (unter II.).

II. Körperverletzung durch Doping und Einwilligung

1. Körperverletzung

Das Beibringen von Dopingsubstanzen durch Dritte erfüllt bereits als solches den Körperverletzungstatbestand des § 223 StGB, ohne dass es auf (ungewollte) Spätfolgen der Doping-

verabreichung⁹ ankommt: Die Beeinträchtigung der Körperintegrität durch den Einstich einer Spritze stellt eine „körperliche Misshandlung“, eine Veränderung etwa des Hormonhaushalts oder des Fettstoffwechsels als somatisch fassbare Veränderung¹⁰ regelmäßig eine Gesundheitsbeschädigung¹¹ dar.

2. Abgrenzung zur bloßen Mitwirkung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung

Eine strafbare Körperverletzung durch einen Dritten kann aber nur dann in Betracht kommen, wenn das Verhalten des Fremdschädigers sich nicht lediglich in der Mitwirkung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung¹² erschöpft, wie dies etwa im Falle der Tablettenabgabe an einen hinreichend informierten, zur zureichenden Risikoabschätzung fähigen Sportler der Fall wäre.¹³

a) Die Unterscheidung von Selbstverletzung und Fremdschädigung ist durchaus legitim: Die Verletzung eigener Rechtsgüter bleibt bekanntlich nach deutschem Strafrecht im Grundsatz straffrei. Für diese nahezu einhellig geteilte Auffassung sei nachfolgend *Mitsch*¹⁴ zitiert: „Denn eine Pflicht des Opfers zur Verhinderung von Rechtsgutsverletzungen existiert so wenig wie das deutsche Recht eine Pflicht zur Unterlassung reiner Selbstverletzungen kennt. Es gibt überhaupt keine „Rechtswidrigkeit gegenüber sich selbst [...] Jedem steht grundsätzlich die Verletzung seiner Güter frei [...] Eine Selbsterhaltungspflicht besteht nicht einmal in Bezug auf das höchste strafrechtlich geschützte Rechtsgut, das menschliche Leben.“ Der Grund hierfür liegt darin, dass der Bereich des überhaupt einer rechtlichen Regelung Offenstehenden im Falle ausschließlicher Selbstverletzung noch nicht erreicht ist,¹⁵ schließlich macht das „Opfer“ gerade von der

⁷ Insoweit wäre zum einen zu klären, ob etwa tangierte Schutzgüter nicht bereits hinlänglich strafrechtlichen (z.B. durch Anwendung des Betrugstatbestandes, § 263 StGB; hierzu *Kargl*, NStZ 2007, 489 [491 ff.]; *Schild*, Sportstrafrecht, 2002, S. 158 ff.) bzw. zivilrechtlichen Schutz (z.B. Ersatzansprüche von Veranstaltern, Konkurrenten usw.) erfahren; zum anderen bliebe die Frage zu beantworten, inwieweit sich staatliche Eingriffe mit der auch verfassungsrechtlich (Art. 9 GG) abgesicherten Eigenständigkeit der Sportverbände vertragen.

⁸ Insoweit wäre nicht nur nach der Legitimation einer Pönalisierung des Dopings im Sport(-Wettbewerb) bei nach wie vor bestehender Strafflosigkeit entsprechender Leistungsmanipulationen außerhalb des Sportbetriebs (etwa im Arbeitsleben, aber auch im Zusammenhang mit universitären Prüfungen) zu fragen. Zusätzlich bliebe zu klären, ob ein möglicherweise zu erwartendes Vollzugsdefizit (*Bette/Schimank*, in: *Vieweg* [Fn. 1], S. 357 [S. 390], sprechen insoweit von „symbolischer Politik“) nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes führen könnte (so *Kudlich*, JA 2007, 90 [92]; abl. *König*, JA 2007, 573 [576]; *Grotz*, ZJS 2008, 243 [253]): Der Gleichbehandlungsanspruch der Bürger kann – allerdings nur im Ausnahmefall – auch durch Mängel im Vollzug eines als solchen verfassungskonformen Gesetzes verletzt sein (vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 489 ff.).

⁹ Etwa in Form von Unfruchtbarkeit, Virilisierung, Tumorentstehung etc., vgl. die Nachw. bei *Kargl*, NStZ 2007, 489 (4909).

¹⁰ So auch BGH NStZ 2000, 252 (253), im Zusammenhang mit der Vergabe von Dopingmitteln an Minderjährige in der damaligen DDR.

¹¹ Da ein vom Normalzustand abweichender Körperzustand herbeigeführt wurde, vgl. *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 2; *Kargl*, JZ 2002, 389 (390 f.) m.w.N.

¹² Eine eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung unterliegt grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungsdelikts. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann nicht wegen eines Körperverletzungsdelikts bestraft werden, da er an einem nicht tatbestandsmäßigen Geschehen teilnimmt; grundlegend BGHSt 32, 262 (265; siehe auch BGHSt 46, 279 [288 f.]; BGH NStZ 2001, 205; BGH NJW 2003, 2326, [2327]); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 11], § 15 Rn. 165).

¹³ So auch *Mitsch*, NStZ 2000, 641 (642).

¹⁴ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 44 m.w.N.

¹⁵ So auch im Zusammenhang mit Doping: *Kühl* (Fn. 1), S. 77; vgl. auch *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die

Dispositionsbefugnis Gebrauch, zu deren Schutz die Strafvorschrift besteht.¹⁶ Auch besteht bei Selbstverletzungen angesichts des menschlichen Selbsterhaltungstriebes bzw. natürlicher Hemmung infolge Schmerzempfindens auch ein geringeres Präventionsbedürfnis.

Durch Einschalten einer dritten Person wird hingegen die Sphäre des keiner rechtlichen Regelung zugänglichen und in strafrechtlich relevanter Weise nicht weiter nachprüfbar Bereiches der Selbstbestimmung über ausschließlich eigene Angelegenheiten des Rechtsgutsinhabers überschritten und der interpersonale Bereich des Rechts erreicht. Auch kann auf die generalpräventive Überlegung eines sozialpsychologisch vermittelten Rechtsgüterschutzes („neminem laede“) verwiesen werden, da immerhin ein grundsätzlich geschütztes Gut tangiert wird: Im Gegensatz zur reinen Selbstverletzung könnte die konsenterte Fremdverletzung den Achtungsanspruch des fremden Rechtsguts tangieren, da für Dritte nicht immer ohne weiteres feststellbar sein wird, ob eine (wirksame!) Einwilligung vorlag. Aber: Die Eröffnung strafrechtlicher Regelungsmöglichkeit (durch Statuieren objektiver Einwilligungsschranken) fällt keineswegs mit ihrer inhaltlichen, vor den Anforderungen der Verfassung hinreichenden Legitimation in eins; ihre Rechtfertigung findet sie allein im Schutz eines nicht freiverantwortlich-autonom Einwilligenden vor einer voreiligen Preisgabe seiner Güter oder in der Bewahrung von Drittinteressen, die im Einzelfall gegenüber der Handlungsfreiheit von Opfer und Täter höherwertig sind.

b) Die Abgrenzung von (strafloser) Selbstverletzung von einer möglicherweise strafbaren Fremdverletzung ist an der Tatherrschaft über den Körperverletzungsvorgang auszurichten, wie dies auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zu einer Betäubungsmittelverabreichung mit Todesfolge entschieden hat,¹⁷ und wie dies auch von der Abgrenzungproblematik einer straflosen Suizidbeteiligung von einer strafbaren Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) her bekannt ist: Entscheidend ist die Herrschaft über den „point of no

Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 26: Selbstverletzung kein Unrecht gegenüber dem verletztem Gut mangels des für Unrecht notwendigen Interpersonalbezuges.

¹⁶ Sofern man Körperintegrität, Gesundheit etc. als solche als die vom Strafrecht geschützten Rechtsgüter ansieht, mangelt es gleichfalls an einer Unrechtsverwirklichung: Da das Rechtsgut nicht gegenüber seinem Träger als Täter geschützt ist, würde zumindest das Handlungsunrecht fehlen.

¹⁷ BGHSt 49, 34 (39 f.): „Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -verletzung und einer – grundsätzlich tatbestandsmäßigen – Fremdgefährdung oder -verletzung eines anderen ist damit die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungshandlung nicht allein bei dem Gefährdeten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligten, begeht dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzessorität wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein [...]. In diesen Fällen stellt sich vielmehr die Frage, ob der täterschaftlich Handelnde aufgrund der Einwilligung des Geschädigten gerechtfertigt ist.“

return“; es ist also darauf abzustellen, ob dem Opfer nach erbrachtem Täterbeitrag noch die Möglichkeit verbleibt, den Beitrag des Dritten aus eigener Kraft zu revidieren. Dies hat für die Fälle des Fremddopings zur Folge, dass ungeachtet der Mitwirkungshandlung des Sportlers, der seinen Körper für das Setzen der Spritze durch den Dritten zur Verfügung stellt, angesichts der irreversibel ins Werk gesetzten Kausalkette ein Fall der Fremdverletzung und nicht der Selbstschädigung vorliegt.¹⁸ Die Tatsache, dass die Injektion auch vom Willen und der Mitwirkung des Sportlers abhängt, ändert hieran nichts: Ungeachtet dieser ohnehin geringfügigen Mitwirkung des Opfers (Hinstrecken des Arms) beherrscht der Arzt oder Trainer allein den entscheidenden Moment der Beibringung des Dopingstoffes. Ergänzend ist anzumerken, dass umgekehrt dann keine bloße Mitwirkung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung mehr vorliegt, wenn – entsprechend zu den Grundsätzen mittelbarer Täterschaft – derjenige, der diese Selbstgefährdung (hier: etwa durch Tabletten-Einnahme) bewirkt, kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als das Opfer.¹⁹ Angesichts der zu betonenden Eigenverantwortung eines erwachsenen Sportlers gegenüber seinem sozialen Umfeld, kann allerdings keinesfalls pauschal einem Trainer oder Sportarzt unter Hinweis auf deren möglicherweise bestehende Autoritätsstellung die Täterqualität zugeschrieben werden.²⁰

c) Nicht näher verfolgt werden soll hier die Problematik der sog. einverständlichen Fremdgefährdung (Risiko-Einwilligung): Treten infolge einer konsentierten Beibringung von Dopingstoffen ungewollte und vom Sportler nicht in seine Einwilligung aufgenommene Gesundheitsschäden (etwa ein Leberschaden) ein, so soll nach überwiegender Auffassung für eine Rechtfertigung dieser Folgeschäden die Kenntnis des Sportlers genügen, dass er sich einer Risiko-handlung mit (Körper- oder Lebens-)Verletzungstendenz aussetzt.²¹ Da es aber hinsichtlich dieser Folgeschäden an einer bewussten Rechtsgutspreisgabe fehlt, kann insoweit strafrechtliche Enthaltung jedenfalls nicht über das Institut der Einwilligung erzielt werden.²² Ob hier infolge der be-

¹⁸ So auch *Kargl*, JZ 2002, 389 (393 f.), der allerdings ebenda auf die eher zufällige und überdies häufig genug substituierbare äußere Form der Dopingmittelverabreichung aufmerksam macht; s.a. *Schild* (Fn. 7), S. 144 ff.

¹⁹ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Dritte im Gegensatz zum Sportler die gesundheitsschädlichen Wirkungen des Dopingmittels kennt oder es sich um einen Minderjährigen handelt, dem die intellektuelle Reife zur Einschätzung möglicher Konsequenzen des Dopingmissbrauchs fehlt (vgl. *Kühl* [Fn. 1], S. 81 f.; *Mitsch*, NStZ 2000, 641 [642]; *Schild* [Fn. 5], S. 147).

²⁰ So auch *Jahn*, ZIS 2006, 57 (60) m.w.N. in Fn. 28 sowie zur Gegenmeinung dort in Fn. 26; *Kargl*, JZ 2002, 389 (393).

²¹ So z.B. *Kühl* (Fn. 1), S. 85; allgemein: *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 102 ff.

²² Anders nur dann, wenn man in diesen Konstellationen eine Einwilligung in die Gefährdung genügen lässt (so etwa zuletzt *Beulke*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 207 [S. 215]);

wussten Selbstgefährdung des Sportlers die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des Arztes oder Trainers verneint werden kann, erscheint mir alles andere als ausgemacht zu sein: Zwar besteht keine Berechtigung, einen vollverantwortlich in die Beeinträchtigung seiner Güter Einwilligenden vor den Konsequenzen seiner Freiheitsausübung mit den Mitteln des Strafrechts zu bewahren; umgekehrt besteht aber angesichts der staatlichen Schutzpflicht für die grundrechtlich geschützten Güter des Opfers wenig Veranlassung, bei insoweit fehlender Preisgabe Strafschutz zu versagen.²³

3. Verfassungswidrigkeit des § 228 StGB

Eine zentrale Rolle für die Unwirksamkeitserklärung einer Einwilligung in eine Körperverletzung, die zwecks Beibringung von Dopingmitteln erteilt wurde, könnte § 228 StGB zukommen, wonach die Körperverletzung trotz erteilter Einwilligung rechtswidrig bleibt, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt; der Sittenverstoß könnte insoweit aus der umfassenden Missbilligung des Dopings im Sport herzuleiten sein.²⁴ Diese Vorschrift ist aber wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht verfassungskonform, wie ich²⁵ mehrfach darzulegen versucht habe: Zwar würde der Generalklauselcharakter des Verstoßes „gegen die guten Sitten“ als solcher noch nicht zur Unbestimmtheit dieser Vorschrift führen, doch kann § 228 StGB mit dem Rüstzeug der Methodenlehre²⁶ nicht hinreichend konkretisiert werden:²⁷ Eine

Delegationsfunktion kann von vornherein nicht in Betracht kommen,²⁸ da Art. 103 Abs. 2 GG eine Verschiebung der Entscheidung über die grundsätzliche Strafbarkeit eines Verhaltens vom Gesetzgeber hin zum Rechtsanwender von vornherein versperrt. Auch das Abstellen auf eine Rezeptionsfunktion, also die Bindung der strafrichterlichen Entscheidung an die Sozialmoral der Gemeinschaft,²⁹ führt nicht weiter,³⁰ verstieße ein derartiges Verständnis von § 228 StGB doch gegen den Parlamentsvorbehalt, der hier nur mit dem Schlagwort „Wesentlichkeitsvorbehalt“ in Erinnerung gebracht sein soll.³¹ Wenn das Bundesverfassungsgericht³² zu Recht im Falle von Blankettgesetzen die grundsätzliche Entscheidung über das Ob und Wie der Strafbarkeit dem Gesetzgeber zuweist, so verbietet sich bei Anwendung einer Generalklausel ein Rekurs auf die Sozialmoral als „Ersatzgesetzgeber“ auch in Form einer kontrollierten – also an den Wertentscheidungen der Rechtsordnung überprüften³³ – Rezeption, ein Ausweichen, das ohnehin den Verdacht nährt, das vom Rechtsanwender ermittelte Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sei letztlich nichts anderes als dasjenige des Rechtsanwenders selbst.³⁴ Eine bloße Sozialmoralwidrigkeit als solche verletzt überdies andere Personen nicht in ihren rechtlich geschützten Interessen.³⁵ Schließlich kann das Merkmal der guten Sitten auch nicht als Verweis auf sonst in der Rechtsordnung enthaltene Verfügungsbeschränkungen verstanden werden (Transformationsfunktion). Eine derartige Funktion kann – anders als etwa bei Verwendung des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ – dem sich auf die „guten Sitten“ beziehenden Normtext gerade nicht entnommen werden. Selbst wenn man unabhängig von diesen Be-

abl. *Sternberg-Lieben*, in: Geisler (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10 März 2011, 2011, S. 723 (S. 738 ff.).

²³ Vgl. *Duttge*, in: Dannecker (Fn. 22), S. 227 (S. 232 ff.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 214 ff.

²⁴ Vgl. etwa *Heger*, JA 2003, 76 (79); *Kargl*, NStZ 2007, 489 (491); *Kühl* (Fn. 1), S. 83 f.; *Mestwerdt*, Doping – Sittenwidrigkeit und staatliches Sanktionsbedürfnis?, 1997, S. 139 ff., 161 f.; *Linck*, NJW 1987, 2545 (2550 f.); *Linck*, MedR 1993, 55 (60); *Weber*, in: Arzt (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992, 1992, S. 43 (S. 54); and. *Ahlers*, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. 1998, S. 169 ff.; *Schild* (Fn. 7), S. 148; eine Anwendung von § 228 StGB lehnt auch *Nidermair*, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten, 1999, S. 146 f., 198, ab.

²⁵ Zustimmung etwa *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 1 Rn. 21; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 228 Rn. 44 ff., 53; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 173; *ders.*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 190; anders aber *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 1 Rn. 22; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 228 Rn. 29.

²⁶ Nachw. bei *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 144 ff.

²⁷ Zum Folgenden: *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 144 ff.; *ders.*, in: Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät/Jus-

tizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, S. 289 (S. 297 f.).

²⁸ Abl. auch *Kühl*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 293 (S. 301).

²⁹ S. BGHSt 49, 34 (41: Heroin-Verabreichung): Bestimmung der guten Sitten i.S.v. § 228 StGB durch empirische Feststellung bestehender Moralüberzeugungen (letztlich wurde aber entscheidend auf den Umfang der vom Opfer hingenommenen Gesundheitsschädigung und des Grades der damit verbundenen weiteren konkreten Todesgefahr abgehoben: BGHSt 49, 34 [44]; hierzu krit. *Kühl*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 521 [S. 533]; *ders.* [Fn. 28], S. 303).

³⁰ Abl. auch *Nidermair* (Fn. 24), S. 66 ff., 80.

³¹ BVerfGE 49, 89 (126); 98, 218 (245 ff.).

³² BVerfGE 14, 174 (185); 14, 245 (252); 78, 374 (382 f.); BVerfG NStZ 1991, 88.

³³ Vgl. *Duttge*, NJW 2005, 260 f.

³⁴ Die „Anstandsformel“ – angesiedelt auf gleichem Abstraktionsniveau wie das Merkmal „gute Sitten“ – täuscht eine empirische Nachprüfbarkeit des richterlichen Werturteils nur vor; abl. auch *Kühl* (Fn. 29), S. 533.

³⁵ Auf die deshalb fehlende Legitimierung einer Bestrafung weist *Wohlers* (Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 271 ff.) hin.

denken § 228 StGB eine Transformation- oder Rezeptionsfunktion zusprechen wollte, so wäre dieser Vorschrift keine Entscheidung zwischen diesen beiden Funktionen einer Generalklausel zu entnehmen. Bereits hieraus ist ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit³⁶ abzuleiten. Das materiell einzig von § 228 StGB zulässig zu verfolgende Programm, nämlich der Schutz Dritter oder der Allgemeinheit,³⁷ wird vom Gesetzeswortlaut (gute Sitten) eher verborgen. Weder Bürger noch Richter finden im Normtext hinreichende Anhaltspunkte dafür, welcher Erfolgs- und Handlungsunwert hierin eigentlich vertyp sein soll: derjenige der Körperverletzung entfällt ja infolge der erteilten Einwilligung. Der Strafgesetzgeber hat es somit versäumt, dem Rechtsanwender für den Prozess der Entfaltung des Tatbestandes an der Wirklichkeit zumindest die Richtung vorzugeben.³⁸

4. Schrankensetzung durch den Rechtsanwender

a) Die Unwirksamkeit der gesetzlich statuierten Einwilligungsschranke des § 228 StGB steht nun aber einer richterlichen Schrankenziehung im Bereich der Einwilligung keineswegs von vornherein entgegen.³⁹ Zwar berührt eine Ergänzung des Gesetzesrechts mittels allgemeiner Rechtsprinzipien (hier: *neminem laede*) die vom Grundgesetz vorausgesetzte Aufgabenteilung zwischen dem die Leitentscheidungen setzenden Gesetzgeber und dem das Gesetzesrecht „zu Ende denkenden“ Rechtsanwender erheblich. Diese Aufgabenteilung findet für den Bereich des Strafrechts ihre Grenze in der formalen Schranke des gesteigerten Gesetzesvorbehalts des Art. 103 Abs. 2 GG, der vom Gesetzgeber nicht nur das Aufstellen inhaltserfüllter Strafvorschriften (Festlegung des Er-

folgs- und Handlungsunrechts) verlangt, sondern darüber hinaus auch im Bereich des Allgemeinen Teils Anwendung findet.⁴⁰ Gesetzgebung und Richterspruch bilden indessen ungeachtet der grundgesetzlichen Funktionsdifferenzierung (Gewaltenteilung) einen aufeinander bezogenen Prozess; gerade im Bereich des (notwendigerweise) nur rudimentär geregelten Allgemeinen Teils wird die Zone des Strafbaren endgültig erst durch den Rechtsanwender festgelegt. Eine richterliche Schrankenziehung im Bereich der Einwilligung stünde mithin nicht im Widerspruch zu dem in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Gebot, dass auf dem Gebiet des Strafrechts der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat. Das strafrechtsbezogene Gesetzlichkeitsprinzip des Grundgesetzes unterliegt nämlich den immanenten Einschränkungen, die dem Verfassungsgeber bekannt und von ihm – als vom Regelungsgegenstand zwangsweise vorgegeben – zu akzeptieren waren.⁴¹ Hierzu zählen in erster Linie die Grenzen der Gesetzesbestimmtheit, die sich daraus ergeben, dass die Verhaltensanweisungen des Gesetzgebers textsprachlich⁴² formuliert sind. Auf Grund der begrenzten Vermittlungsfähigkeit von Sprache (Weite des Sprachverstehens infolge einer der Sprache inhärenten Unbestimmtheit)⁴³ und der ohnehin begrenzten regelungstechnischen Leistungsfähigkeit abstrakt-genereller Sätze, die offene und verdeckte Konkretisierungsräume für den Rechtsanwender enthalten,⁴⁴ können auch Strafgesetze „kein Speicher vorgefertigter Ant-

⁴⁰ Vgl. *Eser/Hecker* (Fn. 25), § 1 Rn. 13 f., 27; *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 316 ff.

⁴¹ Hierzu: *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 30. Lfg., Stand: Dezember 1992, Art. 103 Abs. 2 Rn. 185, 224 m.w.N. in Fn. 99 und 247 f.; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 60 m.w.N.

⁴² Die Abstraktion des Rechtssatzes vom Regelungsbedürftigen trennt die gesetzliche Regel von der die Regel prägenden Wirklichkeit (*Kirchhof*, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg [Hrsg.], Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 11 [S. 19], der ebenda den richterlichen Konkretisierungsauftrag auch aus dem Verbindlichkeitsanspruch eines in „historischer Sprechsituation“ formulierten Textes für die Zukunft begründet).

⁴³ *Schmidhäuser*, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 231 (S. 232): „Eine derartige Weite schafft immer Unsicherheit. Und beide – nämlich Weite und Unsicherheit – sind besonders groß, wenn die Sprache einer hochentwickelten Kulturstufe angehört, und vollends, wenn sie zur Erfüllung normativer Aufgaben eingesetzt wird.“

⁴⁴ Zu der hiermit notwendigerweise verbundenen – und damit auch von der Verfassung akzeptierten – Kompetenzzuweisung für die Hervorbringung von Recht: *Kirchhof*, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987, S. 29 ff., 32; *ders.* (Fn. 42), S. 20 ff.; zu einer etwaigen, darüber hinausgreifenden Relativierung dieses Verfassungssatzes infolge internationaler Einflüsse: *Jähnke*, ZIS 2011, 463 (466 ff).

³⁶ S.a. *Benda*, DSStZ 1984, 159 (162): Normenklarheit als wesentlicher Teil des Rechtsstaatsprinzips.

³⁷ Hierzu *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 33 ff.

³⁸ Auch auf Basis der die Verfassungswidrigkeit des § 228 StGB negierenden Auffassung wäre eine Sittenverstoß jedenfalls solange nicht anzunehmen, als durch das Fremddoping keine erhebliche Körperverletzung oder eine Lebensgefährdung herbeigeführt wird; so zuletzt auch die Kriterien zweier Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Konkretisierung des Sittenverstoßes im Zusammenhang mit Betäubungsmittel-Beibringung (BGHSt 49, 34 [43]) bzw. sadomasochistischen Sexualpraktiken (BGHSt 49, 166 [171 f.]), ein Kriterium an das im Zusammenhang mit Fremddoping bspw. *Müller*, Doping im Sport als strafbare Gesundheitsbeschädigung (§§ 223 Abs. 1, 230 StGB)?, 1993, S. 121 ff., *Rain*, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, 1998, S. 176 ff., und *Weber* (Fn. 24), S. 43 (S. 54), anknüpfen wollen; ähnlich: *Klug*, Doping als strafbare Verletzung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit, 1996, S. 218 ff., 254.

³⁹ Angesichts der gelegentlichen gesetzlichen Statuierung einer Strafbarkeit drittschädigender Selbstverletzungen (vgl. *Sternberg-Lieben* [Fn. 8], S. 184 ff. [zu § 216 StGB], 284 ff.) würden drittnützige Einwilligungsschranken, die vom Rechtsanwender errichtet würden, nicht von vornherein einen Fremdkörper im Strafrecht bilden (vgl. *Sternberg-Lieben* [Fn. 8], S. 288).

worten, Gesetzesvollziehung folglich kein bloßer Nachvollzug⁴⁵ sein. Das Grundgesetz setzt also die gewaltenplurale Schaffung von Recht im Einzelfall voraus: Dem Richter ist die situationsgerechte Applikation des Rechtssatzes aufgetragen,⁴⁶ während der Gesetzgeber die grundlegenden (Wert-) Entscheidungen zu treffen hat.⁴⁷ Darüber hinaus ist auch die nur rudimentäre Regelung allgemeiner Zurechnungsfragen durch den Gesetzgeber nicht zu beanstanden,⁴⁸ da dem Verfassungsgeber das präexistente Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil auch im Strafrecht bekannt war: Normen im Allgemeinen Teil müssen schon deshalb in hinreichend weiten, also abstrakten Begriffen und Regeln verfasst werden, um eine Anwendung dieser Regeln auf den Gesamtbereich des vielgestaltigen Besonderen Teils sicherzustellen.⁴⁹ Darüber hinaus müsste eine ausdrückliche Fixierung all derjenigen Regelungen im kasuistischen Detail, die von Rechtsprechung und Literatur zu allgemeinen Zurechnungsfragen entwickelt wurden, den Gesetzgeber hoffnungslos überfordern: Gesetzgebung – die (glücklicherweise) in erster Linie den immensen nichtstrafrechtlichen Regelungsbedarf abdeckt – hat sich auf die grundsätzlichen, das Sozialleben gestaltenden Fragestellungen zu beschränken. Eine im übrigen auch von der sog. Wesentlichkeitsdoktrin⁵⁰ keineswegs

dem Parlament oktroyierte⁵¹ Regelungspflicht im Detail⁵² würde sowohl das Gesetzgebungsverfahren als auch dessen Produkt überfordern: Ein entsprechendes Gesetz würde sich in einer Unzahl von Einzelheiten verlieren und damit die gerade von der Strafgesetzgebung zu fordernde plakative Errichtung von verhaltensleitenden Werttafeln verfehlen.⁵³

b) Die Einwilligung ist als solche nicht im StGB fixiert. Dies ist schon deshalb unbedenklich, weil das Institut der Einwilligung zu einer für den Täter günstigen Einschränkung der Zurechnung strafbaren Verhaltens führt. Der Rechtsanwender setzt mit ihrer Anwendung lediglich zugunsten eines einzelnen Bürgers ein Ausnahme fest, während eine grundsätzliche Entscheidung des Parlaments über die Verhaltensstrafbarkeit (Körperverletzung) vorliegt. Ist aber das Institut der Einwilligung als solches zulässigerweise nicht strafgesetzlich vertyp, so können eben auch die Schranken für dieses strafbefreiende Institut von Jurisprudenz und Judikative im Wege systemgerechter Auslegung festgelegt werden.⁵⁴ Im Bereich der Einwilligung ist eine derart am konkreten Schutzgut der Einzeltatbestände des Besonderen Teils orientierte systematisierende Auslegung i.Ü. seit langem bekannt: Man denke nur an die Überlegungen zur Wirksamkeit der Einwilligung Minderjähriger: Insoweit werden (jedenfalls von einem Teil der Lehre⁵⁵) je nach Schutzgut (etwa: Körperintegrität oder Vermögen) unterschiedliche Lösungen getroffen. Auch bei einem weiteren Anwendungsfall subjektiver Einwilligungsvoraussetzungen, nämlich der Behandlung von Irrtümern des Einwilligenden, ist eine Differenzierung an Hand des vom jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts nicht unbekannt.⁵⁶

⁴⁵ Schmidt-Aßmann (Fn. 41 – Maunz/Dürig), Art. 103 Abs. 2 Rn. 224.

⁴⁶ Schmidt-Aßmann (Fn. 41 – Handbuch), § 26 Rn. 60.

⁴⁷ Schmidt-Aßmann (Fn. 41 – Maunz/Dürig), Art. 103 Abs. 2 Rn. 185 und 224 (für den Bereich des Strafrechts); ders. (Fn. 41 – Handbuch), § 26 Rn. 60 (generell); ähnlich: Tiedemann, in: Arzt (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 7 (S. 18: Art. 103 Abs. 2 GG als Garantie gesetzlicher Unrechtstypen, die vom Rechtsanwender nicht verschoben werden dürfen [ergänze: und somit vom Gesetzgeber festzuschreiben sind]).

⁴⁸ Tiedemann (Fn. 47), S. 15; Schmitt, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1985, S. 223 (S. 224 ff.) allerdings unter dem Rubrum „Gewohnheitsrecht“.

⁴⁹ Tiedemann (Fn. 47), S. 15. Demgegenüber hat für den Bereich des Strafrechts der Gedanke einer relativen Unbestimmtheit eines gesetzlichen Merkmals zum Offenhalten der gesetzlichen Regelung für zukünftige tatsächliche Entwicklungen (s. BVerfGE 49, 89 [134]; allgemein für das nichtstrafrechtliche Recht der Technik: Scholz, in: Wilke (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 691) angesichts der freiheitssichernden Komponente des Art. 103 Abs. 2 GG in den Hintergrund zu treten: Das Strafrecht trägt zwar eine Situationsoffenheit des Rechtssatzes (mittels Regulativen) jedenfalls zur tätergünstigen Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit, nicht aber eine weitgehende Entwicklungsoffenheit des Rechtssatzes zur flexiblen „Gestaltung“ zukünftiger Situationen: Hierin läge eine unzulässige Delegation grundsätzlicher Entscheidungsbefugnis an den strafrechtlichen Rechtsanwender.

⁵⁰ BVerfGE 33, 1 (10 ff.); weitere Nachw. aus der Rechtsprechung bei Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch

des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 52 in Fn. 143.

⁵¹ Zu den verfassungsrechtlichen sowie sachstrukturellen Grenzen dieses Parlamentsvorbehaltes: Ossenbühl (Fn. 50), § 101 Rn. 56 ff, 63 ff.

⁵² Hinter der Argumentationsfigur der „Wesentlichkeitstheorie“ verbirgt sich sowohl das Problem der Regelungsebene (muss gerade der Gesetzgeber tätig werden?) als auch der Regelungsdichte (erforderliches Maß an tatbestandlicher Bestimmtheit).

⁵³ Kirchhof (Fn. 44), S. 27 f., macht deutlich, dass ein derartiges Gesetz weder lesbar noch vollziehbar wäre; es würde keine Verrechtlichung unseres Lebens erreichen, sondern die Gesetzgebung ad absurdum geführt und damit letztendlich die Autorität des Rechts selbst untergraben werden.

⁵⁴ Also anders als etwa im Falle einer Einschränkung der zur Straffreiheit führenden gesetzlichen Vertypung fehlender Schuldfähigkeit, § 20 StGB: Der gegenüber dem Konstrukt der actio libera in causa erhobene, hier nicht weiter zu diskutierende (s. nur Perron, in: Schönke/Schröder [Fn. 11], § 20 Rn. 33 ff.) Vorwurf, eine eigene Theorie über die gesetzliche Anordnung zu stellen, entfällt von vornherein.

⁵⁵ Vgl. die Nachw. bei Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 21), Vor § 32 Rn. 39.

⁵⁶ So jedenfalls all diejenigen, die nur einem rechtsgutsbezogenen Irrtum Beachtlichkeit zusprechen wollen (Nachw.

5. Kein Schutz des Einwilligenden vor sich selbst

Einwilligungsschranken, durch die ein freiverantwortlich Handelnder vor sich selbst geschützt werden sollte, die ihn also davor bewahren sollen, sich durch einen konsentierten Eingriff in seine Körperintegrität ausschließlich selbst zu schädigen, verbieten sich allerdings⁵⁷ angesichts verfassungsrechtlicher Vorgaben.⁵⁸ Das gewohnheitsrechtlich anerkannte Institut der Einwilligung lässt ja nicht nur die Strafbarkeit des „Täters“ entfallen; sie vergrößert auch den Handlungsspielraum des „Opfers“. Die Einwilligung findet ihre verfassungsrechtliche Verankerung in dem Grundrecht, welches das beeinträchtigte Gut des Einwilligenden schützt; hinzu tritt die grundrechtliche Absicherung der vom Rechtsgutsinhaber im Wege der Einwilligungserteilung zusätzlich verfolgten Interessen. Grundrechtlich geschützte Freiheitssphären sind dem Einzelnen zur grundsätzlich freien Disposition überlassen. Die strafrechtliche Sicherung grundrechtlich geschützter Güter erfüllt die staatliche Schutzpflicht bei einer vom Grundrechtsinhaber nicht gewünschten Gutbeeinträchtigung durch den Täter. Staatlicher Schutz vor Selbstgefährdungen – hierzu zählt auch der Schutz vor mittelbaren Selbstgefährdungen durch Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Güter infolge erteilter Einwilligung – stellt eine Beschränkung der grundrechtlich geschützten Freiheit des Grundrechtsträgers dar, die verfassungsrechtlicher Legitimation bedarf. Schranken der Einwilligung ausschließlich zum Schutz eines freiverantwortlich Einwilligenden vor sich selbst – also bei alleiniger Betroffenheit von Gütern und Interessen des zu Selbstbestimmung fähigen Einwilligenden – sind verfassungsrechtlich auch bei irreversibler Verletzung nicht legitimiert: Das Wertesystem des Grundgesetzes wird

gerade durch seine an die Spitze der Verfassung gestellten Grundrechtsvorschriften konstituiert. In seinem Mittelpunkt steht nach liberal-rechtsstaatlichem Grundrechtsverständnis die sich aus eigener Anlage und Initiative frei entfaltende menschliche Persönlichkeit. Hiermit ist ein dem Grundrechtsträger aufgedrängter Schutz vor sich selbst nicht zu vereinbaren. Somit kann es auch nicht Aufgabe des Strafrechts sein, einen Einwilligenden vor den Folgen des Gebrauchs seiner Freiheit zu schützen.

Auch die Menschenwürde des Einwilligenden kann seiner individuellen Verfügung über eigene Güter nicht als Schranke entgegengehalten werden.⁵⁹ Zwar kann der Betroffene in die Verletzung seiner Menschenwürde nicht wirksam einwilligen,⁶⁰ da Art. 1 Abs. 1 GG ein seiner Disposition entzogenes Konstitutionselement⁶¹ des Rechtsstaats bildet. Die freie Disposition des Einzelnen lässt aber eine Tangierung des Schutzbereiches entfallen: Maßnahmen, die bei Durchführung gegen den Willen des Einzelnen seine Subjektsqualität menschenwürdedwidrig in Frage stellen, unterliegen diesem Verdikt nicht, wenn sie im Konsens mit dem Betroffenen durchgeführt werden.⁶² Zur Menschenwürde gehört eben auch, nicht zur Leistung von Würde gezwungen zu werden.⁶³ Anderenfalls bestünde die Gefahr, die Freiheitsverbürgung der Grundrechte – der Staat ist um der Menschen willen da, nicht umgekehrt – ausgerechnet mittels einer ihrer verfassungsrechtlichen Hauptstützen auszuhebeln.⁶⁴ Steht also der Inhalt der Menschenwürde nicht zur Disposition des Einzelnen, so bildet doch die Selbstdefinition des Betroffenen,⁶⁵ also seine Auffassung darüber, was seiner Würde entspricht, gleichsam ein „negatives Tatbestandsmerkmal“ des Verlet-

zum Streitstand bei *Lenckner/Sternberg-Lieben* [Fn. 21], Vor § 32 Rn. 46).

⁵⁷ So auch gerade im Zusammenhang mit der Doping-Problematik: *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2007, § 6a AMG Rn. 4, 18; *Kargl*, JZ 2002, 389 (397); der Gesetzgeber nahm in seiner Begründung zur Einführung des § 6a AMG (BT-Drs. 13/9996, S. 13) pauschal auf den „Schutz der Gesundheit“ Bezug, ohne klarzustellen, ob hiermit der sich Dopen lassende Sportler vor sich selbst geschützt werden oder die Gesundheit Dritter (*unfreies* Dopen, um nicht von vornherein ihre Wettbewerbschancen zu verspielen) gemeint war; bei der Pönalisierung des Besitzes von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport (§ 95 Abs. 1 Nr. 2b i.V.m. § 6a Abs. 2 AMG) durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport rekurrierte der Gesetzgeber hingegen auf „Gesundheitsschutz“ sowie die „Sicherheit des Arzneimittelverkehrs“ (BT-Drs. 16/5526, S. 9); zusätzlich wurde auch – neben den ethisch-moralischen Werten des Sports – auf die Vorbildfunktion von Spitzensportlern mit möglichen Auswirkungen ihres Dopens auf den Gesundheitsschutz der breiten Bevölkerung Bezug genommen (BT-Drs. 16/5526, S. 1).

⁵⁸ Hierzu *Sternberg-Lieben*, in: Böse (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 325 (S. 339 ff.).

⁵⁹ Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 58), S. 325 (S. 347 ff.).

⁶⁰ BVerfGE 45, 187 (229: „unverfügbar“); *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 f.

⁶¹ BVerfGE 115, 118 (152: tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Grundwert).

⁶² *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, 1981, S. 49 f.; *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 152; *Enders*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 1 Rn. 56 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Abs. 1 Rn. 36.

⁶³ *Dreier* (Fn. 62), Art. 1 Abs. 1 Rn. 152. Auch *Kühl* (Fn. 28), S. 306, lehnt das paternalistische Ausspielen der Menschenwürde gegen ihren Träger ab.

⁶⁴ S. *Amelung* (Fn. 62), S. 48; *Kargl*, JZ 2002, 389; *Mosbacher*, Strafrecht und Selbstschädigung, 2001, S. 135 f., 143; *Nitschmann*, ZStW 119 (2007), 548 (560). Auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/1, Die einzelnen Grundrechte, 2006, S. 64, 94, warnt vor der Gefahr, den objektiv-rechtlichen Gehalt gegen den konkreten Würdeträger selbst in Stellung zu bringen.

⁶⁵ Vgl. nur *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 37 (Recht auf das je eigene Menschenbild).

zungstatbestandes des Art. 1 Abs. 1 GG,⁶⁶ welches verhindert, dass sich der Anspruch auf Achtung der Würde in eine Pflicht zu würdigem Verhalten verkehrt.

6. Schutz vor Drittinteressen

Eine Einwilligungsbefreiung zum Schutze von Drittinteressen wäre hingegen verfassungsrechtlich unbedenklich.⁶⁷ In der Tat könnte ein konsentiertes Fremddoping eine Vielzahl von Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit beeinträchtigen. Zu denken ist hierbei – ohne Anspruch auf Vollständigkeit und ohne nähere Prüfung der Legitimität eines strafrechtlichen Schutzes entsprechender Rechtsgüter – beispielsweise an die Gesundheit aller Sportler (die zur Erhaltung der Chancengleichheit im Wettbewerb ihrerseits zum – gesundheitsgefährdenden – Doping veranlasst werden könnten: „Sogwirkung“⁶⁸), die Fairness im Sport und seine gesell-

⁶⁶ *Geddert-Steinacher* (Fn. 60), S. 91 f.

⁶⁷ Der in der Beschränkung der Einwilligung liegende, strikt am Gebot der Verhältnismäßigkeit auszurichtende Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit des Rechtsgutsträgers und des Täters bildet dann das Resultat einer umfassenden Güterabwägung zwischen ihren Rechten sowie den Rechten Dritter.

⁶⁸ Die Einwilligung des dopenden Sportlers zu der an ihm verübten Körperverletzung führt sicherlich mittelbar zu einer (psychischen) Zwangslage anderer Sportler (namentlich im profihaft betriebenen Leistungssport), sich zwecks Herstellung von Chancengleichheit ebenfalls leistungsfördernde Mittel verabreichen zu lassen. Dies stellt aber keine Besonderheit des Sports dar. Auch sonst vermögen viele Erscheinungsformen der Betätigung individueller Handlungsfreiheit (etwa eine von Chefarztpatienten üblicherweise akzeptierte Operation) auf Dritte einen Druck auszuüben, sich entsprechend konform zu verhalten. In einer auf die Selbstverantwortung des mündigen Menschen bauenden Rechtsordnung muss aber gleichsam als Kehrseite einer Handlungsfreiheit in Selbstentscheidung von den Individuen verlangt werden, dann auch ihre eigene Entscheidung selbstverantwortlich zu treffen. Diese aus der Selbstverantwortung des Bürgers für eigene Belange abgeleitete Anforderung hat solange zu gelten, als noch von einer sowohl rechtlich gesicherten als auch tatsächlich zumutbaren Möglichkeit der Wahrung eigener Interessen durch Erteilung bzw. Verweigerung der Einwilligung in die Beeinträchtigung eigener Rechtspositionen gesprochen werden kann. Ist diese Grenze allerdings überschritten, so sind zum Schutze derjenigen, die dann faktisch als nicht mehr frei und selbstverantwortlich entscheidend einzustufen sind, allgemeingültige Beschränkungen individueller Verfügungsbefugnis zulässig: Man denke insoweit nur an den Schutz von Jugendlichen oder Arbeitnehmern. Von den mittelbar durch das konsentierte Fremddoping Betroffenen muss aber erwartet werden, dass sie sich an die das Doping verbietenden Sportverbandsregeln, die für alle Beteiligten den Rahmen abstecken, halten. Dies ist ihnen auch zuzumuten, solange die Rechtsordnung – hier in Gestalt des im Verhältnis zum staatlich gesetzten Recht sachnäheren Sportverbandsrechts – den Schutz ihrer Belange sicherstellt (Verbot

schaftliche Vorbildfunktion, der lautere sportliche Leistungswettbewerb, aber auch die Vermögensinteressen der Sportkonkurrenten, des Wettkampfveranstalters oder der Zuschauer. Da die soeben genannten Rechtsgüter aber keineswegs mit dem Schutzgut der Körperverletzung, auf die sich die Einwilligung des Sportlers bezieht, übereinstimmen, ist insoweit die Frage aufgeworfen, ob eine Unwirksamkeitserklärung eben dieser Einwilligung, die ja eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung nach sich zöge, nicht eine unzulässige Rechtsgutsvertauschung darstellen würde, da der Täter wegen einer Körperverletzung – die ja vom Opfer konsentiert worden war – letztlich deshalb bestraft würde, um körperverletzungsfremde Rechtsgüter zu schützen (hierzu unter III.).

7. Einwilligung und Verstoß gegen Sportverbandsrecht

a) Auch wenn ein dopingbereiter Sportler gegen die für ihn verbindlichen sportverbandsrechtlichen Vorgaben⁶⁹ verstößt,

des Dopings) und auch tatsächlich eine einigermaßen effektive Kontrolle für (relative) Chancengleichheit sorgt: Da die Autonomie des Einzelnen auch durch eine Vernachlässigung materialer Freiheitsbedingungen als Ausübungsbasis dieser Selbstbestimmung bedroht sein kann, ist es durchaus sinnvoll, ggf. gesetzlich die Bedingungen freier Selbstbestimmung in Bezug auf derartige Entscheidungen zu gewährleisten (vgl. im Zusammenhang Patientenverfügungen: *Sternberg-Lieben*, JRE 15 [2007], 307 [326]). Ob es nun insoweit zulässig wäre, zwar nicht den Einwilligenden vor den ihn selbst treffenden Folgen eigener Unvernunft (hier: Gesundheitsschäden) zu schützen, sondern seine Individualfreiheit (zur Einwilligung) im Interesse der Gemeinschaft aller potentiellen Opfer dieser Leistungsverzerrung, deren Wettbewerbschancen ja geschmälert werden (hierin sieht *Freund* [Fn. 57], § 6a AMG Rn. 10, zu Recht den legitimen Strafgrund der Regelung des § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a Abs. 1 AMG), einzuschränken und hierdurch letztlich den fairen Sportwettbewerb als solchen zu schützen, dies steht dann auf einem anderen, vom Gesetzgeber zu beschreibenden Blatt. Diese Grenzziehung zwischen noch nicht strafwürdiger, wenngleich moralisch anstößiger Verbesserung eigener Wettbewerbs-Chancen und strafwürdiger Korrumpierung des sportlichen Wettbewerbs durch Beeinträchtigung der Chancen der Konkurrenten, obliegt auch deshalb dem Gesetzgeber (und nicht dem Strafrechtsanwender), weil jede Form von medikamentöser oder ähnlich künstlich bewirkter Leistungssteigerung auch außerhalb des sportlichen Wettbewerbs die Chancen von Mitkonkurrenten schmälert und auf diese einen mehr oder weniger starken Druck zur Nachahmung auslösen könnte (man denke etwa nur an den „Wettbewerb“ auf dem Arbeitsmarkt; zum biochemischen Gehirn-Doping und seinen Risiken: *Behl*, FAZ v. 10.9.2008, S. 33); für einen strafrechtlichen Schutz des wirtschaftlichen Sportwettbewerbs de lege ferenda: *Momsen-Pflanz*, Die sportethische und strafrechtliche Bedeutung des Dopings, 2005, S. 175 ff., 268.

⁶⁹ Beispielsweise gegen den Antidoping-Code des Deutschen Leichtathletik-Verbandes aus dem Jahre 2006

(http://www.leichtathletik.de/Dokumente/images_original/17_197_orig_ADC.pdf, zuletzt abgerufen am 15.7.2011).

so kann aus dieser Zuwiderhandlung als solcher noch nicht die Unwirksamkeit der von ihm erklärten Einwilligung in die Körperverletzung hergeleitet werden.⁷⁰ Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Da die rechtliche Anerkennung der in den Regelwerken der Sportverbände gesetzten Standards dem – auch grundgesetzlich (Art. 9 Abs. 1 GG) geforderten – Respekt vor dem insoweit autonomen Bereich des Sports (Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet auch die „Sportgesetzgebung“, d.h. das Recht des vereins- und verbandsorganisierten Sports, sich seine eigenen Statuten und Regelwerke zu geben⁷¹) sowie der Anerkennung der in der freiwilligen Teilnahme an diesen Wettkämpfen liegenden privatautonomen Selbstbindung des einzelnen entspringt, vermag ein Verstoß gegen Sportverbandsrecht einer vom Verletzten erteilten Einwilligung nicht ihre Wirksamkeit zu entziehen: Verbandsregeln können den einzelnen (hier: Täter und Opfer) nur verbandsintern binden; für diesen Bereich bleibt die Einwilligung mangels Dispositionsbefugnis über das für alle Wettkämpfer verbindliche Regelwerk folgenlos, so dass entsprechende Sanktionen des Sportverbandes gegenüber den seiner Verbandsjurisdiktion Unterworfenen verhängt werden können. Entscheidungen des Sportverbandsrechts sind für die Rechtsordnung aber nur insoweit verbindlich, als das Recht sich eigener Regelungen enthält und in Erfüllung des Subsidiaritätsprinzips der kleineren Einheit (Sportverband) die sachnähere und sachgerechte, aber dann eben auch interne, d.h. auf diesen gesellschaftlichen Bereich beschränkte Entscheidung überlässt. Insoweit wäre ein Abweichen staatlicher Rechtsentscheidung von den selbstgesetzten Regeln des sportlichen Lebens nicht vertretbar, da der Staat bewusst auf die rechtliche Durchdringung und Gestaltung dieses Lebensbereiches verzichtet hat und sich den Sportbetrieb nach seinen eigenen Gesetzmäßigkeiten und selbst gegebenen Regeln verwirklichen lässt;⁷² der Staat hat mithin das Selbstverständnis des Sports über das Faire und Regelgerechte angemessen zu berücksichtigen.⁷³ In dem Augenblick aber, in dem Ein-

willigender und Täter sich durch ihr gemeinsames Handeln (z.B. Plazet zu einem regelwidrigen Tiefschlag bei einem Boxwettkampf bzw. Einwilligung in regelwidriges Doping und Handeln auf Grund dieser Einwilligung) „eigenmächtig“⁷⁴ – aber nicht rechtsunwirksam: ihre Unterwerfung unter die Regeln des Spielbetriebs führt zu keiner andauernden Bindung – diesem Sonderbereich autonomer Verbandsregeln entziehen, sie mithin sich insoweit nicht mehr in zu respektierender Selbstbindung dem Regelungsbereich des verbandsorganisierten Sports unterwerfen, unterliegt ihr Verhalten wieder in vollem Umfang dem Anwendungsbereich der vom Staat für alle Bürger verbindlich gesetzten Rechtsvorschriften, so dass der Einwilligung des „Opfers“ strafbarkeitsaufhebende Kraft zukommt. Für den speziellen Fall des Dopings ist insoweit allerdings einschränkend zu bedenken, dass die entsprechenden Verbotsregeln der Sportverbände eben nicht nur den zu Dopehenden (vor sich selbst), sondern auch seine Mitkonkurrenten sowie die Fairness im Sport schützen sollen. Aus eben diesem Grunde könnte die auch sportverbandsrechtswidrige Einwilligung in eine Körperverletzung durch Verabreichen von Dopingmitteln unwirksam sein.⁷⁵ Die Einwilligungsschranke würde dann aber materiell nicht aus einem bloßen Verstoß gegen Verbandsrecht, sondern aus einem Verstoß gegen als höherwertig einzustufende Drittinteressen herzuleiten sein. Auf diese Problematik wird noch unter dem Aspekt einer möglicherweise unzulässigen Rechtsgutsvertauschung (unter III.) zurückzukommen sein.

b) Dem steht auch nicht die Einheit der Rechtsordnung entgegen: Zwar erscheint es nicht unplausibel anzunehmen, dass ein rechtliches Verbot, welches in einem Teilbereich der Rechtsordnung (Sportverbandsrecht) für das Täterverhalten statuiert ist, auch der Einwilligung ihre strafbarkeitsaufhebende Kraft entzieht: Ein vom Recht für unzulässig (rechtswidrig) erklärtes Verhalten könnte – so dieser Ausgangspunkt – vom Verletzten, dem für jene Verbote mangels Rechtsgutsinhaberschaft die Dispositionsbefugnis fehlt, nicht partiell für das Strafrecht für zulässig erklärt werden (Einheit der Rechtsordnung). Träfe es zu, dass die Rechtsordnung nur einen einheitlichen Begriff der Rechtswidrigkeit anerkennt,⁷⁶ so dürfte die Entscheidung über Rechtswidrigkeit oder Erlaubtheit eines Verhaltens nicht rechtsgebietspezifisch aufgespalten werden. Da die Rechtsordnung nicht in einem Rechtsgebiet (hier: Sportverbandsrecht) etwas verbieten, in einem anderen Teilbereich dieser als einheitliches Ganzes zu begreifenden Ordnung denselben Vorgang hingegen erlauben dürfe, könnte das Urteil der Rechtswidrigkeit nur einheitlich auszufallen haben⁷⁷ und zu einer trotz erteilter Einwilligung

⁷⁰ Entsprechendes gilt für den etwaigen Verstoß des die Dopingmittel Applizierenden gegen ärztliches Standesrecht (vgl. bereits die Deklaration des Weltärztebundes über die „Grundsätze für die Gesundheitsfürsorge in der Sportmedizin“ aus dem Jahre 1997, in der unter 4. festgehalten wird, dass der „Einsatz von Dopingpraktiken durch einen Arzt gegen das ärztliche Gelöbnis [...] verstößt“ [Weltärztebund, Handbuch der Deklarationen, Erklärungen und Entschließungen (Deutsche Fassung), 2004, S. 144; abgerufen unter: <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/handbuchwma.pdf>], sowie ferner die Feststellung der Ad-hoc Kommission der Deutschen Gesellschaft für Sportmedizin und Prävention zur Problematik des Dopings im Sport, Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin 58 [2007], VII f.).

⁷¹ Steiner, NJW 1991, 2729 (2730).

⁷² Mithin kommt es nicht in Betracht, ein sportregelgerechtes Verhalten mit zivil- oder gar strafrechtlicher Reaktion zu belegen; zum Verhältnis von Sportregeln und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder [Fn. 11], § 15 Rn. 220.

⁷³ Vgl. Steiner, NJW 1991, 2729 (2733 f.).

⁷⁴ Bezogen auf das Sportverbandsrecht (und insoweit mangels Dispositionsbefugnis auch ohne eine die *verbandsinterne* Regelung dispensierende Befugnis).

⁷⁵ S. Linck, NJW 1987, 2245 (2250 f.); Linck, MedR 1993, 55 (60); Weber (Fn. 24), S. 43 (S. 54).

⁷⁶ So z.B. RGSt 61, 242 (247); BGHSt 11, 241 (244); hierzu Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 21), Vor § 32 Rn. 27.

⁷⁷ Vgl. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 48 ff., 55 ff. (S. 58: „[...] von [...] Strafrechtswidrigkeit zu sprechen, ist ein Mißgriff.“).

fortbestehenden Strafbarkeit des Täters führen. Demgegenüber sollte aber – insoweit entsprechend zu der namentlich von *Günther*,⁷⁸ aber auch anderen Autoren⁷⁹ verfochtenen Konzeption spezifischer Strafrechtswidrigkeit – die Einheit der Rechtsordnung anders bestimmt werden:⁸⁰ Die Rechtsordnung ist in einzelne Gebiete ausdifferenziert, die die auftretenden Interessenkonflikte nach den ihnen jeweils zugewiesenen Funktionen und Aufgaben zu lösen haben.⁸¹ Die Einheit der Rechtsordnung bewährt sich gerade darin, den unterschiedlichen Maßstäben und Aufgaben der Rechtsgebiete auch durch Differenzierung bei der Rechtswidrigkeitsbeurteilung Rechnung zu tragen. Einheit der Rechtsordnung gebietet also keineswegs eine sachwidrige und unter dem Blickwinkel des Art. 3 GG mit dem aus ihm abzuleitenden Gebot der Sachgerechtigkeit⁸² zusätzlich bedenkliche⁸³ Gleichbehandlung der Rechtsfolgen eines Sachverhaltes in je verschiedenen, in ihrem Aufgabenbereich voneinander abweichenden Regelungsbereichen. Unterschiedliche Wertungen sind also dann nicht widersprüchlich, solange sie nach ihrer jeweiligen Funktion innerhalb der Gesamtrechtsordnung folgerichtig bleiben.⁸⁴ Geboten ist dann aber die gegenseitige

⁷⁸ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, passim.

⁷⁹ *Amelung*, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 92; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 6, 36 ff.; s.a. *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 393 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 35 ff.; abl. etwa *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 21) Vor § 32 Rn. 8 (zweifelnd); *Rönau* (Fn. 25), Vor § 32 Rn. 26

⁸⁰ Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 170 ff.

⁸¹ *Kirchhof* (Fn. 44), S. 30 f.

⁸² Zu diesem vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 1, 14 [52]; 4, 144 [155]; 80, 109 [118]) zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG in ständiger Rechtsprechung herangezogenen Grundsatz der Sachgerechtigkeit gesetzlicher Lösungen: *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2. Aufl. 2000, § 124 Rn. 210 ff. m.w.N.

⁸³ Vgl. *Kirchhof* (Fn. 82), § 124 Rn. 223: „[...] Verlangt der Gleichheitssatz, daß jede Regel auf ihr rechtliches Umfeld abgestimmt ist, sie den Widerspruch zu ihren rechtlichen Vorgaben vermeidet [...] Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten müssen im Rahmen der Gesamtrechtsordnung gewertet und entsprechend den rechtlichen Vorgaben (Folgerichtigkeit der Gesamtrechtsordnung), aber auch im Binnenbereich eines Teilrechtssystems folgerichtig ausgestaltet werden (Folgerichtigkeit innerhalb eines Teilrechtssystems).“

⁸⁴ *Kirchhof* (Fn. 82), § 124 Rn. 224 (unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG): „Gebot der Folgerichtigkeit sichert die Gleichheit innerhalb einer einheitlichen Rechtsordnung. Die Wechselbezogenheit der einzelnen Inhalte der Rechtsordnung verbietet die Widersprüchlichkeit und Gegenläufigkeit von Einzelregelungen, verlangt andererseits differierende Wertungen je nach Regelungsbereich, nach rechtsstaatlicher Kontrollstelle und Kontrolldichte.“

Abstimmung der in differenzierten Teilrechtsgebieten enthaltenen Aussagen: Die Einzelsätze der Rechtsordnung müssen zu einem insgesamt harmonischen Werk geformt werden (Einheit der Rechtsordnung als Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung); oder mit den Worten des Staatsrechtlers *Paul Kirchhof* in seiner paradigmatisch „Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung“ überschriebene Monographie: „Die Einheit der Rechtsordnung zeigt sich nicht darin, daß jeder Rechtssatz für die gesamte Rechtsordnung steht; die einende und friedensstiftende Kraft einer Rechtsordnung stützt sich vielmehr nur auf die Widerspruchsfreiheit der Einzelaussagen der Rechtsordnung.“⁸⁵; und: „Eine Rechtsordnung bewährt sich im Ergebnis gerade dann, wenn sie einen Vorgang aus der Perspektive des jeweiligen Teilrechtsgebietes beurteilt [...] Dementsprechend weichen die Rechtswidrigkeitsbeurteilungen voneinander ab: Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung meint nicht rechtliche Vergrößerung und Vereinfachung, sondern bildet ein Bindeglied zwischen den Teilordnungen des Rechts, das eine Rechtsfindung im Einzelfall mit Blick auf die Gesamtrechtsordnung verlangt.“⁸⁶

Ein von der übrigen Rechtsordnung erlaubtes Verhalten kann mangels allgemeiner Rechtswidrigkeit von vornherein nicht den Bereich gesteigerten Unrechts (Strafunrechts) erreichen; ein strafrechtlich verbotenes Verhalten wiederum unterfällt auch einem Verdikt allgemeiner Rechtswidrigkeit.⁸⁷ Allgemeingültige Rechtfertigungsgründe, denen regelmäßig die Ratio einer Wahrung höherwertiger Interessen zugrunde liegt, gewähren dem Täter eine Eingriffserlaubnis und legen dem Eingriffsoffer eine Duldungspflicht auf. Sie rechtfertigen den Normverstoß auch mit verbindlicher Wirkung für die übrige Rechtsordnung; in den Worten *Günthers*⁸⁸: „Das Strafrecht kann das Opfer nicht zur Duldung verpflichten, wenn andere Rechtsgebiete ihm eine Gegenwehr erlauben und umgekehrt.“ Diese allgemeingültigen (und eben auch für die strafrechtliche Konfliktregulierung der gesamten Rechtsordnung zu entnehmenden) Rechtfertigungsgründe entscheiden also keinen speziell kriminalpolitischen Konflikt; sie bestimmen vielmehr, dass ein *irgendwo* in der Rechtsordnung aufgestelltes Verbot anderen rechtspolitischen Zielsetzungen

⁸⁵ *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978, S. 8.

⁸⁶ *Kirchhof*, ebd., S. 37 f.; die Relativität der Rechtswidrigkeit als Ausdruck von der Rechtsordnung getroffener Unterscheidungen betont auch *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 74 f., 91, 255.

⁸⁷ Die Konsequenzen, die sich an diese Rechtswidrigkeit dann anzuknüpfen haben, differieren aber je nach Regelungsaufgabe der Teilrechtsordnung; man denke nur an die unterschiedlichen Konsequenzen, welche ein strafrechtswidriges Verhalten für die Gültigkeit zivilrechtlicher Vereinbarungen (§ 134 BGB) bzw. die Steuerpflicht nach sich zu ziehen vermag (s.a. *Kirchhof* [Fn. 85], S. 10).

⁸⁸ *Günther*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 189 (S. 194).

zu weichen hat.⁸⁹ Ihnen kommt allerdings insoweit auch eine strafrechtssystematische Funktion zu, als sie die Teilrechtsordnung des materiellen Strafrechts mit der übrigen Rechtsordnung zu integrieren haben (Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung):⁹⁰ Es wird also ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund in die Strafrechtsordnung rezipiert, ohne ihn konstitutiv inhaltlich zu verändern.⁹¹ Hingegen – und dies ist vorliegend von Belang – folgt aus einem nichtstrafrechtlichen Verbot, also aus der Verwirklichung eines unterhalb des speziellen Strafunrechts anzusiedelnden nichtstrafrechtlichen Unrechts, keineswegs zwingend auch eine Rechtswidrigkeit für den Bereich des Strafrechts: Genauso wenig wie die Bejahung nichtstrafrechtlicher Rechtswidrigkeit zur Aufstellung strafrechtlicher Tatbestände unter Außerachtlassung der besonderen Kriminalisierungsparameter zwingt,⁹² genauso wenig besteht ein Zwang, auf dem – ebenfalls am übergreifenden Ziel einer Abgrenzung des mit Strafe zu belegenden Verhaltens mitwirkenden – Gebiet der Rechtswidrigkeit nichtstrafrechtliche und strafrechtliche Rechtswidrigkeit gleichzusetzen.

II. Einwilligungsschranken und unzulässige Rechtsgutsvertauschung

Erklärt der Rechtsanwender die vom Sportler erklärte Einwilligung in eine körperverletzende Beibringung von Dopingmitteln zum Schutze der Rechtsgüter Dritter⁹³ für unwirksam, so könnte dies eine unzulässige Rechtsgutsvertauschung darstellen, da dann die Pönalisierung einer Körperverletzung erfolgte, um körperverletzungsfremde Interessen (z.B. den fairen Leistungswettbewerb im Sport) zu schützen. Diesen

Ansatz,⁹⁴ aber auch seine Grenzen, gilt es im Folgenden näher auszuführen.

1. Unzulässige Rechtsgutsvertauschung als allgemeines Problem

Bei dem Verbot der Rechtsgutsvertauschung als Schranke richterlicher Rechtsanwendung handelt es sich nun keineswegs um ein Spezifikum der Körperverletzungsdelikte. Dies belegen beispielsweise die Ausführungen *Rönnaus* auf der letzten Tagung der deutschen Strafrechtslehrer (Osnabrück 2007), bei der er nachdrücklich darlegte,⁹⁵ dass die Erfassung von Verstößen gegen korruptionsstrafrechtliche Vorschriften (§§ 299, 331 ff. StGB), die im Einverständnis des Geschäftsherrn vorgenommen wurden, als strafbare Untreue (§ 266 StGB) mittels des Kunstgriffs, der Zustimmung infolge ihrer Pflichtwidrigkeit tatbestandsausschließende Relevanz abzuspüren, nichts anders als einen inakzeptablen Fall der Rechtsgutsvertauschung darstellt: Anstelle des von § 266 StGB bezweckten Vermögensschutzes des Treugebers (Geschäftsherrn) bildet dann die Beeinträchtigung des lautereren Leistungswettbewerbs beziehungsweise des Vertrauens in die Lauterkeit öffentlicher Amtsführung den eigentlichen Schutzgegenstand.⁹⁶

⁸⁹ Hierzu näher: *Sternberg-Lieben* (Fn. 8), S. 512 ff.; s.a. *Rönnau* (Fn. 25), S. 172 f.; *Niedermaier* (Fn. 24), S. 174 ff.

⁹⁰ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 924 f. m.w.N.; s.a. *ders.*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 713 (S. 718 f.); *ders.* (Fn. 25), S. 172 f.; ferner: *Arloth*, *NSz* 2000, 570 (573: Disfunktionalität des Rechtsgüterschutzes); *Kasiske*, *JR* 2011, 235 (240); *Schramm*, *Untreue und Konsens*, 2005, S. 226.

⁹¹ Umgekehrt kann ja gleichfalls aus der infolge fehlender strafatbestandlicher Vertypung fehlenden Strafbarkeit einer Verhaltensweise mitnichten abgeleitet werden, alle übrigen Teilrechtsgebiete müssten dieses Verhalten als rechtmäßig einstufen. Vielmehr besagt das Fehlen von Strafunrecht (z.B. bei Nichterfüllen einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit) lediglich, dass kein für das Strafrecht und seine speziellen Rechtsfolgen relevantes Unrecht vorliegt (wie dies etwa im Falle einer Vernachlässigung der Unterhaltspflicht, § 170b StGB, der Fall sein könnte). Andere Teilrechtsgebiete sind aber nicht daran gehindert, unter ihrem funktionsspezifischem Blickwinkel eben dieses Verhalten als Unrecht (hier: Zivilunrecht) auszuweisen; niemand käme auf die Idee, hierdurch die Einheit der Rechtsordnung gefährdet zu sehen; vgl. *Günther*, in: *Eser/Fletcher* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 1, 1987, S. 363 (S. 400 f.); *ders.*, in: *Medicus u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, 1992, S. 877 (S. 894).

⁹² Ein Einwilligungsschranke, um den einwilligenden Sportler vor sich selbst zu schützen, kommt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht: oben II. 5.

⁹³ Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich des § 266 StGB: Vermögensinteressen der Gläubiger werden bei Vermögensverfall ihrer Schuldner im Fall des Gesamtvollstreckung durch §§ 283 ff. StGB, bei Einzelzwangsvollstreckung über § 288 StGB geschützt. Begibt man sich durch eine (fehlsame) Interpretation des § 14 StGB (so z.B. *BGHSt* 6, 314 [317]; 30, 127 [128 f.]; hierzu abl. *Perron*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 11], § 14 Rn. 26) der Möglichkeit, diese gerade auf die Gefährdung der Gläubigerinteressen zugeschnittenen Strafvorschriften bei juristischen Personen zur Anwendung bringen zu können, so ist es nicht zulässig (s. *Perron*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 11], § 266 Rn. 21a), bei Einverständnis aller Gesellschafter mit vermögensschädigenden Verfügungen diese Strafbarkeitslücke dadurch schließen zu wollen, dass ein entsprechendes Einverständnis unter Berufung auf die eigenständige Rechtsnatur der juristischen Person – letztlich aber aus Gründen des Gläubigerschutzes – nur dann für wirksam erachtet wird, wenn sie im Rahmen der Gesetze (kein Antasten des Stammkapitals) und unter Einhaltung der Grundsätze eines ordentlichen Kaufmannes erfolgt: Auf Grund der Zustimmung liegt eben keine Verletzung der von § 266 StGB einzig geschützten Vermögensinteressen der Treugeber vor. Die von einer – die Vermögensmittel der juristischen Person verkürzenden – Manipulation (z.B. Ent-

⁸⁹ *Amelung* (Fn. 79), S. 92 (S. 93 f.).

⁹⁰ Vgl. *Amelung* (Fn. 79), S. 92 (S. 94).

⁹¹ *Günther* (Fn. 78), S. 257.

⁹² Umgekehrt kann ja gleichfalls aus der infolge fehlender strafatbestandlicher Vertypung fehlenden Strafbarkeit einer Verhaltensweise mitnichten abgeleitet werden, alle übrigen Teilrechtsgebiete müssten dieses Verhalten als rechtmäßig einstufen. Vielmehr besagt das Fehlen von Strafunrecht (z.B. bei Nichterfüllen einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit) lediglich, dass kein für das Strafrecht und seine speziellen Rechtsfolgen relevantes Unrecht vorliegt (wie dies etwa im Falle einer Vernachlässigung der Unterhaltspflicht, § 170b StGB, der Fall sein könnte). Andere Teilrechtsgebiete sind aber nicht daran gehindert, unter ihrem funktionsspezifischem Blickwinkel eben dieses Verhalten als Unrecht (hier: Zivilunrecht) auszuweisen; niemand käme auf die Idee, hierdurch die Einheit der Rechtsordnung gefährdet zu sehen; vgl. *Günther*, in: *Eser/Fletcher* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 1, 1987, S. 363 (S. 400 f.); *ders.*, in: *Medicus u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, 1992, S. 877 (S. 894).

⁹³ Ein Einwilligungsschranke, um den einwilligenden Sportler vor sich selbst zu schützen, kommt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht: oben II. 5.

Als weiteres Beispiel einer Unrechtsvertypung als Grenze der Anwendung einer Strafvorschrift sei hier der Problemkreis der sog. Sexualbeleidigung angeführt. Im Schrifttum⁹⁷ wurde zu Recht moniert, dass die ältere⁹⁸ Rechtsprechung⁹⁹ bei sexuell motivierten oder sexualbezogenen Handlungen in der Vornahme dieser Handlungen zugleich eine konkludente Ehrverletzung sah. Hierdurch wurde in der Tat die Norm des § 185 StGB unter Überschreitung der Schutzrichtung der Beleidigungstatbestände zu einem moralischen Empörungstatbestand gegen unsittliches, von der Rechtsprechung – und eben nicht (mehr) vom Gesetzgeber – für strafwürdig erachtetes Verhalten denaturiert. Vermengt man wie diese Rechtsprechung¹⁰⁰ zwei unterschiedliche und nach der Systematik des Besonderen Teils deutlich voneinander geschiedene Teilbereiche der Persönlichkeitssphäre, nämlich die Ehrverletzung (§§ 185 ff. StGB) und die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts (§§ 174 ff. StGB), so wird der Anwendungsbereich der Sexualdelikte durch Einsatz des auf den Schutz eines ganz anderen Rechtsguts zielenden § 185 StGB überdehnt und hierdurch die gesetzgeberische Entscheidung einer weitgehenden Entkriminalisierung sexualbezogener Handlungen im Einzelfall unterlaufen.¹⁰¹

2. Rechtsgutsvertauschung und Unrechtsvertypung

a) Das zentrale Bedenken gegen eine Rechtsgutsvertauschung durch Überschreiten der tatbestandlichen Unrechtsvertypung bei Aufstellen objektiver Einwilligungsschranken¹⁰² ergibt

ziehung von Haftungskapital) tangierten vollstreckungsrechtlichen Gläubigerinteressen erfahren hingegen über § 266 StGB keinen Schutz, so dass die Unwirksamkeitserklärung einer von den Gesellschaftern konsentierten Schädigungshandlung eine unzulässige Rechtsgutsvertauschung darstellt.

⁹⁷ Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, 1967, S. 61 ff.; Hillenkamp, in: Broda u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, 1985, S. 861 (S. 870 ff.).

⁹⁸ RGSt 65, 338; 74, 224; BGHSt 1, 288 (289); 7, 129 (130 f.); 8, 357; 11, 67; zu Recht kritisch gegenüber dieser den Schutzbereich des § 185 StGB überdehnenden Rechtsprechung: Geppert, JK § 185/5 (unter Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG); Hillenkamp, JR 1987, 126 (128: Missgriff auf vom Rechtsgut her nicht passende Normen); Sick, JZ 1991, 330 (332 f.).

⁹⁹ Die neuere Rechtsprechung verlangt hingegen zu Rechte eine über den eigentlichen geschlechtlichen Übergriff hinausgreifende herabsetzende Bewertung des Opfers: BGHSt 36, 145 (149 f. unter Verweis auf das Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit); BGH NStZ 1993, 182; OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263 (1264); s.a. Lenckner/Eisele, in: Schönkel/Schröder (Fn. 11), § 185 Rn. 4a.

¹⁰⁰ Wahrscheinlich zur Umschiffung beweisrechtlicher Klippen und zwecks Befriedigung eines (vermeintlichen oder tatsächlich bestehenden) Strafbedürfnisses.

¹⁰¹ S. Geppert, JK § 185/5: Wer Ehre und Personenwürde gleichsetzt, beraubt § 185 StGB seines spezifischen Schutzwerts.

¹⁰² Also bei Limitierungen, die nicht in der Strafvorschrift, deren Verletzung konsentiert wurde, selbst vertyp sind.

sich aus dem Parlamentsvorbehalt: Die Straftatbestände im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches sowie im Nebenstrafrecht typisieren das strafwürdige Unrecht und verdeutlichen hierdurch die vom Gesetzgeber für besonders bedeutsam und des strafrechtlichen Schutzes für würdig und bedürftig erachteten unmittelbaren und mittelbaren Entfaltungsvoraussetzungen der Person. Der Gesetzgeber hat infolge des Parlamentsvorbehalts als Minimalprogramm einer Strafnorm das zu schützende Rechtsgut (Erfolgsunrecht) sowie die Art und Weise der Gutsverletzung (Handlungsunrecht) festzulegen. Bei dieser Programmsetzung ist es dem Gesetzgeber jedenfalls unter dem Aspekt des Parlamentsvorbehalts freigestellt, ob er das Rechtsgut nur in bestimmten Situationen, also gegenüber bestimmten Angriffsformen und gegenüber einem in bestimmter Willensrichtung handelnden Täter, schützt (z.B. Vermögen), oder ob er dem zu schützenden Gut einen Rundum-Schutz gegenüber vorsätzlicher und fahrlässiger Beeinträchtigung unabhängig vom Gegebensein einer besonderen Tatsituation zugesteht (z.B. Leben und Körperintegrität). Es sind also gesetzliche Unrechtsvertypungen gefordert und durch Art. 103 Abs. 2 GG garantiert, die vom Rechtsanwender nicht verschoben werden dürfen:¹⁰³ Angesichts der auch freiheitsverbürgenden Kompetenzordnung des Grundgesetzes (Art. 103 Abs. 2 GG) muss der Gesetzgeber selbst bestimmen, ob ein bestimmtes Rechtsgut generell oder in einer bestimmten Situation strafrechtlichen Schutz erfahren soll; er selbst und nicht erst der normvollendende – und eben nicht: normerschöpfende – Rechtsanwender im Einzelfall hat das strafrechtliche Programm, zu dem ganz wesentlich das von der Strafvorschrift geschützte Gut gehört, festzulegen.

b) Die Unrechtsvertypungen im Besonderen Teil des StGB hindern nun im Bereich der Einwilligung grundsätzlich daran, eine erteilte Einwilligung aus Gründen für unwirksam zu erklären, die in der eben dieses Rechtsgut schützenden Strafvorschrift selbst keinen Anklang gefunden haben. Es ist also unzulässig, Rechtsgütern Dritter mittelbaren strafrechtlichen Schutz dadurch zu gewähren, dass eine Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts für unwirksam erklärt wird.

Dies soll an einem Beispiel aus dem Bereich des Arztstrafrechts erläutert werden: Würde eine Einwilligung in die Vornahme einer sog. Gefälligkeitssterilisation¹⁰⁴ zum Schutze der Bevölkerungspolitik bzw. der Sexualmoral für unwirksam erklärt,¹⁰⁵ so würde eine Einwilligung in die Beeinträch-

¹⁰³ Vgl. Tiedemann (Fn. 45), S. 18; ders., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, S. 40, 48, 57 f.; so bereits (im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Schutz nichtdeutscher öffentlicher Rechtsgüter): Lüttger, in: Vogler (Fn. 48), S. 121, 154 f.

¹⁰⁴ Also einer Sterilisation, der keine medizinische, eugenische oder soziale Indikation zugrunde liegt, vgl. Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 11), § 223 Rn. 61 m.w.N.

¹⁰⁵ Z.B. Hanack, *Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachung*, 1959, S. 191 f.: „[...] jeder auf seine Erhaltung bedachte Staat [hat] ein Interesse daran, eine wahllos herbeigeführte künstliche und dauernde Unfruchtbarmachung zumindest derjenigen seiner Mitglieder, die in geord-

tigung eines Individualrechtsguts (Körperintegrität/Zeugungsfähigkeit) aus Gründen für unwirksam deklariert, die außerhalb des Verbotsbereiches der lediglich Individualrechtsgüter schützenden §§ 223, 226 StGB liegen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, infolge der Unwirksamkeit der Einwilligung verbleibe es bei der ursprünglichen „Verlautbarung“ der Strafrechtsordnung, das im Tatbestand geschützte Gut (Körperintegrität/Gesundheit) sei in der konkreten Situation schutzwürdig.¹⁰⁶ Die Schutzwürdigkeit dieses vertypten Guts in der konkreten Situation würde nämlich an Umständen festgemacht, die außerhalb des Normzwecks liegen: Bei Individualrechtsgütern liegt das strafwürdige Verhalten gerade darin, dass der Täter sich über den Erhaltungswillen des Berechtigten hinwegsetzt; nur insoweit besteht eine staatliche Schutzpflicht, aber auch überhaupt ein Schutzrecht für grundrechtlich geschützte Individualgüter. Liegt nun insoweit eine freiwillige, eigenverantwortliche Rechtsgutspresgabe durch das „Opfer“ vor, so würde eine Bestrafung zwar formal noch aus dieser Individualinteressen schützenden Strafvorschrift erfolgen. Die Bestrafung fände ihren Grund aber materiell in einem entweder überhaupt nicht explizit unter Strafe gestellten oder zumindest außerhalb dieses Individualschutztatbestandes strafrechtlich typisierten Unrecht. Diese Divergenz kann nicht überzeugend mit einer Differenzierung zwischen Schutzgegenstand (Rechtsgut bzw. Rechtsgutsobjekt) und Schutzgrund erklärt werden,¹⁰⁷ da der Schutzgrund¹⁰⁸ sich doch auf den Schutzgegenstand bezieht: Würde eine Einwilligung in die oben beispielhaft angeführte Gefälligkeitssterilisation aus Gründen der Bevölkerungspolitik bzw. zur Aufrechterhaltung der Sexualmoral für unwirksam erklärt, oder würde eine Einwilligung in eine Körperverletzung zwecks Dopings zum Schutze des Ansehens und der Vorbildfunktion des Leistungssports bzw. eine Einwilligung in eine verstümmelnde Körperverletzung zum Schutze der Vermögensinteressen des Sozialversicherungsträgers jeweils bezüglich der konsentierten „Beeinträchtigung“ des Individualrechtsguts für nicht strafbarkeitsausschließend erachtet, so bliebe es doch nur vordergründig bei dem vom Gesetzgeber angeordneten und in §§ 223 ff. StGB vertypten Schutz von Körper und Gesundheit. Diese personalen Entfaltungsvoraussetzungen werden aber als Rechtsgüter des Individuums um ihrer selbst willen und nicht zugunsten der Bevölkerungspolitik/Sexualmoral (bzw. Belangen des Leistungssports/der

neten Verhältnissen leben und geeigneten Nachwuchs zeugen und erziehen können, zu verhindern. Weiter wird man sein Interesse nicht bestreiten können, die Entstehung von Personen, die sich schrankenlos und ‚ungefährdet‘ dem Geschlechtsverkehr hingeben wollen, zur Vermeidung von Unzucht und eines moralischen Tiefstandes zu vermeiden.“

¹⁰⁶ So aber *Mitsch* (Fn. 14), S. 518 f., allerdings im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit Fehlvorstellungen des Einwilligenden die Wirksamkeit der von ihm erklärten Einwilligung berühren (Stichwort: „rechtsgutsbezogener“ Irrtum, abgelehnt von *Mitsch* [Fn. 14], S. 515 f.).

¹⁰⁷ Vgl. aber *Mitsch* (Fn. 14), S. 518 f.

¹⁰⁸ Also der Zweck der Strafvorschrift bzw. der Grund für ihre Aufstellung.

Sozialversicherung) geschützt. Würde – um das dritte Beispiel aufzugreifen – eine Einwilligung in eine Körperverletzung zum Schutze der Vermögensinteressen der Sozialversicherung für unwirksam erklärt werden, so würde der Schutz der Körperintegrität aus einem Grunde (Erhaltung des Vermögen des Sozialversicherungsträgers) erfolgen, der mit dem Rechtsgut der Strafvorschrift, deren Verletzung dem Täter als schwerer sozialetischer Tadel im Tenor der Verurteilung vorgeworfen würde, selbst nichts zu tun hat: Es würde eine Rechtsgüterschädigung bei Dritten (finanzielle Belastung der Sozialversicherung) mittelbar durch einen Tatbestand (§ 223 StGB) erfasst, der gar keine Vertypung gerade dieses Unrechts (Vermögensverletzung) enthält.

Während also grundsätzlich die Pönalisierung der Rechtsgutsverletzung ihre Rechtfertigung in der Bewahrung des in der jeweiligen Norm geschützten (vertypten) Gutes findet, würde in den erwähnten Beispielen die Pönalisierung der Gutsverletzung Mittel zum Schutz eines ganz anderen Schutzgegenstandes sein. Hierdurch würde – und zwar durch eine nicht vom Strafgesetzgeber (Parlamentsvorbehalt für den Erlass von strafrechtlichen Regelungen) getroffene Entscheidung – ein neuer Schutzgegenstand in die Norm „eingeführt“; zusätzlich würde infolge der Unwirksamkeit der Einwilligung sogar der eigentliche Schutzgrund (Sicherung individueller Verfügungsfreiheit) geradezu verfehlt werden, soweit die individuelle Verfügungsfreiheit auf Grund „normfremder“ (d.h. sich nicht auf die Sicherung dieser individuellen Verfügungsfreiheit des Einwilligenden beziehenden) Überlegungen aufgehoben würde.

Knüpft man hingegen¹⁰⁹ bei einer für unwirksam erachteten Einwilligung an den von einer Einwilligung unberührten, durch die Strafvorschrift zu schützenden Schutzgegenstand an (also etwa: Körperintegrität/Fortpflanzungsfähigkeit bei einer Sterilisation), der dann eben nicht zugunsten des Rechtsgutshabers, sondern zugunsten eines anderen Schutzgrundes (z.B. Moral) geschützt würde, so könnte dies seine Rechtfertigung in dem Umstand finden, dass die Motive des Gesetzgebers für den Strafschutz des Rechtsguts vielfältig und nach Erlass der Norm häufig nicht mehr (eindeutig) feststellbar sind; mithin könnte es doch entscheidend auf die Identität des Schutzgegenstandes¹¹⁰ und nicht auf die variablen Schutzgründe¹¹¹ anzukommen haben. Diese nicht nur für Fehlvorstellungen des Einwilligenden (Stichwort: rechtsgutsbezogener Irrtum),¹¹² sondern auch für die objektiven Schranken der Einwilligung in Individualrechtsgüter bedeutsame Frage nach den Anwendungsgrenzen der jeweiligen Strafvorschrift kann aber nicht mit einer Aufspaltung von (bei Einwilligungsunwirksamkeit unverändert bleibendem)

¹⁰⁹ So *Mitsch* (Fn. 14), S. 518 f.

¹¹⁰ Im Beispiel: Schutz der Körperintegrität und der Gesundheit.

¹¹¹ Schutz der Güter des § 223 StGB zugunsten des Individuums (so der Regelfall), aber möglicherweise eben auch als Mittel zum Zwecke des Schutzes sonstiger, normfremder Interessen (dazu sogleich im Text).

¹¹² Hierauf beziehen sich die oben genannten Ausführungen von *Mitsch* in seiner Habilitationsschrift.

Schutzgegenstand und (je nach zu schützendem Drittinteresse variabel zu handhabendem) Schutzgrund gelöst werden, da dies mit dem Parlamentsvorbehalt nicht vereinbar wäre: Nur der Gesetzgeber hat darüber zu befinden, aus welchem Grund der Schutzgegenstand (also das zu schützende Rechtsgut) Strafschutz erfährt. Der Gesetzgeber hat als Minimalprogramm nicht nur über das zu schützende Rechtsgut (Erfolgsunwert), sondern auch über den Verhaltensunwert zu entscheiden; liegt diese Entscheidung (z.B. in § 223 StGB) vor, so kann dieser Unrechtsvertypung (zu denken als Aufeinanderbezogenheit von Schutzgegenstand und Schutzgrund) nicht nachträglich vom Rechtsanwender ein anderes Programm (durch Austausch des Schutzgrundes) unterlegt werden.¹¹³ Hierin läge ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt, da Rechtsgüter bzw. Interessen¹¹⁴ strafrechtliche Absicherung erfahren, ohne dass das Parlament ihren strafrechtlichen Schutz beschlossen hätte.

Bei Individualrechtsgütern ist im Regelfall kein Anzeichen aus der Norm selbst herzuleiten, dass über den Schutz der Individualautonomie bezüglich des dort jeweils vertypen Guts hinaus sonstige Interessen geschützt werden sollten. Dem kann auch nicht entgegengesetzt werden,¹¹⁵ es handele sich hierbei doch lediglich um die Fortgeltung des ursprünglichen, seinerseits auf einer Parlamentsentscheidung beruhenden Normbefehls (z.B. Verbot einer Körperverletzung) infolge Einwilligungsunwirksamkeit. Die ohnehin etwas gekünstelt wirkende Unterscheidung von Schutzgegenstand und Schutzgrund ist mit der Funktion des Straftatbegriffs (plakative Typisierung des Unrechts durch Aufstellung von „Warntafeln“, die das Bewusstsein der Öffentlichkeit für die Bedeutung und die zu erstrebende Unantastbarkeit der tatbestandlich vertypen Rechtsgüter stärken sollen) nicht in Einklang zu bringen: Das in einer Individualinteressen schützenden Strafvorschrift vertypete Unrecht (etwa: Körperverletzung gegen den Willen des Betroffenen) entfällt infolge der Einwilligung des Rechtsgutsinhabers, so dass durch die „Aufhebung der Aufhebung“ des Strafrechtsschutzes eben doch ein neues (zusätzliches) Rechtsgut in den Schutzbereich dieser Norm einbezogen wird. Die Aufstellung entsprechend begründeter Einwilligungsschranken durch den Rechtsanwender steht mit dem Parlamentsvorbehalt nicht in Einklang, da – jedenfalls solange der Wortlaut der Strafvorschrift keinen anderen Schluss zulässt – der Schutzgrund (also der Grund für die Aufstellung einer Strafvorschrift) sich lediglich

¹¹³ Hierbei ist es unerheblich, ob man bei Individualrechtsgütern die Dispositionsfreiheit über das geschützte Gut als Teil des Rechtsguts ansieht (so etwa *Roxin* [Fn. 79], § 13 Rn. 13 ff.) oder aber lediglich die von der Dispositionsfreiheit zu trennende Unversehrtheit des jeweiligen Objektes (so etwa *Lenckner/Sternberg-Lieben* [Fn. 21], Vor § 32 Rn. 33a; entscheidend ist vielmehr der Umstand, dass der strafrechtliche Schutz eines Individualrechtsgutes eben nur zum Schutze der in dieser Strafvorschrift vertypen Interessen des Einzelnen erfolgt).

¹¹⁴ Etwa im Zusammenhang mit der Einwilligung in eine Sterilisation: Sexualmoral/Bevölkerungspolitik.

¹¹⁵ So aber *Mitsch* (Fn. 14), S. 518.

auf den Schutzgegenstand (also auf das gegebenenfalls durch Auslegung erst zu gewinnende, durch die Norm geschützte Rechtsgut) bezieht; die Strafbewehrung von Individualrechtsgütern erfolgt nur zur Sicherung der Individualautonomie des Einzelnen und eben nicht zum Schutze von Drittinteressen, deren strafrechtlicher Schutz weder in der das Individualgut schützenden Strafvorschrift, auf die sich die Einwilligung bezieht, noch in einer anderen für den konkreten Handlungsvollzug einschlägigen Strafvorschrift (hierzu noch unter 4.) Anklang fand.

3. Rechtsgutsvertauschung und die Angemessenheit des Schuldspruchs

a) Diese – auch verfassungsgestützten – Bedenken gegen eine rechtsgutsaustauschende Ausweitung der tatbestandlichen Schutzrichtung durch Aufstellen ungeschriebener (oder zumindest in der konkreten Strafvorschrift nicht in Bezug genommener) Einwilligungsschranken zum Schutze von Drittinteressen erfährt binnenstrafrechtlich Verstärkung unter dem Blickwinkel der Verrufswirkung des Strafurteils sowie der (positiven) Generalprävention: Bewusstseinsprägende Kraft kann einer Strafvorschrift nur dann zukommen, wenn aus ihr selbst der Bereich des Verbotenen hervorgeht. Strafvorschriften können ihre verhaltenssteuernde (auf Abschreckung potentieller Täter sowie auf Stärkung des Rechtsbewusstseins der Allgemeinheit, um freiwilligen Rechtsgehorsam zu erzielen, gerichtete) Kraft¹¹⁶ erst dann entfalten, wenn der Bereich des Strafbaren eindeutig und für den Normunterworfenen klar erkennbar fixiert ist.¹¹⁷ Schützt eine Strafvorschrift erkennbar nur Individualgüter, so kann sie im Falle erteilter Einwilligung die von ihr erwartete „Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung“, die „Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung“,¹¹⁸ mithin: die Verhaltenssteuerung zum Schutze hochrangiger Rechtsgüter, gar nicht entfalten: Von ihr geht gar kein Appell zur rechtsgutsbewahrenden Normbefolgung aus, hat doch der von der Strafnorm einzig Begünstigte das Täterverhalten gebilligt.

b) Nachfolgend soll dieser generalpräventive Ansatz durch einen Rekurs auf das von *Freund* entwickelte Gebot einer Adäquatität des richterlichen Schuldspruches, d.h. des Erfordernisses einer inhaltlichen Entsprechung von Schuldspruch und straffundierenden Daten, verdeutlicht werden. Ohne zu dieser von *Freund*¹¹⁹ entwickelten Konzeption strafrechtlich verbotenen Verhaltens und ihrer intrasystematischen Verortung hier vertiefend Stellung nehmen zu müssen, kann doch festgestellt werden, dass sein Postulat nach inhaltlicher

¹¹⁶ Zu dieser positiven Seite der Generalprävention i.S.e. Integrationsprävention: *Müller-Dietz*, in: *Vogler, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, 1985, S. 813 ff.; *Zipf*, in: *Melnitzky/Müller (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie, Festschr. für Franz Pallin zum 80. Geb.*, 1989, S. 479 ff.

¹¹⁷ *Roxin* (Fn. 79), § 5 Rn. 23.

¹¹⁸ BVerfGE 45, 187 (256).

¹¹⁹ *Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, S. 109 ff., passim.

Entsprechung von Schuldspruch und strafrechtsauslösendem Täterverhalten gerade auch unter dem Blickwinkel der Legitimation des Strafrechts als rechtsgüterschützender Ordnung volle Zustimmung verdient: Strafrecht kann den mit ihm intendierten Rechtsgüterschutz nicht unmittelbar durch Ausschaltung jedweder Rechtsgutsbeeinträchtigung erreichen.¹²⁰ Aufgabe der strafrechtlichen Normen ist es vielmehr, die für besonders wichtig erachteten Rechtsgüter durch Bestärken der in der Gemeinschaft der Bürger existenten Wertüberzeugungen¹²¹ zu schützen. An der Herausbildung¹²² und vor allem Aufrechterhaltung dieses gesamtgesellschaftlichen Wertekanons hat auch und gerade das Strafrecht als Rechtsquelle eingriffsintensivster Sanktionen hohen Anteil. Der Normverstoß des Täters bringt zusätzlich zur nicht mehr auszugleichenden Einbuße am konkreten Rechtsgutsobjekt die Gefahr eines „Normgeltungsschadens“¹²³ bei den übrigen

¹²⁰ Sonst würde jeder Verstoß gegen eine strafrechtlich bewehrte Norm als Beleg für fehlende Tauglichkeit des Strafrechts zum Rechtsgüterschutz anzusehen sein mit der Konsequenz, dass die Zahlen der Kriminalitäts- und Verurteiltenstatistik einen schlagenden Beweis für die Ungeeignetheit des Strafrechts zur Zweckerreichung (Rechtsgüterschutz) und damit für seine zur Verfassungswidrigkeit führende Unverhältnismäßigkeit bildeten.

¹²¹ Wobei diese entweder aus einem seit alters her allgemein geübten Verhalten abgeleitet oder aus rechtlichen Verhaltensanforderungen auch nichtstrafrechtlicher Art geformt werden.

¹²² Ob allerdings die Schaffung neuer Straftatbestände unter dem Blickwinkel „sittenbildenden“ (also nicht mehr nur „sittenerhaltenden“) Strafrechts in Betracht zu ziehen ist, dies beantwortet sich je nach der Grundeinschätzung für einen sinnvollen Einsatzes des strafrechtlichen Instrumentariums: So spricht sich beispielsweise *Eser* (ZStW 97 [1985], 1 [46]) in Bezug auf den Problembereich neuartiger arztstrafrechtlicher Fragestellungen für eine entsprechende, den allgemein geteilten Überzeugungen von Recht und Unrecht voraussetzende Funktion des Strafrechts aus. Zwar könnte angesichts eines Mangels an sonstigem Instrumenten zur Wertbildung der Gesetzgeber geradezu auf den Einsatz des Strafrechts angewiesen sein, doch überwiegt bei mir die Skepsis, ob dieses mitunter nur symbolische „Flagge zeigen“ das Strafrecht in seiner allgemeingültigen Überzeugungskraft, welche auf dem Sich-Einfügen in einen allgemeinen Konsens basiert, nicht überfordert; anders aber *Tiedemann* (Fn. 103) S. 54, der einen Führungsauftrag des Gesetzgebers zur Durchsetzung neuer Werte anerkennt. Dem kann nur insoweit gefolgt werden, als ein hinlänglicher, von der Mehrheit geteilter Wertekonsens in der Gesellschaft feststellbar ist, an den das strafrechtliche Unwerturteil bestärkend – und in Bezug auf die Minderheit dann auch „sittenbildend“ i.S.v. wertverdeutlichend – anknüpfen kann; anderenfalls würde das Strafrecht unzulässig zu volkspädagogischen Zwecken funktionalisiert (*Hassemer*, KritV 1993, 198 [209], der sogar Art. 1 Abs. 1 GG tangiert sieht).

¹²³ *Freund* (Fn. 119), S. 81 ff., 88 ff. m.w.N. in Fn. 101, 129; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/9 ff.;

Bürgern mit sich. Durch Verhängung von Strafe gilt es für die Gemeinschaft klarzustellen, dass nicht die von den Wertvorstellungen der Gemeinschaft abweichenden Vorstellungen des Normübertretenden, sondern die allgemeingültigen Solvensanforderungen des Rechts weiter gelten. Auf diese Weise ist den unter dem Blickwinkel des von den Strafrechtsnormen intendierten Rechtsgüterschutzes nicht hinnehmbaren Konsequenzen eines „Normenverfalls“ zu wehren, also der Gefahr eines realen Normgeltungsschadens, der dadurch droht, dass die Norm als Orientierungsmuster verlustig gehen könnte.¹²⁴ Zieht man diese Funktion der Strafverhängung als Bestärkung des Normvertrauens des Opfers sowie aller Bürger heran, so ergibt sich eine auch für den Bereich der richterlichen Errichtung von Einwilligungsschranken zu beachtende Beschränkung derartiger Verdikte: Schuldspruch und Strafe sollen bekräftigen, dass die von dem Angeklagten verletzte Norm weiter gilt und zu respektieren ist. Diese Bekräftigung erfolgt durch einen auf Kosten des Angeklagten gehenden, sinnfälligen Widerspruch zum Normbruch.¹²⁵ Hieraus resultiert dann aber, dass Schuldspruch und Strafe kein Zerrbild der verletzten Verhaltensordnung liefern dürfen.¹²⁶

Nur ein derart kongruentes Missbilligungsurteil bringt mit der Bezeichnung des Verhaltensnormverstoßes zugleich Inhalt und Bedeutung der übertretenen Verhaltensnorm zum Ausdruck, nur hierdurch kann der Gefahr eines Normgeltungsschadens entgegengewirkt werden. Würde hingegen der die Strafe tragende Missbilligungsgrund nicht zutreffend benannt, so könnte das strafrichterliche Verdikt gar nicht dazu beitragen, inhaltlich zutreffendes Normvertrauen der Bürger zu stabilisieren. Soweit sich richterliches Missbilligungsurteil und Normverstoß nicht entsprechen, kann auch kein der Rechtswirklichkeit entsprechendes Bild der unter gesetzlichem Strafschutz stehenden Verhaltensordnung entstehen.¹²⁷

Konkret auf die richterliche Errichtung von Einwilligungsschranken bezogen, bedeutet dies, dass Einwilligungsschranken, die zu einer Verurteilung aus einer Individualrechtsgüter schützenden Strafvorschrift trotz Einwilligung des von dieser Norm Geschützten führen, nur dann akzeptabel sind, wenn die zur Begründung dieser Einwilligungsschranken herangezogene Verhaltensanforderung ihrerseits

s.a. *Frisch*, in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 269 (S. 278 f., 306 f.).

¹²⁴ S.a. *Jakobs* (Fn. 123), 1/11: Strafe als ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm.

¹²⁵ *Freund* (Fn. 119), S. 107 f.

¹²⁶ Vgl. *Freund* (Fn. 119), S. 108 f.

¹²⁷ *Freund* (Fn. 119), S. 110, hebt hervor, dass eine unzutreffende Abbildung der Verhaltensordnung im konkreten Schuldspruch schlichtweg ungeeignet wäre, etwa drohenden Normgeltungsschäden entgegenzuwirken; sie könnte vielmehr ihrerseits solche Schäden bewirken. Nur ein zutreffendes Bild der Verhaltensordnung könne beim vernünftigen Rechtsgenossen auf Akzeptanz rechnen – deren Zerrbild müsse hingegen zum Widerspruch herausfordern.

ebenfalls strafrechtlichen Schutz erfährt: Dann – und nur dann – wird das Verhalten des Täters durch den Schuldspruch adäquat gekennzeichnet.

c) Auch im Falle der Errichtung objektiver Einwilligungsschranken kann der Täter mit einem sozialem Tadel überzogen werden, der nicht mit dem Unwert, welcher vom Täter verwirklicht wurde, deckungsgleich ist: Dies versteht sich von selbst, wenn eine Einwilligung aus Gründen für unwirksam erklärt werden sollte, die überhaupt keine Umsetzung in strafrechtlichen Verboten gefunden haben (also etwa bei Unwirksamkeit einer Einwilligung lediglich infolge eines von ihr unberührt bleibenden Verstoßes des Handelnden gegen ärztliches Standesrecht oder Sportverbandsrecht¹²⁸). Aber auch dann, wenn die Strafbarkeit eines Täters in Frage steht, der gegen eine zusätzliche Strafvorschrift verstoßen hat, ist die Verrufswirkung einer Verurteilung dieses Täters zu beachten: Ihm würde nicht nur ein Verstoß gegen jene (ggf. überindividuelle) Drittinteressen schützende Strafvorschrift attestiert; darüber hinaus würde ihm durch das Strafurteil zugeschrieben, er habe auch gegen eine Individualinteressen schützende Strafvorschrift verstoßen. Gesetzliche Tatbestände bilden aber keine wertfreie Umschreibung menschlicher Verhaltensweisen. Vielmehr wird die Art des jeweiligen Unwerts von dem je verwirklichten Straftatbestand geprägt; jeder Straftatbestand trägt seinen spezifischen Unwert in sich.¹²⁹ Hieraus folgt, dass eine Einwilligungsschranke nur dann zulässig ist, wenn der sozialem Tadel des Strafurteils¹³⁰ den Täter nicht ungerechtfertigt bemakelt, er mithin nicht durch den Schuldspruch für alle Öffentlichkeit mit einem Vorwurf (Verletzung eines Individualrechtsguts) belegt wird, der ihn infolge der Einwilligung unverdientermaßen treffen muss.

4. Rechtsgutsvertauschung und die Widerspruchsfreiheit der Strafrechtsordnung

Die bislang unter dem Gesichtspunkt unzulässiger Rechtsgutsvertauschung entwickelten Überlegungen bedürfen allerdings noch einer Einschränkung für den Fall, dass ein konsentiertes Individualdelikt mit einer Drittinteressen schützenden¹³¹ Strafvorschrift zusammentrifft. Eine strafbefreiende Einwilligung in die Körperverletzung darf nämlich nicht gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Binnenordnung des Strafrechts verstoßen.¹³² Hiermit ist eine aus der Verfassung resultierende Vorgabe angesprochen: Da der

¹²⁸ So die Rechtslage in Deutschland bis zur Einführung der Anti-Doping-Strafvorschrift in § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a Abs. 1 AMG.

¹²⁹ So für den Bereich der Wahlfeststellung: Günther, Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 233.

¹³⁰ Dieses setzt das in jeder Strafnorm enthaltene (s. BVerfGE 27, 18 [29]), mit staatlicher Autorität versehene Unwerturteil über hierin pönalisierte Verhaltensweisen im Einzelfall um.

¹³¹ Insoweit kommt der Einwilligung mangels Dispositionsbefugnis von vornherein keine Wirkung zu.

¹³² S. Sternberg-Lieben (Fn. 8), S. 199 f., 492 f.

Strafrichter in die vom Gesetzgeber vorgegebene Ordnung eingebunden ist,¹³³ hat er seine im Einzelfall zur Konkretisierung des Gesetzesbefehls unerlässlichen eigenen Bewertungen in die vom Gesetzgeber vorgezeichnete Ordnung widerspruchsfrei einzupassen. Zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung besteht unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG eine sich ergänzende Funktionenverteilung: Die Gesetzgebung schafft abstrahierende Gleichheit,¹³⁴ die Rechtsprechung hat durch gesetzesanwendende Nachsteuerung dann konkretisierende Gleichheit¹³⁵ herzustellen. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet die Rechtsprechung zur Rechtsanwendungsgleichheit in Form der Entsprechungsgleichheit,¹³⁶ gibt ihr für ihre Judikate also einen Vergleich zum vorgefundenen Normierungsbestand im Binnenbereich der Gesetzesordnung und ihrer Teilaussagen auf. Mithin hat auch der Strafrichter infolge der ihn treffenden Entsprechungspflicht (Art. 3 Abs. 1 GG) seine Entscheidungen in Übereinstimmung mit den vorgefundenen Sach- und Rechtsstrukturen der Strafrechtsordnung zu treffen.

Ist nun für eine konkrete Fallgestaltung strafgesetzmäßig normiert, dass zum Schutze von Drittinteressen in eben dieser Konstellation auch die Verfügungsfreiheit über ein Individualrechtsgut aufgehoben ist, so kommt der Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Individualrechtsgutes des Konsentierenden keine rechtfertigende Wirkung zu: Ein und dasselbe Täterverhalten, das auf ein Individualgut zugreift, kann nicht durch eine Strafvorschrift ausdrücklich für verboten, durch eine andere für unverboden (infolge erteilter Einwilligung) gewertet werden, ohne die Bewertungs- und Bestimmungsfunktion der Strafrechtsordnung zu tangieren.¹³⁷

a) Von vornherein einsichtig ist dies in den Fällen, in denen eine konsentierende Individualgutsverletzung notwendigerweise von der ausdrücklich pönalisierten Drittverletzung erfasst wird, beispielsweise die Einwilligung in eine verstümmelnde Körperverletzung, um sich dem Wehrdienst zu entziehen, § 223 StGB/§ 109 StGB: In diesem Falle liegt eine von der die Drittinteressen schützenden Strafrechtsnorm (§ 109 Abs. 1 StGB: „mit dessen Einwilligung“) selbst vorgenommene Verknüpfung zwischen der konsentierten Individualgutsverletzung und der Drittbeeinträchtigung vor, eine

¹³³ Die Umgestaltung dieser Ordnung steht nicht dem Rechtsanwender, sondern dem Gesetzgeber zu.

¹³⁴ Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 26: Typisierende Regelung, die zwangsläufig mit einer ggf. durch eine Härteklausel auszugleichende Benachteiligung einzelner verbunden ist.

¹³⁵ Hierzu: Kirchhof (Fn. 82), § 125 Rn. 44 f.

¹³⁶ Kirchhof (Fn. 42), S. 11 (S. 15 f., 29); BVerfGE 54, 277 (296): Gleichheit der Rechtsanwendung als „Seele der Gerechtigkeit“.

¹³⁷ Ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt läge hierin nicht, da einer für den in Frage stehenden Handlungsvollzug einschlägigen Strafvorschrift die gesetzgeberische Entscheidung zu entnehmen ist, dass ausnahmsweise zum Schutze von Drittinteressen auch keine Verfügungsfreiheit über ein Individualrechtsgut besteht. Dementsprechend würde der Täter auch nicht unzulässig bemakelt.

gesetzliche Verbindung also, die die bewilligte Verletzung des Individualrechtsgutes als Mittel zur Herbeiführung einer strafrechtlich ausdrücklich untersagten Drittschädigung kennzeichnet.¹³⁸

b) Das Fehlen einer derartigen ausdrücklichen Verknüpfung seitens der die Drittinteressen schützenden Strafvorschrift spricht aber nicht prinzipiell gegen das Aufstellen objektiver Einwilligungsschranken durch den Rechtsanwender. Objektive Schranken für die Einwilligung in die Verletzung eines Individualrechtsgutes können auch dann zulässig sein, wenn die Einwilligung auf Grund der strafgesetzlich normierten Entscheidung für unwirksam erklärt wird, dass zum Schutze von Drittinteressen in einer bestimmten Konstellation die Verfügungsfreiheit über ein Individualrechtsgut aufgehoben ist. Dies soll am Beispiel eines Verstoßes gegen § 29 Abs. 1 Nr. 6 lit. b BtMG und der Unwirksamkeit einer Einwilligung des Opfers in eine durch das Verabreichen von Drogen bewirkte Körperverletzung erläutert werden: Das Betäubungsmittelgesetz sieht keinen – verfassungsrechtlich ja höchst zweifelhaften – Schutz des Einwilligenden vor sich selbst¹³⁹ vor; es soll stattdessen die Allgemeinheit schützen, und zwar vor einer nicht der Dispositionsmacht des Einzelnen unterliegenden Gefährdung Dritter infolge der Schaffung neuer Gefahrenquellen: Angesichts der drittschädigenden¹⁴⁰ Beschaffungskriminalität¹⁴¹ im Drogenbereich sowie der durch akut Drogenbeeinflusste drohenden Beeinträchtigung des mitmenschlichen Zusammenlebens (z.B. Ausfallerschei-

nungen im Straßenverkehr; aber evt. auch die Leistungskraft des sozialen Sicherungssystems) wird durch eine Entscheidung des Strafgesetzgebers die Handlungsfreiheit der unmittelbar einverständlich miteinander agierenden Personen in Erfüllung staatlicher Schutzpflichten für Unbeteiligte zulässig eingeschränkt. Dem einzelnen Rechtsgutsinhaber ist im Wege einer Pönalisierung des Täters im Interesse unbeteiligter Dritter ausdrücklich strafrechtlich verwehrt (Schutz der Volksgesundheit¹⁴² durch § 29 BtMG), durch Verletzung seiner Individualrechtsgüter Körperintegrität und Gesundheit eine neue, für Dritte bedrohliche Gefahrenquelle (drittgefährdendes Potential eines Betäubungsmittelabhängigen¹⁴³) schaffen zu lassen.¹⁴⁴

¹³⁸ Entsprechendes gilt bspw. für den Fall des Schwangerschaftsabbruches: Zwar ist in § 218 Abs. 1 StGB die Einwilligung der Schwangeren in die mit dem Abbruch ihrer Schwangerschaft verbundene Körperverletzung seitens des Dritten nicht ausdrücklich benannt; § 218 Abs. 2 Nr. 2 StGB sieht aber eine Strafschärfung für den Fall vor, dass der Täter gegen den Willen der Schwangeren handelt, so dass § 218 Abs. 1 StGB sich auf einen konsentierten Eingriff bezieht.

¹³⁹ Für einen Schutz des freiverantwortlich nur sich selbst Schädigenden würde grundsätzlich die verfassungsrechtliche Legitimation fehlen. Freiverantwortlichkeit ist allerdings im Bereich des Rauschmittelkonsums zweifelhaft, so dass insoweit ein gesetzlich (im BtMG) vertypter strafrechtlicher Schutz des auf Grund seiner Sucht stets als unfrei anzusehenden Drogenabhängigen als verfassungsrechtlich noch zulässiger „weicher“ Paternalismus auch bezüglich eines im Einzelfall freiverantwortlich sich selbst Schädigenden vorstellbar ist, vgl. Köhler, ZStW 104 (1992), 3 (28 ff., 38), zur – je nach Rauschgift unterschiedlichen – Bedrohung individueller Freiheit durch Eintritt eines vom Konsumenten nicht mehr selbstbestimmbaren Abhängigkeitszustandes.

¹⁴⁰ Zur Drittschädigung im Zusammenhang mit Haschischkonsum: BGHSt 38, 339 (344); Nachw. zur Drittgefährlichkeit des Drogenbesitzes bei Mitsch (Fn. 14), S. 98 in Fn. 183; zw. Frisch, in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, 1993, S. 69 (S. 95).

¹⁴¹ Hinzu tritt die Gefährdung der Allgemeinheit durch die in den Betäubungsmittelabsatz verstrickte organisierte Kriminalität (vgl. BVerfGE 90, 145 [174 f., 184]).

¹⁴² Der überindividuelle Anknüpfungspunkt (BGHSt 37, 179 [182]: Volksgesundheit als komplexes und universelles, nicht der Verfügung des einzelnen unterliegendes Rechtsgut) darf nicht verdecken, dass es sich bei dem Rechtgut „Volksgesundheit“ lediglich um einen abgeleiteten Sammelbegriff genuin personaler Rechtsgüter handelt: Frisch (Fn. 140), S. 69 (S. 94); Wohlers (Fn. 35), S. 190 ff. Der Gesetzgeber hat insoweit die individuelle Verfügungsmacht zu gesundheitlicher Selbstgefährdung und -verletzung im Umgang mit Betäubungsmitteln beschränkt, um zunächst einmal den Einzelnen nicht den eine freie Selbstbestimmung über eine Selbstverletzung bzw. -gefährdung durch zukünftigen Rauschmittelgenuss möglicherweise ausschließenden Suchtgefahren der Drogen auszusetzen (so deutlich die Begründung der Regierungsvorlage zum BtMG 1972: BR-Drs. 665/70 [neu], S. 2); insoweit wäre de lege ferenda dann allerdings eine Differenzierung je nach freiheitsaufhebendem Suchtpotential der Drogen geboten, vgl. Köhler, ZStW 104 (1992), 3 (30 ff.). Zusätzlich sollen aber durch die Pönalisierung im BtMG weiterreichende Interessenverletzungen verhindert werden (z.B. Gefährdung Dritter durch Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten von Rauschgiftabhängigen/Sicherung der finanziellen Ressourcen der Sozialversicherung bzw. Sozialhilfe/Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren organisierter Kriminalität). Die (empirische) Stichhaltigkeit dieser Pönalisierungsgründe soll hier nicht hinterfragt werden. Vorliegend genügt allein die Feststellung, dass der Gesetzgeber de lege lata in verfassungsrechtlich zulässiger Form (s. BVerfGE 90, 145 [171 ff.]) die individuelle Verfügungsbefugnis über ein Individualrechtsgut (körperliches Wohl) für einen bestimmten Lebensbereich aufgehoben hat.

¹⁴³ Zu denken ist an den Schutz der Allgemeinheit vor im Zusammenhang mit der Finanzierung des Rauschgifterwerbs auftretender Beschaffungskriminalität bzw. organisierter Kriminalität (s. BVerfGE 90, 145 [174, 194]); darüber hinaus: Schutz des Sozialsystems vor zunehmender Belastung durch Personen, die nicht mehr in der Lage sind, für sich selbst zu sorgen (so BGHSt 38, 339 [344]). In vorliegendem Zusammenhang geht es nicht um die Frage, wie konkret und in welchem Bedrohungsumfang diese Güter der Allgemeinheit gefährdet sein müssen, um in verfassungsrechtlich zulässiger Weise (Gebot der Verhältnismäßigkeit) die allgemeine Handlungsfreiheit durch strafbewehrte Verbote einschränken zu können: Es geht hier lediglich um die Beantwortung der

c) Anders ist hingegen in den Fällen zu entscheiden, in denen eine der Wirksamkeit der Individualverfügung entgegenstehende gesetzgeberische Entscheidung,¹⁴⁵ ein bestimmtes Täterverhalten zu inkriminieren, nicht aus einer Strafvorschrift (ggf. durch Auslegung¹⁴⁶) gewonnen werden kann, wie beispielsweise im Falle einer vom Eigentümer des in Brand gesetzten Wohngebäudes konsentierten Brandstiftung: Insoweit liegt zwar eine gesetzgeberische Entscheidung (§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB) darüber vor, dass bestimmte Handlungen zum Schutze der Rechtsgüter Dritter strafrechtlich verboten sind. Es besteht aber keine – durch die die Drittinteressen schützende Strafnorm selbst vorgenommene – Verknüpfung zwischen der konsentierten Individualgutsverletzung (§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB als Spezialfall der Sachbeschädigung¹⁴⁷) und der Drittbeeinträchtigung, eine gesetzliche Verknüpfung also, die die bewilligte Verletzung von Individualrechtsgütern als Mittel zur Herbeiführung einer strafrechtlich ausdrücklich untersagten Drittschädigung erscheinen ließe. Eine Beschränkung der Einwilligungsbefugnis bezüglich des Individualrechtsguts Eigentum ist deshalb nicht gerechtfertigt ist, würde sie doch den Eigentumsschutz des § 306a StGB mit dem Schutz anderer Rechtsgüter (Leib und Leben Dritter¹⁴⁸) verquicken, ohne dass hierfür – anders als im Falle der Gemengelage¹⁴⁹ von §§ 29 f. BtMG und konsentierter Körperverletzung – auf eine (notfalls im Wege der Auslegung zu gewinnende) Entscheidung des Gesetzgebers recurriert werden könnte.

Frage, welche Voraussetzungen für die Aufstellung drittnütziger Einwilligungsschranken durch den Rechtsanwender erfüllt sein müssen.

¹⁴⁴ Angesichts des Schutzzwecks der §§ 29, 30 BtMG ist für den Fahrlässigkeitsbereich (§§ 222, 229 StGB) ausnahmsweise die Mitwirkung an einer entsprechenden Selbstgefährdungen nicht straflos: *Sternberg-Lieben* (Fn. 21), § 15 Rn. 165 m.w.N. pro und contra; *ders.*, in Paeffgen u.a. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Rekonstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1283 (S. 1299 f.).

¹⁴⁵ Also eine Entscheidung darüber, dass eine Individualrechtsgutsverletzung trotz freiverantwortlich erteilter Einwilligung des Rechtsgutsträgers unzulässig ist, da die Tat zugleich als Mittel zur Schaffung eines für Güter der Allgemeinheit oder Dritter gefahrenträchtigen Zustandes anzusehen ist.

¹⁴⁶ Die Frage objektiver Einwilligungsschranken kann nicht abstrakt durch eine im Bereich des Allgemeinen Teils getroffene Entscheidung, sondern nur durch konkrete Prüfung der je verschiedenen Einzelkonstellationen im Besonderen Teil des StGB und des Nebenstrafrechts beantwortet werden.

¹⁴⁷ *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 306 Rn. 1.

¹⁴⁸ Vgl. *Heine* (Fn. 147), § 306a Rn. 1.

¹⁴⁹ Man könnte hier gleichsam von einer „Verzahnung der Rechtsgüter“ sprechen (so *Weber*, in: Seebode [Hrsg.], *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992*, S. 371 [S. 378]); vgl. auch § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG, der strafscharfend u.a. an eine zum Tode des Konsumenten führende Rauschgiftverabreichung anknüpft.

d) Diese Überlegungen führen auf der Basis der im deutschen Arzneimittelgesetz vorhandenen Anti-Doping-Strafvorschriften zu folgendem Ergebnis: Da § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a Abs. 1 AMG die Strafbarkeit desjenigen anordnet, der „entgegen § 6a Abs. 1 Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport [...] bei anderen anwendet“, liegt ein gesetzgeberisches Verbot entsprechender Handlungsvollzüge vor, wobei angesichts der Schutzrichtung des AMG¹⁵⁰ einer etwaigen Einwilligung des gedopten Sportlers insoweit keine rechtfertigende Wirkung zukommen kann.¹⁵¹ Ist dem Sportler aber zum Schutze Dritter durch eine strafrechtliche Vorschrift seine ihm grundsätzlich zustehende Bestimmungsbefugnis über das Beeinträchtigenlassen seiner körperlichen Unversehrtheit entzogen, so wäre es wertungswidersprüchlich, seinen unter dem Blickwinkel des AMG strafrechtlich irrelevanten Konsens in die Beeinträchtigung seines Körpers unter der Blickrichtung einer Körperverletzung nach § 223 StGB rechtfertigende Wirkung zuzusprechen.¹⁵² Insoweit stellt sich die Rechtslage wie oben unter b) zum Verhältnis von § 29 Abs. 1 BtMG/§ 223 StGB ausgeführt dar: Auch hier ist die Einwilligung in die Körperverletzung unwirksam, da eine strafgesetzgeberischen Entscheidung (§ 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG) vorliegt, dass zum Schutze von Drittinteressen in dieser Konstellation (Dopingbeibringung) dem Einzelnen ausnahmsweise keine Verfügungsfreiheit über sein Individualrechtsgut zusteht.¹⁵³

¹⁵⁰ *Freund* (Fn. 57), § 6a AMG Rn. 7: Schutz der Gesundheit anderer Sportler, die von der „Sogwirkung“ des Dopens Dritter erfasst werden könnten; ebenso *Hauptmann/Rübenstahl*, *HRRS* 2007, 143 (145).

¹⁵¹ *Freund* (Fn. 57), § 6a AMG Rn. 47 f.

¹⁵² Eine unzulässige Rechtsgutsvertauschung lehnt auch *Grotz*, *ZJS* 2008, 243 (249) ab, wobei er allerdings annimmt, § 6a Abs. 1 AMG schütze auch die Gesundheit des einzelnen Athleten.

¹⁵³ Wäre hingegen – anders als in Deutschland *de lege lata* – lediglich das Besitzverbot von Dopingsubstanzen (§ 95 Abs. 1 Nr. 2b i.V.m. § 6a Abs. 2 AMG) pönalisiert, so bliebe die Einwilligung in die Körperverletzung wirksam, da dann ja nur der Handlungsvollzug des Besitzens (und nicht die der Beibringung des Dopingmittels) unter Strafe gestellt wäre.

Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten*

Am Beispiel der Entscheidung des BGH zum Einsturz der Eisorthalle Bad Reichenhall**

Von Prof. Dr. Stephan Stübinger, Bonn

I. Grundkonstellation einer fahrlässigen Handlung

Wenn von einem fahrlässigen Delikt die Rede ist, kommt einem leicht eine typische Konstellation in den Sinn: Jemand führt eine mehr oder weniger leicht erkennbar gefahrträchtige Handlung aus und schädigt dadurch einen anderen Menschen, wobei der Handelnde die Gefährlichkeit seines Tuns gleichsam „vor Augen“ hat.¹ Der Akteur sieht gewissermaßen eine mit seinem riskanten Tun verbundene Schadensmöglichkeit, handelt gleichwohl um der Erreichung eines anderen Zieles willen und führt dadurch quasi „sehenden Auges“ einen Schaden herbei, den er eigentlich nicht verwirklichen möchte oder auf dessen Ausbleiben er zumindest gehofft hat. Trotz der im Wortsinn „offensichtlichen“ Gefahr für (sich und) andere wird die riskante Tat vollzogen; insoweit passt der für die Fahrlässigkeit früher häufig verwendete Ausdruck „Versehen“,² durch das das schädigende Ereignis als unmittelbare Folge der gefährlichen Tat bewirkt wird.

Paradebeispiele hierfür bilden die zahlreichen Fahrlässigkeitstaten – insbesondere fahrlässige Tötungen – im Straßenverkehr, die deshalb in Standarddarstellungen gerne zur Erläuterung strafbarer Fahrlässigkeit herangezogen werden.³ Wenn beispielsweise ein Autofahrer an einer ganz unübersichtlichen Stelle mit völlig unangemessener Geschwindigkeit ein riskantes Überholmanöver unternimmt und dabei einen Zusammenstoß mit einem entgegenkommenden Fahrzeug verursacht, durch den der Führer des anderen PKW ums Leben kommt, dann dürfte zumindest im Ergebnis weitgehend Einigkeit bestehen, dass in einem solchen Fall der Tod eines Menschen „durch Fahrlässigkeit [...] verursacht“ worden ist, d.h. § 222 StGB verwirklicht wurde. Als fahrlässig gilt ein Verhalten, das so beschaffen ist, dass entsprechende Schädigungen erfahrungsgemäß und daher vorhersehbar

daraus hervorgehen können und genau aus diesem Grund verboten oder nicht erlaubt sind. Es sei zugestanden, dass trotz des unterstellten Einvernehmens eigentlich noch genügend Probleme übrig bleiben: so müsste selbstverständlich die Unübersichtlichkeit der Unfallstelle näher beschrieben, der Maßstab für die Unangemessenheit des Tempos benannt und das Riskante des Überholens genauer bestimmt werden; außerdem ist noch nichts über die – bekanntlich im einzelnen umstrittenen – Merkmale einer fahrlässigen Tat gesagt. Von solchen Unsicherheiten einmal abgesehen:

Als Prototyp der Fahrlässigkeit gilt ein einzelner Täter, der im Angesicht der Gefahr eine Handlung ausführt, die einen Schaden verursacht. Dabei sei unterstellt, dass in einer solchen Konstellation allein die leichtsinnige Verhaltensweise als rechtlich relevante Ursache der Schädigung in Betracht kommt. Es geht um eine einfache Relation: eine Tat – ein Schaden. Damit sind zumindest einige Voraussetzungen des Fahrlässigkeitsdelikts vorläufig benannt: Die Handlung muss den Schaden verursacht haben, d.h. zwischen der Tat und dem tatbestandsmäßigen Erfolg (Schaden) muss Kausalität vorliegen. Es genügt jedoch nicht, dass sich dieser Ursachenzusammenhang nur im Nachhinein herausstellen lässt; die schädigende Wirkung muss vielmehr als voraussehbar und vermeidbar gelten. Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit sind daher neben dem Ursachenzusammenhang zwischen Handlung und Schaden die wohl am häufigsten – nicht immer kumulativ – genannten Kriterien zur Bestimmung der Fahrlässigkeit.⁴ Dies mag zunächst wenig aussagekräftig klingen und dürfte in dieser allgemeinen Form wohl kaum geeignet erscheinen, eine trennscharfe Abgrenzung zwischen fahrlässig und bloß zufällig bewirkten Schäden vorzunehmen, denn schließlich kann wohl jedes Ereignis, das tatsächlich eingetreten ist, gerade auf Grund seiner kausalen Erklärbar-

* Erweiterte Fassung eines Vortrages, den der Verf. im Rahmen der Accion Integrada Hispano-Alemana im Mai 2011 an der Universität Pompeu Fabra in Barcelona halten durfte.

** BGH NJW 2010, 1087.

¹ Vgl. die entsprechende Wortwahl in BGHSt 6, 282 (286).

² So z.B. ausdrücklich *Glafey*, Vernunft- und Völker-Recht, 1723, S. 344; s.a. *Pufendorf*, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, 1. Buch, 1711, Cap. VII § XVI/S. 219 ff.; sowie *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754, S. 11 ff.; *Engelhard*, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechts aus den Grundsätzen der Weltweisheit, und besonderst des Rechts der Natur hergeleitet, 1756, S. 2 u. öfter.

³ Vgl. die Beispielsfälle bei *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 655; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Rn. 374; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 52 vor Rn. 1; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 33 Rn. 33; s.a. *Wolf*, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1067.

⁴ Vgl. zu diesen Standardvoraussetzungen etwa die im Einzelnen freilich stark variierenden Darstellungen von *Beck*, JA 2009, 112; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 9/2 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 565 f.; *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 664 ff.; *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 5 Rn. 42 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 17 Rn. 11 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 33 Rn. 10 ff.; *ders.*, Strafrecht, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 15 Rn. 41 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 120; *Momsen*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafrecht, Kommentar, 2009, §§ 15, 16 Rn. 61 ff.; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, 39. Lfg., Stand: Juni 2004, Anh. zu § 16 Rn. 25 ff.; s.a. die auf diese Kriterien bezogene Rechtsprechungsanalyse von *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 277 ff. m.w.N.

keit zumindest theoretisch vorhergesehen werden,⁵ und soweit es überhaupt durch eine Handlung hervorgebracht worden ist, muss es auch als vermeidbar gelten, da der Handelnde das Tun als solches vermeiden könnte.⁶ Was durch menschliches Tun schlicht nicht zu vermeiden ist, gilt als Zufall und damit als Grenze jedweder Zurechnung.⁷ Teilweise wird deshalb vertreten, der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit komme keine eigenständige Funktion zu, sie seien vielmehr die Bestandteile der auch sonst – d.h. auch für das Vorsatzdelikt – üblichen objektiven Zurechnung.⁸

Nun dürfen diese beiden Kriterien nicht als faktische Fähigkeiten im Sinne einer rein psychologischen Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeit missverstanden werden; sie beschreiben nicht, was der Handelnde alles kann, es geht vielmehr darum, was jemand in einer konkreten Situation vorhersehen und vermeiden soll; nicht das Können, sondern das Sollen bestimmt die Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit als Kriterien der Fahrlässigkeit. Um dies als Merkmal der fahrlässigen Tat erfassen zu können, wird als weitere Voraussetzung meist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht⁹ bzw. einer Vermeidpflicht¹⁰ genannt. In vielen Bereichen – namentlich im Straßenverkehr – existieren zahlreiche Normen, die jene (im Verkehr erforderliche) Sorgfalt regeln und deren Übertretung die Bestimmung eines Verhaltens als fahrlässig möglich macht.

II. Zusammentreffen mehrerer Fahrlässigkeiten

Dies scheint in der soeben skizzierten Konstellation des einzelnen Fahrlässigkeitstäters meist unproblematisch zu sein. Ungleich komplizierter wird es, wenn mehrere möglicherweise fahrlässige Handlungen verschiedener Personen als für den Schadenseintritt ursächlich in Betracht kommen. Grundsätzlich können durchaus mehrere Fahrlässigkeitstäter für einen Schadensverlauf in Frage kommen, da im Bereich der fahrlässigen Delikte meist das Prinzip der Einheitstäterschaft angenommen wird, das es zulässt, mehrere Nebentäter unabhängig voneinander für einen tatbestandsmäßigen Erfolg anzunehmen.¹¹ Allerdings lässt sich dann mit Blick auf die je

einzelne Tat nicht mehr ohne weiteres mit Bestimmtheit sagen, dass z.B. der Tod eines Menschen gerade durch die Fahrlässigkeit dieser Handlung verursacht worden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Leichtsinns der früheren Taten die Fahrlässigkeit der späteren eventuell erst möglich gemacht hat oder aber ohne die Nachlässigkeit der zeitlich nachfolgenden Tat die Ersthandlung vermutlich niemals zu einem Schaden geführt hätte, sie also erst im Licht der letzteren als fahrlässiges Verletzungsverhalten erscheint. Aber nicht nur der Ursachenzusammenhang, sondern auch die Vorhersehbarkeit des Schadens ist dann nicht mehr sicher, sobald eine ganze Reihe leichtsinniger Verhaltensweisen vorhanden sind; denn aus Sicht des Ersthandelnden lässt sich nur schwer vorhersehen, ob und welche Handlungen sich an die eigene anschließen werden, wenn denkbare Schäden nur aus weiteren Fahrlässigkeiten resultieren können. Insoweit stellt sich dann nämlich die Frage, in welchen Situationen eventuell mit nachfolgenden Nachlässigkeiten Dritter gerechnet werden muss bzw. wann auf die Sorgfalt von anderen vertraut werden darf. So ist es keineswegs einfach, für diese normative Interdependenz einer Folge von Handlungen einen konsistenten Maßstab zu entwickeln.

1. Einsturz der Eissporthalle Bad Reichenhall – BGH NJW 2010, 1087¹²

Grundsätzlich erscheint es durchaus möglich, dass eine möglicherweise sorglose Ersthandlung über die Frage der Fahrlässigkeit nachfolgender Verhaltensweisen mitentscheiden kann. Dies lässt sich anhand von komplexen Fällen wie z.B. dem Fall des Einsturzes der Eissporthalle von Bad Reichenhall studieren, mit dem sich vor einiger Zeit auch der Bundesgerichtshof zu beschäftigen hatte:

a) Sachverhalt

Als die Halle am 2. Januar 2006 gegen 15⁵⁵ Uhr den zu dieser Zeit auf dem Dach aufgehäuften Schneemengen nicht mehr standhielt und unter der Last einstürzte, kamen insgesamt 15 Menschen ums Leben, weitere Personen erlitten z.T. erhebliche Verletzungen. Als besonders tragisch wurde empfunden, dass geplant war, den Publikumsverkehr in der Eishalle um 16⁰⁰ Uhr zu beenden und das Dach von einem Großteil der Schneelast zu befreien; das Leben der zu Tode gekommenen Menschen und damit auch die mögliche Strafbarkeit der Beteiligten hing also gerade mal an fünf Minuten. Dahinter könnte man das Walten eines bösen Schicksals vermuten.¹³ Freilich will man sich bei derart spektakulären Ereignissen und deren dramatischen Folgen nicht damit abfinden, dass es sich letztlich um eine Verkettung unglücklicher Umstände

⁵ So auch *Duttge* (Fn. 4), S. 355 f.; *ders.*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 15 Rn. 108.

⁶ I.d.S. bereits *Schwab*, Ueber das unvermeidliche Unrecht, 1804, S. 13 f.

⁷ Vgl. schon *Wolff* (Fn. 2), S. 11 f., für den die Vermeidbarkeit dementsprechend die allgemeine Voraussetzung sowohl für Vorsatz als auch für Fahrlässigkeit darstellte.

⁸ So etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 13; wohl auch *Rengier* (Fn. 3), § 52 Rn. 25.

⁹ Exemplarisch *Kühl* (Fn. 4) § 17 Rn. 14 ff. m.w.N. auch zu anderen Ansichten, die auf dieses Erfordernis verzichten möchten.

¹⁰ *Otto*, in: *Duttge* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, besonders S. 89 f.; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 10 Rn. 11 u. öfters; *Duttge* (Fn. 5) § 15 Rn. 87 u. öfters.

¹¹ S. dazu allgemein *Roxin* (Fn. 8), § 24 Rn. 27; *Freund* (Fn. 4), § 10 Rn. 26; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 38 Rn. 3.

¹² Vgl. zum Sachverhalt außer der genannten BGH-Entscheidung die ausführlichere Darstellung im Urt. des LG Traunstein v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, online verfügbar unter BeckRS 2009, 86563.

¹³ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch die Anmerkung von *Kühl*, NJW 2010, 1092; s.a. *Kudlich*, JA 2010, 555, der sich fragt, „ob nicht nur irgendjemand für so ein tragisches Unglück verantwortlich sein soll“ (*Hervorhebung* dort).

gehandelt haben mag; es sollen vielmehr einige der am Bau und der Verwaltung der Halle beteiligten Personen zur Rechenschaft gezogen werden. Die Untersuchungen ergaben, dass der Einsturz durch zahlreiche Mängel und Fehler verursacht worden ist, die durch kaum vorstellbar schlampige Verhaltensweisen hervorgerufen wurden. Wer die ergangenen Urteile liest, muss sich wundern, dass die Halle überhaupt so lange gehalten hat; immerhin war sie mehr als drei Jahrzehnte (von 1973 bis 2006) in Betrieb. Es stellte sich nämlich heraus, dass bereits die Konstruktion und die Erstellung des Baus von Anfang an mangelhaft gewesen sind: So wurden z.B. die Dachträgerbalken in einer gewagten und in dieser Größenordnung kaum erprobten Weise (Hohlkasten-träger statt der im Zulassungsbescheid zunächst vorgesehenen Doppel-T-Träger) mit Holz einer unzureichenden Güteklasse (II statt I) in fehlerhafter Stärke (2,87 Meter statt einer bei dieser Bauweise maximal zulässigen Höhe von 1,20 Meter) mit ungeeignetem Leim (feuchtigkeitsempfindlicher Formaldehydharnstoffleim statt eines entsprechend unempfindlichen Resorcinharz) gefertigt und ohne die für die besondere Bauart erforderliche baurechtliche Zulassung montiert. Auf Grund dessen erreichte die Konstruktion schon zu Beginn einen zu geringen Bauteilsicherheitsfaktor (1,5 statt mindestens 2,1), der sich alterungs- und mangelbedingt bis zum Einsturztag weiter verschwächte (bis unter Faktor 1). Zudem wurden im Jahr 1977 ohne Genehmigung und ohne statische Prüfung 4 Abluftanlagen an der Decke montiert, die das Dach zusätzlich mit insgesamt 2,3 Tonnen Gewicht belasteten. Außerdem blieb unklar, ob die (fehlerhaften) statischen Berechnungen des Bauleiters vorschriftsmäßig überprüft worden sind, da eine entsprechende Prüfstatik aus ungeklärten Gründen nicht auffindbar war (vgl. dazu das Urteil des LG Traunstein unter B. II. 3.).

Da an der Planung und dem Bau sowie am Betrieb und der Verwaltung eines solchen Gebäudes über einen so langen Zeitraum notwendigerweise viele Menschen beteiligt sind, kommen auch zahlreiche Personen in Betracht, die möglicherweise für den Einsturz verantwortlich sein könnten. Hier spiegelt sich die mögliche Verteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit in der arbeitsteiligen Organisation solcher Bauprojekte. Dabei kommen zunächst mindestens zwei relevante Tatzeitpunkte in Frage: zum einen war zu untersuchen, ob zur Zeit der Errichtung der Halle maßgebliche Fehler begangen wurden, die noch bis zum Einsturz fortwirkten; zum anderen lässt sich fragen, ob die Halle nicht früher hätte geschlossen werden müssen, d.h. ob die Entscheidung für die letztlich zu späte Schließung für den Tod und die Verletzung der Menschen strafrechtsrelevant sein konnte. Zwischen diesen erst- bzw. letztmöglichen Handlungsphasen sind dann noch weitere Zeiträume denkbar, in denen beispielsweise wichtige Interventionschancen versäumt worden sein könnten, den Betrieb der maroden Halle rechtzeitig einzustellen. Sämtliche der in Betracht kommenden Fehler können sich auf die strafrechtliche Beurteilung der anderen auswirken. So ist etwa die Frage nach dem Fortwirken von Bauplanungs- und Durchführungsmängeln von möglichen Versäumnissen während der Betriebszeit abhängig. Wenn beispielsweise notwendige Wartungs- oder Sanierungsarbeiten nicht durchgeführt

oder nicht vorgesehene bauliche Veränderungen vorgenommen werden, die sich ungünstig auf die Standsicherheit der Halle ausgewirkt haben könnten, kann sich dies auf die Zurechnung zu diesen Erstfehlerlern durchaus auswirken.

Entsprechend weit gestreut waren die anfänglichen Ermittlungen der zuständigen Staatsanwaltschaft. Zunächst wurde offiziell gegen acht Personen ermittelt: gegen zwei an der Planung beteiligte, gegen zwei Beschäftigte des Bauunternehmens sowie gegen vier – z.T. ehemalige – Mitarbeiter der Stadtverwaltung. Schließlich wurde jedoch nur vier Beschuldigten der Prozess gemacht, wobei ein Verfahren schon bald auf Grund der zwischenzeitlich eingetretenen Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten – dem zur Zeit der Entstehung der Halle zuständigen Leiter des Sachgebiets „Hochbau“ der Stadt – abgetrennt werden musste (vgl. den Hinweis im Urteil des LG Traunstein unter B. I. 1. b). Verhandelt wurde demnach gegen:

1. den für die Erstellung der Halle maßgeblichen Bauleiter, der bei dem für die Dachkonstruktion zuständigen Unternehmen als Konstrukteur tätig war und auch die statische Berechnung der Leimbinderkonstruktion vorgenommen hatte. Er wurde schließlich wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten verurteilt.

2. den bei dem ausführenden Architekturbüro als „sogeannter Projektleiter“ tätigen Architekten (so das LG Traunstein unter B. III. 2.), der freigesprochen worden ist.

3. einen Bauingenieur, der im Jahr 2003 eine „Studie für die Sanierung des Bauvorhabens Eislauf- und Schwimmhalle“ erstellt hatte (B. IV. 1.). Dessen Freispruch durch das LG Traunstein vom BGH aufgehoben worden ist.

Unter den drei verbliebenen Angeklagten war folglich niemand, der zum Zeitpunkt des Einsturzes tatsächlich Einfluss auf die Entscheidung über die Schließung der Halle ausüben konnte. Dieser Zeitraum fiel demnach als möglicher Handlungszusammenhang aus der gerichtlichen Prüfung heraus. Die „Verantwortlichen der Stadt“, wie sie in den ergangenen Urteilen häufig genannt werden,¹⁴ ohne dass deren Verantwortlichkeit strafrechtswirksam überprüft worden ist, konnten im unübersichtlichen Dickicht der Zuständigkeitsverteilung entkommen und sich der strafrechtlichen Verantwortung entziehen.¹⁵ Als Hauptgrund hierfür dürfte trotz der Eklatanz der Konstruktionsmängel und der am Tag des Einsturzes durchaus als problematisch empfundenen Schneemasse auf dem Dach primär eine Aussage in der erwähnten Studie des angeklagten Bauingenieurs von 2003 gelten, wonach sich zum Zeitpunkt der Begutachtung die „Tragkonstruktionen [...] in einem allgemein als gut zu be-

¹⁴ Vgl. LG Traunstein, Urt. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter B. IV. 1 u. 2; C. IV. 2. d) aa) u. 5.; BGH NJW 2010, 1087 (1087 f./1090 f.).

¹⁵ S. dazu auch *Stoffers*, Der Sachverständige 2010, 263, der ein „strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen die Verantwortlichen der Stadt“ für „wünschenswert“ hielte; deren möglicherweise fahrlässige Taten sind freilich inzwischen verjährt: zur Verjährungsproblematik nicht nur in diesem Fall *Gless*, in: *Paeffgen* (Fn. 3), S. 467.

zeichnenden Zustand“ befunden haben soll.¹⁶ Diese Behauptung, die sich durch den Zusammenbruch der Halle auf so tragische Weise als falsch erwiesen hat, sorgte offenbar für eine Entlastung sämtlicher Personen, die mit der Verwaltung des Gebäudes auf Seiten der Stadt betraut waren; für sie soll – so lässt sich daraus schließen – der Einsturz weder voraussehbar noch vermeidbar gewesen sein, soweit sie auf die Richtigkeit dieser Zustandsbeschreibung vertraut haben könnten.

b) Das Urteil des LG Traunstein

Obwohl die in dem genannten Gutachten geäußerte Einschätzung womöglich aus einer unzureichenden Vorgehensweise resultierte, kam das LG letztlich dennoch zu einem Freispruch des Bauingenieurs, der die besagte Studie im Auftrag der Stadt verfasst hat. Das Gericht wirft diesem Gutachter zwar vor, seine Untersuchung auf eine völlig ungenügende Methode gestützt zu haben, da er lediglich einen einzigen Träger aus der Nähe in Augenschein genommen habe, während er die anderen Hauptträger nur vom Boden aus mit dem Teleobjektiv seines Fotoapparates betrachtete; die Richter am LG halten es jedoch durchaus für möglich, dass selbst bei Durchführung der gebotenen „handnahen“ Untersuchung (d.h. einer Prüfung aus nächster Nähe), bei der jedenfalls die schon damals vorhandenen Mängel hätten auffallen müssen, eine entsprechende Mitteilung an die Verantwortlichen der Stadt ebenfalls nicht zur Schließung der Halle geführt hätte, denn diese hätten sich auch von zahlreichen zuvor und danach ergangenen Warnhinweisen nicht von dem weiteren Betrieb der Halle abhalten lassen bzw. keine weitergehenden Spezialuntersuchungen des Gebäudes angeordnet. So hatten die Verantwortlichen der Stadt bereits 2002 einen Architekten mit der Klärung erforderlicher Sanierungskosten beauftragt, doch als dieser nach der Entdeckung zahlreicher Mängelercheinungen darauf hinwies, dass vor einer Kostenschätzung eine genauere Untersuchung durch Spezialfachleute notwendig sei, reagierte das zuständige Bauamt nicht darauf.¹⁷ Auch den im Jahr 2004 von einem anderen Architekten gegebene Hinweis auf einen entsprechenden Untersuchungsbedarf bzgl. des an die Eishalle unmittelbar angrenzenden Schwimmbades, das zur gleichen Zeit sowie in ähnlicher Bauweise gefertigt worden ist und sich ebenfalls in einem schlechten Zustand befunden hat, ignorierten die Zuständigen der Stadt.¹⁸ Ähnlich unerhört blieben die Warnungen im Hinblick auf die Haltbarkeit der Abhangdecke der Schwimmhalle, die 2002 in einer Studie eines Ingenieurbüros ausgesprochen worden sind.¹⁹ Entsprechende Bedenken bzgl.

der Dachkonstruktion des Schwimmbadtraktes hatte sogar der später angeklagte Bauingenieur selbst bereits in einem Untersuchungsbericht aus dem Jahr 2001 geäußert und in der besagten Studie von 2003 noch einmal wiederholt, in der er die „Standfestigkeit dieser Konstruktion“ als „nicht mehr gegeben“ erachtete.²⁰ Gleichwohl wurde auch in diesem Bereich des Hallenkomplexes in der Folgezeit nichts unternommen. Schließlich leiteten die städtischen Behörden ebenfalls keine weiteren Untersuchungen ein, nachdem 2005, d.h. ein Jahr vor dem Unglück, Teile des Vordaches der die beiden Gebäudeteile verbindenden Eingangshalle heruntergefallen waren, obwohl die Studie des angeklagten Bauingenieurs im Jahr 2003 auf Grund der von ihm festgestellten Mängel bereits den „Ersatz des gesamten Vordaches“ eingefordert hatte (vgl. das Urteil des LG Traunstein unter B. IV. 2. b).

Das LG geht zu Recht von einer sorgfaltswidrigen Begutachtung durch den angeklagten Bauingenieur aus. Eine Ferndiagnose mittels Teleobjektiv sei ungeeignet gewesen, da auf diese Weise kein zuverlässiger Eindruck über die vorhandenen Mängel der Dachträger gewonnen werden könne. Allerdings ist für die Bewertung der Pflichtwidrigkeit zu beachten, dass der Gutachter bei einer angemessenen – „handnahen“ – Untersuchung keineswegs etwa eine „akute Einsturzgefahr“ diagnostiziert hätte, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorhanden gewesen ist, sodass „ein sofortiges Handeln“ der Stadt ohnehin nicht erforderlich gewesen sei (C. IV. 3. a). Eine zutreffende Einschätzung des schlechten Zustands des Hallendaches hätte allenfalls zusätzlichen Prüfungsbedarf anzeigen und zu weiteren Untersuchungen Anlass geben können. Außerdem wird im Urteil betont, dass der Auftrag der Studie lediglich auf eine reine Bestandsaufnahme beschränkt gewesen sei, um eventuell erforderliche Sanierungskosten abschätzen zu können; das Gutachten sollte sich aber ausdrücklich nicht auf die „Tragfähigkeit der Dachkonstruktion“ der Halle beziehen, da von dem Bauingenieur „keine eigentliche Standsicherheitsuntersuchung gefordert“ wurde (C. IV. 2. d) und eine solche „auch nicht gewollt“ war (B. IV. 2. e). Demnach wollten die Stadtverantwortlichen gar nichts über die Tragfähigkeit und Standsicherheit des Hallendaches wissen. Daher habe der Bauingenieur auch keinen Einblick in die „statischen Unterlagen der Dachkonstruktion“ erhalten (C. IV. 2. d) cc), deren Einsicht jedoch beispielsweise für Aussagen über die Tragfähigkeit des Gebäudekomplexes oder über die Belastungsgrenze des Daches bei Schneefällen notwendig gewesen wäre. Dementsprechend ließen sich aus der erstellten Studie nicht etwa Informationen darüber entnehmen, welche Schneemenge kritisch werden könnte und wann das Flachdach der Halle eventuell von darauf liegendem Schnee geräumt werden müsste. Deswegen hat das Gutachten des Bauingenieurs für die Frage der Räumung keine Rolle spielen können (vgl. dazu noch unten Text zu Fn. 26). Eine genauere Überprüfung der Standsicherheit hätte im Übrigen statt des von dem Bauingenieur pauschal veran-

¹⁶ Vgl. das Zitat aus der Studie im Ur. des LG Traunstein unter B. IV. 2. e); ebenfalls zitiert vom BGH NJW 2010, 1087 (1089).

¹⁷ Vgl. dazu LG Traunstein, Ur. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter B. IV. 2. d) und C. IV. 3. c); s.a. BGH NJW 2010, 1087 (1088).

¹⁸ S. dazu LG Traunstein, Ur. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter B. IV. 2. f); BGH NJW 2010, 1087 (1089).

¹⁹ So LG Traunstein, Ur. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter C. IV. 3. g).

²⁰ Vgl. LG Traunstein, Ur. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter B. IV. 2. b), das aus der Studie von 2003 zitiert; s.a. C. IV. 3. d) sowie BGH NJW 2010, 1087 (1088).

schlagten Betrages i.H.v. 3000 € brutto „mindestens das Zehnfache des vorliegenden Auftragsvolumens ausgemacht“.

All das musste bei der Bemessung der Gutachterpflicht berücksichtigt werden. Gleichwohl ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Bauingenieur trotz seines beschränkten „Untersuchungsauftrages [...] verpflichtet gewesen wäre, die Dachkonstruktion handnah zu untersuchen“; insbesondere habe er in seiner Studie „nicht formulieren dürfen, dass die Tragkonstruktion des Dachwerks in Ordnung sei und sich in einem guten Zustand befinde“ (C. IV. 2. d) aa). In dieser unzutreffenden Bescheinigung eines guten Zustands, in der sich ein positives Tun als möglicher Ansatzpunkt für eine strafrechtliche Prüfung andeutet, haben die Traunsteiner Richter aber nicht das eigentlich strafrechtsrelevante Verhalten des Bauingenieurs erblickt. Für sie ist der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“, nach dem die Rechtsprechung regelmäßig die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen trifft,²¹ vielmehr darin zu suchen, dass er „es unterlassen hat, die Dachträger näher zu untersuchen und in der Folge dessen der Stadt zu weitergehenden Untersuchungen zu raten“ (C. IV. 3.). Das heißt, nicht in der Abgabe einer letztlich unwahren Aussage über den angeblich guten Zustand der Deckenkonstruktion, sondern in dem Unterlassen einer ordnungsgemäßen – „handnahen“ – Untersuchung und dem auf Grund dessen nicht erteilten Anraten weiterer Begutachtungen, liege die Pflichtwidrigkeit des Gutachters.

Aber ganz unabhängig von der konstatierten Pflichtwidrigkeit dieses Unterlassens sei auf Grund der bis zum Unglückszeitpunkt gezeigten Belehrungsresistenz der Stadtverwaltung ohnehin nicht mit hinreichender Sicherheit erwiesen, dass eine durch eine fachgerechte „handnahe“ Untersuchung gewonnene zutreffende Aussage über den wahren Mangelzustand der Dachkonstruktion zu einer das Unglück verhindernden Maßnahme auf Seiten der Stadt geführt hätte; zumal wegen der zu diesem Zeitpunkt (2003) noch nicht bestehenden Einsturzgefahr kein dringender Handlungsbedarf bestand. Was eine angemessene Untersuchungsmethode und eine daraus folgende zutreffende Einschätzung des Dachzustandes allenfalls hätte auslösen können, wäre eine Veranlassung weiterer Prüfungen, nicht etwa die sofortige Schließung der Halle bzw. eine zuverlässigere Einschätzung der erforderlichen Räumung des Daches bei schneebedingter Überlastung. Gerade hieran seien nach den bis dahin gemachten Erfahrungen im Umgang mit entsprechenden Hinweisen aber begründete Zweifel angebracht, denn die Verantwortlichen der Stadt hatten bewusst nur ein Bestandsgutachten in Auftrag gegeben, wohl wissend, dass eine genauere Standsicherheitsuntersuchung für eine zuverlässige Einschätzung erforderlich gewesen wäre. Daher sei der Angeklagte „aus tatsächlichen Gründen freizusprechen“, da sich das Gericht „nicht davon überzeugen konnte, dass der tatsächlich eingetretene Erfolg bei pflichtgemäßem Handeln [...] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre“ (unter C. IV.). Grundlage für die Zweifel an dem erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang sei die Vorstellung

eines „fiktiven Geschehensablaufs“, wonach zu fragen wäre, wie sich die Verantwortlichen im Falle des erteilten Rates zu näheren Untersuchungen „tatsächlich verhalten hätten“ und nicht etwa, wie sie sich „hätten entscheiden müssen“. Mit dieser Formulierung wendet sich das Landgericht ausdrücklich gegen eine Beurteilung „nach normativen Kriterien“, die der BGH z.B. in Fällen einer Kollegialentscheidung (wie z.B. in den berühmten „Lederspray“-Urteil [BGHSt 37, 106] bzw. der „Politbüro“-Entscheidung [BGHSt 48, 77]), bei der mehrere pflichtwidrige Untätigkeiten gleichstufiger Garanten bestehen, anwende. Anders als in den genannten BGH-Entscheidungen sei im vorliegenden Fall daher nicht danach zu fragen, ob die normativ richtige Konsequenz aus einer fachgerechten Untersuchung hätte gezogen werden müssen, denn diese Frage führe notwendig zu der Annahme einer pflichtgemäßen Folgehandlung.²² Maßgeblich sei vielmehr allein, ob mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könne, dass die für die Einleitung weiterer Untersuchungen zuständigen Personen bei der Stadtverwaltung (das LG benennt alternativ die Leiterin des Bauamts und den damaligen Oberbürgermeister), diese auch wirklich in die Wege geleitet hätten; nicht das Gesollte in Folge einer richtigen Begutachtung, sondern das hinreichend feststellbare Sein sei fraglich. Eine solche Feststellung zu treffen, sah sich das LG Traunstein indes nicht in der Lage, da der tatsächlich in Erfahrung gebrachte Umgang der Verantwortlichen mit den reichlich vorhandenen Warnhinweisen (z.B. bzgl. des Schwimmbades und der Vorhalle) es nicht gerade wahrscheinlich erscheinen lasse, dass der Rat zur näheren Prüfung der Standsicherheit der Eishalle wirklich befolgt worden wäre (C. IV. 5.).

c) Das Urteil des BGH

Nach den von der Staatsanwaltschaft und sechs Nebenklägern eingereichten Revisionen hat der *I. Senat* des Bundesgerichtshofs den Freispruch des Bauingenieurs aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen. In seiner rechtlichen Würdigung setzt der BGH zunächst bei dem Unterlassensvorwurf des LG an und bemüht sich sogar um die Begründung einer Garantenstellung, auf die das erstinstanzliche Urteil nicht eingegangen ist, da dort bereits der Pflichtwidrigkeitszusammenhang verneint wurde und entsprechende Ausführungen nicht mehr für nötig erachtet wurden. Die Bundesrichter wollen in der Erstellung des Bestandsgutachtens eine „von der Stadt übernommene – abgeleitete – Garantenstellung gegenüber der Allgemeinheit“ sehen, denn auch in dem beschränkten „Rahmen des Umfangs seines Prüfauftrags hatte er alles zu tun, um mögliche Gefahren für Leib und Leben der Besucher der Eissporthalle zu vermeiden“, da die „vertragliche Übernahme“ der Untersuchung „eine Schutzfunktio-

²¹ Vgl. etwa BGHSt 6, 49 (59); BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ 2003, 657; BGH NStZ-RR 2006, 174 (175).

²² So etwa BGHSt 48, 77 (95): „Die Beurteilung der ‚Quasi-Kausalität‘ des Unterlassens erfolgt allein nach normativen Kriterien. In diesem Zusammenhang ist rechtmäßiges Verhalten der parallelen Garanten zu unterstellen; denn das Recht hat von der Befolgung seiner Regeln auszugehen.“

on gegenüber der Allgemeinheit“ begründe (BGH NJW 2010, 1087 [1090 f.]).²³

Der *Senat* teilt sogar die Einschätzung des Landgerichts bzgl. der fehlenden Vergleichbarkeit der vorliegenden Situation mit den Urteilen zu den Kollegialentscheidungen der BGH-Rechtsprechung.²⁴ In den (oben im Text zu Fn. 23 genannten) Gremienfällen ging es nämlich darum, pure Mutmaßungen über eventuell pflichtwidriges Parallelverhalten der Mitglieder eines Kollektivorgans selbst im Falle einer pflichtgemäßen Handlung einer der Beteiligten abzuwenden, da sich niemand auf die vermeintliche Pflichtwidrigkeit anderer stützen dürfe, um nicht für die eigene Pflichtvergessenheit haften zu müssen. Dabei waren die jeweiligen Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder für die Gremienentscheidung real wirksam und diese Wirksamkeit sollte nicht durch fingierte Alternativabstimmungen ersetzt werden. Im Unterschied dazu gilt es im vorliegenden Fall zunächst erst noch zu klären, ob das alleinzuständige Amtsorgan die eigene Entscheidung über eine Anordnung weiterer Untersuchungen faktisch von dem Votum des vorgelegten Bestandsgutachtens abhängig gemacht hat – und dies in Anbetracht der Erkenntnis, dass es trotz anderer Warnhinweise auch sonst untätig geblieben ist, d.h. insoweit der eigenen Prüfungsverpflichtung tatsächlich nicht nachgekommen ist. Insoweit steht – anders als in den Gremienfällen – die pflichtwidrige Untätigkeit bereits fest und muss nicht erst als alternativer Geschehensablauf konstruiert werden. Zudem ist hier noch zu beachten, ob es nicht gerade Teil einer möglichen Pflichtwidrigkeit der Stadtverwalter sein kann, sich auf das durch einen von vorneherein von ihnen selbst nicht hinreichend dimensionierten Prüfauftrag verfasste Gutachten zu stützen (dazu unten 2. b).

aa) Zu vermeintlichen Darstellungsmängeln

Allerdings wollen die BGH-Richter die Zweifel ihrer Kollegen am LG Traunstein nicht teilen, die diese bzgl. der Wahrscheinlichkeit hegten, die Verantwortlichen der Stadt hätten ebenso wie auf die übrigen Hinweise auch auf die in fachgerechter Weise ausgeführte Untersuchung und einem entsprechend zutreffend formulierten Bericht vermeintlich ohnehin nicht auf den angezeigten Prüfungsbedarf reagiert. Denn im Vergleich zu vorherigen Hinweisen auf die Notwendigkeit spezieller Fachgutachten zur Standsicherheit, die eher allgemein und abstrakt gegeben worden seien, wären von dem Bauingenieur „bei ‚handnah‘ Untersuchung [...] signifikante, konkret auf Gefahr hindeutende Erscheinungen an Trägerelementen der Dachkonstruktion der Eissporthalle entdeckt“ worden; entsprechend konkretisierte Mitteilungen über „handnah“ festgestellte Mängel in einem ordnungsgemäß verfassten Gutachten hätten demnach als qualifizierte „Alarmsignale“ verstanden werden können, die dann womöglich nicht so leicht von den Stadtoberen übergangen worden

wären. Dies lasse eine positive Reaktion der Verantwortlichen im Hinblick auf die Veranlassung von Zusatzuntersuchungen nicht ganz so unwahrscheinlich erscheinen. Es sei daher rechtsfehlerhaft, allzu hohe Anforderungen an die Feststellung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zu stellen. Insbesondere erweise es sich sogar als „durchgreifender Darstellungsmangel [...], dass sich die Strafkammer nicht damit auseinandergesetzt hat, ob die Stadt bei einer Mitteilung der [...] konkreten auf eine potentielle Gefahrenlage hinweisenden Mängel im Tragwerk des Daches der Eissporthalle nicht wenigstens für den Fall höherer Schneelasten vorsorglich mit einer Begrenzung des Betriebs bzw. der Veranlassung früherer Räumung des Daches reagiert hätte“ (BGH NJW 2010, 1087 [1091]).

Diese beiden vorgebrachten Einwände des BGH sind freilich in Anbetracht der sehr ausführlichen Begründungen des Urteils des Landgerichts kaum nachvollziehbar. Zunächst ist die Gegenüberstellung von den bis dahin angeblich nur abstrakten Warnhinweisen, die sich aus den früheren Stellungnahmen ergeben haben sollten, und den vermeintlich konkreten Alarmsignalen, die einer aus einer angemessenen Überprüfung resultierenden Studie zu entnehmen gewesen wären, äußerst schief. Auch die vorherigen Hinweise auf einen zusätzlichen eingehenden Prüfungsbedarf, waren nämlich keineswegs nur pauschal, wie der BGH anzunehmen scheint. So stand etwa die von den städtischen Verantwortlichen letztlich ignorierte Forderung nach weiteren Untersuchungen der Schwimmbadkonstruktion, die ein Architekt im Jahr 2004 vorbrachte, im Kontext der Prüfungen für ein Sanierungsgutachten, das von der Stadt in Auftrag gegeben worden ist und in dem konkrete Mängel aufgezeigt wurden. Ebenso wenig nur abstrakt ist die deutliche Anzeige von Handlungsbedarf bzgl. der „Erneuerung der kompletten Eingangsbereiche der Eislauf- und Schwimmhalle“ sowie der fehlenden „Standfestigkeit“ der „Dachkonstruktion in der Badehalle“ (s. dazu oben Text zu Fn. 17 ff. m.w.N.), die aus eben jener Studie des angeklagten Bauingenieurs aus dem Jahr 2003²⁵ hervorgeht, die auch die fatale Fehleinschätzung über den angeblich guten Allgemeinzustand der Eishalle enthält; diese Studie regt diesbezüglich nicht etwa nur erforderliche Anschlussuntersuchungen an, sondern umfasst ganz konkrete Vorschläge (z.B. das marode Vordach, das 2005 schließlich teilweise einstürzte, komplett zu ersetzen).

Ein vermeintlicher Mangel an Konkretetheit der übrigen Warnungen und der daraus folgenden Forderungen nach spezielleren Fachuntersuchungen lässt sich demnach nicht als Einwand gegen die Zweifel des Landgerichts an einer möglichen Ignoranz der Stadtverwaltung im Falle einer ordnungsgemäßen Prüfung und eines zutreffenden Prüfberichts vorbringen. Eher noch müsste in der Neuauflage des Strafverfahrens gegen den Bauingenieur eindringlicher danach gefragt werden, ob von dessen Studie überhaupt je ein Verantwortli-

²³ Vgl. dazu und zum Folgenden auch *Jäger* (Fn. 3), Rn. 366c.

²⁴ Kritisch hierzu *Puppe*, JR 2010, 357; *Kahrs*, NStZ 2011, 14 (15/18), die durchaus Parallelen zwischen beiden Fallgestaltungen sehen.

²⁵ Der BGH NJW 2010, 1087 (1088) weist das in LG Traunstein, Urt. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter B. IV. 2. b) wiedergegebene Zitat fälschlich einem anderen Kurzugutachten des angeklagten Bauingenieurs aus dem Jahr 2001 zu.

cher bei der Stadt hinreichend Notiz genommen hat oder ob sie eventuell sogleich in irgendeiner „Schublade“ verschwunden ist. Die gemachten Erfahrungen im Umgang mit den in dieser Studie angezeigten Renovierungsmaßnahmen weigern sich jedenfalls, überhaupt für deren Beachtung auszusagen, denn es ist nicht bloße Spekulation, sondern traurige Realität, dass die dort geäußerten Warnungen bzgl. der Bau-fälligkeit der genannten Bereiche des Gebäudekomplexes ignoriert worden sind; dabei waren die aufgezeigten Mängel der Schwimmbaddeckenkonstruktion und des Vordaches hinreichend gefährträchtig, um ein sofortiges Tätigwerden der Stadtverantwortlichen auszulösen.

Dass der BGH in dem zweiten der aufgeführten Kritik-punkte das Urteil des Landgerichts sogar für lückenhaft hält, mag daran liegen, dass er die dortige Darstellung wohl sei-nerseits nicht durchweg „handnah“ untersucht hat. Andern-falls hätte den BGH-Richtern nämlich auffallen müssen, dass sich den Ausführungen des LG sehr wohl eine Antwort auf die Frage entnehmen lässt, ob sich aus einem inhaltlich kor-rekt verfassten Bestandgutachten andere Rückschlüsse auf die maximale Schneebelastung der Halle und damit auf den Zeitpunkt der Dachsäuberung hätten ziehen lassen. Die Stu-die des Bauingenieurs hat für die Frage, bei welcher Schnee-menge das Dach geräumt werden müsste, nämlich keine Rolle gespielt und hätte sie auch weder spielen können noch dürfen, selbst wenn sie nach fachgerechter Prüfung zutref-fende Aussagen über den Allgemeinzustand der Eishalle enthalten hätte. Für eine Bemessung der entsprechenden Belastbarkeit des Hallendaches wäre nämlich in jedem Fall eine Einsicht in die statischen Unterlagen des Gebäudes not-wendig gewesen, die der Bauingenieur jedoch nicht erhalten hatte und zu der er – wie das Landgericht ausführlich und gut nachvollziehbar dargestellt hat²⁶ – im Rahmen seines Prüf-auftrages auch nicht verpflichtet gewesen ist. Nur nach einer eingehenden Analyse der Standsicherheit, zu der eine Über-prüfung der von Anfang an fehlerhaft berechneten Statik gehört hätte, wäre eine Neuberechnung der Lastannahme möglich gewesen, aus der sich der Räumungsbedarf ablesen ließe. Dann erst hätte auch auffallen können, dass auf Grund der falschen statischen Berechnungen des damaligen Baulei-ters schon zu Beginn ein unzureichender Faktor der Bauteil-sicherheit dieses Gebäudeteils bestanden hatte, der nach 30jähriger Betriebszeit bis zu einem bedenklichen Wert (un-ter Faktor 1) gesunken war.

Für die Frage, wann das Dach nach heftigen Schneefällen geräumt werden sollte, hatte sich das Betriebspersonal stets auf einen handgeschriebenen „Zettel aus einer Statik“ verlas-sen, „auf dem ein Wert für die Schneelast mit 175 kg/m² beziffert“ war (der freilich ebenfalls unzutreffend gewesen ist, da bei einer richtigen statischen Berechnung lediglich 150 kg/m² bzw. nach Einbau der Abluftanlagen nur noch 145 kg/m² als Schneelastannahme hätten unterstellt werden dür-fen²⁷). Erst bei einer drohenden Überschreitung dieser kriti-

schen Marke sollte das Hallendach vom Schnee befreit wer-den. Da der Betriebsleiter am Einsturztag jedoch lediglich eine Schneelast von 166 kg/m² ermittelt hatte, hielt er dies nach Maßgabe des erwähnten „Zettels“ noch für unbedenk-lich; erst die Erwartung weiterer Schneefälle hat die geplante Schließung der Halle ab 16 Uhr sowie die Planungen für eine Schneeräumung veranlasst (B. I. 3.). Soweit folglich der BGH davon ausgegangen sein mag, dass die von dem ange-klagten Bauingenieur erstellte Studie für die Frage eines schneebedingten Räumungszeitpunktes hätte relevant sein können, kann er nicht auf eine angebliche Darstellungslücke im Urteil des Landgerichts aufmerksam machen, sondern offenbart lediglich die eigene mangelhafte Lektüre der Ur-teilsgründe.

bb) Zur Begehungsform: Tun oder Unterlassen?

Neben der Offenbarung einer angeblichen Darstellungslücke bringt der BGH noch eine Überlegung ins Spiel, die geeignet sein soll, die bisherige Annahme eines Unterlassens ins Wan-ken zu bringen. Der *Senat* hält es nämlich nicht für ausrei-chend geklärt, weshalb sich der Bauingenieur in seiner Studie überhaupt „ausdrücklich positiv zur Tragfähigkeit“ der Halle geäußert hat, obwohl er die „Standfestigkeit und die Trag-kraft der Dachkonstruktion“ gar nicht ermittelt habe und dies auch nicht ermitteln sollte, weil dies „außerhalb des Auf-trags“ lag. Dahinter könnte – so die Vermutung des BGH, die *Ingeborg Puppe* treffend als unzulässigen Griff nach „gera-dezu ungeheuerlichen Verdächtigungen“ bezeichnet hat²⁸ – eine gemeinsame stillschweigende Interessenübereinkunft zwischen den Personen im zuständigen Amt und dem Bauin-genieur stecken, denn die „Verantwortlichen der Stadt könn-ten die positive Aussage zum Tragwerk der Halle in der ‚Stu-die‘ [...] als willkommenen – nur scheinbar – tragfähigen und bewusst nicht hinterfragten Freibrief dafür genommen haben, weiterhin keine ernsthaften Aktivitäten zur Abwehr von Ge-fahren zu entfalten“; der Bauingenieur wiederum – so die Unterstellung des BGH – habe möglicherweise „mit seiner positiven Äußerung in seiner Studie [...] der Erwartungshal-tung seitens der Verantwortlichen der Stadt entsprechen“ wollen. Aus dieser steilen These folgert der BGH, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit – entgegen der Annahme des LG – nicht im Unterlassen einer fachgerechten Unters-uchung sowie eines eindringlichen Hinweises auf das Erfor-dernis einer genauen Standsicherheitsprüfung, sondern „beim positiven Tun, der Abgabe dieser Erklärung liegen“ könnte, die der Dachkonstruktion einen guten Zustand attestierte. Wer sich positiv äußert, tut etwas positives und unterlässt nicht nur. Falls sich dieser Verdacht bestätigen sollte, so mutmaßt der *Senat* weiter, wären auch die Zweifel hinsicht-lich der Kausalität der Pflichtwidrigkeit zerstreut, denn so-bald in der Abgabe der unzutreffenden Erklärung ein positives Tun gesehen werde, könnte sich dessen „Ursächlichkeit für die Untätigkeit der Stadt und in der Folge für den Einsturz

²⁶ Vgl. LG Traunstein, Urt. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter C. IV. 2., besonders Unterpunkt d) cc).

²⁷ Vgl. LG Traunstein, Urt. v. 18.11.2008 – 2 KLS 200 JS 865/06, unter C. I.

²⁸ *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, 28/16; *dies.*, JR 2010, 356.

und für den Tod sowie die Verletzungen der Besucher [...] geradezu aufdrängen“ (BGH NJW 2010, 1087 [1092]).²⁹

Nun lässt der BGH freilich offen, wie ein positives Tun exakt hergeleitet werden könnte. Er belässt es vielmehr bei der vagen Andeutung, es könnte, vorausgesetzt die genannte Unterstellung treffe zu, eine „gemeinsame Verursachung“ und somit „Nebentäterschaft“ im Verhältnis der Untätigkeit der „Verantwortlichen der Stadt“ und „einer Fahrlässigkeitstat des Angeklagten vorliegen“, unter Umständen dürfte auch „Mittäterschaftliche Verursachung“ angenommen werden, falls sogar „bewusstes Zusammenwirken festzustellen wäre“ (a.a.O.). Mit solch düsteren Ahnungen gerät die Handlungsbeschreibung der Beteiligten beinahe in den Bereich einer vorsätzlichen Tötung, da bei der angenommenen Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Dachkonstruktion im Fall anhaltender Untätigkeit wohl alle damit rechnen mussten, dass das Hallendach früher oder später zusammenbrechen musste und dann tödliche Verletzungen wahrscheinlich wären. Dem Bauingenieur wird im Grunde ein Handeln wider besseres Wissen bzgl. des tatsächlichen Zustands des Hallendaches unterstellt, wenn seine unzutreffende Zustandsbeschreibung als bewusst falsche positive Bewertung ausgelegt wird.

Abgesehen davon, erweist sich der Verdacht des BGH für seine Annahme eines positiven Tuns und dessen Kausalität für den Erfolg als kontraproduktiv. Wenn nämlich die „Verantwortlichen der Stadt“ in dem Gutachten nur einen von ihnen selbst in Auftrag gegebenen „Freibrief“ für das weitere Untätigbleiben gesucht hätten, dann müsste diese Inaktivität im Grunde wohl unabhängig von der Studie bereits beschlossene Sache gewesen sein, denn die Unrichtigkeit der behaupteten Zustandsbeschreibung dürfte dann bei allen Beteiligten als bekannt unterstellt werden. Wer die Wahrheit ohnehin nicht hören möchte, der kann sich durch falsche Angaben nicht bestätigt fühlen. Die Stadt wollte den Zustand der Halle gar nicht genau ermittelt wissen, da sie diesbezüglich ohnehin nichts tun wollte. Ein bloßes Gefälligkeitsgutachten wäre bei dieser Lesart am ehesten noch mit einer zugesagten Alibiveranschaffung vergleichbar, deren Erklärungswert erst eingreift, wenn etwas schief gegangen ist, und dann könnte diese Leistung allenfalls noch als Beihilfehandlung angesehen werden,³⁰ die nur in der Außendarstellung wirksam sein könnte,

²⁹ Im Ergebnis ebenfalls für positives Tun, wenngleich mit anderer Begründung und „ohne diese Verdächtigungen“: *Puppe*, JR 2010, 356 f.; *dies.* (Fn. 28), 28/14 ff.; wohl auch *Jäger* (Fn. 3), Rn. 366c; *Stoffers*, Der Sachverständige 2010, 262; *Kudlich*, JA 2010, 553, der allerdings die entsprechenden „Ausführungen des Senats“ als „nicht recht klar“ bezeichnet (554). Vorsichtige Kritik an der Annahme positiven Tuns äußert *Kühl*, NJW 2010, 1093.

³⁰ Zu der umstrittenen Fallgruppe einer „vorgeleisteten Strafreitelung“, die z.T. als psychische Beihilfe gezählt wird: vgl. etwa *Otto*, (Fn. 10), § 22 Rn. 56; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 201 jeweils m.w.N.; den Begriff prägend *Claf*, in: *Spendel* (Hrsg.), Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, 1966, S. 117, der dies freilich noch eine „vorgeleistete (persönliche, Anmerkung des Verf.)

intern jedoch keine Auswirkung auf den schon feststehenden Beschluss zum Unterlassen der erforderlichen Baumaßnahmen gehabt haben.

Schließlich würde unter dieser Voraussetzung auch fraglich, ob überhaupt noch von einer Pflichtwidrigkeit des Gutachters gesprochen werden kann, weil er jedenfalls nicht mehr gegen eine vertragliche Pflichtübernahme zur Fertigung einer inhaltlich korrekten Bestandsstudie verstoßen hätte, von der der BGH zunächst ausgehen wollte. Die Herleitung einer solchen vertraglichen Übernahme ist nicht nur für eine Begründung einer Garantenstellung, d.h. für ein möglicherweise strafbares Unterlassen als solches relevant; die Frage, ob jemand Garant ist, kann nämlich auch für die Strafbarkeit positiven Tuns eine Rolle spielen, wenn die Pflichtwidrigkeit gerade auf der Einstandspflicht gegenüber fremden Rechten beruht.³¹ Gegenüber seinen Auftraggebern verhält sich ein Gutachter auch bei der Annahme eines positiven Tuns wohl nicht pflichtwidrig, wenn er deren eigene Erwartungen durch unrichtige Behauptungen erfüllt, deren Unrichtigkeit gerade bekannt ist. Nach dieser Deutung hätte die Stadt – entgegen der oben (Text vor Fn. 25) wiedergegebenen Vermutung des BGH – ihre Schutzpflichten gegenüber der Allgemeinheit nicht einmal teilweise an den Gutachter abtreten können. Wer nur einen „Freibrief“ verfassen soll, wird nicht schutzpflichtig gegenüber Dritten.

2. Zurechnungsprobleme bei „psychisch vermittelter Kausalität“

Eine genauere Herleitung des positiven Tuns wäre indes nicht zuletzt deshalb nötig, weil es sich bei der in Frage kommenden Erklärung lediglich um einen kommunikativen Akt handelt, bei dem es wichtig ist zu klären, auf welche Weise eine bloß geistige Form des Tuns zu einer realen Schädigung vermittelt wird. Anders als viele primär physische Tätigkeiten, durch die naturgesetzlich bestimmbare Verläufe begonnen werden oder in diese wirksam eingreifen, sind kommunikative Akte nämlich notwendig auf Vermittlungshandlungen (oder -unterlassungen) angewiesen, um reale Folgen zeitigen zu können, d.h. sie bewirken die Schädigung nicht selbst (quasi eigenhändig), sondern regen die eigentlich schädlichen Verhaltensweisen bloß an. Bei einer unvermittelten Betrachtung ergibt sich für den vorliegenden Fall zunächst nämlich nur Folgendes: im Jahr 2003 schreibt jemand einen falschen

Begünstigung“ genannt hat und sie für straflos hielt, da sie „in den Bereich der Beihilfe überhaupt nicht gehört“ (*Hervorhebung* im Original); ihm zustimmend *Schaffstein*, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, 1970, S. 182; differenzierend *Spendel*, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 177; kritisch auch *Charalambakis*, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 634 f.

³¹ Vgl. hierzu etwa *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 4), 26. Lfg., Stand: Juni 1997, Vor § 1 Rn. 72; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vorbem. zu §§ 13 ff. Rn. 101d jeweils m.w.N.

Satz in ein Gutachten und drei Jahre später stürzt das Dach einer Eissporthalle ein und begräbt zahlreiche Menschen unter sich, wobei 15 davon sterben. Außer vielleicht einem Zauberspruch wird man sonst wohl kaum einer mündlichen oder schriftlichen Aussage einen solchen todbringenden Effekt zuschreiben; dennoch behauptet der BGH mit seiner unvermittelten Annahme einer durch positives – kausales – Tun herbeigeführten fahrlässigen Tötung eine derartige Wirkung. Zwischen beiden Ereignissen klafft offenbar eine gewaltige Erklärungslücke, die geschlossen werden muss, ohne die kausale Wirksamkeit einer kommunikativen Beeinflussung einfach vorauszusetzen – zumal im vorliegenden Fall für den Schadenseintritt keine Aktivitäten, sondern allenfalls Unterlassungen als strafrechtsrelevante Verhaltensweisen von Dritten in Betracht kommen soll. Begründet werden müsste daher ein Tun, das kausal zur „Quasi-Kausalität“³² des Unterlassens anderer beigetragen haben muss bzw. als eigener Kausalbeitrag durch diese hindurch gesehen werden kann.

a) *Fahrlässige Anstiftung als Täterschaft?*

Die typische Möglichkeit, Rechtsverletzungen durch Kommunikation mit zu bewirken, ist die Anstiftung. Danach muss die Tat des einen durch einen anderen bestimmt werden, worunter häufig die Hervorrufung des Tatentschlusses verstanden wird.³³ Dies kann primär³⁴ durch die kommunikative Beeinflussung eines anderen geschehen. Die Entscheidung der Stadtverantwortlichen, das Dach der Eissporthalle nicht rechtzeitig zu sanieren oder zumindest angemessene Regeln zur Schließung bzw. Räumung bei Schneefall zu erlassen, könnte rein objektiv betrachtet durch die Behauptung eines vermeintlich guten Allgemeinzustandes in einem ganz weit verstandenen Sinne „bestimmt“ worden sein, wenn man keine großen Anforderungen an den Aufforderungscharakter eines entsprechenden „Bestimmens“ anstellt. Allerdings ist in subjektiver Hinsicht nicht davon auszugehen, dass gerade dieser Entschluss zur Untätigkeit und dessen Folgen durch den besagten Satz bewusst und gewollt hervorgerufen werden sollten; zudem ist die Entscheidung auf Seiten der Stadt, nicht als vorsätzliches Unterlassen im Hinblick auf den eingetretenen Todeserfolg zu betrachten. Insofern geht es allenfalls um die Abfolge zweier möglicher Fahrlässigkeiten: sowohl des vermeintlich Bestimmenden als auch der eventu-

ell Bestimmten. Nun mag es durchaus sein, dass eine fahrlässig bewirkte Anstiftung – entgegen einer oft anzutreffenden Behauptung³⁵ – begrifflich an sich keineswegs unmöglich ist,³⁶ doch ist sie als solche nach geltendem Recht jedenfalls nicht strafbar. Nach § 26 StGB kann nur der als Anstifter bestraft werden, der „vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat“. Keine dieser Voraussetzungen ist im vorliegenden Fall anzunehmen: hier geht es um eine fahrlässige Anstiftung zu einem fahrlässigen Unterlassen; kaum eine Konstellation deckt sich weniger mit den gesetzlichen Anforderungen.

Gerade im Fehlen des Vorsatzerfordernisses wird jedoch häufig eine Möglichkeit für die Zurechnung einer fahrlässigen Täterschaft gesehen; jedenfalls wird – wenn auch eher lapidar – darauf aufmerksam gemacht, dass eine an sich bestehende aber nicht strafbare unvorsätzliche Anstiftung als eine täterschaftliche Begehung zugerechnet werden könne.³⁷ Die Unvorsätzlichkeit in puncto der Hervorrufung des Tatentschlusses soll an dem Kausalbeitrag im Hinblick auf den

³² So bezeichnen bekanntlich die Rechtsprechung und die wohl herrschende Lehre das Bedingungsverhältnis zwischen Unterlassen und Erfolg vgl. z.B. BGHSt 48, 77 (93 f.) sowie die hier besprochene Entscheidung BGH NJW 2010, 1087 (1090 f.) m.w.N.; kritisch zu dieser Redeweise etwa Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, besonders S. 256 m. Fn. 45.

³³ Zu dieser Standarddefinition und einigen Varianten s. eingehend z.B. Krüger, JA 2008, 492 m.w.N.

³⁴ Ob es noch weitere – nicht kommunikative – Möglichkeiten des „Bestimmens“ gibt, ist bekanntlich umstritten: vgl. dazu den Überblick über den Meinungsstand zu diesem Streit bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2010, Problem 23 m.w.N. zu den hierzu vertretenen Ansichten.

³⁵ Vgl. in diesem Sinne beiläufig Kindhäuser (Fn. 3), § 38 Rn. 56; Rengier (Fn. 3), § 53 Rn. 1; Wessels/Beulke (Fn. 3), Rn. 659; früher schon ausführlich Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, S. 113; ders., Neues Archiv des Criminalrechts XIV, 1833, S. 454 f.; Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd. 2, 1840, S. 336 f. (vgl. aber ders., Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, Bd. 1, 1842, S. 439 Fn. 2, wo er eine entsprechende Konstellation als „Beispiel culposer Theilnahme“ erwähnt); Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Bd. 1, 1840, S. 430 Anm. **/432 f.; Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 270 f.; Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1855, S. 300 und S. 304 (nach dem Fahrlässigkeitsgrad differenzierend noch ders., Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 513); Langenbeck, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868, S. 147; Geyer, in: Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 1871, S. 322 (S. 338 f.); Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874, S. 153.

³⁶ So z.B. Jakobs (Fn. 4), 21/111 f.; M. Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 540; Hruschka, ZStW 110 (1998), 609; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, § 15 Rn. 73 ff. I.d.S. auch bereits Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1875, S. 225; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 393 ff.; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 168 u. 618; A. Köhler, Deutsches Strafrecht, 1917, S. 502; Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 392.

³⁷ I.d.S. etwa Jescheck/Weigend (Fn. 4), S. 687; Kühl (Fn. 4) § 20 Rn. 10/196 m. Fn. 321; Rengier (Fn. 3), § 53 Rn. 2; differenzierend Schlehofer, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 355, besonders 365 ff. jeweils m.w.N.; ebenso bereits Geyer (Fn. 35), S. 322 und 338 f; gegen eine solche Umdeutung grundsätzlich Hruschka, ZStW 110 (1998), 609.

eingetretenen Erfolg nichts ändern können.³⁸ Die versehentliche Veranlassung eines Handlungsentschlusses wirke unversehens im fremden Verhalten weiter. So wird im Bereich der Fahrlässigkeit in einer strafrechtsdogmatisch unmöglichen Teilnahme allzu rasch eine mögliche Täterschaft gesehen. Grund dafür ist die geringe Anforderung an ein Fahrlässigkeitsdelikt, denn für diese genüge es infolge einer Sorglosigkeit irgendeine Ursache für einen vorhersehbaren Schaden gesetzt zu haben. Die Zurechnung einer Fahrlässigkeitstat soll insoweit allein an dem „dürren Strang der Kausalbeziehung zum Erfolg“ hängen.³⁹ § 222 StGB setzt beispielsweise nicht mehr voraus, als dass der Tod eines Menschen „durch Fahrlässigkeit [...] verursacht“ worden ist; demnach kann prinzipiell jede fahrlässige Tätigkeit als Todesursache in Betracht kommen – also auch eine versehentliche Anstiftung, wenn darin eine Ursache für den Entschluss zu einer todbringenden Handlung oder Unterlassung gesehen werden kann. Da eine Wirkung viele Ursachen haben kann, kommen auch entsprechend viele fahrlässige Täter für einen Schaden in Betracht. Ein einmal gesetzter Kausalbeitrag kann dann unabhängig von hinzutretenden Faktoren wirksam bleiben. So soll es unbeachtlich sein, ob nach einer fahrlässigen Ersttat noch weitere vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen folgen, die den Schaden ihrerseits mit verursacht haben. Die aufeinander folgenden Tätigkeiten werden einfach wie die Glieder einer Kette aufgereiht und ergeben in ihrer Gesamtheit die zum Erfolg führende Ursachenreihe. Die deutschen Worte zur Umschreibung von Kausalität, „Ursache“ und „Bedingung“, verleiten geradewegs dazu, einen Kausalbeitrag als Sache oder Ding zu denken, die – sobald sie einmal in der Welt sind – als konstante bzw. kontinuierlich wirksame (raum-zeitlich identische) Substanz (oder zumindest als sich erhaltende Kraft oder Energie⁴⁰) vorgestellt und beobachtet werden.⁴¹

Allerdings bleibt fraglich, ob dies gleichermaßen auch für kommunikative Akte gelten kann, deren Wirkungsweise womöglich anders zu beurteilen ist als die typische Kausalität physisch wirksamer Tätigkeiten, die als sich naturgesetzlich ausbreitend dargestellt wird. Ein Wort müsste nicht gerade Fleisch aber doch gleichsam zu Materie werden, um in eine Ursache-Wirkungs-Kette eingereiht werden zu können, deren Endstück der tatbestandsmäßige Erfolg ist. Wenn überhaupt, so ist darin eine gegenüber der gewöhnlichen Naturkausalität zu unterscheidende Form der Verursachung zu sehen. Im Rahmen sprachlicher Interaktion wirkt etwa die Rede von wechselseitiger Meinungsverursachung unterkomplex; wenn

sich z.B. jemand den Argumenten eines anderen anschließt, so erscheint es ungereimt zu behaupten, die vorgebrachten Gründe hätten die Ansicht des anderen verursacht und wirkten nun als solche in einer anderen Person weiter. Begründungen lassen sich nicht wie Viren von einem Menschen zum anderen übertragen, denn sie breiten sich nicht nach naturgesetzlicher Bestimmtheit aus, sondern setzen die Einsicht des Überzeugten voraus. Meinungsbildung ist eine höchstpersönliche Angelegenheit, die sich nicht nach Naturgesetzlichkeiten berechnen lässt. Entsprechendes gilt auch für die Bildung von Handlungsentscheidungen, weshalb es zumindest undifferenziert ist, bei der Anstiftung das Bestimmen als schlichte Form der Verursachung des Tatentschlusses zu bezeichnen,⁴² so als ob der Ruf des Anstifters im Angestifteten wie die Schallwelle eines Echos selbständig weiterhallt. Es geht vielmehr um ein „Bestimmen zur Selbstbestimmung“;⁴³ die Anregung des Anstifters wird vom Handelnden aufgenommen und affirmativ zu einem eigenen Entschluss geformt; das Bestimmen des Anstifters führt nicht zu einem bloß passiven Bestimmtwerden des Angestifteten. Der Angestiftete übernimmt nämlich nicht einfach die Position des Anstifters, sondern nimmt selbst Stellung zu dessen Vorschlag. Nur so kann der Täter als Subjekt seiner Tat gedacht werden. Dann aber erscheint es unplausibel zu meinen, der Tod eines Menschen könne „durch“ die Fahrlässigkeit einer versehentlichen Anstiftung „verursacht“ werden, denn dies suggeriert gerade, dass das Bestimmen durch die selbstbestimmte Tat eines anderen hindurch als Ursache erhalten bleibt und als solches auf den Erfolg durchschlägt. Daher ist es fraglich, ob die Wendung des § 222 StGB, wonach jemand „durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht“ haben muss, auch die Fälle umfasst, in denen aus Versehen eine Entscheidung für ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten eines Dritten verbal veranlasst wird und jemand nur durch die Fahrlässigkeit eines Dritten hindurch wirksam geworden ist.

³⁸ S. hierzu auch schon *Luden* (Fn. 35 – Abhandlungen), S. 337 ff.

³⁹ So lautet eine markante Formulierung von *Armin Kaufmann*, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, S. 139; vgl. dazu auch *Struensee*, in: *Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz* (Hrsg.), *Recht – Wirtschaft – Strafe*, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 201.

⁴⁰ Zu diesem Kausalitätsverständnis ausführlich z.B. *Pérez-Barberá*, *ZStW* 114 (2002), 600 m.w.N.

⁴¹ Vgl. dazu – in anderen Zusammenhängen – *Stübinger*, *Das „idealisierte“ Strafrecht*, 2008, S. 369 ff. m.w.N.

⁴² Ebenso auch *Mayer*, in: *Hohenleitner* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigstem Geburtstag*, 1957, S. 256; *Puppe*, *GA* 1984, 101; *Joerden*, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, S. 113 f.; *ders.*, in: *Paeffgen u.a.* (Fn. 3), S. 568; *Hruschka*, *ZStW* 110 (1998), 591 jeweils m.w.N., auch zur Gegenmeinung. Früher schon *Langenbeck* (Fn. 35), S. 145 f. m. Fn. 2; *Horn*, *GS* 54 (1897), 368; *Ortmann*, *GS* 28 (1876), 82, der die Annahme der Ursächlichkeit der Anstiftungshandlung für den Erfolg sogar als „Fiction“ bezeichnet; ähnlich auch schon *Luden* (Fn. 35 – Abhandlungen), S. 354 f. und S. 437 f.

⁴³ So die treffende Wendung von *Hälschner*, *Das Preußische Strafrecht*, Bd. 2, 1858, S. 345. Ähnlich auch *Köstlin* (Fn. 35 – System), S. 299 f.; *Berner* (Fn. 35), S. 274; *Langenbeck* (Fn. 35), S. 145 f.; *Schütze*, *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, 1869, S. 245; *ders.* (Fn. 35), S. 152 Fn. 5; s.a. *Wachenfeld*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, S. 204.

b) Regressverbot?

Häufig wird die hier beschriebene Differenz zwischen den angedeuteten Formen des Verursachens oder Bedingens durch die Unterscheidung zwischen „physisch“ und „psychisch vermittelter Kausalität“ markiert.⁴⁴ Hierauf hatte *Frank* bekanntlich den von ihm geprägten Begriff eines Regressverbotes gestützt, wobei er über die letztgenannte Vermittlungsform als von „aus dem Gebiet der Ursachen ausgeschiedenen Vorbedingungen“ spricht.⁴⁵ Damit sollte eine deutliche Differenzierung zwischen bloßem (teilnehmenden) Bedingen und eigentlichem (täterschaftlichem) Verursachen getroffen werden. Das Tun des Teilnehmers wirkt nicht ursächlich in der Tat des Täters weiter, zumindest wenn der Beitrag in einem Rat besteht.⁴⁶ Ursache für einen tatbestand-

lichen Erfolg sollte vielmehr nur eine voll verantwortliche Tat genannt werden, die als frei gesetzt gilt und daher Fragen nach vorherigen Umständen oder anderen Voraussetzungen, die ebenfalls Tätigkeiten von Menschen sein können, abschneiden sollte. Was (im Strafrecht) Handlung genannt wird, mag in hochauflösenden Kausalanalysen als nicht entwirrbares Knäuel zusammenwirkender Bedingungen erscheinen, doch wird sie gleichwohl niemals nur als Summe ihrer bedingenden Voraussetzungen genommen, sondern als daraus emergierende Einheit. Nur so lässt sich menschliches Verhalten überhaupt als Ursache für einen Schaden bezeichnen; andernfalls wäre nur eine physikalisch oder physiologisch erklärable Abfolge von Körperbewegungen beobachtbar. Mit der freien Handlung soll gerade etwas Neues entstanden sein, das sich vom vorhergehenden Kausalgeschehen unterscheiden lässt. Dabei konnte sich *Frank* auf eine weit verbreitete Abgrenzung zwischen Ursachen und bloßen Bedingungen berufen,⁴⁷ die erst allmählich durch die Vorherrschaft der *conditio-sine-qua-non*-Formel und deren Gleichbehandlung sämtlicher bedingender Umstände verwischt worden ist. Trotz dieser Klarstellung, dass erst mit dem Entschluss und der Ausführung der Tat durch den Täter, die eigentliche Ursache für den jeweiligen Erfolg gesetzt werde, die den Rückgriff auf die übrigen Vorbedingungen entbehrlich mache, ist diese Lehre heute freilich in Verruf geraten, da hierin ein Verstoß gegen übliche Kausalannahmen vermutet wird, soweit dadurch vermeintlich ein normativ bestimmter Abbruch eines einmal begonnenen Kausalverlaufs behauptet werde, der indes nicht möglich sei. An die Stelle der Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung soll vielmehr eine undifferenzierte Gleichstellung (Äquivalenz) sämtlicher Wirkmechanismen treten; Differenzierungen werden dann erst auf systematisch später platzierten Zurechnungsstufen zugelassen. So wird eine vermeintlich (natur-)wissenschaftliche Kausalitätsfeststellung gegen eine als normatives Konstruieren entlarvte Zurechnung in Stellung gebracht.

⁴⁴ S. dazu *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 128 ff.; *Schulz*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 39 (S. 45 ff.); *Koriath*, Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität, 1988, S. 141 ff.; *ders.*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 507 ff.; *Rothfuß*, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 40 ff.; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 13 ff. Rn. 125 ff.; *dies.*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 149 ff. u. öfters; *Roxin* (Fn. 8), § 11 Rn. 31 f.; *Bosch*, in: Paeffgen (Fn. 3), S. 373 jeweils m.w.N.; s.a. schon *Horn*, GS 54 (1897), 321, der „Naturcausalität“ (330 ff.) und „psychische Causalität“ unterscheidet (362 ff.); noch früher wurde gelegentlich vorgeschlagen, dass derjenige, der bei einem anderen einen „gesetzwidrigen Entschluss bestimmt“, der „psychische, oder wenn man will der psychologische Urheber des Verbrechens genannt“ werde, während der Ausführende als „physischer Urheber“ bezeichnet worden ist: so *Ørsted*, Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie, Bd. 1, 1818, S. 182 f.

⁴⁵ *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, Anm. III.2.a) zu § 1 (S. 14 f.); vgl. dazu *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 77 ff.; *ders.*, in: Kaufmann (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 236; *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 5; *Roxin*, in: Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 178; *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 581; *Selzer*, Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe, 2008, S. 222 ff.

⁴⁶ Anders könnte man dies freilich sehen, wenn auch die „psychische Kausalität“ auf sie realisierende physikalische oder neurophysiologische Mikroprozesse reduziert werden soll, die sich als solche von einem zum anderen Körper übertragen und dort erhalten: in diese Richtung tendiert offenbar *Merkel*, in: Paeffgen (Fn. 3), S. 166, um eine mögliche Lösung des Problems „mentaler Verursachung“ anzudeuten; dann ist jedoch nicht mehr die Rede von (intentionalen) Handlungen, sondern nur noch von unbewusst ablaufenden Kleinstereignissen, die im Gehirn oder sonst wo stattfinden. Umfassend zur Diskussion über einen solchen universellen

Physikalismus zuletzt: *Esfeld/Sachse*, Kausale Strukturen, 2010, passim.

⁴⁷ S. etwa v. *Bar*, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871, S. 4 ff.; *Hälschner* (Fn. 36), S. 228 f.; s.a. *Pfizer*, GS 27 (1875), 549; *Ortmann*, GA 1875, 268; *Meyer* (Fn. 36), S. 187 ff.; *Birkmeyer*, GS 37 (1885), 263 (290 m. Fn. 34); *Horn*, GS 54 (1897), 321; *Kohler*, Leitfaden des Deutschen Strafrechts, 1912, S. 30 f.; *ders.*, GA 51 (1904), 327; *Wachenfeld* (Fn. 43), S. 88 ff.; vgl. auch v. *Liszt*, Das Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 76 ff., der diese Unterscheidung zwar eigentlich für unzutreffend hielt, da alle „Bedingungen [...] objektiv gleichwertig“ seien, sich aber dennoch zu ihrer Anwendung genötigt fühlte, da sie „kraft positivrechtlicher Anordnung“ verbindlich sei (S. 77 f.); zu der Differenzierung Ursache/Bedingung auch *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 162 ff.; *Selzer* (Fn. 45), S. 213 ff. jeweils m.w.N.; kritisch zu dieser Unterscheidung aber z.B. *Bünger*, ZStW 7 (1887), 103; *Haupt*, ZStW 15 (1895), 569; differenzierend *Merkel*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 118 ff., besonders 124 ff.

Im Grunde geht es freilich nicht darum, einen Rückgriff auf einmal gesetzte Bedingungen generell zu verbieten. Daher sollte man sich nicht hinter derart abstrakt formulierten Verbotsformeln verstecken.⁴⁸ Zu bestimmen sind je konkrete Verantwortungsbereiche des jeweils Tätigen (bzw. Untätigen); hierfür ist es mit der bloßen Feststellung von Ursächlichkeiten ohnehin nicht getan. Weder Handlungen noch Erfolge im strafrechtlichen Sinne sind natürliche Begebenheiten, die oder deren Zusammenhang sich mit einem naturalistisch gefassten Kausaldogma rechtsrelevant erklären lassen;⁴⁹ wer menschliches Verhalten auf physische Bewegungen reduziert, verzichtet gerade auf die Differenz zwischen Handlungen und Naturereignissen.⁵⁰ Die Klärung der Beziehung zwischen beiden ist vielmehr stets das Ergebnis von Urteilen, die im traditionellen Sinne Zurechnung (*imputatio*) genannt worden sind und das menschliche Handeln gerade durch den Bezug zu Normen aus dem Naturzusammenhang herausheben, wobei der Frage nach der Kausalität im Rahmen der alten Imputationslehre noch keine eigenständige Bedeutung zukam.⁵¹ Im Kontrast zu reinen (naturwissenschaftlichen) Kausalanalysen gilt es vielmehr, eine gebotene Umkehr der Zurechnungsrichtung vorzunehmen. Wenn bestimmte Ereignisse (Erfolge) auf Handlungen zurückgeführt werden, so gilt es, dies nicht schlicht im (unendlichen) Rekurs auf vorhergehende Zustandsveränderungen zu erklären, die alternativlos ablaufen und in denen das Handeln bzw. die entsprechende Körperbewegung nur als eine Bedingung unter vielen anzusehen ist. Menschliches Tun oder Unterlassen lässt sich vielmehr nur im Kontrast zu einem ungehindert gedachten Verlauf als Ursache bestimmen;⁵² jedenfalls stellt sich das Problem der Kausalität einer Handlung erst vor dieser Differenz.⁵³

⁴⁸ Ebenso *M. Köhler* (Fn. 36), S. 195, 540; für eine differenzierte Herangehensweise auch *Rudolphi* (Fn. 31), Vor § 1 Rn. 72.

⁴⁹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn man unter einer Handlung mehr als eine bloße Körperbewegung versteht, was bisweilen freilich geschieht: so z.B. *Bekker*, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Bd. 1, 1859, S. 243 ff., besonders S. 245: „Die Handlung reicht so weit wie die Bewegungen des Handelnden selber, alle durch diese herbeigeführten Bewegungen und Veränderungen von Außendingen fallen unter den Begriff des Erfolgs“.

⁵⁰ S. hierzu und zum Folgenden – auf der Grundlage der analytischen Sprachphilosophie – auch *Kindhäuser*, GA 1982, 487.

⁵¹ Diese Einsicht ist erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts unter dem Eindruck des Naturalismus verdrängt worden, der die Feststellung von Kausalität zwischen Handlung und Erfolg als zurechnungsfreie rein empirische Erkenntnis missverstanden hat und das Verhalten gerade als Stück Natur darstellt: vgl. zu dieser Wandlung der Imputationslehre zum sog. „klassischen Verbrechensbegriff“ ausführlich *Stübinger*, *Rechtswissenschaft* 2/2011, S. 154 ff., m.w.N.

⁵² I.d.S. auch *Wolff*, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, S. 9, 21, 28; s.a. *Kindhäuser*, GA 1982, 490; *Krüger*, in: v. Lübbe (Hrsg.), *Kausalität und Zurechnung*, 1994, S. 147, besonders 156 ff. Hier scheint der durchaus berechtig-

Dadurch lassen sich beispielsweise Töten und Sterben als Todesursachen unterscheiden: ein Verhalten ist nur deshalb als Tötungsakt zu bezeichnen, weil bei ungehindertem Fortgang das Weiterleben des Opfers unterstellt werden kann – demgegenüber stirbt jemand eines natürlichen Todes, dessen Leben auf Grund naturkausaler Prozesse (Alter, Krankheit, Naturkatastrophe etc.) endet.⁵⁴ Das Sterben wird entsprechend als (Natur-)Ereignis erlebt, insofern es als prinzipiell erkennbare und als solche unausweichliche Folge des Eintretens natürlicher Bedingungen erwartet werden konnte, während eine Tötung als Handlung zugerechnet wird, wenn durch das Einwirken einer Person der Tod eines Menschen in einer Situation eintrat, in der dessen Fortleben erwartet werden durfte.⁵⁵ Früher oder später muss jeder sterben, getötet werden soll hingegen niemand (grundsätzlich jedenfalls – von möglicherweise gerechtfertigten Tötungen einmal abgesehen). Diese Unterscheidung von Todesursachen hängt demnach von verschiedenen Formen von Erwartungen ab, die sich entweder auf das So-Sein oder auf das (Nicht-)Sein-Sollen eines Geschehens beziehen: eine Kausalanalyse erklärt das Erwartungsgemäße/Normale im natürlichen Verlauf, während etwas, das wider Erwarten/normwidrig eintritt, auf eine Ursache zurückgeführt wird, die als (Fehl-)Verhalten

te Kern der vielfach (und in mancher Hinsicht sicher auch nicht zu Unrecht) geschmähten Schrift von v. Bar (Fn. 47), S. 9 ff. zu ruhen, der einen Menschen (bzw. dessen Verhalten) dann als „Ursache einer Erscheinung“ betrachten wollte, „insofern er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmäßig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird“ (S. 11 – *Hervorhebungen* im Original); s.a. v. Bar (Fn. 36), S. 178 ff.; ähnlich v. Kries, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12 (1888), 195, der selbst auf die Übereinstimmung mit der Ansicht v. Bars hinweist (S. 238 ff.); v. Kries, *ZStW* 9 (1889), 531; s.a. die Differenzierungen von *Rümelin*, *AcP* 90 (1900), 177.

⁵³ S. dazu *Riehl*, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* 1 (1877), 365, der ganz allgemein zumindest die „Causalität im subjectiven Sinne“, die für ihn die „Forderung der Begreiflichkeit“ bzw. „die Maxime: zu schliessen“ umfasst, mit dem Eintritt von Ereignissen erklärt, die „im Widerspruch zu der gewohnten Aufeinanderfolge der Dinge und Vorstellungen stehen“ (373/372/379). Generell lassen sich Kausalurteile wohl nur fällen, wenn die Entwicklungstendenz des Faktors (Patiens), auf den von einem Agens eingewirkt wird, mit in Betracht gezogen wird: s. dazu *Dullstein*, *Verursachung und kausale Relevanz*, 2010, S. 70 ff. m.w.N.

⁵⁴ Zu den hier nur angedeuteten Formen unterschiedlicher Kausalerklärungen s. z.B. *Schottlaender*, *Ursprung – Ursache – Urheber* und andere Themen in philosophischer Neubefragung, 1989, S. 42 ff.; *Krüger*, *Neue Hefte für Philosophie* 32/33 (1992), 1 (besonders 6 ff.) jeweils m.w.N.

⁵⁵ Vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen Erleben und Handeln z.B. *Luhmann*, in: Lenk (Hrsg.), *Handlungstheorien interdisziplinär*, Bd. 2, 1978, S. 235; *ders.*, *Soziologische Aufklärung* 3, 2. Aufl. 1991, S. 60 ff.

einer Person zugerechnet werden kann.⁵⁶ Für die Zurechnung einer Handlung als Ursache eines Erfolges ist demnach nicht so sehr maßgeblich, ob die Welt anders wäre, wenn die Handlung hinweggedacht wird, sondern vielmehr, dass die Welt anders sein sollte als sie durch die Handlung geworden ist. Insofern spielt das Sollen bei der Handlungszurechnung stets eine entscheidende Rolle.⁵⁷ Es greift daher zu kurz zu behaupten: „Kausalität ist etwas Faktisches und kann daher nur vorliegen oder nicht vorliegen. Eine Einschränkung der Kausalität ist daher schon begrifflich ausgeschlossen“.⁵⁸ Sofern eine Handlung als Ursache eines Ereignisses zugerechnet wird, wird stets auch ein kontrafaktisches Moment vorausgesetzt, nämlich jener Soll-Zustand, der ohne den tätigen Eingriff des Handelnden erwartet werden durfte.⁵⁹

Das, was mit dem traditionellen Ausdruck „Regressverbot“ verbunden werden kann, ist demnach lediglich eine im Wortsinn geänderte Methode (methodos als das Nachgehen oder als Weg zu etwas). Während gewöhnlich ein als Ursache ausgemachtes Verhalten in den Blick kommt, deren Wirkmoment sich bis zum Schadenseintritt quasi unverändert erhält und nur dann von einer Unterbrechung gesprochen wird, wenn der begonnene Kausalverlauf durch einen anderen durchkreuzt bzw. überholt wird, soll in umkehrter Perspektive vom Schaden aus zunächst nur bis zur letztverursachenden Handlung geblickt werden. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis wird neu justiert: das Kausaldogma geht davon

⁵⁶ Grundlegend zu dieser Differenz von Erwartungen: *Gal-tung*, *Inquiry* 2 (1959), 213, der „*normative expectation or prescription*“ von „*cognitive expectation or prediction (where we [...] include postdiction)*“ unterscheidet (216 f. – *Hervorhebung* dort).

⁵⁷ Bevor das Problem der Kausalität als selbständiges Element im sog. „klassischen“ Verbrechensbegriffs aufgenommen worden ist, hatte die ältere Imputationenlehre diesem Umstand noch durch die Beziehung zwischen freier Handlung zu einem praktischen (moralischen, d.h. ethischen oder juristischen, im Gegensatz zu einem Natur-)Gesetz Rechnung tragen können: vgl. dazu *Stübinger*, *Rechtswissenschaft* 2/2011, bes. S. 163 ff. m.w.N.

⁵⁸ *Jäger* (Fn. 3), Rn. 31; s.a. *ders.*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 345, wo er sich (im Anschluss an *Rothensfußer* [Fn. 44]) auf die Jagd nach einer „rein faktischen oder empirischen Bestimmung eines Kausalzusammenhangs“, d.h. „einer wertfreien Kausalitätsbestimmung“ begibt und schließlich eingestehen muss, dass „man bei der Ermittlung der Kausalität nur so weit zurückgreifen“ soll, „als eine rechtliche Verantwortlichkeit sinnvoll in Betracht kommt“ (S. 349 und 363); ähnlich *Otto* (Fn. 10), § 6 Rn. 13, der davon spricht, dass der Kausalzusammenhang „der *faktische Zusammenhang* zwischen Tathandlung und Erfolg sei“ (*Hervorhebung* im Original). Treffend kritisch gegen die Rede von „faktischer“ Kausalität: *Hilgendorf*, in: Eser (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 702; s.a. *Kindhäuser* (Fn. 3), § 10 Rn. 1 ff.

⁵⁹ Ähnlich auch *Kindhäuser*, GA 1982, 490.

aus, dass sich eine Ursache nur ausnahmsweise im Gewimmel anderer Bedingungen verliert; umgekehrt ist davon auszugehen, dass ein voll-verantwortliches (vorsätzliches oder fahrlässiges) Verhalten, das einen Schaden bewirkt hat, nur ausnahmsweise die Frage nach dessen Vorbedingungen zulässt.

Im vorliegenden Fall bedeutet das, in dem Unterlassen weiterer Untersuchungen durch die Verantwortlichen der Stadt zunächst die letztmögliche Verhaltensweise zu sehen, die den tödlichen Verlauf hätte verhindern können. Dies muss der Zurechnungspunkt sein, von dem aus auch nach voraus liegenden Handlungen anderer gefragt werden kann, die Einfluss auf dieses Unterlassen genommen haben mögen. Der Entschluss zur Untätigkeit könnte durch das Gutachten des Bauingenieurs motiviert worden sein, denn dieses hat die Stadtverantwortlichen über den vermeintlich guten Allgemeinzustand der Dachkonstruktion informiert. Insofern geht es um die Möglichkeit der „Kausalität von Informationen“.⁶⁰ Nach einem bekannten Vorschlag von *Bateson* kann der „terminus technicus ‚Information‘ [...] als irgendein Unterschied, der bei einem späteren Ereignis einen Unterschied ausmacht, definiert werden“.⁶¹ Danach gibt der Informant die Form vor, mit der in einer künftigen Situation differenziert werden kann. Allerdings ist bei kommunikativen Interaktionen nicht von einer schlichten Anwendung einer fremden vorgegebenen Unterscheidung auszugehen, weshalb es auch in diesem Fall eher missverständlich ist, von Informationen als Ursachen zu sprechen, so als ob sich die mitgeteilte Differenz des Gebers im Empfänger von sich aus weiter entfaltet. Die Information ermöglicht vielmehr eigene Differenzierungen, d.h. sie eröffnet Anschlussmöglichkeiten, so dass der Empfänger kritische oder affirmative Stellungnahmen vornehmen muss. Es kommt durch eine Abwägung von Gründen zur Begründung einer eigenen Entscheidung; daher wäre nicht nur die Annahme des Informationsgehalts, sondern auch dessen Ablehnung durch die Information gleichermaßen „verursacht“.

In rechtlichen Zusammenhängen kann es ohnehin nicht allein um die Faktizität von Informationsverarbeitungsprozessen gehen, d.h. um die Frage, ob eine mitgeteilte Differenz tatsächlich eine weitere Differenz produziert hat, sondern darum, ob sich der Informationsempfänger auf die Informationen verlassen bzw. stützen darf. Die Übertragung von In-

⁶⁰ Zu dieser problematischen Konstellation allgemein *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 44) Vor §§ 13 ff. Rn. 127 f.; *Hoyer* (Fn. 4) Anh. zu § 16 Rn. 78 jeweils m.w.N.; ausführlich aus primär haftungsrechtlicher Sicht: *Gasser*, *Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem*, 2002, S. 14 ff. und passim.

⁶¹ *Bateson*, *Ökologie des Geistes*, 2. Aufl. 1983, S. 488. Auf diese Begriffsbestimmung rekurriert u.a. auch die Systemtheorie in der Version von *Luhmann*: vgl. z.B. dessen *Soziale Systeme*, 2. Aufl. 1988, S. 112 und *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 57; s.a. *Stehr*, *Wissenspolitik*, 2003, S. 47 f. m. Fn. 24. Zur Vielfalt des Informationsbegriffs und zu anderen Verwendungsweisen s. eingehend *Gasser* (Fn. 60), S. 39 ff. m.w.N.

formationen mag faktisch wirksam sein oder nicht, ihre Anwendbarkeit in Entscheidungssituationen ist jedoch normativ eingebunden. Nur so lässt sich ein eigener Verantwortungsbereich des Informationsempfängers abstecken. Zu beachten sind u.a. die Kompetenzen der Beteiligten. Regelmäßig wird von einem Erkenntnisvorsprung des Gebers im Verhältnis zum Nehmer der Information auszugehen sein – insbesondere dann, wenn letzterer gezielt bestimmte Informationen bei diesem nachfragt und auf dessen Erkenntnisse angewiesen ist. Eine Information kann aber nur für den einen Unterschied ausmachen, der die darin getroffenen Unterscheidungen zuvor noch nicht gekannt hat. Wer selbst über hinreichend Sachkunde verfügt oder die begrenzte Aussagekraft bestimmter Behauptungen kennt, darf die eigene Entscheidung nicht von der Information anderer abhängig machen, von denen er weiß, dass deren Kenntnis nicht größer als die eigene sein kann. Die eigene – bessere – Erkenntnis neutralisiert in diesem Fall die Unterscheidungskraft der Information, deren vorgegebene Differenz dann gerade keinen Unterschied mehr ausmacht. Beispielhaft: wer zum Urologen geht und um die Reichweite seines Fachwissens weiß, darf sich über dessen beiläufige Bemerkungen über den vermeintlich guten Zustand des Herz-Kreislauf-Systems nicht verlassen, zumal wenn bekannt ist, dass für eine verlässliche Diagnose diverse Spezialuntersuchungen nötig sind.

Ähnlich dürfte es im vorliegenden Fall liegen: Der BGH geht selbst davon aus, dass „im zuständigen Amt der Stadt [...] Fachleute mitgewirkt haben“ (BGH NJW 2010, 1087 [1092]), die noch dazu um den begrenzten Prüfauftrag des eingeholten Gutachtens wussten. Der Bedarf an zusätzlichen Spezialuntersuchungen, die etwas über die Standsicherheit der Halle hätten herausfinden können, war hinreichend bekannt. Die falsche Einschätzung bzgl. des angeblich guten Allgemeinzustandes konnte daran nichts ändern. Zudem verwalteten sie selbst die (fehlerhaften) Informationen über die statische Belastbarkeit des Hallendaches, die dem Bauingenieur nicht zur Verfügung standen; insofern hatten die Stadtverantwortlichen sogar das Informationsmonopol. Deshalb hätten sie – unabhängig davon, ob sie es denn überhaupt getan haben – die Entscheidung über das Schicksal der Halle keinesfalls von einem Gutachten abhängig machen dürfen, das zur Statik und zur Standsicherheit gar keine Informationen enthalten konnte und sollte.⁶² Falls die Entscheidung über die weitere Untätigkeit tatsächlich von diesem beiläufigen Satz abhängig gemacht worden sein sollte, so liegt darin gerade ein Moment der Begründung der Pflichtwidrigkeit dieser Unterlassung und nicht etwa eine Entlastung.

3. Fazit

Daraus folgt für die Beurteilung des Verhaltens des angeklagten Bauingenieurs, dass dessen – für sich betrachtet sicherlich unzutreffend erstelltes – Gutachten nach Maßgabe der hergeleiteten Kriterien für die Zurechnung von Informationen nicht

als fahrlässige Tötung qualifiziert werden kann. Die fehlerhafte Behauptung eines angeblich guten Allgemeinzustandes des Hallendaches hat weder den bei den Stadtverantwortlichen hinreichend bekannten Bedarf an weiteren Zusatzuntersuchungen stillen noch eine veränderte Räumungspraxis bei auftretender Schneelast bewirken können.

⁶² Ebenso im Grundsatz auch *Puppe*, JR 2010, 357; *dies.* (Fn. 28), 28/18, die daraus jedoch keine entsprechende Konsequenz zieht, sondern eher ein Entlastungsmoment für die Verantwortlichen bei der Stadt vermutet.

Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht

Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht

Von Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

I. Einleitung

Strafrecht und Wirtschaft verstehen sich nicht. Im Gegenteil: Aus Sicht der Wirtschaft wird das Strafrecht zunehmend als Bedrohung wahrgenommen, wofür namentlich der Untreuetatbestand des § 266 StGB steht. Die Vorschrift stellt die vorsätzliche Herbeiführung eines Vermögensnachteils unter Strafe, indem der organisatorisch in die Sphäre dieses Vermögens eingebundene und von innen heraus agierende Täter die ihm eingeräumte Dispositionsmacht durch Missbrauch einer Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis oder die Verletzung einer ihm obliegenden Treuepflicht fehlgebraucht. Nach der herrschenden monistischen Auffassung soll diese Treuepflicht gleichermaßen für den Missbrauchstatbestand gelten, um eine schärfere Konturierung dieser Alternative zu erreichen.¹ Um eine uferlose strafrechtliche Haftungsausdehnung zu vermeiden, wurde die Pflichtenstellung stets einschränkend interpretiert: Sie musste nicht nur durch Eigenverantwortlichkeit, Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit gekennzeichnet sein,² sondern – ging es um gegenseitige Verträge – auch den Rang einer Hauptpflicht aufweisen.³ Und dennoch: Weil über die Vermögensbetreuungspflicht akzessorisch an außerstrafrechtliche Rechtsmaterien angeknüpft wird und die Strafbarkeit dementsprechend von der Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten abhängt, besteht prinzipiell die Möglichkeit einer Umformung originär wirtschaftlicher in strafrechtliche Konflikte mit der Folge, dass

einige Stimmen innerhalb des Gesellschaftsrechts in den letzten Jahren einen „Strafrechtsimperialismus“ beklagen.⁴ Die Kritik bietet Anlass für Überlegungen, ob es anhand des Untreuetatbestandes zu Verschiebungen zwischen strafrechtlicher und außerstrafrechtlicher Rechtsmaterie wie insbesondere dem Gesellschaftsrecht gekommen ist und welche Ursachen dies haben mag. In diesem Zusammenhang verdient eine Rechtsfigur Interesse, die der Bundesgerichtshof in der Terminologie *Schünemanns* vor einigen Jahren aus seinem „dogmatischen Zauberhut“ zog, bevor er sie in ihrer Bedeutung relativierte und mittlerweile offenbar als „taube Nuss“ ansieht.⁵ Es handelt sich um das für die Beurteilung unternehmerischer Ermessensentscheidungen propagierte Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung, nach der nicht jede beliebige, sondern nur eine gravierende Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten eine Strafbarkeit wegen Untreue auslösen soll.⁶

Nachdem der *I. Strafsenat* ein solches Erfordernis erstmalig im Zusammenhang mit zwei Entscheidungen zur risikanten Kreditvergabe aufstellte,⁷ präzisierete er es für Sponsoringzuwendungen eines Unternehmens, indem eine Gesamtschau gesellschaftsrechtlicher Indizien wie fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger – vor

¹ BGHSt 24, 386 (387 f.); 33, 244 (250); 35, 224 (227); 47, 187 (192); 50, 331 (342); *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 21; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2009, Rn. 833, 843 ff.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2010, § 266 Rn. 22 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 266 Rn. 4; *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1991, S. 510; *Samson/Günther*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Lfg., Stand: Dezember 1996, § 266 Rn. 5.

² RGSt 69, 58 (62); BGHSt 3, 289 (294); 13, 315 (317 ff.); BGH NStZ 1983, 455 (455); BGH NStZ 2006, 38 (38 f.); *Eisele* (Fn. 1), Rn. 843; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Auflage 2011, § 266 Rn. 18; *Haft*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2009, S. 124; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 266 Rn. 9, 11; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, § 18 Rn. 17; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, § 18 Rn. 752.

³ RGSt 69, 58 (62); BGHSt 1, 186 (189); 13, 315 (317); *Eisele* (Fn. 1), Rn. 844 f.; *Fischer* (Fn. 2), § 266 Rn. 21; *Haft* (Fn. 2), S. 124 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 266 Rn. 11; *Rengier* (Fn. 2); § 18 Rn. 16; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 769; a.A. *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 24.

⁴ *Dreher*, AG 2006, 213; *Feddersen*, in: Kern (Hrsg.), Humaniora, Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 1169 (S. 1170 ff.); *Hopt*, in: Immenga (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, 1996, S. 909 (S. 914 f.); *Lutter*, NZG 2010, 601; *Spindler*, in: Lüderssen/Kempf/Volk (Hrsg.), Die Finanzkrise, das Strafrecht und die Moral, S. 71 (S. 95 ff.); *Volhard*, in: Prittowitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 673 Fn. 1. Vgl. auch *Dahs*, NJW 2002, 272 (274). Kritisch hierzu *Fischer*, StraFo 2010, 329 (333).

⁵ Formulierung nach *Schünemann*, der in dieser Figur weder das eine noch das andere, sondern einen Hinweis auf die objektive Zurechnung sieht, vgl. *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (473, 476).

⁶ Die Gravität bezieht sich, wie der Bundesgerichtshof in der Sponsoring-Entscheidung klarstellte, nicht auf die Pflicht, sondern auf den Pflichtverstoß, vgl. BGHSt 47, 187 (197 f.). Ebenso *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 40. Vgl. aber *Lüderssen*, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 345 (S. 347).

⁷ BGHSt 46, 30 (32, 34) m. Anm. *Dierlamm*, NStZ 2000, 655; *Luttermann*, ZIP 2000, 1210; *Marxen/Karitzky*, EWiR 2001, 391; *Otto*, JR 2000, 515; BGHSt 47, 148 (150, 152) m. Anm. *Kühne*, StV 2002, 193; *Marxen/Müller*, EWiR 2002, 307.

allein: rein eigennützig – Motive die Gravität des Pflichtverstoes indizieren sollte.⁸ Obwohl der *Senat* auf eine Gesamtschau gesellschaftsrechtlicher Indizien abstellte, war die Entscheidung letztlich als Forderung nach einer spezifisch strafrechtlichen Wertungsstufe zu verstehen, da gerade nicht von einem Automatismus zwischen gesellschaftsrechtlichem Pflichtverstoß und strafrechtlicher Untreuehaftung ausgegangen wurde. Vielmehr sollten Verstöße gegen gesellschaftsrechtliche Vorgaben allenfalls eine strafrechtliche Haftung indizieren und zudem im Wege einer aus strafrechtlicher Perspektive erfolgenden „Gesamtschau“ zu wurdigen sein.⁹ Indes relativierte derselbe *Senat* das Merkmal etwas später in dem Vermögenstransfer in einer Unternehmensgruppe betreffenden Kinowelturteil und wies ihm lediglich die Bedeutung zu, allgemein die Weite der unternehmerischen Entscheidungs- und Handlungsfreiheit zu betonen.¹⁰ Deren Überschreiten stelle eine derart gravierende Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten dar, dass aus ihr zugleich eine untreuerelevante Pflichtverletzung resultiere, womit letztlich eine Konvergenz von auerstrafrechtlicher und strafrechtlicher Rechtsmaterie postuliert wurde.¹¹ Das in der zentralen Passage des Urteils („Werden hingegen die – weit zu ziehenden – äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten und wird damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i.S. des § 266 StGB begründet“) verwendete Wort „damit“ war insofern offenkundig in einem konsekutiven und nicht in einem konditionalen Sinne gemeint.¹² In der danach ergangenen Mannesmann-Entscheidung erachtete der 3. *Strafsenat* das Merkmal jedenfalls für die Beurteilung kompensationsloser Anerkennungsprämien als irrelevant und beschränkte seinen Anwendungsbereich auf risikobehaftete unternehmerische

Entscheidungen.¹³ Resümierend kann man festhalten, dass die Rechtsprechung der Wirtschaft somit zwar eine nicht unerhebliche unternehmerische Entscheidungs- und Handlungsfreiheit zugesteht, jedoch wird das Merkmal der Gravität nicht länger im Sinne einer spezifisch strafrechtlichen Höhenmarke des Unrechts verstanden.¹⁴ Stattdessen geht man bei einem Überschreiten des auerstrafrechtlichen Entscheidungs- und Handlungsspielraums von einem untreuerelevanten Pflichtverstoß aus. Nur: Ist die strukturelle und das Verhältnis der Rechtsmaterien zueinander betreffende Frage damit beantwortet? Die Frage ist umso nachdrücklicher zu stellen, weil das Bundesverfassungsgericht in seiner im letzten Jahr ergangenen Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes eine gewisse Sympathie für das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung anklingen ließ. ¹⁵

Daher bedarf der Klärung, ob und inwiefern ein legitimes Bedürfnis für ein solches Merkmal besteht, wobei zunächst weniger die dogmatische Frage im Vordergrund stehen soll. Vielmehr ist von Interesse, wieso und mit welchen Folgen es zur Herausbildung eines solchen Merkmals kommt und welche Funktion ihm zugewiesen werden kann. Hierfür wird ein systemtheoretischer Ansatz gewählt, der sich nicht nur wegen des mit der Systemtheorie verbundenen erheblichen Auflosungspotentials für die Analyse sozialer Problemstellungen,¹⁶ sondern vor allem deswegen anbietet, weil das Strafrecht auf diese Weise von außen beobachtet und strafrechtliche Normen und dogmatische Figuren nicht als solche, sondern als Fakten behandelt werden können.¹⁷ Die rechtssoziologische Fremdbeobachtung ermöglicht es, den Ertrag einer dogmatischen Figur wie der gravierenden Pflichtverletzung innerhalb und außerhalb des Rechtssystems zu analysieren und sodann durch einen Wechsel von der Außen- zur Innenperspektive dogmatische Schlussfolgerungen anzustellen.

⁸ BGHSt 47, 187 (197 f.) m. Anm. *Beckemper*, NStZ 2002, 322; *Lange*, DStR 2002, 1102 (1103); *Laub*, AG 2002, 308; *Sauer*, wistra 2002, 465; *Wessing*, EWiR 2002, 305. Ähnlich LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 (3280 ff.).

⁹ Vgl. aber *Beckemper*, NStZ 2002, 322 (326). Auch der in der späteren Mannesmann-Entscheidung enthaltene Hinweis des 3. *Strafsenats*, bei der gravierenden Pflichtverletzung gehe es nicht um eine Vermogensbetreuungspflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB, sondern lediglich um eine gravierende Verletzung gesellschafts- oder bankrechtlicher Verpflichtungen, vgl. BGHSt 50, 331 (343 ff.), verkennt, dass erst die Gravität der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung das strafrechtliche „Mehr“ begründen sollte und das Merkmal letztlich doch im Sinne einer eigenständigen strafrechtlichen Wertungsstufe gemeint war.

¹⁰ BGH NJW 2006, 453 (454 f.) m. Anm. *Kutzner*, NJW 2006, 3541; *Marxen/Knauer*, EWiR 2006, 223.

¹¹ BGH NJW 2006, 453 (454 f.).

¹² Vgl. auch die Interpretationen von *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3542 f.); *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 41; *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (198).

¹³ BGHSt 50, 343 (343, 345) m. Anm. *Deiters*, ZIS 2006, 152; *Hohn*, wistra 2006, 162; *Krause*, StV 2006, 299; *Ransiek*, NJW 2006, 814; *Rönnau*, NStZ 2006, 214; *Vogel/Hocke*, JZ 2006, 568 (570).

¹⁴ So die Formulierung bei *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475).

¹⁵ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3215). Siehe hierzu *Becker*, HRRS 2010, 383; *Beukelmann*, NJW-Spezial 2010, 568; *Frisch*, EWiR 2010, 657; *Radtke*, GmbHR 2010, 1121; *Saliger*, NStZ 2010, 3195.

¹⁶ *Vesting*, Jura 2001, 299 (300).

¹⁷ Vgl. *Luhmann*, ZRSoz 2000, 3 (26); *ders.*, ZRSoz 1999, 1 (8); *ders.*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, S. 1, 5; *ders.*, Soziologische Beobachtung des Rechts, 1986, S. 20 f. Zur rechtstheoretischen Perspektive auf Dogmatik siehe *ders.*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 13, 19; *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 419 ff. Zum Ertrag der Systemtheorie für das Wirtschaftsstrafrecht siehe *Albrecht*, in: Michalke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 1 (S. 13); *Lüderssen*, in: Böse (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 67.

II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung und die Stabilisierung normativer Erwartungen durch (Straf-)Recht

Der Systemtheorie liegt die Vorstellung einer Ausdifferenzierung der Gesellschaft in verschiedene operativ geschlossene soziale Systeme zugrunde, die füreinander innergesellschaftliche Umwelten darstellen und selbstreferentiell nach einem spezifischen binären Code operieren. Über diesen Code wird nach Maßgabe je spezifischer Programme disponiert: Während im System Recht – und damit auch im Strafrecht – über den Code „Recht/Unrecht“ nach Gesetzen und Rechtsprechung als maßgeblichen Programmen kommuniziert wird, disponiert man im System Wirtschaft über den Code „Gewinn/Verlust“ nach Haushalts- und Finanzplänen als maßgeblichen Programmen.¹⁸

Dennoch sind intersystemische Kontakte nicht ausgeschlossen, weil soziale Systeme trotz operativer Geschlossenheit kognitiv offen sind. Sie können ihre Umwelt beobachten, wodurch Anlässe für intrasystemische Anknüpfungen nach Maßgabe des systemspezifischen Codes und Programms entstehen.¹⁹ Aus systemtheoretischer Perspektive sind Umweltereignisse vom Strafrecht aber nur strafrechtlich und von wirtschaftlichen Akteuren nur wirtschaftlich zu verarbeiten. Eine gewisse Verfestigung intersystemischer Kontakte kann über eine strukturelle Kopplung sozialer Systeme erreicht werden, von der zu sprechen ist, wenn die Erwartungsstrukturen der betroffenen Systeme in der Weise verknüpft werden, dass sie jeweils bestimmte Eigenschaften in ihrer Umwelt voraussetzen und sich strukturell darauf verlassen.²⁰ Hieraus ergibt sich die Möglichkeit, dass Operationen von Strafrecht und Wirtschaft trotz unterschiedlicher Codes und Programme wenigstens punktuell in dieselbe Richtung laufen. Im Verhältnis zwischen Strafrechts- und Wirtschaftssystem können namentlich die Tatbestände des materiellen Strafrechts ein Medium struktureller Kopplung bilden, da sie die materiellrechtliche Verbotszone sowohl für das Strafjustizsystem als auch für wirtschaftliche Akteure festlegen, deren jeweilige Kommunikation sodann unter Bezugnahme darauf erfolgen kann.²¹

Nach Luhmann sind Strafrecht und Wirtschaft nicht nur durch unterschiedliche Codes und Programme, sondern auch durch unterschiedliche Erwartungsstrukturen geprägt. Das Wirtschaftssystem zeichnet sich durch eine kognitive Erwartungsstruktur aus, so dass bei einer Erwartungsenttäuschung Lernprozesse im Sinne von Anpassungen an eine veränderte Lage einsetzen: Im Falle des Scheiterns einer bestimmten Geschäftsstrategie muss diese entweder aufgegeben oder abgeändert werden.²² Im Gegensatz hierzu ist dem Strafrecht

eine normative Erwartungsstruktur eigen, die Ausdruck seiner gesamtgesellschaftlichen Funktion in Gestalt der Stabilisierung enttäuschter Erwartungen ist.²³ Wenn eine Straftat eine Erwartungsenttäuschung hervorruft, die die in den materiellrechtlichen Tatbeständen des Strafgesetzbuchs verkörperten Erwartungen in Frage stellt, kann kontrafaktisch an der dort vertypen Erwartungsordnung festgehalten werden und man darf weiterhin davon ausgehen, dass im Grundsatz eben nicht gemordet, vergewaltigt, gestohlen oder betrogen wird.²⁴ Das Strafrecht bringt seine Funktion der Erwartungsstabilisierung traditionell in der Weise gesellschaftsweit zum Tragen, dass anhand realer oder vorhersehbarer Konflikte enttäuschte Erwartungen durch die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen wieder in ihr Recht gesetzt werden. Im Vergleich zu außerstrafrechtlichen Rechtsmaterien wie dem Privatrecht oder dem Öffentlichen Recht soll die besondere Erwartungsstabilisierung des Strafrechts darauf basieren, dass die denkbar schwerste staatliche Reaktion in Form der ein sozialetisches Unwerturteil artikulierenden Kriminalstrafe zur Stabilisierung enttäuschter Erwartungen eingesetzt wird.²⁵ Wegen dieser besonderen Eingriffsintensität wurde das Strafrecht im Vergleich zu jenen außerstrafrechtlichen Rechtsmaterien stets als subsidiär angesehen, weshalb sein Einsatz im Sinne einer ultima ratio nur zu legitimieren war, wenn außerstrafrechtliche Rechtsmaterien wie etwa das Gesellschaftsrecht keine adäquate Lösung des Konflikts erwarten ließen.²⁶

III. Die Instrumentalisierung des Untreuetatbestandes für generalpräventive Ziele

Seitdem im modernen Strafrecht der Vergeltungs- durch den Präventionsgedanken abgelöst wurde, der im Wirtschaftsstrafrecht eine vornehmlich generalpräventive Akzentuierung erfährt,²⁷ hat das skizzierte Modell Risse bekommen. Dem

²³ Luhmann (Fn. 20), S. 131 f., 152; ders., ZRSoz 1999, 1 (4); ders., Rechtstheorie 14 (1983), 129 (138 f.).

²⁴ Ob dies einschränkungslos behauptet werden kann, erscheint zweifelhaft, wenn man mit Popitz davon ausgeht, dass die Stabilität von Erwartungen möglicherweise umgekehrt darauf beruht, dass gerade nicht jeder Normverstoß offenbart oder sanktioniert wird, wobei es sich allerdings ebenfalls um eine einstweilen nicht empirisch belegte Hypothese handelt, vgl. Popitz, in: Popitz/Sack/Treiber (Hrsg.), Die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968, S. 22.

²⁵ Zu diesem Spezifikum des Strafrechts siehe etwa Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 65; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 8; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 5 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 4 ff. Vgl. ferner Luhmann (Fn. 20), S. 134 f.

²⁶ Jescheck/Weigend (Fn. 25), S. 2.

²⁷ Vgl. nur 1. und 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976 (BGBl. I 1976, S. 2034) und 1986 (BGBl. I 1986, S. 721) sowie Gesetz zur Bekämpfung der Korruption von 1997 (BGBl. I 1997, S. 2038). Vgl. zum Ganzen Albrecht, KritV 1993, 163 (164 f.); Herzog, Gesell-

¹⁸ Luhmann, Soziale Systeme, 1994, S. 197, 278, 432 f., 602 f.

¹⁹ Luhmann, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 101 ff.; ders., Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, S. 40.

²⁰ Luhmann, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 441.

²¹ Boers/Theile/Karliczek, in: Oberwittler/Karstedt (Hrsg.), Soziologie der Kriminalität, 2004, S. 469 (S. 480 f.); Theile, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, Systemtheoretische Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts, 2009, S. 78 f.; ders., ZIS 2008, 406 (412).

²² Luhmann (Fn. 19 – Gesellschaft der Gesellschaft), S. 129.

Strafrecht werden nunmehr vor allem Steuerungsaufgaben zugewiesen und es ist nicht mehr darauf beschränkt, in erster Linie reaktiv soziale Konflikte einer Lösung zuzuführen.²⁸ Mit der Zuweisung einer solchen Steuerungsaufgabe geht eine Entwicklung einher, bei der das Strafrecht seine gesamtgesellschaftliche Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen oftmals nicht länger anhand realer oder vorhersehbarer Konflikte erbringt. Vielmehr werden umgekehrt strafrechtliche Konflikte „aus dem Boden gestampft in der Erwartung, dass die Orientierung daran Recht bildet“:²⁹ „[Das Strafrecht] betreibt – sich selbst“.³⁰ All dies hat zwangsläufig Auswirkungen auf das Verhältnis der Rechtsgebiete zueinander und damit auf den Subsidiaritätsgrundsatz. Außerstrafrechtliche Regelungsmaterien werden weder auf der Ebene der Rechtsetzung noch auf der Ebene der Rechtsanwendung als vorrangige Konfliktlösungsmechanismen ausreichend in Betracht gezogen. Stattdessen strebt man eine Konfliktlösung (genauer: Konfliktschaffung) über das Strafrecht an, die im Dienste der Stabilisierung (genauer: Konstituierung) normativer Erwartungen steht. Bezeichnenderweise wird mit Blick auf das Wirtschaftsstrafrecht teilweise eine Neuinterpretation des Subsidiaritätsgrundsatzes vorgeschlagen, da das Strafrecht im Vergleich zu außerstrafrechtlichen Regulierungsalternativen als jedenfalls faktisch geringere Belastung anzusehen sei und der Einzelne dem staatlichen Zugriff durch strafrechtskonformes Verhalten ausweichen könne.³¹

schaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 114 ff.; Naucke, KritV 1986, 189 (190).

²⁸ Hierbei ist nicht zu leugnen, dass die Konfliktlösung nach wie vor eine wesentliche Leistung des Strafrechts darstellt, nur hat sich zwischen den beiden aus Sicht der Systemtheorie zentralen Leistungen des (Straf-)Rechts eine Schwerpunktverlagerung ergeben, da die Bedeutung der Verhaltenssteuerung zu- und die Bedeutung der Konfliktlösung abnimmt.

²⁹ Vgl. Luhmann (Fn. 20), S. 279; ders., Rechtstheorie 14 (1983), 129 (148 f.).

³⁰ Vgl. Luhmann (Fn. 20), S. 279.

³¹ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, S. 32 f.; ders., in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, S. 527 (S. 531 ff.); ders., JuS 1989, 689 (690); ders., JZ 1986, 865; ders., ZStW 87 (1975), 253 (266 ff.). Zustimmend Baumann, JZ 1993, 935 (938 f.); Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 3, Unternehmenskriminalität, 1996, S. 129 (S. 133); ders., in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 629 (632). Kritisch Böse, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 180; Hassemer, ZRP 1992, 378 (380); Herzog (Fn. 27), S. 119 ff.; Prittwitz, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 53 (S. 58 f.); Volk, JZ 1982, 85 (88).

Die seit einigen Jahren beobachtbare „Hochkonjunktur“ des Untreuetatbestandes fügt sich in diese Entwicklung ein,³² auch wenn die Norm als solche bereits seit 1933 Bestandteil des Strafgesetzbuchs ist, nachdem zuvor zahlreiche Sonderatbestände der Untreue über verschiedene Spezialgesetze verteilt waren.³³ Sucht man nach Erklärungen für dieses Phänomen, ist daran zu erinnern, dass es innerhalb des Wirtschaftssystems aufgrund seiner vornehmlich kognitiven Ausrichtung fortwährend zu einer Umstrukturierung von Erwartungen kommt. Schon deswegen weist es im Vergleich zum Strafrechtssystem ein erhöhtes Maß an Komplexität und Kontingenz auf, welches ständig neuartige Sachverhaltsgestaltungen und damit Konfliktpotentiale produziert. Dann aber ist für einen strukturell unterbestimmten Straftatbestand,³⁴ der anhand des Merkmals der Treuepflichtverletzung die Strafbarkeit relativ farblos an die Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten knüpft, prinzipiell ein weites Anwendungsfeld eröffnet, so dass Ransiek zu dem Schluss kommt: „§ 266 StGB passt immer!“³⁵. Dies wiederum kann dazu verleiten, über die Initiierung entsprechender Strafverfahren die Untreuevorschrift als Instrument einzusetzen, der Wirtschaft primär über das Strafrecht normative Orientierungen zu vermitteln und diese Rechtsmaterie nicht zur Stabilisierung bereits bestehender oder jedenfalls nahe liegender, sondern zur Konstituierung normativer Erwartungen einzusetzen. In den letzten Jahren ist in insoweit eine unübersichtliche Fall-

³² Formulierung nach Seier, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Geilen-Symposium 2001, 2003, S. 145 f. Vgl. insoweit Dahs, der von einer „Anwendungshypertrophie“ des Untreuetatbestandes spricht, Dahs, NJW 2002, 272 (274). Ferner Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Fn. 31), S. 241 (S. 257 ff.).

³³ Zur Historie siehe Dierlamm (Fn. 1), § 266 Rn. 7 ff.; Nelles (Fn. 1), S. 40 ff.; Perron, GA 2009, 219 (220 f.).

³⁴ Angesichts dieser Unterbestimmtheit wird die Vorschrift teilweise für verfassungswidrig gehalten, vgl. insoweit Dierlamm (Fn. 1), § 266 Rn. 3 ff.; Kargl, ZStW 2001, 576 (589 f.); Ignor/Sättele, in: Michalke u.a. (Fn. 17), S. 211 f.; Labsch, Untreue (§ 266), Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung, 1983, S. 177 ff. Vgl. hierzu jüngst BVerfG wistra 2009, 385 = NJW 2009, 2370 (2371) m. Anm. Fischer, StV 2010, 95; Küper, JZ 2009, 800 (803); Rübenstahl, NJW 2009, 2392; Schäfer, JR 2009, 289; Schlösser, NStZ 2009, 663 (667). Vgl. aber Deiters, ZIS 2006, 152 (159); Ransiek, ZStW 116 (2004), 634 (678 f.); Saliger, HRRS 2006, 10 (12, 14); ders. (Fn. 6), § 266 Rn. 4. Die pointierteste Gegenposition vertritt Schünemann, der davon ausgeht, dass der Untreuetatbestand „[g]enau genommen schärfer konturiert [sei] als der bis heute von jeder Grundsatzkritik freie Betrugstatbestand“, vgl. Schünemann, NStZ 2005, 473 (474).

³⁵ Ransiek, ZStW 116 (2004), 634. Bemerkenswert auch die Ausführungen Seiers, der trotz seiner kritischen Position davon ausgeht, dass der Untreuetatbestand wegen der Vielgestaltigkeit des Lebens, des Wandels der Verhältnisse und der Besonderheiten des Einzelfalles praktisch unverzichtbar sei, vgl. Seier, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. V Rn. 20.

gruppenbildung auszumachen, die an die vormalige Gesetzestechnik der Sondertatbestände erinnert.³⁶ Dementsprechend werden vornehmlich anhand von Strafverfahren und daraus resultierender Konflikte – nimmt man allein Bezug auf die höchstrichterliche Judikatur zur gravierenden Pflichtverletzung – die Voraussetzungen formuliert, unter denen innerhalb des Wirtschaftssystems Kredite vergeben, Sponsoring-Maßnahmen getroffen, Finanztransfers in Firmengruppen durchgeführt oder schließlich kompensationslose Anerkennungsprämien gewährt werden dürfen. Hierbei ist nicht einmal zu leugnen, dass diese Strafverfahren keineswegs vom Himmel fallen, sondern ihren Ausgang oftmals in der Empörung über einen als „unangemessen“ empfundenen Umgang mit fremdem Vermögen nehmen.³⁷ Jedoch: Handelt es sich bei derartigen Empörungslagen wirklich um rechtlich fassbare normative Erwartungen oder geht es nicht zuweilen um diffuse und moralisch aufgeladene sozialpsychologische Befunde, die kaum den Einsatz des Strafrechts rechtfertigen können? Denn an sich ist das Strafrecht nicht dazu konzipiert, jedweden gesellschaftlichen Empörungsbefund zu absorbieren.

Darüber hinaus ist die Frage zu stellen, ob die Lösung derartiger Konflikte – selbst wenn sie in den äußeren Bahnen des Strafprozesses gelingt³⁸ – jedenfalls im Strafrecht richtig loziert ist. Zwar kann das Strafrecht über die abschließende Zuweisung des Codewerts „Recht/Unrecht“ (materiellrechtlich: „strafbar/nicht strafbar“) Komplexität reduzieren. Jedoch ist alles andere als klar, ob es sich – wenn etwa die Problematik der Zulässigkeit kompensationsloser Anerkennungsprämien nach Maßgabe einer wirkungsmächtigen, aber kaum die Gegebenheiten der modernen Wirtschaft widerspiegelnden „Gutsherren- oder Gutsverwalterrhetorik“ verkürzt wird³⁹ – um eine dem einzelnen Konflikt adäquate

Komplexitätsreduktion handelt und ob sie für ein soziales System wie das der Wirtschaft eine funktionale oder dysfunktionale Konfliktlösung darstellt. Die Problematik gewinnt eine besondere Brisanz, wenn die außerstrafrechtlichen Vorfragen nicht eindeutig beantwortet oder jenseits des Strafrechts bis dahin nicht einmal gestellt sind und das Strafrecht somit in eine Vorreiterrolle zur Klärung dieser Fragen rückt. In einem solchen Fall wird es zum tiefsten Punkt sozialer Konfliktlösung, „auf den alles herunterrollt, was woanders nicht ordentlich befestigt ist“.⁴⁰ Ein Beispiel für derartige Entwicklungen ist in dem Mannesmann-Verfahren zu identifizieren, wo angesichts fehlender zivilrechtlicher Auseinandersetzungen Strafgerichte den Versuch unternahmen, erstmalig (!) Vergütungsentscheidungen einer Aktiengesellschaft der richterlichen Kontrolle zu unterziehen.⁴¹ Der BGH schließlich beurteilte die Zulässigkeit der Gewährung kompensationsloser Anerkennungsprämien ungeachtet § 87 Abs. 1 S. 1 AktG nicht am Maßstab dieser speziellen gesellschaftsrechtlichen Vorschrift, sondern wies ihr lediglich die Rolle einer Bemessungsvorschrift für Konstellationen einer dem Grunde nach zulässigen Vergütung zu.⁴² Stattdessen sah er in der Zahlung der Anerkennungsprämien unter Hinweis auf fehlende künftige Anreizwirkungen einen Gegensatz zum Unternehmensinteresse und erklärte sie bereits dem Grunde nach als unzulässig.⁴³

Alles in allem führt die hier beschriebene Entwicklung zu Verwerfungen innerhalb des Zivil- und Strafrechts sowie im

³⁶ Saliger, HRRS 2006, 10 (15).

³⁷ Vgl. Albrecht (Fn. 17), S. 1 (S. 1, 3); Beulke, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 245 (S. 247, 267); Braum, KritV 2004, 67 f.; Dierlamm, NStZ 1997, 534; ders., StraFo 2005, 397 (398); Kubiciel, NStZ 2005, 353 (355); Lesch, ZRP 2002, 159 (161); Matt, NJW 2005, 389 (390); Perron, GA 2009, 219 (222 f., 226 f.). Differenzierend Saliger, HRRS 2006, 10 (16). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Lüderssen, in: Bae u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010, S. 467 (S. 471 f.).

³⁸ Dass gerade in Untreuekonstellationen beobachtbare Ausweichen der Praxis auf Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen oder verfahrenserledigende Urteilsabsprachen zeigt, dass gerade hier Grenzen der Verarbeitungskapazität des Strafjustizsystems deutlich werden, vgl. hierzu Theile, MSchrK 2010, 147 (153).

³⁹ So die mündliche Urteilsbegründung, vgl. FAZ Nr. 299 vom 23.12.2005. Zu dieser Metapher siehe insbesondere Albrecht (Fn. 17), S. 1 (S. 7 ff.); Hoffmann/Becking, NZG 2006, 127 (130); Volk, in: Michalke u.a. (Fn. 17), S. 803 (S. 804). Siehe allerdings Säcker, in: Lüderssen/Kempf/Volk (Fn. 4), S. 119 (S. 124).

⁴⁰ Diese von Luhmann für das Verhältnis der Politik zu anderen sozialen Systemen verwendete Formulierung lässt sich durchaus auf die Rolle des Strafrechts übertragen, vgl. Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, 3. Aufl. 2002, S. 216.

⁴¹ Vgl. Rönnau/Hohn, NStZ 2004, 113; Thüsing, ZGR 2003, 457 (505 f.).

⁴² BGHSt 50, 331 (337 ff.). Zur Debatte innerhalb des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums siehe insbesondere Baums, Anerkennungsprämie für Vorstandsmitglieder, 2005, S. 2 ff.; Dreher, AG 2002, 214 (216 ff.); Fonk, NZG 2005, 248 (251); Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005), 155 (161 ff.); ders., NZG 2006, 127 (129 f.); Hüffer, Beilage 7 zu BB 2003, 1 (11 ff.); Kort, NJW 2005, 333 (335); Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97; Peltzer, ZIP 2006, 205 (207 ff.); Wollburg, ZIP 2004, 646 (650 ff.). Aus strafrechtlicher Sicht siehe Hohn, wistra 2006, 161 (163); Rönnau, NStZ 2004, 214 (218 f.); Vogel/Hocke, JZ 2006, 568 (569).

⁴³ BGHSt 50, 331 (337 ff.). Symptomatisch für das Unverständnis auf Seiten von Gesellschaftsrechtlern sind die Ausführungen Peltzers, die sich auf die vom BGH aufgestellte Voraussetzung eines den Anreiz legitimierenden potentiellen zukunftsbezogenen Nutzens für die Gesellschaft beziehen: „Wie stellt der Tatrichter (wir sind im Strafrecht!) den ‚zukunftsbezogenen Nutzen‘ der Gesellschaft und dessen angemessenes Verhältnis zur Leistung des Empfängers der Anerkennungsprämie fest?“, vgl. Peltzer, ZIP 2006, 205 (207 f.). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Beulke (Fn. 37), S. 245 (S. 255); Deiters, ZIS 2006, 152 (160); Krause, StV 2006, 299 (309 f.); Ransiek, NJW 2006, 814 (815). Zu dieser Problematik siehe auch Dierlamm, StraFo 2005, 397 (401 f.).

Verhältnis zwischen diesen Rechtsmaterien mit der Folge, dass das eingangs skizzierte Modell mit seiner Hierarchie zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Konfliktlösungsmechanismen auf den Kopf gestellt wird.

Im Hinblick auf das Zivilrecht führt die Annahme strafbarer Untreue zwingend zu einem Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB, wodurch die ohnehin vorhandene Tendenz verstärkt wird, zivilrechtliche Interessen im Wege des Strafrechts durchzusetzen. Abgesehen davon, dass der Schadensersatzanspruch des § 823 Abs. 2 BGB vom Gesetzgeber kaum als Generalklausel des Schadensersatzrechts konzipiert worden sein kann,⁴⁴ kommt es zu einer Relativierung der prozessualen Stellung des Betroffenen. Denn der Beklagte im Zivilprozess hat im Vergleich zum Beschuldigten eines Strafprozesses per saldo weniger Grundrechtseingriffe hinzunehmen, rückt nunmehr jedoch im Dienste zivilrechtlicher Interessendurchsetzung allzu schnell in die Position eines Beschuldigten.

Aber auch innerhalb des Strafrechts kommt es zu Verwerfungen, da man die Frage stellen muss, ob zumindest die Untreuevorschrift der Garantiefunktion des Tatbestandes aus Art. 103 Abs. 2 GG genügt.⁴⁵ Stellt die Kriminalstrafe das denkbar eingriffintensivste staatliche Instrument zur Lösung sozialer Konflikte dar, wird man eine hinreichend klare Konturierung der strafrechtlichen Verbotsmaterie auch dann verlangen müssen, wenn man die Pflichtverletzung nicht als Blankett, sondern als normatives oder gesamtatbewertendes Merkmal versteht.⁴⁶ Indes besteht die Gefahr, dass dieser in

Art. 103 Abs. 2 GG formulierte intrasystemische Zusammenhang zwischen der Eingriffsintensität der Kriminalstrafe und dem erforderlichen Grad an Berechenbarkeit im Hinblick auf ihre Verhängung bei § 266 StGB unterlaufen wird. Einem Strafrecht, das seine Operationen vor allem an der es umgebenden Umwelt des Wirtschaftssystems ausrichtet und dementsprechend weniger in seinem Systemzentrum, sondern stattdessen in seiner Peripherie operiert, werden nämlich fortlaufend kognitive Anpassungsleistungen abverlangt. Damit ziehen mit nachteiligen Folgen für die sub specie Art. 103 Abs. 2 GG maßgebliche Berechenbarkeit des Strafrechts zwangsläufig kognitive Elemente in die Strafrechtsanwendung ein.⁴⁷

Zwar mag der Straftatbestand des § 266 StGB als solcher nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen, weil der Gesetzgeber auch hier vor der Notwendigkeit steht, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen und nicht darauf verzichten kann, Begriffe zu verwenden, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen.⁴⁸ Allerdings gehen von dem Gesetzlichkeitsprinzip gleichermaßen Wirkungen für die Strafrechtsanwendung aus, die ebenso berechenbar sein müssen, so dass die Strafrechtsunterworfenen in zumutbarer Weise erkennen können, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für die in der materiellrechtlichen Strafnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen.⁴⁹ Insofern ist keineswegs sicher, ob nicht zumindest die Anwendungspraxis des Untreuetatbestandes den in Art. 103 Abs. 2 GG statuierten Zusammenhang zwischen der Eingriffsintensität der Rechtsfolge einer Kriminalstrafe und dem Berechenbarkeitsgrad der tatbestandlichen Voraussetzungen ihrer Verhängung missachtet.⁵⁰

An diesem Punkt wird ein Zusammenhang zwischen dem das moderne Strafrecht beherrschenden Paradigma von Prävention und Folgenorientierung auf der einen sowie dem Grad der Berechenbarkeit des Strafrechts auf der anderen Seite deutlich: Wenn das Strafrecht an (general-)präventiven Zielsetzungen und gesellschaftlichen Folgen ausgerichtet ist,

⁴⁴ Siehe hierzu insbesondere Volk (Fn. 39), S. 803 (S. 805), der zudem auf Friktionen zwischen § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB hinweist: Angesichts der Farblosigkeit des Begriffs der Pflichtverletzung werde man mit Blick auf § 266 StGB kaum an dem Satz festhalten können, dass jede Straftat zugleich sittenwidrig sei. Dies habe zur Folge, dass das Vermögen im Zivilrecht über § 823 Abs. 2 StGB in einem weiteren Umfang geschützt sei als über § 826 BGB. Vgl. auch Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (549); Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (160 f., 164 f.); Volhard (Fn. 4), S. 673 Fn. 1.

⁴⁵ Dass hierin keineswegs ausschließlich ein neues Phänomen zu sehen ist, belegt das bekannte Wort Mayers, nach dem abgesehen von „klassischen Fällen“ kein Gericht und keine Anklagebehörde wisse, wann im Einzelfall Untreue vorliege, vgl. Mayer, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 333, 337. Für die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift spricht sich etwa Jakobs aus, vgl. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 4/29 f. Ebenso Arzt, in: Frisch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 365 (S. 367); Dierlmann (Fn. 1), § 266 Rn. 3; Kargl, ZStW 113 (2001), 565 (576 f.); Labsch (Fn. 34), S. 177 ff., 201 f. Zumindest krit. Fischer (Fn. 2), § 266 Rn. 5; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 266 Rn. 1. Allgemein zur Verfassungsmäßigkeit von Generalklauseln im Strafrecht Jescheck/Weigend (Fn. 26), S. 129.

⁴⁶ Vgl. Lüderssen, in: Arnold (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag,

2005, S. 163 (S. 177); Rönna, ZStW 119 (2007), 887 (904 f.). Vgl. auch BVerfG NJW 2010, 3209 (3213).

⁴⁷ Luhmann selbst gestand dem Rechtssystem kognitive Elemente nur insofern zu, als die Strafrechtsanwendung – genauer: die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm – zwangsläufig eine kognitive Operation darstelle. Die sollte aber nichts daran ändern, dass das Strafrecht jedenfalls auf der operativen Ebene dann wieder ausschließlich normativ geprägt sei, vgl. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 7. Aufl. 2001, S. 130 ff.; ders., Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 227 ff.; ders. (Fn. 20), S. 195 ff.; ders., Rechtstheorie 14 (1983), 129 (144 f.). Kritisch Theile (Fn. 21), S. 316.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 4, 352 (358); 28, 175 (183).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 37, 132 (142); 59, 104 (114); 73, 206. Vgl. insoweit insbesondere die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

⁵⁰ Vgl. insoweit die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfG NJW 2010, 3209 (3211, 3215).

ist diese Ausrichtung in kontingenten und komplexen Gesellschaften umso leichter durchzuhalten, je undeutlicher die materiellrechtlichen Tatbestände formuliert sind, da der Gesetzgeber kaum jedes einzelne präventive Ziel oder jede einzelne gesellschaftliche Folge antizipieren und die materiellrechtliche Verbotszone in Rücksicht darauf formulieren kann.⁵¹ Unter der Hand ist dann aber aufgrund der damit einhergehenden Flexibilisierung der Strafrechtsanwendung eine Entwicklung eingeleitet, bei der sich die Praxis weniger am Vorliegen eines ohnehin strukturell unterbestimmten Straftatbestandes orientiert, sondern vielmehr legitimieren das präventive Ziel und die gesellschaftliche Folge die konkrete Anwendung des Strafrechts. Dies führt so weit, dass die Rechtsprechung außerhalb der konkreten Treugeber-/Treuhand-Beziehung liegende und keine Anbindung an das eigentlich betroffene Rechtsgut des Individualvermögens liegende Interessen in den Schutzbereich der Vorschrift einbezieht,⁵² wenn man etwa an die Untreuerelevanz der Schmälerung des Stammkapitals oder der existenzvernichtenden Entziehung von Gesellschaftervermögen denkt, durch die die Vorschrift zu einem Insolvenzdelikt umgeformt wird.⁵³ Die Strafrechtsanwendung wird somit durch die weitgehende Beliebigkeit präventiver oder folgenorientierter Zwecksetzungen, nicht aber durch den Wortlaut des Gesetzes bestimmt.

⁵¹ Dies mag in übersichtlicheren Gesellschaften anders gewesen sein, denkt man etwa an *Feuerbach*, der trotz seiner negativ generalpräventiv orientierten Theorie des psychologischen Zwanges eindeutig formulierte Straftatbestände verlangte, vgl. *Feuerbach*, in: Mittermaier (Hrsg.), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847. Vgl. hierzu *Hartmann*, Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1961, S. 64 f., 186 ff.

⁵² Zu dem Vermögen als ausschließlichem Schutzgut der Untreue siehe BGHSt 43, 293 (297); 47, 295 (301); 50, 331 (342); *Dierlamm* (Fn. 1), § 266 Rn. 1; *Fischer* (Fn. 2), § 266 Rn. 2; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 266 Rn. 1; *Lenckner/Perron* (Fn. 3), § 266 Rn. 1; *Schünemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 28.

⁵³ Zur Entziehung des Stammkapitals mit Zustimmung der Gesellschafter siehe BGHSt 35, 333 (337); BGH NJW 1993, 1287; BGH NJW 1997, 66 (69); BGH NJW 2000, 154 (155); BGH NJW 2003, 2996 (2999). Zum existenzgefährdenden Eingriff siehe BGHSt 49, 147 m. Anm. *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (399 f.); *Fleischer*, NJW 2004, 2867; *Krause*, JR 2006, 51 (51); *Momsen*, in: Dölling u.a. (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 567; *Ransiek*, wistra 2005, 121; *Salditt*, NStZ 2005, 269 (270); *Tiedemann*, JZ 2005, 40 (45) sowie neuerdings BGH NJW 2009, 3666 (3668) m. Anm. *Bittmann*, GmbHR 2009, 1206; *Leimenstoll*, ZIS 2010, 143; *Römermann*, EWiR 2009, 789; *Wessing*, NZG 2009, 1176. Zu den sich aus der Trihotel-Entscheidung des BGH NJW 2007, 2689 (2691), ergebenden strafrechtlichen Folgen siehe *Radtke/Hoffmann*, GA 208, 535 (547 ff.) m.w.N. Vgl. aber *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 86.

Luhmann selbst verstand insoweit jene die Codewertzuweisung leitenden Programme – die Normen des materiellen und prozessualen Strafrechts – ausschließlich als Konditionalprogramme, bei denen das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nach Maßgabe eines „Wenn-Dann“-Automatismus zwingend die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge auslöst.⁵⁴ Jedoch wird man sagen können, dass in der Rechtswirklichkeit längst vornehmlich Zweckerwägungen die Normanwendung tragen, so dass die Konditionalstruktur materiellrechtlicher Straftatbestände wie des § 266 StGB (wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen, wird zwingend bestraft [!]) durch präventive und folgenorientierte Zwecksetzungen überlagert wird. Die Gefahr einer solchen Entwicklung besteht darin, dass die Gleichmäßigkeit und Berechenbarkeit der Strafrechtsanwendung mehr und mehr auf dem Spiel steht, „weil sie den, der so handelt, in Verletzungen des Gleichheitsgebots verstrickt. Man kann nicht rational nach bestimmten Wirkungen streben, etwa dem Verbrecher auf den rechten Weg zu helfen versuchen, und gleiche Fälle gleich entscheiden, weil die Wirkungsbedingungen im Einzelfall zu situationsabhängig sind, um Gleichheitserwägungen Raum zu lassen“.⁵⁵

Betrachtet man die Problematik aus intersystemischer Perspektive, liegt der Verdacht nahe, dass das Untreuestrafrecht im Hinblick auf das Wirtschaftssystem keine normative Orientierungssicherheit vermittelt und der Tatbestand kein Medium der strukturellen Kopplung darstellt. Löst man sich von dem traditionellen individualschützenden – nämlich die Berechenbarkeit des Strafrechts aus Sicht der Strafrechtsbetroffenen gewährleistenden – Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG und fragt nach dessen gesamtgesellschaftlichen Funktionen, kann man dem Gesetzlichkeitsprinzip die Funktion beimessen, über das Postulat einer hinreichend klaren Formulierung der materiellrechtlichen Verbotsmaterie intersystemische Kontakte überhaupt erst möglich zu machen, indem andere soziale Systeme wie das der Wirtschaft bestimmte Eigenschaften ihrer strafrechtlichen Umwelt voraussetzen und sich dann strukturell in den eigenen Systemoperationen darauf verlassen können. All dies war einigermassen gewährleistet, solange das Strafrecht noch die „Realitätsnähe einer Bugwelle unmittelbar am Schiff“ hatte und anhand realer oder vorhersehbarer Konflikte im Wesentlichen auf den Schutz von Leib, Leben, Freiheit, aber auch Eigentum und Vermögen in wirtschaftlich überschaubaren Zusammenhängen gerichtet war.⁵⁶ Zweifel ergeben sich aber, seitdem der Untreuetatbestand ohne Anbindung an reale oder vorhersehbare Konflikte im Dienste präventiver Ziele und gesellschaftlicher Folgen zur Konstituierung und eben nicht Stabilisierung normativer Erwartungen eingesetzt wird. Die angesichts kognitiver Offenheit prinzipiell möglichen Beobachtungen des Wirtschaftssystems finden hier keinen festen Anknüpfungspunkt im Strafrechtssystem und ein punktueller Gleich-

⁵⁴ *Luhmann* (Fn. 47 – Rechtssoziologie), S. 227 ff.; *ders.* (Fn. 47 – Legitimation), S. 130 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 195 ff.; *ders.*, Rechtstheorie 14 (1983), 129 (144 f.).

⁵⁵ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 38 f.

⁵⁶ Vgl. *Luhmann*, ZRSoz 2000, 3 (50).

lauf der Operationen von Strafrechts- und Wirtschaftssystem wird unmöglich. Vermittelt der Untreuetatbestand dem Wirtschaftssystem keine normative Orientierungssicherheit, gehen vom Strafrecht in diesem Bereich dysfunktionale Wirkungen auf das Wirtschaftssystem aus. Dies ergibt sich schon daraus, dass ungeachtet der vornehmlich kognitiven Ausrichtung des Wirtschaftssystems wirtschaftliche Operationen immer eines gewissen normativen Unterbaus bedürfen, da sie bei Fehlen einer solchen normativen Vertrauensbasis unterbleiben.⁵⁷ Insofern ist im Übrigen die von *Luhmann* behauptete rigide und ausschließliche Zuweisung unterschiedlicher Erwartungsstrukturen zu dem jeweiligen System – in der Wirtschaft nur kognitive, im Strafrecht nur normative Erwartungsstrukturen – zweifelhaft. Der Sache nach liegt es näher, von Mischformen auszugehen, so dass bezogen auf das jeweilige System der Anteil kognitiver und normativer Erwartungselemente variiert. Während im (Straf-)Rechtssystem überwiegend – aber eben nicht ausschließlich (!) – normative Erwartungen eine Rolle spielen, spielen im Wirtschaftssystem überwiegend – aber ebenso wenig ausschließlich (!) – kognitive Erwartungen eine Rolle.⁵⁸ Und gerade diese normative Basis für wirtschaftliche Operationen steht auf dem Spiel.

Wenn der Untreuetatbestand sowohl innerhalb als auch außerhalb des Strafrechts mit Blick auf die Wirtschaft möglicherweise mehr Probleme produziert als löst, wirft dies die Frage nach seiner Legitimation auf. Dies gilt umso mehr, als der geschädigte Vermögensträger im Regelfall selbst den Täter durch Rechtsgeschäft in diese Position einsetzt. Geht es bei § 266 StGB somit weniger um im engeren Sinne „systemische Interessen“, sondern um einen ausschließlich vermögensrechtlichen Konflikt im Rahmen eines typischerweise freiwillig begründeten Rechtsverhältnisses, wird man die Frage stellen dürfen, ob hier tatsächlich ein legitimer Anwendungsbereich für das Strafrecht besteht und nicht außerstrafrechtlichen Regelungsmaterien prinzipiell der Vorzug zu geben wäre. Selbstverständlich kann man einwenden, dass das außerstrafrechtliche Recht nur ein unzureichendes Arsenal an Instrumenten zur Lösung von Konflikten in derartigen Beziehungen bereithält. Ein solcher Einwand müsste dann aber doch Anlass sein, über Änderungen der außerstrafrechtlichen Rechtsmaterien nachzudenken anstatt primär auf den Untreuetatbestand zurückzugreifen.

IV. Die gravierende Pflichtverletzung

Gleichwohl: Auf absehbare Zeit wird der Untreuetatbestand vom Gesetzgeber kaum zur Disposition gestellt werden. Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, welche Funktion dem Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung zukommen kann, wobei die Überlegungen ihren Ausgang in dem systemtheoretischen Verständnis von Gerechtigkeit und Dogmatik nehmen. Da eine materiale – etwa an moralische, ethische oder naturrechtliche Vorstellungen anknüpfende – Bestimmung des Begriffs für eine in verschiedene soziale Systeme

ausdifferenzierte Gesellschaft ausscheidet,⁵⁹ ist Gerechtigkeit in der Vorstellung *Luhmanns* nichts anderes als ein der Ausdifferenzierung der Gesellschaft entsprechender Grad adäquater Komplexitätsverarbeitungskapazität des Rechtssystems, der einigermaßen konsistentes Entscheiden im Sinne der gleichen Entscheidung gleicher und der ungleichen Entscheidung ungleicher Fälle gestattet.⁶⁰ Dogmatik weist demgegenüber allenfalls einen indirekten Gerechtigkeitsbezug auf, indem sie die Idee der Gerechtigkeit rechtssystemintern respezifiziert und operationalisiert.⁶¹ Sie kann als Transmissionsriemen verstanden werden, mit der das den Gerechtigkeitsbegriff kennzeichnende Konsistenzpostulat rechtssystemintern umgesetzt wird.⁶²

Innerhalb des Rechtssystems besteht Bedarf für Dogmatik, weil die Rechtsanwendung in komplexen Gesellschaften dadurch gekennzeichnet ist, dass nicht nur der Sachverhalt, sondern auch das Recht prinzipiell kontingent sein kann.⁶³ Dogmatik setzt dieser Kontingenz im Sinne einer Strukturierungsleistung Grenzen, indem rechtliche Kommunikation beschränkt und damit zugleich überhaupt erst möglich wird. In bestimmten Umfang versetzt sie den Rechtsstoff in „Gärung“ und in eine „selbstkritische Masse“, so dass sich das Rechtssystem – ohne den Systemcode Recht/Unrecht“ in Frage zu stellen – sogar auf seiner operativen Ebene kognitive Öffnungen und Lernfähigkeit im Sinne des Ausprobierens verschiedener Möglichkeiten zur Lösung sozialer Konflikte leisten kann.⁶⁴ Die zentrale Funktion der Dogmatik besteht in einer rechtssysteminternen Konsistenzkontrolle unübersehbar großer Entscheidungsmengen, indem die Entscheidung eines Falles an der Entscheidung früherer Fälle orientiert wird.⁶⁵ Durch diese Relationierung rechtlicher Entscheidungen wird innerhalb des Rechtssystems konsistentes Entscheiden möglich, da die Entscheidung eines Rechtsfalles nicht nur der Entscheidungssituation, sondern auch dem Rechtssystem verpflichtet ist und sich nicht aus der Rechtsordnung „herauspiralt“. ⁶⁶ Die maßgeblichen – regelmäßig abstrakten –

⁵⁹ *Luhmann* (Fn. 17 – Ausdifferenzierung), S. 374; *ders.* (Fn. 17 – Gibt es ...), S. 8 ff.

⁶⁰ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 18 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 274 ff. Kritisch zu einer solchen Gerechtigkeitskonzeption *Dreier*, *Rechtstheorie* 5 (1974), 189 (192); *Luhmann*, *ARSP* 2002, 305 (315 ff.); *Theile* (Fn. 21), S. 102 ff.

⁶¹ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 20.

⁶² Zur Dogmatik des Wirtschaftsstrafrechts zwischen Rationalität und Intuition vgl. *Momsen*, in: *Loos/Jehle* (Hrsg.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart*, Manfred Maiwald zu Ehren, 2007, S. 179.

⁶³ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 16 ff. Zur doppelten Variabilität der Rechtsanwendungsbeziehung auf Seiten des Sachverhalts und auf Seiten des Rechts siehe *ders.* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 17 f.

⁶⁴ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 13, 19; *ders.* (Fn. 20), S. 274 ff.

⁶⁵ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 17 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 274 ff.

⁶⁶ *Luhmann* (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 17 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 274 ff.

⁵⁷ Hierzu siehe insbesondere *Beulke* (Fn. 37), S. 245 (S. 247).

⁵⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang *Jakobs*, *HRRS* 2006, 289 (291 f.); *ders.*, *HRRS* 2004, 88 (91).

Kriterien der Relationierung müssen sich dabei an dem Code des Rechtssystems ausrichten und das Recht im Hinblick auf Unrecht und das Unrecht im Hinblick auf Recht fixieren.⁶⁷

Lässt man die Entwicklung des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung Revue passieren, wird deutlich, wie durch die Rechtsprechung innerhalb des Rechtssystems auf operativer Ebene kognitive Offenheit und Lernfähigkeit ermöglicht und zugleich das Verhältnis zwischen Strafrecht und außerstrafrechtlichem Recht justiert werden kann. Als maßgebliche und die Rechtsanwendung prägende Relationierungstechnik griff die Rechtsprechung in der Vergangenheit auf einen Indizienkatalog (Sponsoring) sowie auf eine Fallgruppenbildung (Kreditvergabe, Sponsoring, Kinowelt und Mannesmann) zurück und relativierte die Bedeutung des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung: Nachdem es zunächst im Sinne einer spezifisch strafrechtlichen Höhenmarke des Unrechts gemeint war, wird es – mit der Folge, dass Strafrecht und außerstrafrechtliches Recht konvergieren – nunmehr lediglich als Hinweis auf das Überschreiten des weiten außerstrafrechtlichen Entscheidungs- und Handlungsspielraums verstanden.

Sucht man nach den Gründen für die anhand des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung vorgenommene Umjustierung im Verhältnis von Strafrecht und außerstrafrechtlichem Recht liegt es nahe, sich auf die Funktion von Dogmatik zu besinnen. Die von der Rechtsprechung herangezogenen Relationierungstechniken eines Indizienkataloges oder einer Fallgruppenbildung sind prinzipiell taugliche dogmatische Instrumente, um eine Konsistenzkontrolle unübersehbar großer Entscheidungsmengen zu gewährleisten. Indes fällt auf, dass es der Rechtsprechung nicht gelungen ist, einigermaßen reliable Kriterien für die Gravität der Pflichtverletzung zu entwickeln. Stattdessen variiert die Relationierung der Rechtsanwendung von Indiz zu Indiz und von Fallgruppe zu Fallgruppe, so dass insbesondere aus Sicht des Wirtschaftssystems die Frage nahe liegt, ob sich das Wirtschaftssystem auf *solche* Dogmatik einstellen kann.⁶⁸ Denn wie viele und welche Indizien für eine konkrete wirtschaftliche Operation einschlägig sind, oder ob sie einer der bisher entschiedenen Fallgruppen zugeordnet werden kann, ist aus Sicht der auf einigermaßen verlässliche normative Umweltstrukturen angewiesenen Wirtschaft kaum sicher zu prognostizieren. All dies könnte ein Hinweis darauf sein, dass das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung keine konsistente, sondern allenfalls eine Entscheidungspraxis im Sinne eines „muddling through“ erlaubt.

Dementsprechend wird die Kehrtwende der Rechtsprechung in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur teilweise begrüßt, die das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung ebenfalls nur als Synonym für die Überschreitung des unternehmerischen Entscheidungsspielraums versteht. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass ein solches Merkmal

weder aus dem Wortlaut des § 266 StGB abzuleiten sei noch aber entsprechend bei den Außenschädigungsdelikten der §§ 242, 263 StGB diskutiert werde.⁶⁹ Indes bilden die Merkmale der Vermögensverfügung und Stoffgleichheit der angestrebten Bereicherung im Bereich des Betruges gleichermaßen ungeschriebene und in der tatbestandlichen Unrechtsbeschreibung nicht enthaltene Tatbestandsmerkmale. Selbst wenn man konzediert, dass es insoweit jeweils um Merkmale geht, die überhaupt erst den Charakter des Betruges als Delikt der Selbstschädigung und Vermögensverschiebung konstituieren, greift der Hinweis auf den fehlenden Anhalt im Wortlaut nicht durch, da dieser bei § 266 StGB gerade sehr weit geraten ist, woraus sich erst das Erfordernis des Gravitätsmerkmals ergibt.⁷⁰ Ein solches Merkmal liegt mit Blick auf den Untreuetatbestand auch deswegen nahe, weil die Vorschrift im Vergleich zu den Außenschädigungsdelikten der §§ 242, 263 StGB weniger Tatbestandsmerkmale enthält mit der Folge, dass von vornherein sehr viel mehr Sachverhalte unter die Norm subsumiert werden können.

Ein strafbarkeitseinschränkendes Merkmal wie das der gravierenden Pflichtverletzung läuft auch nicht auf „pure Klassenjustiz“ hinaus,⁷¹ was bei einem Straftatbestand, der wie § 266 StGB vor allem Entscheidungsträger in Unternehmen adressiert und daher als „umgekehrtes Klassenstrafrecht“ bezeichnet wird,⁷² im Übrigen wenig einleuchtend wäre. Soweit ein solcher Vorwurf auf das in der Sponsoring-Entscheidung verwendete Kriterium der „Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage“ gestützt wird,⁷³ wird verkannt, dass der *I. Strafsenat* dieses Merkmal keineswegs isoliert, sondern als Bestandteil einer „Gesamtchau“ verstanden wissen wollte.⁷⁴ Schon deshalb geht der weitere argumentative Verweis auf § 266 Abs. 2 StGB ins

⁶⁹ Rönna, NStZ 2006, 214 (220); Schünemann, NStZ 2005, 473 (475).

⁷⁰ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

⁷¹ Schünemann, NStZ 2005, 473 (476).

⁷² In diesem Sinne Saliger, HRRS 2006, 10 (17); ders. (Fn. 6), § 266 Rn. 3. Vgl. auch Beulke (Fn. 37), S. 245; Fischer, StraFo 2008, 269 (270); Ransiek, ZStW 116 (2004), 634 (636). Zum Ganzen siehe Schünemann, in: Kühnel/ Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, S. 15.

⁷³ Schünemann, NStZ 2005, 473 (476). Saliger, der die Kritik teilt, weist darauf hin, dass der Vorwurf der Klassenjustiz nur bei isolierter Verwendung des Unangemessenheitskriteriums erhoben werden kann, vgl. Saliger, HRRS 2006, 10 (19 f.); ders. (Fn. 6), § 266 Rn. 42.

⁷⁴ BGHSt 47, 187 (193). Vgl. auch Deiters, ZIS 2006, 152 (157 f.); Dierlamm (Fn. 1), § 266 Rn. 155. Auch gegen das von Samson gebildete exemplum ad absurdum der Schenkung von 1 Mio. € aus der Kasse einer prosperierenden AG an den Bruder des Vorstandsvorsitzenden unter Einhaltung des unternehmensintern vorgesehenen Verfahrens (vgl. Samson, in: Walz u.a. [Hrsg.], Non Profit Law Yearbook 2004, 2005, S. 238) lässt sich einwenden, dass es dem Bundesgerichtshof auf eine Gesamtbetrachtung der Indizien ankam.

⁶⁷ Luhmann (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 21 f.

⁶⁸ Vgl. auch Luhmann (Fn. 17 – Rechtssystem), S. 23. Kritik an der sich wandelnden höchstrichterlichen Rechtsprechung wird dementsprechend gerade von Verteidigerseite geäußert, vgl. etwa Krause, StV 2006, 299 (308).

Leere, der ausdrücklich auf das Strafantragserfordernis des § 248a StGB rekurriert, woraus sich die prinzipielle tatbestandliche Relevanz geringfügiger Vermögensschädigungen ergebe.⁷⁵ Selbstverständlich fallen auch geringfügige Nachteilzufügungen unter das Untreueunrecht, sofern sie auf einer – gravierenden – Pflichtverletzung beruhen.

Weist man dem Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung ausschließlich die Bedeutung zu, die Weite der unternehmerischen Entscheidungs- und Handlungsfreiheit zu betonen, wäre es ein Ausdruck für die Lehre von der objektiven Zurechnung, indem erst eine gravierende Pflichtverletzung den Punkt markiert, ab dem das erlaubte Risiko unternehmerischer Entscheidungs- und Handlungsfreiheiten überschritten wird.⁷⁶ Zwar ist die Bedeutung der Lehre von der objektiven Zurechnung für den Besonderen Teil und den Untreuetatbestand nach wie vor klärungsbedürftig, wobei ihre Heranziehung ohne Zweifel Konsistenzgewinne für die Behandlung schwieriger dogmatischer Probleme erwarten lässt.⁷⁷ Allerdings: Abgesehen davon, dass es innerhalb des erlaubten Risikos schon begriffslgisch keine Pflichtverletzungen geben kann,⁷⁸ liegt die Frage nahe, ob die gravierende Pflicht-

verletzung bei einer solchen Interpretation nicht unter Wert gehandelt wird, da man mit diesem Merkmal nicht nur eine bestimmte Qualität des Zusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Vermögensnachteil, sondern vor allem des Handlungsunrechts bezeichnen kann. Maßgeblich und den Einsatz des Strafrechts legitimierend wäre dann eben nicht jede beliebige Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten, sondern nur eine im Unwert herausgehobene Pflichtverletzung.

Wechselt man von dieser dogmatischen Innenperspektive zur Außenperspektive, bringt das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung gleichwohl etwas prinzipiell Richtiges zum Ausdruck. Wird es im Sinne einer spezifisch strafrechtlichen Höhenmarke des Unrechts interpretiert, ist in ihm trotz aller Inkonsistenzen der bisherigen Rechtsprechung ein Ansatzpunkt zu sehen, einer hypertrophen Anwendungspraxis des Untreuetatbestandes Grenzen zu setzen, die gleichermaßen zu Inkonsistenzen führt und den Strafrechtsbetroffenen mit dysfunktionalen Folgen keine Orientierungssicherheit vermittelt. Denn die Inkonsistenzen bei der inhaltlichen Bestimmung der Gravität des Pflichtverstoßes sind letztlich nichts anderes als ein Reflex auf die Inkonsistenzen der Praxis, wenn es darum geht, ob ein Ermittlungsverfahren wegen Untreue eingeleitet wird oder nicht.

Für die Interpretation, das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung als gleichbedeutend mit dem Überschreiten des unternehmerischen Entscheidungsspielraums anzusehen, könnte allenfalls die damit verbundene Konvergenz von Gesellschaftsrecht und Strafrecht sprechen. Dem Wirtschaftssystem würde wenigstens insoweit eine verlässliche normative Orientierung vermittelt, als aus dem Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Vorgaben zwingend die untreuerelevante Treuepflichtverletzung resultiert.

Gegen eine solche Überlegung spricht zunächst, dass das Strafrecht seine gesamtgesellschaftliche Stabilisierungsfunktion umso eher erfüllen kann, wenn die zu stabilisierenden Erwartungen weithin konsentiert sind und es nicht inflationär eingesetzt wird. Dies wird man im Hinblick auf die im Gesellschaftsrecht verkörperten normativen Erwartungen nicht ohne weiteres annehmen können, zumal Bestehen und Reichweite der dort nicht selten generalklauselartig formulierten Verpflichtungen im Regelfall kontrovers beurteilt werden. Dann aber tut das Strafrecht gut daran, sich vor Überfunktionen zu schützen und jeden unter Umständen zweifelhaften oder unter Gesellschaftsrechtlern kontrovers beurteilten gesellschaftsrechtlichen Pflichtverstoß in strafrechtliche Münze umzutauschen.⁷⁹

⁷⁵ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (19); *Schünemann*, NSTZ 2005, 473 (475). Kritisch *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (235); *Deiters*, ZIS 2006, 152 (157 f.).

⁷⁶ Diese Lozierung des Merkmals in der allgemeinen Dogmatik wurde zuerst von *Schünemann* vorgenommen und auf solche Fallkonstellationen wie treuwidrigen Kreditvergaben beschränkt, in denen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil einmal nicht zu einem einzigen Merkmal verschmelzen, so dass die Pflichtverletzung eine eigenständige Bedeutung hat, vgl. *Schünemann*, NSTZ 2005, 473 (476); *ders.*, NSTZ 2006, 196 (198). Ähnlich *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (638); *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 157 (168); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (917 f.). Vgl. ferner *Lüderssen* (Fn. 6), S. 345 (S. 354 ff.) sowie die Kontroverse zwischen *Arzt* und *Fischer* in: *Lüderssen/Kempf/Volk* (Fn. 4), S. 177. Der Sache nach ist auch in diesen Konstellationen die Verschleifung von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil zu einem einzigen Merkmal mehr als fragwürdig, da es um analytisch zu trennende Tatbestandsmerkmale zur Kennzeichnung des Handlungs- wie auch des Erfolgsunwertes geht, vgl. auch *Albrecht* (Fn. 17), S. 1 (S. 3); *Hohn*, wistra 2006, 161 (162); *Ignor/Sättele* (Fn. 34), S. 211 (S. 216); *Seier* (Fn. 35), Kap V Rn. 196; *Thomas*, Michalke u.a. (Fn. 17), S. 767 (S. 771 f.); *Tiedemann*, in: *Heinrich* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 319 (S. 327). Zu einer solchen Verschleifung von Tathandlung und -erfolg siehe generell *Matt*, NJW 2005, 389 (390); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (638, 646 ff.); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (14); *ders.*, ZStW 112 (2000), 569 (610 f.); *ders.* (Fn. 6), § 266 Rn. 8, 50; *Volk*, (Fn. 39), S. 803 (S. 805).

⁷⁷ Siehe hierzu allgemein *Rengier*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 811. Für die Untreue siehe insbesondere *Saliger*, HRRS 2006, 10 (21 ff.); *ders.* (Fn. 6), § 266 Rn. 79 ff.; *Seier* (Fn. 35), Kap. V Rn. 196 ff.

⁷⁸ *Beulke* (Fn. 37), S. 245 (S. 255 f.).

⁷⁹ Insofern hat die Streitfrage, ob dem Strafrichter eine Auslegungskompetenz für außerstrafrechtliche Rechtsfragen zukommt, neben ihrer Relevanz im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG eine systemfunktionale Seite. Obwohl § 262 StPO dem Strafrichter eine solche Kompetenz einräumt, spricht einiges dafür, von dieser Kompetenz zurückhaltend Gebrauch zu machen, wenn nicht jede gesellschaftsrechtlich kontrovers diskutierte Frage über § 266 StGB Einzug in das Strafrecht halten soll. Zu dieser Streitfrage siehe *Beulke* (Fn. 37), S. 245 (S. 251 f.); *Dierlamm* (Fn. 1), § 266 Rn. 152 ff.; *ders.*, StraFo

Wichtiger dürfte die darüber hinaus gehende Erwägung sein, dass Konvergenz keineswegs mit Konsistenz gleichzusetzen ist und die Konvergenz von Gesellschaftsrecht und Strafrecht nicht für sich bereits eine konsistente Rechtsanwendung sichert. Kommt Dogmatik innerhalb des Rechtssystems die Funktion zu, eine Konsistenzkontrolle unübersehbar großer Entscheidungsmengen zu gewährleisten, kann dies nicht gleichbedeutend mit der Nivellierung von Unterschieden zwischen verschiedenen Rechtsmaterien mit ihren jeweils spezifischen Funktionen sein. Obwohl Konsistenz innerhalb des Rechtssystems im Prinzip selbstverständlich auch über eine Gleichbehandlung von Entscheidungssituationen erfolgen mag, muss eine solche Gleichbehandlung sachlich gerechtfertigt sein. Dies bedeutet vor allem, dass die Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung von Sachverhalten der rechtssysteminternen Komplexität gerecht zu werden hat, die durch die Ausdifferenzierung in verschiedene Rechtsmaterien mit jeweils unterschiedlichen Funktionen geprägt ist. Wird dieser rechtssysteminterne Grad an Komplexität für die konkrete Entscheidung außer Acht gelassen, „spiralt“ sich auch eine konvergente und die Unterschiede zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht nivellierende Entscheidungspraxis aus dem Rechtssystem heraus. Ebenso wie Gerechtigkeit systemtheoretisch danach zu bestimmen ist, ob ein der Ausdifferenzierung der Gesellschaft entsprechendes Maß an Komplexitätsverarbeitungskapazität des Rechts erreicht wird, muss man bei der rechtssysteminternen Respezifizierung und Operationalisierung von Gerechtigkeit fragen, ob das Recht in seiner Entscheidungspraxis dem Grad an intrasystemischer Ausdifferenzierung und dem damit verbundenen Niveau an Komplexitätsverarbeitungskapazität gerecht wird.

Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung im Sinne einer spezifisch strafrechtlichen Höhenmarke des Unrechts zu interpretieren,⁸⁰ auch wenn die Konturierung des gegenüber dem außerstrafrechtlichen Recht gesteigerten „strafrechtliche Mehr“ einstweilen nicht abschließend geklärt ist.⁸¹ Insoweit scheidet wohl die Bildung von Fallgruppen und Indizienkatalogen angesichts der damit immer verbundenen Inkonsistenzen der Rechtsanwendung aus, weil jede Fallgruppe oder

jedes Indiz aufgrund der im Wirtschaftssystem anzutreffenden fortlaufenden Erwartungsstrukturierung bereits bei der ersten neuartigen Problemstellung überholt ist.⁸² Derartige Relationierungstechniken vermögen im Einzelfall ex post sachlich durchaus überzeugend die Lösung sozialer Konflikte zu legitimieren, angesichts der Vielgestaltigkeit wirtschaftlicher Problemlagen kann die Bildung von Fallgruppen und Indizienkatalogen aber kaum Orientierungssicherheit für die Zukunft vermitteln. Dementsprechend wird man die Gravität des Pflichtverstoßes trotz der Schwierigkeiten einer allgemeingültigen inhaltlichen Festlegung eine Abstraktionsstufe höher danach zu beurteilen haben, ob er evident in dem Sinne ist, dass eine bestimmte unternehmerische Entscheidung unter keinem Gesichtspunkt mehr als im materiellen Unternehmensinteresse liegend gedacht werden kann.⁸³ Bei einer solchen Interpretation ist gesichert, dass der Anwendungsbeereich des Strafrechts erst bei deutlicher Überschreitung der Grenzen gesellschaftsrechtlich eingeräumter Entscheidungs- und Handlungsspielräume beginnt, was selbst mit Blick auf die erheblichen Freiheitsgrade gilt, die die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierte Business Judgement Rule der Unternehmensleitung einräumt.⁸⁴

Eine solche Interpretation lässt sich intrasystemisch auf den Subsidiaritätsgrundsatz zurückführen, der eine primäre Zuständigkeit außerstrafrechtlicher Rechtsmaterien begründet und das Strafrecht allenfalls als ultima ratio der Lösung sozialer Konflikte versteht.⁸⁵ Ungeachtet der Anknüpfung an

2005, 397 (400); Lüderssen (Fn. 46), S. 163 (S. 171, 178 f.); ders., in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 727 (S. 728 f.); Seibt/Schwarz, AG 2010, 301 (307 ff.); Zech, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2007, S. 16. Kritisch Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (172); Rönnau, NStZ 2006, 214 (220); ders., ZStW 119 (2007), 887 (911 ff.); Schüenemann, NStZ 2006, 196 (202); ders., Organuntreue, Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, 2004, S. 22 f.; Vogel/Hocke, JZ 2006, 568 (569).

⁸⁰ Dierlamm, StraFo 2005, 397 (402 ff.); ders., NStZ 2000, 655 (656); Luttermann, ZIP 2000, 1210 (1213); Marxen, EWiR 2001, 391 (392); Sauer, wistra 2002, 465.

⁸¹ Vgl. insoweit Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (544); Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (170). Kritisch auch Deiters, in: Lüderssen/Kempf/Volk (Fn. 4), S. 132 (S. 137).

⁸² Ein Beleg für die sich mit einem Indizienkatalog verbindenden Aporien ist in den Unklarheiten zu sehen, wie viele der in der Sponsoring-Entscheidung benannten Indizien vorliegen müssen, um eine gravierende Pflichtverletzung annehmen zu können. Während teilweise lediglich drei der vier Kriterien als notwendig erachtet werden (vgl. etwa Dierlamm, StraFo 2005, 397 [403]; ders. [Fn. 1], § 266 Rn. 150; Kiethe, NStZ 2005, 529 [531]), fordern andere das Vorliegen aller Indizien (vgl. etwa Braum, KritV 2004, 67 [76 f.]). Kritisch auch Saliger, HRRS 2006, 10 (19); ders. (Fn. 6), § 266 Rn. 42; Samson (Fn. 74), S. 238.

⁸³ In diesem Sinne vor allem Saliger, NJW 2010, 3195 (3197 f.); ders., HRRS 2006, 10 (20); ders. (Fn. 6), § 266 Rn. 42. Vgl. ferner Beulke (Fn. 37), S. 245 (S. 254 ff.); Ignor/Sättele (Fn. 34), S. 211 (S. 214 ff.); Kubiciel, NStZ 2005, 353 (359 f.); Thomas, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 795 (S. 805 ff.); Wessing, EWiR 2002, 305 (306).

⁸⁴ Dass auch ein solches Verständnis keineswegs alle Unwägbarkeiten der Strafrechtspraxis löst, ist dabei nicht zu bestreiten, vgl. auch Vogel/Hocke, JZ 2006, 568 (569). Zur Bedeutung der Business Judgement Rule mit Blick auf § 266 Saliger (Fn. 6), § 266 Rn. 40. Zur Business Judgement Rule siehe Fleischer, ZIP 2004, 685 (685 ff.); Kocher, CCZ 2009, 215; Lutter, ZIP 2007, 841; Seibt/Schwarz, AG 2010, 301 (305 ff.).

⁸⁵ Das neuerdings von Hassemer favorisierte Umhugungskonzept, nach dem das Strafrecht der Wirtschaft mit Respekt, Umsicht und Festigkeit gegenüberzutreten soll, lässt sich durchaus als Ausdruck von Subsidiarität verstehen. Siehe

außerstrafrechtliche Pflichten wird man auch für den Untreuetatbestand von einem Verhältnis asymmetrischer Akzessorietät auszugehen haben, so dass der Verstoß gegen außerstrafrechtliche Vorgaben allenfalls eine notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die strafrechtliche Haftung darstellt.⁸⁶

Abgesehen von der im Interesse der Strafrechtsbetroffenen liegenden freiheitssichernden Funktion des Subsidiaritätsgrundsatzes liegt ein solches Verständnis vor allem aus systemtheoretischer Perspektive nahe. Dies ergibt sich daraus, dass die Interpretation des Gravitätsmerkmals im Sinne einer spezifisch strafrechtlichen Höhenmarke des Unrechts es erlaubt, den Unterschieden von Gesellschaftsrecht und Strafrecht Rechnung zu tragen und für die Lösung sozialer Probleme diejenige Rechtsmaterie nutzbar zu machen, die in Entsprechung zu dem rechtssysteminternen Niveau an Ausdifferenzierung und Komplexitätsverarbeitungskapazität der Systemrationalität der Wirtschaft näher ist. Mit Blick auf die innerhalb des Wirtschaftssystems auftretenden Konflikte läuft dies auf einen Vorrang des Gesellschaftsrechts hinaus, das im Zweifel über adäquatere Mechanismen zur Lösung von Konflikten zwischen dem betreuten Vermögensträger und dem Treuepflichtigen verfügt als das Strafrecht, das eigentlich nur die Rechtsfolge der Strafe bereithält.

Das Gesellschaftsrecht erweist sich vor allem deswegen als geeigneter für die Lösung der innerhalb des Wirtschaftssystems auftretenden Konflikte, weil es sich größere kognitive Freiheitsgrade und damit eine Umstrukturierung von Erwartungen leisten kann als das Strafrecht, dem bereits durch Art. 103 Abs. 2 GG Grenzen gesetzt sind.⁸⁷ Statuiert Art. 103 Abs. 2 GG einen Zusammenhang zwischen der Eingriffsinintensität einer Strafsanktion und dem Konkretisierungsgrad in der Konturierung der strafrechtlichen Verbotsmaterie, stehen die Einzelgarantien der *lex scripta, praevia, stricta* und *certa* einer Umstrukturierung von Erwartungen und damit der Vorstellung eines anhand konkreter und sich jeweils neu stellen-

der wirtschaftlicher Problemlagen lernenden Strafrechts entgegen. Demgegenüber kann das Gesellschaftsrecht ohne derartige Beschränkungen an die aus der fortlaufenden Umstrukturierung von Erwartungen resultierenden spezifischen Kontingenzen- und Komplexitätsgrade des Wirtschaftssystems anknüpfen und die eigenen Programme an dessen Systemrationalität ausrichten. Überdies operiert das Gesellschaftsrecht viel weniger als das Strafrecht vom Zentrum des Rechtssystems aus, in dem die Justiz angesiedelt ist und das Strafrecht sich in erster Linie im Strafverfahren verwirklicht.⁸⁸ Stattdessen ist das Gesellschaftsrecht darauf gerichtet, die Verhältnisse innerhalb der Wirtschaft proaktiv zu gestalten und mögliche Konflikte einer systemadäquaten und in den Code „Gewinn/Verlust“ transformierbaren Lösung zuzuführen, wofür namentlich die Sanktionen des Schadensersatzes zur Verfügung stehen (vgl. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG).⁸⁹ Verglichen mit den dort vorhandenen systemadäquaten Konfliktlösungsmechanismen verfehlt die Sanktion einer Kriminalstrafe die Systemrationalität der Wirtschaft. Hierbei ist keineswegs zu bestreiten, dass ein Wirtschaftssystem, in dem Vermögensinhaberschaft und -dispositionsbefugnis regelmäßig auseinanderfallen, prinzipiell auf den Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen dem betreuten Vermögensträger und dem Vermögensbetreuungspflichtigen angewiesen ist, da anderenfalls kein Treugeber sein Vermögen einem Treuhänder überantworten könnte, was desaströse Folgen für das Wirtschaftssystem als Ganzes hätte.⁹⁰ Allerdings ist damit nicht gesagt, dass der Schutz dieser die soziale Komplexität reduzierenden Vertrauensbeziehung zwischen Treugeber und Treuhänder nicht auch über außerstrafrechtliche Rechtsmaterien verwirklicht werden kann. Selbst wenn man die unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz erfolgende Zuweisung eines Konflikts zu außerstrafrechtlichen Regelungsmaterien nur als zulässig erachtet, sofern der dann alternativ Belastete – hier also der geschädigte Vermögens-

insoweit *Hassemer*, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Fn. 31), S. 29 (S. 34 ff.).

⁸⁶ In diesem Sinne auch *Dierlamm* (Fn. 1), § 266 Rn. 153; *Lüderssen* (Fn. 6), S. 345 (S. 346); *ders.* (Fn. 46), S. 163 (S. 170); *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 31. Zu den rechtshistorischen Grundlagen einer Nichtakzessorietät und einer „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ siehe *Dierlamm*, *StraFo* 2005, 397; *Lüderssen*, in: *Ebert* (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, 1999, S. 487; *ders.* (Fn. 37), S. 467 (S. 479 f.). Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht siehe *Spindler* (Fn. 4), S. 71 (S. 96 ff.). Kritisch *Schünemann*, *NStZ* 2005, 473 (475), nach dem sich aus dem Prinzip der Zivilrechtsakzessorietät nicht das „mindeste Argument“ für eine zusätzliche Einschränkung des Pflichtwidrigkeitsbegriffs im Strafrecht ergeben soll. Vgl. ferner *ders.* (Fn. 79), S. 22 f.; *ders.*, *NStZ* 2006, 196 (202). Ähnlich *Beckemper*, *NStZ* 2002, 322 (326); *Rönnau*, *NStZ* 2006, 214 (220).

⁸⁷ Zu diesen Fragestellungen gleichermaßen aus systemtheoretischer wie strafrechtsdogmatischer Sicht siehe *Albrecht* (Fn. 17), S. 1 (S. 14 ff.); *Lüderssen* (Fn. 17), S. 67.

⁸⁸ *Luhmann* (Fn.20), S. 297 ff., 320. Vgl. *ders.*, *Rechtstheorie* 21 (1990), 459.

⁸⁹ In diesem Sinne auch *Kutzner*, *NJW* 2006, 3541 (3543). Dies gilt im Übrigen auch für die Konstellationen, in denen die Rechtsprechung unter Missachtung der eigentlichen Stoßrichtung der Untreue – Schutz des individuellen Vermögens vor Angriffen von innen – gerade Gläubigerinteressen in den Vordergrund rückt. Soweit hier keine ausreichenden gesellschaftsrechtlichen Schutzmechanismen bestehen, muss eben das Gesellschaftsrecht geändert werden.

⁹⁰ Vgl. hierzu insbesondere *Thomas* (Fn. 83), S. 795 im Anschluss an *Luhmann*, *Vertrauen*, Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 1973, S. 56. Hieraus ist allerdings nicht die Konsequenz zu ziehen, dass dem Untreuetatbestand das Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs als Universalrechtsgut zugrunde liegt, vgl. aber früher *Luhmann*, *NJW* 1960, 419 (420); *Meyer*, *JuS* 1973, 214 (215). Siehe hierzu *Kindhäuser* (Fn. 1), § 266 Rn. 1; *Nelles* (Fn. 1), S. 283 ff.; *Rönnau*, *ZStW* 119 (2007), 887 (890); *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 1; *Schünemann* (Fn. 52), § 266 Rn. 28.

träger – für den Konflikt zuständig sei,⁹¹ wird man einen Vorrang des Gesellschaftsrechts begründen können. Denn der Geschädigte setzt im Regelfall den Treuepflichtigen selbst in dessen Position ein und ihm stehen die im Gesellschaftsrecht eröffneten Aufsichtsmöglichkeiten sowie gegebenenfalls Schadensersatzansprüche als Selbstschutzmöglichkeiten zu. Sollte dies zur Interessenwahrung nicht ausreichen, müsste vorrangig über Änderungen im Gesellschaftsrecht nachgedacht werden.

Der hier propagierte Vorrang des Gesellschaftsrechts findet eine Bestätigung, wenn man schließlich die Ko-Evolution unterschiedlicher sozialer Systeme in den Blick nimmt. Diese ist durch in jeweils unterschiedlicher Geschwindigkeit erfolgende systemische Operationen gekennzeichnet, wobei im Verhältnis zwischen Wirtschafts- und Rechtssystem das Tempo der Wirtschaft aufgrund fortlaufender Erwartungsstrukturierungen regelmäßig höher ist.⁹² Dann aber kann es nicht sachgerecht sein, in Gestalt des Strafrechts ausgerechnet diejenige Rechtsmaterie zur Lösung von Konflikten heranzuziehen, die am weitesten hinter dem Tempo des Wirtschaftssystems zurückbleibt und der die größten Grenzen als „lernendes Recht“ gesetzt sind. Eine Absicherung erfährt eine solche Überlegung durch die rechtshistorisch evidente Beobachtung, dass man sich rückblickend kaum die Herausbildung eines komplexen Wirtschafts- und Rechtssystems vorstellen kann, wenn innerhalb des Rechts ausschließlich das Strafrecht für etwaige Konfliktlösungen zur Verfügung gestanden hätte.

V. Fazit und Ausblick

In einer ausdifferenzierten Gesellschaft muss das Recht seine gesamtgesellschaftliche Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen nicht zwingend durch den Rückgriff auf das Strafrecht erfüllen. Will es den aus der fortlaufenden Umstrukturierung von Erwartungen resultierenden Kontingenz- und Komplexitätsgraden des Wirtschaftssystems Rechnung tragen, kann insbesondere der Verzicht auf den Einsatz des Strafrechts eine probate Strategie zur systemadäquaten Lösung oder Eingrenzung von Konflikten sein, was letztlich nur ein Ausdruck des ultima ratio-Gedanken ist. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, mit Blick auf den Untreuetatbestand eine bestimmte Gravität der Pflichtverletzung zu fordern, so dass nur dann die Höhenmarke strafrechtlich relevanten Unrechts erreicht ist, wenn eine bestimmte Entscheidung unter keinem Gesichtspunkt mehr als im materiellen Unternehmensinteresse liegend gedacht werden kann. Darüber hinaus müsste in viel stärkerem Maße als bislang untersucht werden, weshalb das Gesellschaftsrecht als Regelungsmaterie nicht ausreicht, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz des Strafrechts legitimiert werden kann und welche beabsichtigten oder nicht beabsichtigten Folgen hiervon zu erwarten sind. Von einer interdisziplinären Subsidiaritäts-

wissenschaft sind wir einstweilen noch weit entfernt.⁹³ Ein solches Unterfangen wäre indes die Voraussetzung dafür, um einen legitimen Anwendungsbereich des Strafrechts für die Regulierung wirtschaftlicher Sachverhalte zu beschreiben.

⁹¹ *Jakobs* (Fn. 45), 2/27.

⁹² Zu diesen Fragen siehe insbesondere *Kölbel*, *MSchrK* 2008, 22 (23 f., 27 f.).

⁹³ *Roxin*, in: *Neumann/Prittwitz* (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, S. 175 (S. 183 f.).

Die Frage nach der Rechtskultur als Brücke zwischen Kriminologie und Strafrecht

Von Prof. Dr. Michael Walter, Köln*

I. Die Verselbständigung der Kriminologie als empirische Wissenschaft im Nachkriegsdeutschland

Anders als in der angelsächsischen Welt ist die Kriminologie in Kontinentaleuropa und insbesondere in Deutschland unter den Fittichen des Strafrechts aufgewachsen. Sie hatte zwar sehr früh näheren Kontakt zu empirischen Naturwissenschaften wie der Medizin (Kriminalpsychiatrie) und der Biologie (Kriminalbiologie; Kriminalanthropologie).¹ Doch die wurden als „Hilfswissenschaften“ eingeschaltet, wenn es das strafrechtliche Konzept vorsah: etwa zur Begutachtung der Schuldfähigkeit oder zur Verhaltensprognose. Pädagogik und Psychologie waren ebenfalls von Belang (Kriminalpädagogik; Kriminalpsychologie). Sie sollten Auskunft geben, wie man am besten mit dem Straftäter umgeht und ihn sowie die Allgemeinheit vor weiteren Taten bewahrt.² Insoweit waren auch sie dienstbar. Allemal entschieden die Strafrechtler mit ihrem System, welche Gesichtspunkte maßgeblich seien und mit Hilfe welcher Wissenschaften man sie zu klären habe.

Diese Zeiten strafrechtlicher Dominanz sind vorbei.³ Die kriminologische Wissenschaft befasst sich nicht nur mit den Verbrechen, die das Strafrecht vorgibt. Sie macht vielmehr diese Vorgabe selbst zum Thema und widmet sich Prozessen der Normgenese und der Normimplementation ebenso wie entsprechenden Defiziten. Zu untersuchen sind die Bedingungen, unter denen neue Straftatbestände „entdeckt“, etwas kriminalisiert oder aber entkriminalisiert wird.⁴ Gleichwohl ist eine Beziehung zum Strafrecht geblieben. Doch erscheint das Strafrecht nicht mehr als Auftraggeber, sondern als Ge-

genstand. Kriminologie ist zur empirischen Wissenschaft vom Strafrecht geworden. Die strafrechtlichen Aktivitäten und die strafrechtlichen Institutionen sind längst zur Analyse in den Mittelpunkt gerückt (insbes. Sanktionen- beziehungsweise Institutionenforschung), ohne bei Kriminologen Loyalitäten oder Verbindlichkeiten auszulösen.

So entstanden Widersprüche zum Strafrecht und einem normativ geprägten Verständnis der Realität. Einerseits gibt es zu den strafrechtlichen Leistungen und Wirkungen passende Theorien des Strafrechts, gleichsam offizielle Verlautbarungen, andererseits jedoch kritische der Kriminologie, die diesen Verlautbarungen teilweise konträre Erklärungen der Realität gegenüberstellen. Felder für entsprechende Gegensätze finden sich vor allem bei den kriminalrechtlichen Sanktionen, ihrem rechtlichen Anspruch und ihrer beobachtbaren und messbaren Wirklichkeit. Dem strafrechtlichen Programm gemäß soll die Freiheitsstrafe Schuld vergelten (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB), die Vollstreckung eine Sicherung des inhaftierten Rechtsbrechers bewirken und während der Haft soll er außerdem resozialisiert werden (§ 2 StVollzG). Die kriminologisch-empirischen Theorien gehen von einer anderen Realität aus. Der zufolge findet eine Sozialdisziplinierung statt, die vorwiegend die Möglichkeiten gesellschaftlicher Teilhabe einschränkt und oft weitere Normverstöße fördert.⁵ Insbesondere Abschreckungswirkungen, die das Strafrecht als Individual- und als Generalprävention propagiert, werden in Zweifel gezogen oder zumindest handfest eingeschränkt und relativiert.⁶ „Positive“ normative Theorien und „negative“ empirische Theorien stehen sich so weitgehend unvereinbar gegenüber. Die Kriminologie ist vom ehemaligen Gehilfen, der insbesondere die Zurechnungsfähigkeit und Gefährlichkeit des Verbrechers beurteilte, zum distanziierten Kritiker geworden. Mitunter zieht er den gesamten Glauben an ein strafrechtliches Schutzsystem in Zweifel.⁷

Die Annahme, der Kriminologie werde jeweils mit den Straftatbeständen des Gesetzes ihr maßgeblicher Gegenstand vorgegeben, erwies sich als zu kurzichtig. Denn streng ge-

* Für kritische Kommentare danke ich herzlich meinem Kölner Kollegen *Thomas Weigend*.

¹ *Bock*, in: Göppinger, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, S. 11 f.

² S. etwa *Herrmann*; in: Schaffstein/Miehe (Hrsg.), *Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts*, 1968, S. 548; *Schlüchter*, *Plädoyer für den Erziehungsgedanken*, 1994, S. 46 f.; *Lösel*, in: *Lösel* (Hrsg.), *Kriminalpsychologie*, 1983, dort die Beiträge in den Abschnitten über Psychologie im Ablauf der Strafverfolgung (S. 119-206) und über Strafvollzugspsychologie und psychologische Intervention (S. 207-271); bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wurde die Psychologie von Psychiatern beargwöhnt, weil man sich wegen einer zu weitgehenden Exkulpation („Psychologisierung“) sorgte, s. *Moser*, *Repressive Kriminalpsychiatrie, Vom Elend einer Wissenschaft, Eine Streitschrift*, 2. Aufl. 1971, S. 135 f.

³ Allein im Strafprozess gilt noch die Vorherrschaft der rechtlichen Betrachtung. Der grundsätzlich bestehende richterliche Beurteilungsspielraum für die Bestellung eines bestimmten (Psycho-)Sachverständigen wird durch die Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO – und die dazugehörige Kasuistik der Rechtsprechung – eingeschränkt, s. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. 2010, S. 126 f. Rn. 197 f.

⁴ *Savelsberg*, in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl. 1993, S. 366-371 (Stichwort „Norm, Normgenese“).

⁵ Prisonisierungseffekte und spätere Probleme der sozialen Teilhabe (u.a. durch Schulden und „Löcher“ in der Biographie) wirken sich negativ aus, s. *Ortmann*, *Resozialisierung im Strafvollzug*, 1987, S. 355 f. und S. 369 f.; ferner *Dünkel*, *Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher*, 1990, S. 413 f.; gegen pauschalierende Aussagen des Etikettierungsansatzes, wonach die Inhaftierten durch die Haft eine negative Identität erlangen und deswegen künftig eher noch stärker kriminell auffällig werden, *Greve/Enzmann*, in: Bereswill/Greve (Hrsg.), *Forschungsthema Strafvollzug*, 2001, S. 207.

⁶ Vgl. *Dölling*, *ZStW* 102 (1990), 1; *Schöch*, in: Frank/Harrer (Hrsg.), *Der Sachverständige im Strafrecht, Forensia Jahrbuch*, Bd. 1, 1990, S. 95; *Eisenberg*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2005, S. 588 f.; zu individuell ausgerichteten Schockstrafen *Heinz*, *Kriminelle Jugendliche – gefährlich oder gefährdet?*, 2006, S. 86 f.

⁷ *Christie*, *Wieviel Kriminalität braucht die Gesellschaft?*, 2005.

nommen braucht die Kriminologie gar keine gesetzlichen Strafnormen. Sie setzt als Erfahrungswissenschaft nur bestimmte Verhaltensweisen voraus, die in einer Gesellschaft nicht akzeptiert sind und mit nachteiligen Konsequenzen belegt werden („abweichendes Verhalten“⁸). So interessiert beispielsweise die Bewältigung von gemeinschaftswidrigen Vorgehensweisen nach dem Zusammenbruch im Mai des Jahres 1945 am Ende des Zweiten Weltkrieges, bevor die Siegermächte eine neue Ordnung etabliert hatten.⁹ Viele Taten bleiben auch heute in einer Grauzone, ohne dass verbindlich geklärt wird, ob eine – rechtswidrige und schuldhaft – Straftat vorliegt: wenn Kinder den Eltern Geld aus der Brieftasche nehmen, wenn am Arbeitsplatz ehrverletzende Gerüchte gestreut werden oder wenn im Sportverein Kassendefizite festzustellen sind. Unabhängig von einer engeren Strafbarkeit bestehen „Störungen“, die der Kriminologie Stoff vermitteln. Auch wenn die Kriminologie das Phänomen Strafrecht in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt, ist sie deswegen keineswegs vom Strafrecht abhängig. Noch deutlicher wird das bei Verhaltensweisen, die nicht als „abweichend“, sondern als sozial „eingepasst“ erscheinen.¹⁰ So kann aus kriminologischer Sicht die Ausnutzung des Grenzbereichs zum Strafbaren, etwa bei der Steuer, problematisiert werden, gerade falls nach herrschender Auffassung in dem betreffenden Verhalten noch kein Delikt zu erblicken ist. Das Skandalon liegt dann just in dieser strafrechtlichen Abstinenz, sei die Lücke nun rechtlicher oder verfolgungspraktischer Natur.

Für das Strafrecht kann die Anzweiflung seiner deklarierten Wirksamkeit mit konkreten empirischen Belegen und Befunden lästig oder sogar gefährlich sein. Als Reaktion lag daher eine Strategie nahe, mit der man der Messung konkreter Effekte ausweichen konnte. Tatsächlich entwickelten Strafrechtler Gedanken, die auf einer allgemeineren geistigen Ebene anzusiedeln sind, wo sie nur schwer empirisch widerlegbar erscheinen. Das gilt vor allem für Varianten einer positiven – nicht auf die negative Abschreckung ausgerichteten – Generalprävention. So soll die Anwendung des Strafrechts dazu beitragen, das Vertrauen in die Normgeltung zu stärken.¹¹ Einer derartigen Wirksamkeit lässt sich selbst bei gelegentlichen Fehlanzeigen kaum widersprechen. Betont werden gesellschaftliche Symbole, bei denen schon das verwirklichte Zeichen selbst durch seine Botschaft „wirkt“. Einzelne Konsequenzen können freilich erkennbar erreicht werden, soweit beispielsweise ein individueller Gewalttäter für längere Zeit hinter Gittern verschwindet und dann wäh-

rend dieser Zeit außerhalb des Gefängnisses keine Gefahr mehr darstellt.

Als erstes Resultat zeigt sich mithin eine grundsätzliche Eigenständigkeit und Unabhängigkeit von Kriminologie und Strafrecht. Die Lösung voneinander kann sogar in eine gegenseitige Frontstellung münden. Nachdem die Lage in dieser Hinsicht geklärt ist, erscheint es an der Zeit, ein bloßes Nebeneinander oder gar Gegeneinander zu überwinden und über neue gedankliche Verbindungslinien und Anregungen nachzudenken. Zum Teil ist ein entsprechender Brückenschlag schon erfolgt, soweit etwa kriminologische Evaluationsstudien mit der Brille und dem Wertmaßstab des Strafrechts zu erkunden suchen, ob und inwieweit spezifische Sanktionsziele tatsächlich erreicht werden.¹² Dabei kommt die Kriminologie einer Hilfswissenschaft freilich wieder recht nahe. Doch fragt sich ebenso und darüber hinaus, welchen Beitrag Kriminologen leisten können, wenn es um die Erfassung unrechtmäßiger Verhaltensformen in Straftatbeständen geht. Allemal steht eine gedankliche Zusammenführung von normativen Regelungen und erfahrungswissenschaftlich fassbaren Realitäten in Rede.

II. Gedankliche Zusammenführung von normativer Idee und Realität bei Radbruch

Die folgenden Überlegungen knüpfen an einen Grundgedanken *Gustav Radbruchs* an, mit dem er die als abstrakt gedachte „Rechtsidee“ der Gerechtigkeit und die Realität als zeit-/örtliche und erfahrungswissenschaftlich fassbare Gegebenheit in Verbindung bringt. Recht, so schreibt er, ist ein Kulturbegriff.¹³ Er betrachtet Recht nicht lediglich als gedankliche Aussage, sondern als eine Tatsache, eine „Kulturtatsache“ oder „Kulturerscheinung“.¹⁴ Damit wird das Recht, also auch das Strafrecht, empirisch fassbar. Denn es enthält eine Verkörperung der Idee des Rechts. Die Idee tritt in keiner ideellen Absolutheit auf, vielmehr immer nur im Gewande einer zeitlich und örtlich gebundenen und konkretisierten Form, in einer bestimmten kulturellen Konkretisierung. Das sich solchermaßen zeigende Recht ist Ausdruck einer veränderlichen Lebensweise. Es gehört zu einer Kultur und definiert diese zugleich in Bezug auf die in den Regelungen behandelten Themen. *Radbruch* formuliert: „Recht [...] ist nicht nur die Denkform, sondern auch die reale Kulturform, die jede Tatsache der Rechtswelt ergreift und gestaltet. [...] Der kategoriale Begriff des Rechts drückt sich als Wirklichkeit aus in der realen Kulturform des Rechts.“¹⁵

Was bedeutet nun dieses Verständnis für das Verhältnis von Strafrecht und Kriminologie? Vor dem Hintergrund des wissenschaftlichen Dualismus von normativ-ideeller und empirisch-erfahrungswissenschaftlicher Sicht ergibt sich die zentrale Frage, in welcher näheren Gestalt und in welcher Wirksamkeit die Idee der Gerechtigkeit in einer bestimmten

⁸ Im Sinne von: als abweichend definiertem – gesellschaftlich nicht akzeptiertem – Verhalten, *Kunz*, Kriminologie, 3. Aufl. 2001, S. 8 f.

⁹ *Christie* (Fn. 7), S. 12 f.

¹⁰ Zur Problematik s. *Frehsee*, in: Schild (Hrsg.), *Der Rechtsstaat verschwindet, Strafrechtliche Kontrolle im gesellschaftlichen Wandel von der Moderne zur Postmoderne*, Gesamtelte Aufsätze von Detlev Frehsee, 2003, S. 375.

¹¹ Markant *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, S. 13.

¹² Vgl. *Jehle*, in: *Dittmann/Jehle* (Hrsg.), *Kriminologie zwischen Grundlagenwissenschaften und Praxis*, 2003, S. 389.

¹³ *Radbruch*, in: *Dreier/Paulson* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, 2. Aufl. 2003, S. 34.

¹⁴ *Radbruch* (Fn. 13), S. 12.

¹⁵ *Radbruch* (Fn. 13), S. 86.

Zeit an einem bestimmten Ort vorfindlich ist. Es entsteht eine gedankliche Verbindung, bei der einerseits die Handhabung des Strafrechts empirisch zu analysieren ist, andererseits aber in die Analyse des Realen ebenso die Suche nach den verhaltensbedingenden Vorstellungen, insbesondere den leitenden Gerechtigkeitsvorstellungen, gehört. *Radbruch* arbeitet zwar nicht mit dem Gegensatzpaar „normativ-empirisch“, kommt dem jedoch sehr nahe, wenn er sagt: „Wirklichkeiten, die den Sinn haben, Ideen zu dienen, gehören als psychologische Tatsächlichkeiten selbst der Wirklichkeit an, erheben sich aber zugleich über die anderen Wirklichkeiten, indem sie an sie Maßstäbe anlegen und Anforderungen stellen.“¹⁶ Bei dem „Maßstäbe-Anlegen“ dominiert ein Vergleich von Abstraktem mit Konkretem: In welchem Maße entsprechen die konkreten Regelungen des Rechts und ihre Auswirkungen auf die Lebenswirklichkeit dem Ideal der Gerechtigkeit? Eine Klärung dieser Fragestellung erscheint schon deswegen als schwierig, weil es die „detaillierte“ Gerechtigkeit als Idee nicht gibt, sie vielmehr immer wieder in der rechtlichen Konkretisierung er- oder gefunden werden muss.

Folgt man dem, ist eine „Zwei-Welten-Lehre“, die Kriminologie und Strafrecht radikal trennt, nicht überzeugend.¹⁷ Sie kann jedenfalls nicht das letzte Wort sein, soweit der kriminologische Empiriker für sich die Verantwortung spürt, auch als Wissenschaftler an einer „gerechten Welt“ mitzuwirken. Aber selbst eine distanzierte Erforschung des gesamten Strafrechtsgeschehens setzt ein Hineindenken in die normativen Ordnungsvorstellungen des Rechts samt ihrer breiteren zeit-/örtlichen Bedingungen voraus.

III. Rechtskultur als Schlüsselfigur

Doch wie lassen sich Forschungen, die in der skizzierten Weise bewusst und kontrolliert Realitäten und normative Bezüge im Auge behalten, praktisch vorstellen? Die These dieses Beitrags besagt nun, dass der erforderliche gedankliche Rahmen aus dem Begriff der Rechtskultur entwickelt werden kann. Mit der Frage nach der Rechtskultur werden Perspektiven eröffnet, die unter grundsätzlicher Berücksichtigung der Eigenständigkeit von Sollens- und Seinsaspekten dennoch beide in eine enge Beziehung setzen.

Die Rechtskultur kann verstanden werden als die Summe der dem realen Recht innewohnenden zentralen Ideen und Vorstellungen.¹⁸ Die Ideen sind wegen ihrer Bezugnahme auf das Recht auf das Gerechtigkeitspostulat ausgerichtet, die

¹⁶ *Radbruch* (Fn. 13), S. 38

¹⁷ So im Ergebnis auch *Weigend*, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005, 2006, S. 44 f.

¹⁸ Zu kulturwissenschaftlichen Konzepten s. *Fausser*, *Einführung in die Kulturwissenschaft*, 4. Aufl. 2008, S. 12 f.; zum sogenannten Neukantianismus, dem *Radbruch* nahestand, und dessen Beziehungen zur Strafrechtswissenschaft s. jetzt *Ziemann*, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, *Die Philosophie des Südwestdeutschen Neukantianismus und ihre Rezeption in der Strafrechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts*, 2009.

weiteren Vorstellungen haben einen noch breiteren Horizont, sie verweisen letztlich auf die gesamte Lebensweise. Dabei werden sie ihrerseits durch Lebensbedingungen geprägt, durch unterschiedlich verfügbare Ressourcen, durch unterschiedlich wahrgenommene Gefahren etc. Auch insoweit darf auf *Radbruch* verwiesen werden. Seiner Ansicht nach vermag etwa die Wirtschaft „auf das Recht zurückzuwirken“.¹⁹ Die Rechtskultur enthält ferner Vorstellungen etwa zum Verhältnis der Geschlechter, die nicht direkt auf Momente der Rechtsidee verweisen, deren Konkretisierung im Familienrecht jedoch durchaus beeinflussen können. In welcher Weise und in welchem Maße sich soziologisch fassbare Umstände, insbesondere die Wirtschafts- und Familienstruktur, auf die Herausbildung eines bestimmten Rechts ausgewirkt haben, betrifft eine zentrale Fragestellung, die sich erst angehen lässt, soweit ein Ineinandergreifen empirischer und normativer Entwicklungsprozesse mitgedacht wird.

Bisher haben vor allem historische Studien die enge Beziehung von Ideen (Ideengeschichte) und sozialen und materiellen Bedingungen thematisiert. Dabei können diese Bedingungen der gegenständlich-fassbaren Welt nicht lediglich als Unterbau für irgendwelche Ideologien begriffen werden, wie das eine marxistische Sicht nahe legen würde. Die Ideen haben durchaus ihr Eigenleben, gehen indessen auf die gesellschaftlichen und materiellen Vorfindlichkeiten ein. So hat man beispielsweise darauf hingewiesen, dass Strafen oft an den empfundenen ökonomischen Bedürfnissen der jeweiligen Zeit ausgerichtet wurden (z.B. Galeerenstrafen, Einsatz Gefangener im Bergbau und beim Ausbau des Eisenbahnnetzes).²⁰ Dennoch sind sie nicht als reine Auswüchse des Materiellen erklärbar, sondern mit dem Rechtssystem verwoben.

Der ansonsten weite und offene Begriff der Rechtskultur verweist auf die zeit-/örtliche Bedingtheit des Rechts und seine Einbindung in größere kulturelle Kontexte, benennt das Recht zugleich aber als etwas gedanklich-systematisch Bestimmtes, das sich nicht in dieser Bedingtheit erschöpft.

IV. Momente der Rechtskultur, insbesondere im Strafrecht

Indem wir versuchen, das mit Rechtskultur Gemeinte und Besetzte herauszufinden und zu benennen, betreten wir Felder, auf denen sich strafrechtlich-normative und kriminologisch-empirische Fragen begegnen. Zwar sind wir bislang nicht gewohnt, in Rechtskulturen oder deren Komponenten zu denken. Doch handelt es sich insoweit auch nicht um gänzlich fremde Vorstellungen.

Lässt man einmal das Spannungsverhältnis Strafrecht – Kriminologie beiseite, dürften historisch gerahmte Sichtweisen dominieren, was zu dem Gesagten keinen Widerspruch darstellt, da auf diesem Wege zeit-/örtliche Gebundenheiten thematisiert werden. Wir sprechen etwa von einem liberalen, die Privatautonomie betonenden Bürgerlichen Recht oder auch von einem klassisch-liberalen Tatschuldstrafrecht als vergänglichem beziehungsweise vergangenem Idealen, von

¹⁹ *Radbruch* (Fn. 13), S. 87.

²⁰ *Rusche/Kirchheimer*, *Sozialstruktur und Strafvollzug*, 1974.

einem erzieherischen Jugendstrafrecht, seit Neuerem ferner von einer „restorative justice“, einem auf Wiedergutmachung ausgerichteten Justizsystem.²¹ Wie schon erwähnt, ist des Weiteren der Einfluss sozial-ökonomischer Interessen auf das Recht, beispielsweise das Recht der Kriminalstrafmaßnahmen – kritisch – erörtert worden. Es gibt außerdem Debatten dazu, wie die strafrechtliche Entwicklung insgesamt zu verstehen sei, ob sie als zunehmende Perfektionierung von Vereinnahmungen²² oder eher als Teil eines Zivilisationsprozesses²³ zu begreifen sei. Kulturgeschichtliche Untersuchungen schließlich erarbeiten aus der zeitgenössischen Kunst die Rechtsauffassungen und entsprechenden Praktiken früherer Epochen.²⁴

Versuchen wir das Verständnis von Rechtskultur zu konkretisieren und auf Erscheinungen der neueren Zeit einzugrenzen, werden die Beispiele einerseits griffiger, andererseits tritt die Beziehung von Normativem und Empirischem klarer hervor. Ein vertrauter Gedanke ist etwa der, dass die rechtlich relevanten Altersstufen verschieden festgelegt werden können – und in Europa auch recht unterschiedlich bestimmt worden sind.²⁵ Sie hängen einerseits von gesellschaftlichen Grundauffassungen ab, andererseits werden sie durch psychologische und soziologische Überlegungen beeinflusst. Wenn die Volljährigkeit von 21 auf 18 Jahre vorverlegt wurde, so lag das an dem gesellschaftlichen Bestreben, die Mündigkeit des jungen Menschen zu stärken, außerdem aber ebenfalls an empirischen Annahmen zur Persönlichkeitsentwicklung. Die Strafmündigkeit, die gem. § 19 StGB mit Vollendung des 14. Lebensjahres einsetzt, basiert wiederum auf psychologischen Annahmen, die parallel zu strafrechtlichen Erfordernissen der Schuldfähigkeit verlaufen, zugleich aber auf der gesellschaftlichen Entscheidung im Jahre 1923, das Strafrecht während der Zeit der Schulpflicht und der Möglichkeit schulischer Einwirkung – just bis zum 14. Lebensjahr – ausgeklammert zu lassen.²⁶ In die rechtlichen Regelungen, die – wie die Schuldfähigkeit – letztlich „Ewigkeitsfragen“ aufwerfen, fließen bei der konkreten Entscheidung des Gesetzgebers sowohl zeitbedingte gesellschaftliche Wertungen und Bestrebungen als auch empirisch-wissenschaftliche Annahmen, gleichfalls zeitbedingt, mit ein. Noch deutlicher könnte dieses Zusammenspiel vermutlich beim Kampf um die Gestaltung des Heranwachsendenrechts (junge

Volljährige im Alter von 18 bis 21 Jahren) nachgezeichnet werden.²⁷

Die Rechtskultur zeigt sich besonders bei den Rechtsfolgen, die das Recht bereithält. Denn der Gedanke der Gerechtigkeit verlangt zwar Gleichbehandlung, doch hängen vor allem die jeweiligen Zweckmäßigkeitsüberlegungen von zeitlichen Strömungen ab. Wieder ergibt sich eine Mischung aus empirischen Annahmen, im Strafrecht zur Kriminalprävention, und aus gesellschaftlichen Präferenzen. So ist beispielsweise der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht nicht allein als Mittel zur Vermeidung weiterer Straftaten zu verstehen, sondern auch und vor allem aus einer bestimmten gesellschaftlichen Grundrichtung, durch die konsensuale Lösungen der Mediation begünstigt werden.²⁸

V. Rechtskultur(-en) beim Umgang mit Gewalt

Die gedanklichen Verbindungslinien zwischen Strafrecht und Kriminologie sollen nunmehr am aktuellen Beispiel der Gewalt etwas näher beleuchtet werden. Hier müsste sich der Ansatz bei der Rechtskultur bewähren und zu einem vertieften und differenzierten Verständnis des „Gewaltproblems“ beitragen.

Gemäß der allgemeinen Struktur rechtlicher – hier strafrechtlicher – Normen lassen sich zunächst zwei große Regelungsbereiche unterscheiden: der tatbestandliche, in dem die Voraussetzungen der strafbaren Gewalt formuliert werden, und der der Rechtsfolgen. Im materiellen Strafrecht betreffen letztere die Strafen samt den Strafzwecken sowie die Maßregeln der Besserung und Sicherung, mithin die Rechtsfolgen mit spezialpräventiver Ausrichtung. Geht man des Weiteren im Anschluss an Radbruch davon aus, dass sich in der zeit/örtlichen Gestalt des Rechts die Rechtsidee ausdrücke, erscheint die Rechtskultur als Verkörperung der entsprechenden Umsetzungsprozesse. In ihr begegnen sich die im Kern zeitlose Idee einer das Unrecht ausgleichenden, zugleich die Rechtsgemeinschaft befriedenden Gerechtigkeit und ihre empirisch-vergängliche Konkretisierung. Schon die Rangordnung der abstrahierbaren Werte unterliegt dem Wandel. So wird man ganz pauschal gesehen sagen können, dass bei den kriminalrechtlichen Rechtsfolgen Aspekte der vergangenheitsbezogenen Vergeltung zugunsten präventiv-steuerner Strategien zurückgetreten sind, von der Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56-58 StGB; 21-30 JGG) bis hin zur „Kronzeugenregelung“ (§ 46b StGB). In der Sprache v. Liszts und Radbruchs haben Verlagerungen von der reinen Idee der

²¹ Zusammenfassend *Schneider*, in: *Schneider* (Hrsg.), *Internationalen Handbuchs der Kriminologie*, Bd. 1, *Grundlagen der Kriminologie*, 2007, S. 412 f.

²² So *Foucault*, *Überwachen und Strafen, Die Geburt des Gefängnisses*, 1976.

²³ *Elias*, *Über den Prozess der Zivilisation, Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Bd. 2, 1997, S. 323 f.

²⁴ In diesem Sinne bereits die Dissertation von *Renate Maria Radbruch*, die ihr Vater *Gustav* nach ihrem frühen Tode „ausgeführt“ hat (*Radbruch*, in: *Kaufmann* [Hrsg.], *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, Bd. 5 [bearb. v. *Klenner*], 1997, S. 35).

²⁵ *Dünkel*, *DVJJ-Journal* 2003, 19.

²⁶ *Francke*, *Das Jugendgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 1926, § 1 Anm. II.

²⁷ Die Argumentationen nachzeichnend *DVJJ* (Hrsg.), *Denkschrift über die kriminalrechtliche Behandlung junger Volljähriger*, 1977, seither sind oft Wiederholungen einzelner Gesichtspunkte erfolgt; s. ferner *Kreuzer*, in: *DVJJ* (Hrsg.), *Junge Volljährige im Kriminalrecht, Bericht vom 17. Jugendgerichtstag 1977 in Saarbrücken*, 1978, S. 47; s. nunmehr *Pruin*, *ZJJ* 2006, 257.

²⁸ Vgl. etwa die weite Felder abdeckenden Beiträge in *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, 2. Aufl. 2004.

Gerechtigkeit hin zu der Zweckmäßigkeit (zum „Zweckgedanken im Recht“²⁹) stattgefunden.

Das Bestreben, das Strafrecht strategisch zum Schutze von Rechtsgütern einzusetzen, zeichnet sich bei den Gewaltdelikten besonders deutlich ab. Es tritt bereits auf der Tatbestandsseite mit der Tendenz hervor, Gewalt wesentlich extensiver als früher zu definieren. Die Ausdehnung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs bei der Nötigung des § 240 StGB ist schon vielfach hervorgehoben und analysiert worden.³⁰ Die Ausweitung erfolgte nicht zuletzt durch eine veränderte Sichtweise, die statt auf die Kraftentfaltung beim Täter auf die Zwangswirkungen beim Opfer abhebt. Wir stoßen hier an einen Punkt, an dem empirische Konzepte zum Verständnis der „Wirklichkeit“ die normative Erfassung derselben beeinflussen. Die juristische, vorwiegend gerichtlich initiierte, Übernahme einer viktimologischen Perspektive lässt gegenüber der herkömmlichen täterzentrierten Sicht „mehr“ Gewalt entstehen und erweitert zugleich die konkreten Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitsvorstellungen. Denn es wird ein neuer Sachverhalt den alten Fällen hinzugesellt und als im Wesentlichen gleichgelagert betrachtet. Der entscheidende normative Akzent steckt bereits im empirisch-kriminologischen Ansatz der Viktimologie. Er ist jedoch – anders als die zeitlosen Ideen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit – aus der Befassung mit Realitäten entstanden. Die Viktimologie darf von ihrem gesamten Grundverständnis her als empirisch bezeichnet werden, lenkt sie doch den Blick auf das tatsächlich Angerichtete, von der körperlichen Vernichtung bis hin zu seelischen Traumatisierungen. Gemäß dem konstruktivistischen Verständnis „gibt“ es zwar Verbrechensoffer unabhängig davon, ob wir viktimologisch denken oder nicht. Aber sie werden erst als eigene Spezies entdeckt und wahrgenommen, wenn sie ein entsprechendes theoretisches Konzept als Opfer erfasst. Und diese Prozesse, in denen sich neue Wahrnehmungen herausbilden und alte wandeln, sind zeit-örtlich gebunden. Von daher dürfte die Viktimologie u.a. mit den Gräueln der Weltkriege zusammenhängen, die das Leid vieler unschuldiger Menschen unübersehbar gemacht haben. Förderlich war ferner fraglos die Emanzipation von Frauen, die nicht nur in Kriegszeiten „ihren Mann“ gestanden, sondern dauerhaft das Geschlechterverhältnis aus einer Unterordnungsideologie herausgeführt haben. Sie wollten in Friedenszeiten nicht wieder von Männern bevormundet, klein gehalten und „be-herrscht“ werden – bis hin zur Sphäre der körperlichen Integrität.

Freilich empfehlen sich zeitbedingte Strömungen nicht schon per se. Die Komplexität normgenetischer Prozesse wurde in den vergangenen Jahren beim sogenannten „Stalking“ sichtbar, das mittlerweile als Nachstellung in unser Strafgesetzbuch Eingang gefunden hat (§ 238 StGB).³¹ Hier zeigte sich, dass ein Gesetzgebungsverständnis, das lediglich auf rechtlich-systematische Schutzaspekte und darauf be-

schränkte Notwendigkeiten abhebt, zu kurz greift. Die zeit-örtlichen Konkretisierungen betreffen mehr, sie betonen Sachverhaltsmomente, denen gleichsam erlebnismäßig eine neue Wertigkeit zugeschrieben wird. Übergriffe in die Privatsphäre werden intensiver wahrgenommen und in einem umfanglicheren Sinne als nicht länger hinnehmbar empfunden. Mediale Beiträge (z.B. der Film: „Eine verhängnisvolle Affäre“) und andere kulturelle Entwicklungen begleiten und unterstützen derartige Prozesse. Rationale und emotionale Momente spielen zusammen. Es gibt in der Bevölkerung Sympathien für junge hübsche Schauspielerinnen und es gibt gleichfalls den starken Wunsch, Menschen, die sich aus einer Zweierbeziehung lösen möchten, vor den anschließenden Attacken des widerstrebenden Teils, meist des Mannes, zu schützen. Das Begehren, in solchen Fällen den Betroffenen wirkungsvoller als bisher beizustehen, ihnen einen erweiterten strafrechtlichen Schutz zu gewähren, setzt sich mit Macht durch. Entsprechende Gesetzesformulierungen werden rasch mehrheitsfähig, selbst wenn sie beachtliche Unklarheiten bergen. Der kriminalpolitische Druck überwindet manche Zweifel hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale (Art. 103 Abs. 2 GG).³²

Das Beispiel der Stalking-Problematisierung verweist wiederum auf kulturelle Zusammenhänge, die weit über den strafrechtlichen Horizont hinausreichen. Die Kriminologie muss sich ebenfalls öffnen und Transferleistungen erbringen, denn recht bald sieht man sich erneut mit Fragen des Geschlechterverhältnisses konfrontiert (Frauen als Opfer nachstellender Männer), aber zugleich auch mit Fragen von Distanz und Nähe sowie der Grenzziehung zwischen öffentlich und privat. Zu Recht hat die jüngere Kriminologie die Normgenese als Forschungsfeld entdeckt. Denn die Entstehung neuer Strafnormen kann nicht hinreichend aus rechtlichen Logiken erklärt werden. Die Wahl rechtlicher Formen und die rechtlichen Diskurse sind vielmehr in einen breiteren kulturellen Kontext eingebunden, der stets bewusst gemacht und reflektiert werden muss. Aus rechtlicher Sicht genügt es allerdings genauso wenig, die faktischen Vorgänge lediglich als tatsächliche Ereignisse zu begreifen. Sie beinhalten, worauf *Radbruch* in seiner Philosophie mehrfach hinweist, ein Ideen-beeinflusstes Geschehen, das um als Rechtssetzungsverfahren qualifiziert werden zu können, zumindest das Bestreben voraussetzt, die Ideale der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und ferner der Rechtssicherheit zu verwirklichen.³³ Auch und gerade Lobbyisten und Interessenvertreter jedweder Couleur (müssen) behaupten, mit ihren Initiativen entsprechende Gemeinwohlideale zu verfolgen.

Dabei bleibt allerdings der zeitbedingten Konkretisierung viel Spielraum. Der kommt bei den Rechtsfolgen noch stärker zum Ausdruck als bei den Straftatbeständen. Letztere sind

²⁹ S. v. *Liszt*, ZStW 3 (1883), 1.

³⁰ Zusammenfassend etwa *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 384; vgl. auch *Walter*, Gewaltkriminalität, 2. Aufl. 2008, S. 26 f.

³¹ *Valerius*, JuS 2007, 319.

³² S. des Näheren *Helmke*, Der Normsetzungsprozess des Stalkings in Kalifornien (USA) und in Deutschland, 2011, S. 257 f.

³³ *Radbruch* (Fn. 13), S. 216: „Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, [...] da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“

eigentlich nur noch Kriminaltatbestände, auf die oft – etwa im gesamten Bereich des Jugend(„straf“-)Rechts keine Strafe im Sinne einer vergeltenden Übelszufügung mehr folgt. Aber selbst in dem von den Strafen getrennten Bereich der Maßregeln wirken sich bei dem kontinuierlichen Streben, Rechtsgüterschutz zu erreichen, in erheblichem Maße kulturell-zeitgebundene Vorstellungen aus. Eine besondere Symbolwirkung hat in den letzten Jahren die Sicherungsverwahrung erlangt. Anders als Behandlungsansätze vertraut sie nicht mehr auf den Delinquenten. Er soll tendenziell nicht integriert, vielmehr ausgeschlossen oder – bestenfalls – in einer vom Gefängnis unterscheidbaren Parallelwelt untergebracht werden. Der individuell handelnde Gewalt- oder Sexualtäter erscheint als Musterexemplar dieser Strategie. Auch die technischen Neuerungen wie die Videoüberwachung oder die elektronische Fußfessel setzen auf abwehrende Kontrollen und suchen die Sicherheit, ohne sich noch mit seelischen Eigenheiten des Kontrollierten abzugeben. Wieder dürften hier Zeitströmungen anzutreffen sein, die spezifisch kriminalrechtliche Denkweisen, die sich auf die subjektive Seite des Täters beziehen, transzendieren. Wo nach wie vor der Erziehungsgedanke hochgehalten wird, wie das vor allem im Jugendkriminalrecht der Fall ist, bleiben die näheren Konturen häufig unklar und kaum verbindlich. Als erzieherisch ist schon vieles eingeordnet worden, nicht zuletzt die strikte Disziplinierung.

Die Idee einer gerechten und vom Zweck des Rechtsgüterschutzes umfassten Bestrafung weist, wie es das *Radbruchsche* Konzept vorsieht, konstante Züge auf, kann aber dennoch im Kanon der verschiedenen rechtlichen Schutzstrategien ihren Stellenwert im Vergleich zu anderen Vorgehensweisen ändern. Insofern treffen wir erneut zeitgebundene Präferenzen an. Gerade im Felde der Gewaltbekämpfung setzt man gegenwärtig stark auf regionale Präventionsprojekte, die schon vor einzelnen nachklappenden Strafverfahren intervenieren wollen. Es gibt inzwischen nicht nur in Deutschland eine unübersehbare Vielfalt derartiger Projekte. Sie kümmern sich teilweise bereits um die Städteplanung und reichen von ihrer inhaltlichen Konzeption her bis zur Schulung potentieller Gewaltopfer in Selbstbehauptungs- und Verteidigungskursen.³⁴ Die zuvor konstatierte Verschiebung der strafrechtlichen Rechtsfolgen hin zu Präventionssanktionen findet mithin eine Entsprechung auf der übergeordneten Ebene der Organisation des gemeindlichen Lebens und der kommunalen Politik. Derartige Maßnahmen waren schon seit jeher bekannt, etwa im Rahmen von sportlichen Großveranstaltungen. Sie haben jedoch erst in den 90er Jahren einen starken Ausbau erfahren.

VI. Die Analyse von Rechtskulturen als kriminologischer Beitrag zum Verständnis und zur kritischen Fortbildung des Rechts

Strafrechtsnormen werden in vielerlei Hinsicht von außerhalb der professionellen rechtlichen Diskurse liegenden und deutlich zeitgebundenen Vorstellungen beeinflusst und verändert. Angesichts dessen erscheint es als unangemessen, sie allein

als Bestandteile eines Normensystems zu begreifen, das rational bestimmte Ziele gemäß den strafrechtsdogmatisch verbindlichen Regeln der Logik umsetzt. Die Einbeziehung von Empirie ist unverzichtbar. Die Wirklichkeit, die durch kriminologische Studien erkundet werden soll, betrifft aber nicht lediglich die Regelungswirklichkeit, auf die sich die strafrechtlichen Normen beziehen sollen, also die Welt des Verbrechens und der Verbrecher, sondern ebenso die „normative Wirklichkeit“, in der allgemeine und fortdauernde Postulate der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit ihre zeit-/örtliche Gestalt erhalten. Diese Wirklichkeit birgt Zielvorstellungen und Wünsche der Menschen und der von ihnen geschaffenen Einrichtungen, die aus dem aktuellen Leben erwachsen und die zugleich mit allgemeineren gesellschaftliche Strömungen und Sichtweisen zusammenhängen. Sie werden u.a. durch TV-Sendungen und Beiträge der Printmedien artikuliert, obschon solche Produkte keineswegs immer einen Spiegel der „Volksmeinung“ darstellen. Ein Beispiel liefern, wie skizziert, die Bestrebungen des Kampfes gegen Gewaltkriminalität. Eine Rechtswissenschaft, die die betreffenden empirischen Komponenten des Rechts als solche ernst nimmt, muss an einer Aufklärung dieser kulturellen Seiten – im Beispiel der Hintergründe der Bemühungen um Gewaltabwehr – interessiert sein und die Befunde kritisch reflektieren, insbesondere unter der Fragestellung, wie sehr sie den Rechtsideen entsprechen.

In der Vergangenheit ist vonseiten der Kriminologie die Rechtswirklichkeit überwiegend als ein Defizit gegenüber einem rechtlichen Ideal betrachtet worden. Vereinzelt, wie in Bereichen sozialtherapeutischer Straftäterbehandlung, hat man zwar versucht, Norm und Praxis in einem längeren Experimentier- und Lernprozess wechselseitig und schrittweise aufeinander abzustimmen.³⁵ Doch solche Bemühungen sind die Ausnahme geblieben. Schlimmstenfalls erschien das normative Ideal als Ideologie, um die ganz andersartige Realität, gleichsam die reale Realität, zu verschleiern. Auch diese jüngst mit dem Evaluationsansatz zusammen gebrachte Sicht einer „nüchternen empirischen Kontrolle“, ob ein bestimmtes Rechts(teil-)System auch programmgemäß funktioniere (Prozess- und Erfolgsevaluation), bleibt zu eng. Denn sie nimmt das Recht als vorgegeben hin, ohne insoweit dessen erfahrungswissenschaftlich fassbares Gewordensein zu ergründen. Wenn beispielsweise das Strafvollzugsrecht „Resozialisierungsschlösser“ errichtet, die in realen Gefängnissen nicht zu finden sind, dann hat der uneingelöste Aufbau von wohlklingenden Regelungen empirische – und kulturelle – Hintergründe, die, um das gesamte Geschehen zu verstehen, in den Blick zu nehmen sind. Motivierend für die Toleranz entsprechender Widersprüche kann etwa der Wunsch einer „heileren Welt“ sein oder vielleicht auch ein schlechtes Gewissen, das nach Entlastung sucht. Uneingelöste gesetzliche Versprechen brauchen so gesehen daher keinesfalls funktionslos zu sein. Betrachtet man idealisierende Normbilder als „Selbstbilder des Rechts“, könnten sie ähnlich aufschlussreich sein wie Selbstbilder von Menschen, die sie von sich haben und mit

³⁴ Vgl. Walter (Fn. 30) S. 113 f.

³⁵ Dazu s. Rehn, in: Feest (Hrsg.), Alternativkommentar Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl. 2006, Vor § 123.

sich tragen, obwohl sie ihnen im Alltag selten entsprechen. Insgesamt ergibt sich die Chance, Kriminalpolitik realitätsnäher, indessen nicht konzeptionslos zu gestalten.

Die vorgenannten Überlegen soll(ten) belegen, wie sehr Kriminologie und Strafrecht aufeinander bezogen sind, soweit die Strafrechtsnormen – wieder? – als empirisch fassbare kulturelle Erscheinungen der oder einer Zeit begriffen werden. Der Text versteht sich aber zugleich als ein Plädoyer für die Methodenvielfalt und die wissenschaftliche Eigenständigkeit beider Disziplinen. Insbesondere bewirken normgenetische Untersuchungen keine bloße „Randgarnierung“ für die Aufdeckung rechtlicher Strukturen. Es geht vielmehr um ein gegenseitiges Ergänzungsverhältnis, in dem die kulturellen Werte, Denkformen und Bedingungen aufgeheilt und untersucht werden, auf denen die jeweils entwickelten Strafnormen beruhen. Diesem Aspekt dürfte in einem „zusammenwachsenden“ Europa, in dem vermehrt unterschiedliche Traditionen aufeinander treffen und in dem nicht lediglich die quantitative Durchsetzungsmacht des jeweils Größeren gilt,³⁶ steigende Bedeutung zukommen.

VII. Ansätze eines Brückenschlags

Wenn es stimmt, dass das (Straf-)Recht letztlich nur im Gewande seiner jeweiligen Rechtskultur verstanden werden kann, ist die Strafrechtswissenschaft, will sie das Gewordensein und den Wandel „ihrer“ Normen erfassen, auf eine empirische Kulturwissenschaft angewiesen. Die Entwicklung einer logischen Binnensystematik bleibt ungenügend, weil sie sowohl auf der Tatbestandsseite als auch bei den Rechtsfolgen nicht die zeit-/örtlichen Denkmuster und Vorlieben integriert. Gegenwärtig lassen sich entsprechende Bindungen des Rechts am Beispiel des Gewaltbegriffs und des Umgangs mit Gewalt nachzeichnen. Der Gewaltbegriff erweitert sich³⁷ und führt zu einer Fülle von Gegenstrategien, die das staatliche und gesellschaftliche Aktionsspektrum immens ausdehnen.

Vonseiten der Kriminologie gilt es, die Realität des Strafrechts auch als normative Realität zu begreifen. Danach sind Rechtssätze nicht beliebig gebildete Regeln, die lediglich aus Macht und Interessenkonstellationen heraus zu erklären wären. Sie entwerfen vielmehr zugleich bestimmte Bilder der Welt und dementsprechende Ordnungsvorstellungen. Beide können – und müssen – in größere kulturelle Zusammenhän-

ge und Strömungen, etwa der Schaffung neuer Sicherheitsstrukturen, eingebettet werden, ohne dadurch ihren materiellen Bezug zu den Grundideen der Gerechtigkeit zu verlieren. Gerechtigkeit als äußerst konkretisierungsbedürftiges, dennoch auch praktisches Ideal gehört damit ebenfalls zu den Gegenständen kriminologischer Analysen.

³⁶ In seinem Urt. v. 30.6.2009 zum Vertrag von Lissabon (BVerfGE 123, 267) hat das BVerfG die „mitgliedstaatliche Strafkompentenz“ für im Grundsatz „integrationsfest“ erklärt, allerdings Ausnahmen aus einer recht unbestimmten „grenzüberschreitenden Dimension“ der betreffenden Regelungsmaterie zugelassen. Dabei hebt das Gericht insbesondere auf das Demokratie- und das Subsidiaritätsprinzip ab. Die entsprechenden Wertvorstellungen und Konkretisierungen des Strafbaren seien mit der jeweiligen sozialen und kulturellen Entwicklung in den Mitgliedstaaten sowie den dortigen Diskussionsprozessen eng verbunden und müssten von dieser Basis aus weiterhin gestaltet werden.

³⁷ Zur neuen Vorfeldstrafbarkeit schwerer „staatsgefährdender Gewalttaten“ vgl. *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, 593.

Vergeltung als Strafzweck

Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik

Von Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg

I. Einleitung

Dieser Beitrag ist ein Botengang – und eine Gratwanderung. Die Botschaft besteht in Erkenntnissen der Verhaltenspsychologie, zum Teil der Kriminologie, die auch für die Wissenschaft vom Strafrecht von Belang sind. Sie zeigen, dass im Wesen des Menschen das Bedürfnis verwurzelt ist, Unrecht vergolten zu sehen. Dieses Bedürfnis ist Teil seines elementaren „Hungers nach Gerechtigkeit“¹, der sich zwar nicht in Vergeltungswünschen erschöpft, sie aber umfasst. Ferner sind solche Wünsche nicht das gleiche wie Rachsucht. Ist aber das Recht – mit einem Wort Helmut Coings² – um des Menschen willen da und soll es seinen Gemeinschaften dienen, so kann es seine Grundbedürfnisse nicht außen vor lassen. Auch dann nicht, wenn man sie ethisch missbilligt.

Das ist keine Aufforderung zum sogenannten naturalistischen Fehlschluss: Mitnichten muss das Recht alle Facetten des faktisch Üblichen konservieren. Etwa wäre es natürlich falsch, die Promillegrenzen der Verkehrsdelikte an Fasching heraufzusetzen, da die Leute dann nun einmal erfahrungsgemäß mehr trinken. Aber ubiquitär feststellbare, antriebsstarke Bedürfnisse des Menschen muss eine Rechtsordnung berücksichtigen; sonst machen sich ihre Adressaten eine neue, mit oder ohne Gesetz. Berücksichtigen heißt indes nicht „schränkenlos befriedigen“. Ferner verdienen nicht alle Bedürfnisse, die in der Natur des Menschen angelegt sind, schon deshalb das Beiwort „niedrig“. Schließlich noch ist zu berücksichtigen, dass Gerechtigkeit nicht nur etwas ist, dessen Abwesenheit die Rechtsgenossen desertieren lässt. Sondern es ist umgekehrt und positiv auch so, dass die Bereitschaft des Einzelnen, Regeln zu beachten, steigt, wenn er das Gefühl hat, dass die Regeln gerecht sind und gerecht angewendet werden.³

Dieser Beitrag will also die Vergeltung als Strafzweck rehabilitieren. Dies aber nicht als Frucht rechtsphilosophischer Erwägungen, sondern auf der Grundlage empirischer Untersuchungen zum Vergeltungsverlangen der Bürger – verbunden mit der Überlegung, dass eine Gesellschaft diesem Verlangen Rechnung tragen muss, wenn sie Bestand haben soll, weil sonst der Rechtsfrieden zerbricht. Das gilt vor allem, aber nicht nur für demokratisch verfasste Gesellschaften.⁴ Denkt man so, löst sich der vermeintliche Hauptunterschied

zwischen absoluter Straftheorie und relativen Straftheorien auf. Die absolute Straftheorie wird relativ: Sie weist der Strafe den Zweck zu, für Rechtsfrieden zu sorgen, das heißt das Einverständnis der Bürger mit ihrer Rechtsordnung zu sichern.

Eine Gratwanderung ist das Folgende, weil die Vergeltungstheorie in unserer Wissenschaft nicht den besten Leumund hat und weil sie – dies ist das Wichtigere – in Geschichte und Gegenwart oft zusammen mit kriminalpolitischen Vorstellungen erscheint, die mir fern liegen. Daher der Untertitel: Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik. „Kriminalpolitik“ ist dabei zu verstehen als „Kriminalitätssenkungspolitik“ (ein Wortmonstrum, von dem ich zusage, es nur noch ein weiteres Mal zu gebrauchen). Ich will also die Idee der Vergeltung tatsächlich nur als Zweck der Strafe, als Zweck des Zufügens eines Übels behandeln. Weder heißt das, Strafe wäre als Reaktion auf Unrecht stets erforderlich, noch sie wäre stets genug.

Der Hauptteil (II.) dieses Beitrages klärt zunächst kurz die für ihn zentralen Begriffe der Strafe und der Vergeltung (II. 1. und 2.). Danach geht es um empirische Untersuchungen zum Vergeltungsbedürfnis der Menschen und zu den Faktoren, die sich auf die Strafzumessung durch Laien auswirken (II. 3.). Es folgen weitere Befunde, die für ein intrinsisches Vergeltungsbedürfnis des Menschen sprechen (II. 4.). Im Anschluss betrachte ich dieses Bedürfnis aus ethischem Blickwinkel, das heißt kritisch (II. 5.). Nach einem Blick auf die Schwächen und Lücken besagter empirischer Untersuchungen (II. 6.) steht gleichwohl das Zwischenergebnis, dass die Vergeltung der Hauptzweck von Strafen im engeren Sinne ist – mit dem fernerer Ziel gesellschaftlichen Friedens und dem abstrakt zu verstehenden schlechten Gewissen der Straftenden (II. 7.). Es fragt sich dann, was von den relativen Straftheorien bleibt (II. 8.) und ob der Strafzweck der Vergeltung die Allgemeine Lehre vom Verbrechen beeinflusst, da sie nach Ansicht vieler funktional zu konzipieren ist, das heißt abhängig vom Strafzweck (II. 9.). Unter III. bemühe ich mich, etwaig zerschlagenes kriminalpolitisches Porzellan zu kitten, oder besser: darzutun, dass es gar nicht zerschlagen ist. Eine Zusammenfassung und ein Ausblick runden den Beitrag ab (IV.).

II. Vergeltung als Strafzweck

1. Was heißt „Strafe“?

Positivrechtlich gedacht findet sich der Begriff der Strafe zuoberst in der Europäischen Menschenrechtskonvention und im Grundgesetz. Besondere Bedeutung hat jeweils das Gesetzlichkeitsprinzip, Art. 7 EMRK und Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes. Für den Gesetzgeber wichtig ist ferner Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, der dem Bund die (konkurrierende) Zuständigkeit gibt für die Gesetzgebung zum „Strafrecht“. Jedoch lässt sich für die Frage des Strafzwecks keine der Definitionen unverändert übernehmen, die der Begriff der Strafe für die angeführten Normen bislang erhalten hat. Das

¹ Mir ist diese Wendung zuletzt in einem Artikel über *Ernst Fehr* begegnet, einen Wirtschaftswissenschaftler, von dessen experimenteller Arbeit noch die Rede sein wird: „Das Thema des Ökonomen Ernst Fehr aber ist der Hunger nach Gerechtigkeit“ (ZEIT-Magazin Nr. 31 v. 23.7.2009, S. 28). Vgl. auch die Seligpreisungen Jesu: „Selig, die hungern und dürsten nach der Gerechtigkeit, denn sie werden satt werden“ (Matthäus 5, 6).

² Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, S. 75.

³ Carlsmith/Darley/Robinson, Journal of Personality and Social Psychology 83 (2002), 284 (285) m.w.N.

⁴ Vgl. schon Hassemer, ZRP 2004, 93; Streng, MschrKrim 87 (2004), 127 (128) m.w.N.

liegt daran, dass diese Normen andere Fragen beantworten als die nach dem Strafzweck und ganz bestimmte Folgen berücksichtigen müssen, die ihre Antworten haben. So bestreitet niemand, dass der Bund auch dafür zuständig ist, Maßregeln der Besserung und Sicherung zu regeln (§§ 61 ff. StGB); auch wenn sie weithin der Gefahrenabwehr dienen und daher in der Sache zum Polizeirecht gehören (für das sonst die Länder zuständig sind). Und es kann rechtsstaatlich richtig sein, das Rückwirkungsverbot – als Unterfall des Gesetzlichkeitsprinzips – auf die Sicherungsverwahrung zu erstrecken, auch wenn sie ebenfalls in der Sache zum Polizeirecht gehört. Das gilt zumal dann, wenn sie – wie bislang in Deutschland – sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihrem Vollzug von der Freiheitsstrafe *praktisch* nicht wesentlich abweicht.⁵

Näher kommt man dem, was ein Strafzweck erreichen soll, mit der Definition der Kriminalstrafe, die man im allgemeinen strafrechtlichen Schrifttum findet, etwa: Kriminalstrafe sei ein Verlust von Freiheit oder Eigentum, der „die deutliche sozialetische Missbilligung der Rechtsgemeinschaft gegenüber der vom Täter begangenen Tat zum Ausdruck bringt“.⁶ Jedoch ist das für eine Erörterung der Strafzwecke noch etwas zu eng und etwas zu weit. Zu eng, weil nicht nur ein Verlust von Freiheit oder Eigentum in Betracht kommt, sondern zum Beispiel auch der ehrenrührige Schuldanspruch aus solcher, wenn das Gericht von Strafe absieht oder ihren Vollzug zur Bewährung aussetzt, sowie die sogenannten Nebenfolgen aus § 45 StGB (und dies ungeachtet dessen, ob das Gericht bei der Anordnung einen Beurteilungsspielraum hat). Zu weit, weil es nicht um jedes Übel geht, das eine besondere sozialetische Missbilligung ausdrückt, sondern nur um solche Übel, die man *aufgrund* einer besonderen sozialetischen Missbilligung verhängt und um diese Missbilligung zu betonen. Kriminalstrafe in diesem Sinne ist also jedes Übel, das die Rechtsgemeinschaft einem Rechtsunterworfenen zufügt, *weil* er etwas sozialetisch besonders Missbilligtes getan hat und *um* diese Missbilligung zu unterstreichen. Vorausgesetzt ist dabei, dass jenes Übel auch als solches empfunden wird.

Genau genommen sind damit sogar schon zwei Strafzwecke formuliert: dass die Strafe als Übel wirkt und dass sie eine sozialetische Missbilligung unterstreicht. Das führt aber nicht in einen Begründungskreis. Vielmehr will die Frage nach dem Strafzweck wissen, welche weiteren Zwecke (Sekundärzwecke) diese primären Wirkungen der Strafe erreichen sollen.

Erfasst sind nach unserer Begriffsbestimmung im Strafgesetzbuch jedenfalls Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Fahrverbot, die sogenannten Nebenfolgen aus § 45 StGB und die Einziehung, soweit sie eine schuldhaftige Tat bedingt (§ 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Die Frage, ob nach Einführung des Bruttoprinzips auch der Verfall Strafcharakter habe, kann ich hier nicht

erörtern.⁷ Für die Erörterung eines Strafzwecks ist grundlegend – und wird oft missachtet –, dass es jeweils nur um den Zweck solcher Regelungen gehen kann, die jene Übel anzuordnen und zu vollstrecken *gestatten*. Nicht in Betracht kommen folglich Regelungen, die von solchen Gestattungen Ausnahmen machen oder das Übel mildern. Es ist daher mindestens begrifflich unglücklich, zum Beispiel in dem Verbot kurzer Freiheitsstrafen (§ 47 StGB) oder in den Regelungen zur Bewährung Ausprägungen einer *Straftheorie* zu erkennen, in diesem Fall der Spezialprävention. Besser spricht man von Ausprägungen einer Resozialisierungstheorie. Gleiches gilt für das gesamte Strafvollzugsrecht.⁸ Es soll schon ausweislich der ausdrücklichen Zweckbestimmungen der einschlägigen Gesetze der Resozialisierung dienen. Soweit neuerdings auch ein Schutz der Allgemeinheit vor den Inhaftierten bezweckt sein soll, handelt es sich in der Sache erneut um Polizeirecht, dessen Charakteristika hier erst recht nicht zu verhandeln sind. Zusammengefasst: Die Frage nach dem Strafzweck will ausschließlich wissen, warum man jemandem (auch) ein bestimmtes Übel als ein solches zufügt; als etwas, das wehtut.

2. Was heißt „Vergeltung“?

Vergeltung ist zunächst ein neutraler Begriff, der Wohltaten ebenso erfasst wie Strafen. Hierin gleicht er dem Begriff der Kritik, der sowohl Lob als auch Tadel bezeichnet. Die Sprache des Alltags kennt das Vergelten ebenfalls in beiden Bedeutungen („vergelt’s Gott!“). Allerdings steht das negative Vergelten statistisch klar im Vordergrund: Wer Vergeltung sagt, meint im Zweifel die strafende Vergeltung. Sie ist nicht dasselbe wie Rache. Das lässt sich bereits in der Herkunft der Wörter erspüren; „rächen“ kommt vom indogermanischen **ureg-*, das hieß „stoßen, drängen, treiben, verfolgen“, während „vergelten“ von „gelten“ abgeleitet ist, das seinerseits herrührt vom althochdeutschen *geltan*, das hieß „(zurück-)zahlen, wert sein, entschädigen, opfern“, und vom germanischen *geldan* mit der Bedeutung von „erstatten, entrichten“.⁹ Die Rache ist danach etwas stets Negatives, ein – im Ursprung – impulsives, körperlich aggressives Übelwollen. Vergeltung hingegen erscheint im Guten wie im Bösen als ein Ausgleich, der auch mit Bedacht gewählt werden kann. Er findet sein Maß in dem, was es auszugleichen gilt. Die Rache indes kennt zwar einen Anlass, aber kein natürliches Maß, und hat daher einen Hang zur Maßlosigkeit. Die Vergeltung ist demnach schon in ihrem Wortursprung eine Form der Gegenseitigkeit (Reziprozität), und als Teilverwirklichung

⁷ Dazu *Schmidt*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 73 Rn. 9 mit zahlreichen Nachweisen.

⁸ Zutreffend und pointiert schon im 19. Jahrhundert der italienische Kriminalist *Carrara*, Programma del corso di diritto criminale, parte generale, Bd. 2, 1859, § 645; hier zitiert nach *Morselli*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 87 (2001), 221 (237 f.) mit einem längeren Zitat aus der Schrift *Carraras*.

⁹ Wahrig-Burfeind (Hrsg.), Wahrig Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl. 2006, unter „rächen“ und „gelten“.

⁵ Das ist der Kern des EGMR-Urteils zur deutschen Sicherungsverwahrung, s. EGMR StV 2010, 181 mit Anm. *H. E. Müller*, StV 2010, 207.

⁶ *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einl. Rn. 1 m.w.N.

dieses Prinzips ist sie auch Gegenstand der modernen sozialwissenschaftlichen Forschung.¹⁰ Sie betont zu Recht, dass gesellschaftlich institutionalisierte Vergeltung dazu dient, Gewalt zu regulieren und zu kanalisieren.¹¹ Es heißt dann also: Vergeltung *statt* Rache.

3. Empirische Untersuchungen zum Vergeltungsbedürfnis

a) Wut und Strafe

Das erste Experiment, das mich zu meinem Botengang veranlasst, ist eines des Wirtschaftswissenschaftlers *Ernst Fehr*, das fächerübergreifend große Beachtung gefunden hat und das im deutschen strafrechtlichen Schrifttum bereits *Beckenkamp* behandelt hat.¹² *Fehr* hat eine Gruppe Studierender eine Variante des Gefangenendilemmas durchspielen lassen: In sechs Gruppen à vier Studenten konnten die Spieler in jeder Runde Einsätze machen. Es ging um reales Geld. Als Startkapital hatte jeder zwanzig Geldeinheiten. Für jede Geldeinheit, die ein Spieler einsetzte, gab es vom Veranstalter 1,6 Einheiten zurück. Sie wurden aber auf die gesamte Gruppe verteilt, das heißt durch vier geteilt. Investierte also nur ein Spieler eine Einheit, bekam er lediglich 0,4 Einheiten zurück und machte 0,6 Einheiten Verlust, während seine Mitspieler jeweils 0,4 Einheiten Gewinn machten. Investierte hingegen jeder Spieler seine gesamten 20 Einheiten, bekamen alle je 32 Einheiten heraus. Jedem Spieler blieben die Einsätze der anderen verborgen; er erfuhr jeweils nur sein Rundenergebnis und konnte daraus seine Schlüsse ziehen. Bis hierher handelt es sich um das klassische Gefangenendilemma: Das Investieren (die Kooperation) liegt im Interesse der Gruppe, aber nicht im Interesse des Einzelnen. Im ersten von sechs Spielen lag das durchschnittliche Investment bei 10 Geldeinheiten, fiel aber rasch und lag im letzten Spiel nur noch bei 4 Einheiten: Den grundsätzlich kooperationsfreudigen Spielern hatten die Trittbrettfahrer die Kooperationsfreude ausgetrieben und so das Gruppenergebnis drastisch verschlechtert.

Dann ließ *Fehr* weitere Runden spielen, in denen er den Spielern nach jedem Spiel mitteilte, wer was investiert hatte. Und er erlaubte den Spielern, Trittbrettfahrer zu bestrafen. Dafür mussten sie aber bezahlen. Mit einer Geldeinheit konnten sie erkaufen, dass einem Trittbrettfahrer drei Geldeinheiten abgezogen wurden. Von dieser Möglichkeit machten die Spieler regen Gebrauch. Und in den neuen Runden war das durchschnittliche Investment deutlich höher als in den Runden ohne Bestrafungsoption; es stieg auf bis zu 16 Geldeinheiten. Potentielle Trittbrettfahrer wurden wirksam abgeschreckt. Bemerkenswert war, dass die bestrafenden Spieler von ihrer Investition in die Strafe selbst keinen finanziellen Nutzen mehr haben konnten; denn es wurde so gespielt, dass man in jeder Runde neuen Mitspielern gegenüber saß. Danach gefragt, warum sie unter diesen Bedingungen gleichwohl Geld für eine Bestrafung von Trittbrettfahrern aufwendeten,

antworteten die Teilnehmer: aus Wut über das gruppenschädliche Verhalten. *Fehr* nennt solches Verhalten „altruistische Bestrafung“, weil der Bestrafende von ihr keinen Nutzen mehr hat, das Kollektiv aber sehr wohl. Ob diese Bezeichnung die Sache trifft, sei dahingestellt. Festzuhalten bleibt für uns, dass die Spieler auch dann ein Bestrafungsbedürfnis hatten und auf eigene Kosten befriedigten, wenn sie selbst davon keinen Nutzen mehr haben konnten, und dass ihr erklärtes Motiv dabei kein Abschreckungskalkül war, sondern die schlichte Wut über das Verhalten der anderen.

In einem Folgeexperiment zeigten *Martijn Egas* und *Arno Riedl*, dass der Impuls zu bestrafen davon abhing, wie groß der Unterschied zwischen dem Einsatz des Bestrafenden und dem des Bestraften war (der nicht unbedingt ein 100 %-iger Trittbrettfahrer sein musste, also durchaus ebenfalls einen Einsatz geleistet haben konnte – nur eben einen deutlich kleineren; in dem Experiment von *Fehr* und *Gächter* war es ebenso gewesen).¹³ Ferner zeigten sie, dass der Unterschied umso größer sein musste, je teurer die Bestrafung wurde. Schon wenn die Kosten für den Bestrafenden genauso hoch waren wie die Strafe, fiel die Bestrafungsquote so weit, dass sie das Abfallen der Investitionsquote über die Runden hinweg nicht aufhalten konnte. Das sagt indes lediglich, was zu erwarten war: Wenn jemand eigene Mittel für eine Bestrafung aufwenden muss, regiert nicht *allein* das Gefühl (Wut) seine Entscheidung, sondern auch das Haushalten mit den eigenen Mitteln. Auf der anderen Seite handeln die Bestraften keineswegs nur aus wirtschaftlichen Erwägungen. Vielmehr zeigte sich in einem weiteren Spielexperiment, dass schon geringe, wirtschaftlich wenig belastende Bestrafungen die Kooperation fast genauso deutlich erhöhten wie harte Strafen.¹⁴ Auch die Bestraften reagierten demnach moralisch motiviert, nämlich schuldbewusst. Man musste sie an diese Schuld erinnern; aber nicht besonders laut.

b) Theorie und Praxis

Amerikanische Psychologen um *Kevin M. Carlsmith* haben sowohl die Motive für fallbezogene Strafwünsche empirisch untersucht als auch die allgemeinen Ansichten der Menschen zum Zweck der Strafe. Sie haben sich allerdings auf zwei Motive/Zwecke beschränkt, und zwar auf die Vergeltung („just deserts“ = gerechte Strafe) und auf die negative Generalprävention („deterrence“ = Abschreckung). In mehreren Studien untersuchten sie, welchen Einfluss solche Umstände auf die Strafzumessung haben, die für die Vergeltung relevant sind, und solche, die für die Abschreckung relevant sind.¹⁵ Diesen Einfluss verglichen sie mit den Eigenaussagen der Probanden über deren Motive für die Strafzumessung.

In der ersten Studie wurden den Probanden – 336 Studenten – Fallbeschreibungen (Vignetten) vorgelegt, und zwar

¹⁰ *Schlee/Turner*, Vergeltung, 2008, S. 7 f.

¹¹ *Schlee/Turner* (Fn. 10), S. 7 (S. 15, 24) m.w.N.

¹² S. *Fehr/Gächter*, *Nature* 415 (2002), 137; *Beckenkamp*, *ZIS* 2011, 137 (140 f.). Vgl. auch den Bericht von *Ananthaswamy*, *New Scientist* 2325, 11.

¹³ *Egas/Riedl*, *Tinbergen Institute Discussion Paper* 2005-065/1, abrufbar unter <http://www.tinbergen.nl/discussionpapers/05065.pdf> (14.7.2011).

¹⁴ Vgl. *Rodriguez-Sickert/Guzmán/Cárdenas*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 67 (2008), 215.

¹⁵ Zum Folgenden *Carlsmith/Darley/Robinson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 83 (2002), 284 (287 ff.).

jeweils zwei Fälle mit je einer Abwandlung, insgesamt also vier Szenarien. Von diesem 2x2-Design gab es drei Versionen, so dass jeweils nur ein Drittel der Probanden die gleichen vier Szenarien vor sich hatte; die Ergebnisse waren indes in allen drei Versionen die gleichen. Innerhalb jeder Version, also jedes 2x2-Designs, wog der erste Fall unter dem Gesichtspunkt der Vergeltung schwerer als der zweite. Die Abwandlung betraf jeweils einen Umstand, der für die Abschreckung von Belang war. So war in der ersten Version Fall eins eine Unterschlagung gegenüber dem Arbeitgeber (geringeres Unrecht) und Fall zwei illegales Abladen von Giftmüll, um den Gewinn eines Unternehmens zu vergrößern (größeres Unrecht). Im Grundfall war die Tat ihrer Art nach jeweils leicht zu entdecken (geringeres Abschreckungsbedürfnis), in der Abwandlung schwer zu entdecken (größeres Abschreckungsbedürfnis). In der zweiten Version waren die Abwandlungen die gleichen, aber die Grundfälle unterschieden sich: Unterschlagung zugunsten unterbezahlter Fabrikarbeiter des Unternehmens in Übersee (geringeres Unrecht) versus Unterschlagung, um einen aufwendigen Lebensstil zu pflegen und Spielschulden zu bezahlen (größeres Unrecht). In der dritten Version waren es wieder diese Grundfälle (aus der zweiten Version), aber die Abwandlungen waren neu: geringe öffentliche Aufmerksamkeit (geringeres Abschreckungsbedürfnis) versus hohe öffentliche Aufmerksamkeit (größeres Abschreckungsbedürfnis).

Zunächst hatten die Probanden für ihre vier Szenarien eine Strafe zuzumessen, und zwar einmal abstrakt auf einer Sieben-Punkte-Skala von 1 = „überhaupt nicht schwer“ (not at all severe) bis 7 = „äußerst schwer“ (extremely severe) und dann noch konkret auf einer 13-Punkte-Skala von 1 = „nicht schuldig“ (not guilty) bis 13 = „lebenslang“ (life sentence). Ferner wurden den Probanden Aussagen zur Vergeltungstheorie und zur Abschreckungstheorie vorgelegt, denen sie jeweils auf einer Sieben-Punkte-Skala mehr oder weniger zustimmen oder nicht zustimmen konnten, etwa die Aussage: „Einige sagen, dass Verbrechen unterschiedlich bestraft werden sollten, je nachdem wie wahrscheinlich es ist, dass man die Tat entdeckt und den Verbrecher fängt, genauer: dass unter Verbrechen gleicher Schwere diejenigen härter bestraft werden sollten, die schwerer zu entdecken sind.“ Und: „Andere sagen, dass der Hauptfaktor für die Bestimmung einer Strafe das Strafmaß sein sollte, das der Täter mit Blick auf die Schwere der Tat verdient.“ Schließlich hatten die Probanden noch einige Fragen zu beantworten, die sicherstellen sollten, dass sie den Sinngehalt der Fallvarianten und Abwandlungen richtig verstanden hatten (also zum Beispiel merkten, dass in der Abwandlung eine Abschreckung als Strafzweck sinnvoller erschien als im Grundfall). Weitere Vorkehrungen, um potentielle Fehlerquellen auszuschalten, kamen hinzu. Es würde hier zu viel Platz beanspruchen, sie vollständig zu beschreiben.

Das Ergebnis in Kurzform: Die Unterschiede in der Schwere des Unrechts schlugen stark auf die Ergebnisse durch. Die Fälle mit niedrigerem Unrechtsgehalt bekamen auf der abstrakten Strafzumessungs-Skala (1 bis 7) einen Durchschnittswert von 4,1, die Fälle mit höherem Unrechtsgehalt einen Wert von 5,4; der Unterschied der Durch-

schnittswerte war in allen drei Versionen ähnlich groß. Die Unterschiede im Abschreckungsbedürfnis hatten keine nennenswerten Auswirkungen auf die Strafzumessung; auch nicht bei denen, die in ihren allgemeinen Aussagen zur Straftheorie die Abschreckung als wichtiger eingestuft hatten als die Vergeltung.

In der zweiten Studie wurden die Pro-Vergeltungs- und die Pro-Abschreckungsfaktoren kumuliert, die Fallunterschiede also insoweit verschärft: Als Fall geringeren Unrechts diente jemand, der gegenüber seinem Arbeitgeber Geld für die unterbezahlten Arbeitnehmer in Übersee unterschlagen hatte, als Fall höheren Unrechts das Abladen von Giftmüll für einen höchstpersönlichen finanziellen Vorteil. Für eine Abschreckung sprach die Verbindung dessen, dass Taten der fraglichen Art schwer zu entdecken waren und dass sie aber hohe Aufmerksamkeit in der Presse bekamen. In der Gegenversion waren sie leicht zu entdecken und für die Medien (und sonst die Öffentlichkeit) uninteressant. Die Probanden hatten wieder zunächst spontan eine Strafe zuzumessen. Danach wurde ihnen für Laien verständlich erklärt, was Vergeltungstheorie und Abschreckungstheorie zur Strafzumessung sagen, und man forderte sie auf, erneut eine Strafe zu bestimmen; und zwar einmal auf der Grundlage der einen und einmal auf der Grundlage der anderen Theorie. Eine Reihe weiterer Testfragen und Varianten im Ablauf sollte sicherstellen, dass die Probanden die Fallunterschiede und deren Bedeutung für die Theorien verstanden hatten und sachfremde Einflüsse auf die Antworten auszuschließen waren.

Das Ergebnis war wiederum, dass die Abwandlungen der Unrechtsschwere stark auf die Strafzumessung durchschlugen, während sich die Abwandlungen der abschreckungsrelevanten Umstände überhaupt nicht auswirkten. In dem Durchgang, in dem die Probanden die Strafe auf der Grundlage der Abschreckungstheorie zumessen sollten, war nur eines festzustellen: sämtliche Strafen stiegen. Obwohl die Probanden verstanden hatten, was die Abschreckungstheorie besagt, führte die Aufforderung, sie anzuwenden, lediglich dazu, dass schlicht das gesamte Strafniveau flächendeckend nach oben wanderte.

Den gegenteiligen Effekt hatten die Wissenschaftler in einer früheren Untersuchung festgestellt in Bezug auf den Strafzweck der negativen Spezialprävention (Sicherung des Täters bei Rückfallgefahr, „incapacitation“ = „Unschädlichmachung“).¹⁶ Auch dort war die spontane Strafzumessung die gleiche wie eine spätere, bei der die Probanden angewiesen worden waren, die Strafen gemäß der Vergeltungstheorie zu bestimmen. Als die Teilnehmer die Strafe indes bei einem weiteren Durchgang spezialpräventiv bestimmen sollten mit Blick auf die Rückfallgefahr, sank das Strafniveau. Die Fallabwandlungen hatten bei dieser Untersuchung natürlich auch Umstände enthalten, die für die Rückfallgefahr von Belang waren. Bei der spontanen Strafzumessung hatte sich ein Wechsel dieser Umstände zwar etwas ausgewirkt, aber längst nicht so deutlich wie die Abwandlungen, die das Unrecht der

¹⁶ Darley/Carlsmith/Robinson, *Law and Human Behavior* 24 (2000), 659.

Tat betrafen. Und wie gesagt hatte die spontane Strafzumessung wieder dem entsprochen, was die Teilnehmer für richtig hielten, wenn sie die Strafe ausschließlich gemäß der Vergeltungstheorie bestimmen sollten.

In einer weiteren Studie zu dem Verhältnis von Vergeltung und Abschreckung versuchten die Wissenschaftler, ihre Ergebnisse mit dem Befund in Einklang zu bringen, dass die meisten ihrer Probanden sich allgemein, in der Theorie (auch) für eine Abschreckungsfunktion des Strafrechts ausgesprochen hatten und dass in den USA zahlreiche Strafgesetze mit dem erklärten Ziel verabschiedet worden waren, durch Abschreckung die Kriminalität zu bekämpfen. Die Wissenschaftler hielten zwei Erklärungen für möglich: Entweder ließen die Bestrafungsmöglichkeiten von vornherein keinen Raum für das, was ein Abschreckungstheoretiker hätte variieren wollen. Oder die Probanden (und die Gesetzgeber) waren zwar in der Theorie Anhänger des Abschreckungsmodells – aber nur mit Blick auf noch nicht begangene Taten, die sie verhindern wollten, und dann nicht mehr, wenn eine Tat begangen ist und tatsächlich bestraft werden soll.

Aufbau und Ablauf entsprachen im Wesentlichen den früheren Studien. Jedoch hatten die Probanden (351 Studenten) vorab zwei neue Fragen zu beantworten, in denen es darum ging, hypothetische Ressourcen zu verteilen: um den Täter einer begangenen Tat zu fangen und zu bestrafen – oder um potentielle künftige Täter abzuschrecken und so künftige Taten zu verhindern. Dazu wurden die Fälle zunächst als solche geschildert, in denen man den Täter noch nicht gefasst hatte. Die Ressourcen gehörten dem Unternehmen, zu dessen Nachteil die Tat, wieder eine Untreue, begangen worden war. Nach den Fragen zum Strafmaß für den gefassten Täter kamen am Schluss wieder Beschreibungen der beiden Straftheorien, dieses Mal mit einer ausdrücklichen Nennung der Faktoren, die für die jeweilige Theorie von Belang sind. Die Probanden hatten dann die Frage zu beantworten, inwieweit sie persönlich die eine und die andere Theorie unterstützten, jeweils auf einer Sieben-Punkte-Skala von 1 = „überhaupt nicht“ (not at all) bis 7 = „äußerst stark“ (extremely).

Es stellte sich heraus, dass die Probanden grundsätzlich beide Theorien für richtig hielten, mit einem kleinen, aber signifikanten Vorsprung für die Vergeltungstheorie. Bei der Ressourcenverteilung hingegen hatte die Abschreckung insgesamt deutlich die Nase vorn. Allerdings variierte die Ressourcenzuteilung für die Abschreckung nicht in Abhängigkeit der Umstände, die für die Abschreckung von Belang waren – sondern allein in Abhängigkeit vom Unrechtsgewicht der Tat: je schwerer das Unrecht, desto größer die Ressourcen, die der Abschreckung, das heißt der Verhinderung zukünftiger Taten zugeteilt wurden. Und für die Strafzumessung blieb es bei dem Ergebnis aus den beiden ersten Studien: starker Einfluss der vergeltungsrelevanten Faktoren (Unrechtsgewicht), kein Einfluss der abschreckungsrelevanten Faktoren (Entdeckungswahrscheinlichkeit und öffentliche Aufmerksamkeit für Taten der fraglichen Art).

Als Ergebnis ihrer dritten Studie stellen *Carlsmith* und seine Kollegen fest, dass die Probanden zwar Vergeltung und Abschreckung für grundsätzlich gleichberechtigte Strafzwecke hielten und nicht der Ansicht waren, sich zwischen ihnen

entscheiden zu müssen. Wenn es aber darum ging, eine individuelle Strafe zu bestimmen, zählte für sie allein die Schwere des Unrechts, also die Gerechtigkeit der Vergeltung.

Dieses Ergebnis hat *Carlsmith* später in zwei weiteren Online-Untersuchungen mit 133 und 125 repräsentativ ausgewählten Probanden erhärtet.¹⁷ In ihnen fragte er nicht nur ab, was die Probanden als generelle Theorie der Bestrafung vorzogen (Vergeltung versus Abschreckung), sondern wollte auch für jede einzelne Strafzumessung sofort wissen, inwieweit sich die Probanden – nach deren Selbsteinschätzung – vom Strafzweck der Vergeltung und/oder dem der Abschreckung leiten lassen. Wiederum stellte sich heraus, dass die Probanden in ihren Eigenaussagen sowohl Vergeltung als auch Abschreckung als Motive benannten, in der Strafzumessung aber fast ausschließlich auf Faktoren abstellten, die für die Vergeltung von Belang waren. Das galt praktisch unterschiedslos auch für diejenigen, die von sich generell behaupteten, mehr Wert auf die Abschreckung zu legen. Selbst in der konkreten Selbsteinschätzung kurz nach dem Zumessen einer Strafe gaben die Probanden das Motiv der Abschreckung in weitaus größerem Umfang an, als es tatsächlich eine Rolle gespielt haben konnte (allgemein standen Vergeltung und Abschreckung in den Eigenaussagen im Verhältnis von 60–70 zu 40–30 zugunsten der Vergeltung). Anders gewendet: Die Probanden hielten die Abschreckung als Strafzweck grundsätzlich (auch) für richtig, reagierten aber bei der Strafzumessung nicht auf Faktoren, die das Ziel der Abschreckung als dringlicher oder weniger dringlich erscheinen lassen mussten. In die gleiche Richtung weisen bereits Erhebungen von *Reuband*, der ebenfalls nur geringe Zusammenhänge feststellen konnte zwischen dem Strafziel der Abschreckung, das jemand befürwortet, und den Strafen, die er fallbezogen für angemessen erachtet.¹⁸

In seiner zweiten Studie ging es *Carlsmith* vor allem um die sogenannten Zero-tolerance-Gesetze, die selbst für geringe Übertretungen harte Strafen vorsehen und so vor jedweder Übertretung abschrecken wollen. Wieder waren viele Probanden mit diesem Ansatz theoretisch einverstanden. Wenn es aber darum ging, auch eine geringe Übertretung tatsächlich drakonisch zu bestrafen, gaben 88 % der Zero-tolerance-Befürworter diese Haltung auf und wählten nach dem Vergeltungsprinzip eine tatangemessene Strafe. In der Tendenz hat dieses Phänomen schon *Streng* in seinen Studien feststellen können: Der abstrakte Ruf nach hohen Strafen ist mit einer besonderen Bereitschaft verbunden, im Einzelfall deutlich milder zu bestrafen.¹⁹

Erwähnenswert ist hier auch eine weitere kleine Studie mit 138 Studenten, von der *Carlsmith/Darley/Robinson* in einer Fußnote berichten.²⁰ In ihr wurde getestet, wie es sich auf die individuelle Strafzumessung auswirkt, wenn die Probanden in einem zweiten Durchgang erfahren, dass a) die Zahl von Taten dieser Art in den letzten zehn Jahren zuge-

¹⁷ *Carlsmith*, *Social Justice Research* 21 (2008), 119.

¹⁸ *Reuband*, *Soziale Probleme* 18 (2007), 186.

¹⁹ *Streng*, *MschrKrim* 87 (2004), 127 (141 f.).

²⁰ *Carlsmith/Darley/Robinson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 83 (2002), 284 (295 in Fn. 10).

nommen habe (abschreckungsrelevant) oder dass b) der durch die konkrete Tat verursachte (Umwelt-)Schaden größer sei als vor zehn Jahren angenommen, als das Strafgesetz verabschiedet worden sei (vergeltungsrelevant). 21 % der Probanden erhöhten die Strafe aufgrund dieser zweiten Information, aber nur 5 % infolge der ersten.

Als Gesamtergebnis ihrer Studien formulieren *Carlsmith* und seine Koautoren, dass sowohl das Opfer als auch die Gesellschaft vor allem eine gerechte Bestrafung verlangen: *dass* bestraft wird und dass *tatangemessen* (schuldangemessen) bestraft wird. Ferner schreiben sie:

„Unless the punishment is imposed, a real feeling of incompleteness lingers, and there is a sense that justice has not been done. [...] From this perspective, a just society is one that assigns just deserts punishments proportionate to the moral blameworthiness of the offense, and it must not fail to punish wrongdoing in these ways.“²¹

c) Rache ist nicht süß

Individualpsychologisch ist schon belegt, dass Gewalt und Aggression ein unbrauchbares Ventil für Wut sind, weil sie die Wut verlängern und die Wahrscheinlichkeit späterer aggressiver Handlungen erhöhen.²² *Carlsmith*, *Gilbert* und *Wilson* haben gezeigt, dass dies auch für zivilisiertere Formen des Bestrafens gilt und dass sich die Akteure aber einbilden, die Bestrafung wäre für sie – und für jedermann – eine innere Entlastung (durch Genugtuung).²³ Sie verwendeten dazu eine Versuchsanordnung, die in den hier interessierenden Punkten im Wesentlichen derjenigen aus dem Experiment von *Fehr* und *Gächter* entsprach (s. oben a). Allerdings erhielt nur ein Drittel der Spieler und auch erst am Ende des Spiels die Möglichkeit, Trittbrettfahrer zu bestrafen. In zwei Vergleichsgruppen – ebenfalls je ein Drittel der Teilnehmer – fehlte diese Möglichkeit. Neu war ferner, dass alle Teilnehmer nach dem Spiel Auskunft über ihr Befinden geben mussten, und zwar unmittelbar nach Spielende und noch einmal zehn Minuten später, nachdem sie eine tatsächlich sinnlose Aufgabe zur Lückenfüllung erledigt hatten (Beschreibung eines eigenen typischen Tagesablaufs). Dafür gab es sechs Gefühlsbeschreibungen, von denen die Teilnehmer jeweils auf einer Sieben-Punkte-Skala sagen mussten, inwieweit diese Beschreibungen auf sie selbst zuträfen (positiv, erfreut, zufrieden; negativ, rachedurstig, zornig = positive, pleased, satisfied; negative, vengeful, irritated; die Skala reichte von „überhaupt nicht“ = „not at all“ bis „äußerst stark“ = „extremely“). Ferner hatten die Teilnehmer anzugeben, inwieweit sie noch an jeden ihrer Mitspieler dachten (von 1 = „überhaupt nicht“/„not at all“ bis 7 = „sehr“/„very much“). Die Spieler, die eine Möglichkeit zu bestrafen hatten, mussten außerdem schätzen, wie sie sich wohl gefühlt hätten, wenn ihnen keine solche Möglichkeit gegeben worden wäre. In den

²¹ *Carlsmith/Darley/Robinson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 83 (2002), 284 (297).

²² *Bushman*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 28 (2002), 724.

²³ *Carlsmith/Gilbert/Wilson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 95 (2008), 1316.

beiden Vergleichsgruppen fehlte diese Frage naturgemäß. Einer der beiden Vergleichsgruppen, „Vorhersagegruppe“ genannt, hatte man aber den Bestrafungsmodus beschrieben, und in den Aussagen über ihr Befinden sollten diese Teilnehmer nicht angeben, wie sie sich tatsächlich fühlten, sondern wie sie sich ihrer Schätzung nach wohl gefühlt haben würden, wenn sie jene Bestrafungsmöglichkeit gehabt hätten.

Ergebnis war, dass sich die Teilnehmer mit der Möglichkeit zu bestrafen deutlich schlechter fühlten als die Teilnehmer ohne diese Möglichkeit (erste Vergleichsgruppe). Die Teilnehmer in der „Vorhersagegruppe“ (zweite Vergleichsgruppe) nahmen indes umgekehrt an, dass sie sich besser gefühlt hätten, wenn ihnen eine Bestrafungsmöglichkeit gegeben worden wäre. Und auch die Teilnehmer mit Bestrafungsmöglichkeit waren sicher, dass sie sich (noch) schlechter gefühlt haben würden, wenn ihnen diese Möglichkeit gefehlt hätte. Die zehnminütige Pause hatte die schlechten Gefühle wie erwartet flächendeckend gemildert, die Unterschiede aber nicht wesentlich geändert. Jedoch beschäftigten sich die Teilnehmer mit Bestrafungsmöglichkeit nach den zehn Minuten innerlich noch stärker mit den Trittbrettfahrern als die Teilnehmer ohne diese Möglichkeit (erste Vergleichsgruppe). Vor Ablauf der zehn Minuten waren jene Werte noch gleich gewesen. Fazit: Alle gingen davon aus, dass einem die Möglichkeit, Übeltäter zu bestrafen, innerlich gut tue. Tatsächlich war es aber gerade andersherum. Als Erklärung kam in Betracht, dass die Bestrafung die Gedanken auf Tat und Täter fixierte und sie so daran hinderte, sich neuen, unbelasteten Inhalten zuzuwenden.

In einer Folgestudie²⁴ fanden die Wissenschaftler heraus, dass die Bestrafungen die Gefühle der Teilnehmer nicht nachteilig beeinflussten, wenn die Teilnehmer lediglich Zeugen dessen wurden, dass einer ihrer Mitspieler Trittbrettfahrer bestrafte; ein Mitspieler, von dem sie annehmen mussten, dass er wie sie kooperiert hatte und jetzt per Los ausgesucht worden war, um nach Belieben gemäß dem alten Muster Strafen zu verhängen (Investition eigenen Geldes, Abzug des Dreifachen dieses Betrages beim Bestrafen). Allerdings fühlten sich die Teilnehmer in einer solchen Zeugenrolle noch immer nicht besser als jene, in deren Spiel überhaupt keine Bestrafung vorgesehen war; lediglich fühlten sie sich nicht mehr schlechter. Doch wieder gingen alle davon aus, dass sich am besten fühle, wer die Trittbrettfahrer selbst bestrafen könne.

4. Weitere Befunde zum Vergeltungsbedürfnis des Menschen

a) Der Fall *Reemtsma*

Eindrucksvolle Anschauung zu Theorie und Praxis des menschlichen Vergeltungsbedürfnisses ist die Geschichte *Jan Philipp Reemtsmas*. Er vertrat zur staatlichen Kriminalstrafe aufgeklärte und liberale bis skeptische Ansichten.²⁵ Dann

²⁴ *Carlsmith/Gilbert/Wilson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 95 (2008), 1316.

²⁵ Vgl. etwa *Reemtsma*, in: Böllinger/Lautmann (Hrsg.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, *Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, 1993, S. 57.

wurde er 1996 Opfer eines Gewaltverbrechens; einer Entführung durch Thomas Drach, der ihn einen Monat lang in einen Keller sperrte und mit dem Tod bedrohte. Über diese Tat hat er sich verständlicherweise weniger abgeklärt geäußert.²⁶ Außerdem hat er wissenschaftlich in einem Vortrag die Frage behandelt, ob das Opfer ein Recht auf die Bestrafung des Täters habe.²⁷ In diesem Vortrag trennt er streng zwischen Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl, plädiert für die positive Generalprävention als Straftheorie, allerdings nur als „Rahmentheorie“, in der auch andere Straftheorien „ihren Ort zugewiesen bekommen“ könnten, führt für die positive Generalprävention deren „empirische Aufladung“ an, indes ohne empirisches Material zu erwähnen, meint, innerhalb der positiven Generalprävention könne man von einem Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters sprechen, erkennt in der Bestrafung eine symbolische Solidarisierung des Sozialverbandes mit dem Opfer gegen den Täter, meint ferner, ein Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters aus der Pflicht des Staates ableiten zu können, den sozialen Schaden zu begrenzen, den eine Tat verursache, und ist zugleich überzeugt, dass ein individueller Vergeltungswunsch des Opfers „in jeder Rechtspraxis frustriert und von jeder Straftheorie mit Näheverbot belegt werden“ müsse.

Ich fürchte, es ist schon aus der Art meiner Formulierung ersichtlich, dass mich dieses gedankliche Amalgam nicht überzeugt; so geistreich und wortgewandt es auch im Original geschrieben sein mag. Das macht aber nichts. Denn viel wichtiger als das 27 Seiten lange Jonglieren mit Recht, Gerechtigkeit und der positiven Generalprävention scheinen mir zwei Sätze am Rande und kurz vor Schluss zu sein, auf der Seite 26: „Denn der Rachewunsch [des Opfers] ist kein niedriges Bedürfnis, es [gemeint: er] sollte (als im Individuum fortbestehender Wunsch) nicht verachtet noch geächtet werden. Und es tritt nichts an seine Stelle.“ Ist das nicht bemerkenswert? Es ist hier wortwörtlich von dem *Rachewunsch* des Opfers die Rede; jede verbale Sublimierung entfällt. Und der Rachewunsch erscheint nicht als Eventualität, sondern als Faktum. Ferner soll er weder „verachtet noch geächtet“ werden; auch nicht von einer höheren Warte aus. Am Schluss – mit Blick auf die Strafrechtspflege – das gänzlich resignierende sowie unerbittliche: „Und es tritt nichts an seine Stelle.“

In diesen Sätzen spricht der Mensch *Reemtsma* zu uns, nicht der Wissenschaftler. Der Mensch, der Opfer eines Gewaltverbrechens wurde. Die straftheoretischen Ausführungen *Reemtsmas* mögen auf sich beruhen; um sie geht es an dieser Stelle nicht. Berichtenswert ist hier allein jener kurze, zwei Sätze lange Einblick in das Innenleben eines Menschen, dem schweres Unrecht geschehen ist. Er ist deshalb so eindrucksvoll, weil das, was man sieht, so radikal ist, obwohl doch der, der so fühlt, nach seiner Grundeinstellung, seiner geistigen Prädisposition als Humanist und Menschenfreund gelten darf. Ich habe keinen Grund, mich darüber zu erheben; die wenigsten dürften ihn haben. Wer kann schon wissen, was er (oder

sie) nach einem Monat Gefangenschaft und Todesangst dächte und empfindet? Immerhin erwähnt sei, dass es hin und wieder Menschen gibt, die keine Rachegefühle entwickeln oder sie überwinden und damit glücklicher leben; denn Rache ist nicht süß, und Rachegefühle sind es auch nicht (oben 3. c).²⁸ Aber dass sie entstehen und nach Befriedigung verlangen – davor ist kaum ein Mensch gefeit.

b) Makroverbrechen

Auch nach Großverbrechen durch Unrechtsregimes und in Kriegen oder Bürgerkriegen finden die Betroffenen keine Ruhe. Als Beispiel das Apartheidsregime in Südafrika: Als es geendet hatte, versuchte dort eine Truth and Reconciliation Commission die Verbrechen des Regimes aufzuarbeiten und für Versöhnung zu sorgen. Es stellte sich aber heraus, dass die Opfer nicht bereit waren, es dabei zu belassen, dass man die Verantwortung der Täter feststellte und diese sich entschuldigten. Die Opfer wollten Vergeltung. Gleiches war und ist für andere afrikanische Krisen- und Tragödienorte festzustellen, namentlich für Ruanda, Burundi, Sierra Leone, Somalia und den Sudan.²⁹

Das Bedürfnis nach Vergeltung haben nicht nur die einzelnen Opfer, sondern auch das Kollektiv. Und im kollektiven Bewusstsein kann es Jahrhunderte überdauern, bis es sich in blutigen, wahrhaft anachronistischen Kriegen und „ethnischen Säuberungen“ Bahn bricht – wie in jüngerer Zeit auf dem Balkan und wieder in Teilen Afrikas zu beobachten.³⁰

c) Selbstbestrafungs- und Bußrituale

Bei Kindern kann man manchmal etwas Merkwürdiges beobachten, und zwar dass ein Kind sich selbst schlägt, an den Haaren zieht oder etwas eigenes beschädigt, um so ein anderes Kind zu versöhnen, dem es Unrecht getan hatte; Unrecht von einer Art, die es mit der Selbstbestrafung spiegelt. Das andere Kind wird in Verbindung mit (sinngemäß) einer Entschuldigung auf die Selbstbestrafung aufmerksam gemacht: Sieh her, ich füge mir das gleiche zu, jetzt sind wir quitt, ergänze: und du hast keinen Grund mehr, dich zu rächen (und mir womöglich noch stärker zu schaden). Das ist kindlich und naiv. Es kann aber, meine ich, nur mit der Intuition erklärt werden, dass Vergeltung für Gerechtigkeit sorgt – und eine Eskalation vermeidet. Und wenn das eine kindliche Intuition ist, handelt es sich um eine ethische Werkseinstellung des Menschen, die zwar mit den Jahren nur noch intellektuell gefiltert wirksam werden kann, aber doch weiterhin vorhanden ist. Letztlich tritt sie überall dort in Erscheinung, wo Menschen von sich aus Sühneleistungen zugunsten derer erbringen, denen sie Unrecht getan hatten.

²⁸ S. die Berichte von Ricard, Glück, 2009, S. 207 ff.

²⁹ Schlee/Turner (Fn. 10), S. 7 (S. 28) m.w.N., sowie Schlee/Turner (Fn. 10), S. 49 (S. 62).

³⁰ Schlee/Turner (Fn. 10), S. 7 (S. 29) m.w.N. Zum Massensmord an den bosnischen Muslimen durch die Serben auch Schwanitz, Die Geschichte Europas, 2003, S. 130.

²⁶ Vgl. Reemtsma, Im Keller, 1997.

²⁷ Vgl. Reemtsma, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, 1999.

d) *Die Sicht der Tiefenpsychologie*

Auch die Tiefenpsychologie geht davon aus – zumindest tun dies einige ihrer Vertreter –, dass nach Unrechtserlebnissen ein Vergeltungsbedürfnis die menschliche Psyche beherrsche als Ausdruck eines Verlangens nach innerseelischem Gleichgewicht.³¹ In seinem in Fußnote 31 zitierten Beitrag schlägt *Morselli* auch die Brücke von einem Bedürfnis des Individuums zu einem solchen der Gesellschaft (S. 224). Ich berichte das mit jener Skepsis, die ich gegenüber der Tiefenpsychologie insgesamt hege, meine aber, dass der Befund das Gesamtbild ergänzen kann. Zudem ist der straftheoretische Hinweis *Morsellis* mitteilenswert, dass man den Zweck der Strafe nur aus ihren Wirkungen im einzelnen Fall erklären könne, wenn sie tatsächlich vollstreckt werde, und nicht aus den Wirkungen, die man sich erhoffe, solange sie nicht vollstreckt werde (Abschreckung). Das ist zwar nicht logisch zwingend, erinnert aber an den Widerspruch, der droht, wenn harte Strafen zur Abschreckung angedroht werden und es dann misslicherweise doch zu Taten kommt – deren derart harte Bestrafung denselben Personen als ungerecht erscheint; eine Situation, die empirisch belegt tatsächlich eintritt, wenn Abschreckungsstrafen angedroht werden (oben 3. b).

e) *Positives Recht und Rechtsprechung*

§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB bestimmt klar: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.“ Das ergibt nur Sinn, wenn die Strafe diese Schuld ausgleichen soll. Und die Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch der Fachgerichte geht wie selbstverständlich davon aus, dass Kriminalstrafe dem Schuldausgleich diene, das heißt der Vergeltung.³² Es ist sehr unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber und die Gerichte so klar und so beständig einen Strafzweck bestimmen beziehungsweise voraussetzen, der lediglich das geistige Produkt allzu gestriger Strafrechtslehrer oder blutleere Tradition wäre. Viel wahrscheinlicher ist, dass jener Strafzweck einem gesellschaftlichen Bedürfnis dient, und das bedeutet: einem Bedürfnis, das die Glieder dieser Gesellschaft seit jeher haben und befriedigt sehen wollen.

5. *Ethische Betrachtung des menschlichen Vergeltungsbedürfnisses*

Dass die meisten Strafrechtslehrer Vergeltung als Strafzweck verwerfen, dürfte seinen Grund darin haben, dass sie Vergeltung mit Rache so gut wie gleichsetzen und als niedrigen Trieb betrachten, den es zu überwinden und nicht zu kultivieren gelte. Das ist nachvollziehbar, denn unsere kulturelle Prägung durch die christliche Religion zeichnet dieses Denken vor. Zwar enthält die Bibel im Alten Testament Vergeltungsregeln. Sie sind aber nicht frei von Widersprüchen.³³

³¹ Näher *Morselli*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 87 (2001), 221. (Der Autor bejaht diese Frage.) S. auch *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *Streng*, ZStW 92 (1980), 637.

³² S. BVerfGE 95, 96 (140); BGHSt 24, 132 (134), jeweils ständige Rechtsprechung.

³³ Vgl. *Schlee/Turner* (Fn. 10), S. 7 (S. 10 f.).

Und entscheidend ist, dass im Neuen Testament Vergebung, Barmherzigkeit sowie Nächsten- und sogar Feindesliebe gepredigt werden. Wohl hat *Thomas von Aquin* in seinem Kommentar des Matthäus-Evangeliums recht staatstragend festgestellt: „Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter des Chaos.“ Aber er sagt dort auch: „Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist grausam.“³⁴ Und das Extremideal der Feindesliebe ist die denkbar deutlichste Absage an den Wunsch nach Vergeltung. Auch in anderen Religionen begegnet dieses Ideal, am konsequentesten im Buddhismus.³⁵ Ferner gibt es Hinweise darauf, dass Vergeltung in der Psyche tatsächlich gar nicht die ausgleichend-beruhigende, positive Wirkung hat, die sich der Einzelne von ihr üblicherweise verspricht (oben 3. c). Das alles sind gute Gründe, den menschlichen Wunsch nach Vergeltung skeptisch zu betrachten und es zum Ziel innerer Entwicklung zu machen, ihn aufzulösen. Einzelnen mag das sogar gelingen. Die große Mehrheit aber ist sicher noch nicht so weit, und daher haben die Regeln, die für alle gelten, deren Vergeltungsbedürfnis bis auf weiteres in Rechnung zu stellen. Worüber sich vielleicht vorsichtig nachdenken ließe, ist eine Norm, die es individuellen Opfern einer Tat erlaubte, den Täter zu begnadigen. Doch zum einen gibt es bereits Vorschriften, die in diese Richtung gehen: Strafantragserfordernisse, Privatklagedelikte und der Täter-Opfer-Ausgleich. Zum anderen werfen solche Überlegungen Probleme auf, die hier nicht einmal im Ansatz gelöst werden könnten (Ausübung von Druck auf das Opfer und anderes).

6. *Schwächen und Lücken der empirischen Befunde*

Folgerungen aus den angeführten Studien setzen voraus, dass man deren Schwächen und Lücken berücksichtigt: Es ging jeweils nur um vorsätzliches Verhalten und überwiegend um eines, das man als „Intelligenzdelikt“ bezeichnet, weil die Täter mit Bedacht gehandelt hatten (überwiegend, aber nicht ausschließlich; etwa hatten die Probanden in der Untersuchung zum Strafzweck der negativen Generalprävention = „incapacitation“ auch über Körperverletzung, Totschlag und Mord zu befinden). Meist waren die Stichproben für die Gesamtbevölkerung nicht repräsentativ. Allerdings ergeben Studien von *Streng*, dass soziodemografische Variablen für fallbezogene Strafmaßwünsche von Laien keine Rolle spielen.³⁶ Zu bedenken ist jedenfalls, dass keine der Studien mit deutschen Probanden gearbeitet hat; denn Vorstellungen zu Schuld, Strafe und Strafzwecken dürften besonders von kulturellen, auch nationalkulturellen Prägungen abhängen.

³⁴ Vgl. dazu *Montenbruck*, Strafrechtsphilosophie (1995–2010), 2. Aufl. 2010, verlegt im Open Access der Freien Universität Berlin (http://edocs.fu-berlin.de/docs/receive/FU-DOCS_document_00000006529 [abgerufen am 14.7.2011]), Rn. 155 f.

³⁵ Vgl. *Ricard* (Fn. 28), S. 211 ff.

³⁶ *Streng*, MschrKrim 87 (2004), 127 (135). Solche Variablen sind Alter, Geschlecht und Bildung; für die Einschätzung der Tatschwere sind sie übrigens sehr wohl erheblich, s. *Streng*, a.a.O.!

Ein Anzeichen hierfür ist auch, dass *Streng* in seinen Studien zum Teil zu abweichenden Ergebnissen gelangt.³⁷ Die Abweichungen sind indes geringer, als man auf den ersten Blick meint. So ist zwar eines dieser Ergebnisse, dass sich Vorstellungen zum allgemeinen Strafzweck sehr wohl auf die fallbezogene Strafzumessung auswirken. Das gilt aber bei näherer Betrachtung hauptsächlich für den Strafzweck der Spezialprävention, für den auch *Carlsmith* derartige Auswirkungen in gewissem Umfang festgestellt hat. Und viel wichtiger ist noch, dass *Streng* methodisch anders angesetzt hat und sein Ergebnis daher auch anders zu lesen ist: Er hat den Probanden zwar unterschiedliche Fallbeschreibungen vorgelegt – zu einem Betrug, einer Körperverletzung und so fort –, aber keine strafzweckrelevanten Abwandlungen. So kann man zwar durchaus zu der Aussage gelangen, dass ein Freund der Vergeltungstheorie insgesamt höhere Strafen verhängt als jemand, der alternative Sanktionen befürwortet; Entsprechendes haben auch *Carlsmith* und seine Kollegen festgestellt. Doch es lässt sich nicht genau sagen, inwieweit der Betreffende auf Abwandlungen des Falles reagiert, die für ihn theoretisch von Interesse sein müssten.

Nur ein scheinbarer Widerspruch zur empirischen Forschung der amerikanischen Wissenschaftler ist auch das Ergebnis von *Streng*, dass die Einschätzung der Tatschwere auf die Strafzumessung nur geringen Einfluss hatte.³⁸ Denn die Untersuchung von *Streng* hat die Tatschwere offenbar – und *cum grano salis* – abstrakt erhoben, etwa bezogen auf „die Körperverletzung“ im Vergleich zu „dem Betrug“, während in den Erhebungen von *Carlsmith* und Kollegen die Tatschwere (der Unrechtsgehalt) stets konkret zu betrachten war, das heißt einschließlich aller mildernden und erschwerenden Umstände.

7. Zwischenergebnis: Vergeltung als Strafzweck – mit schlechtem Gewissen

Es gibt unter dieser Überschrift kaum mehr zu tun, als die Überschrift zu wiederholen. Die Befunde zum Vergeltungsbedürfnis des Menschen erzwingen meines Erachtens die Folgerung, dass eine Kriminalstrafe jedenfalls auch dazu dient, diesem Bedürfnis gerecht zu werden, damit die Gesellschaft ihren Rechtsfrieden wahrt. Inwieweit daneben andere Strafzwecke Bestand haben, ist im Anschluss zu erörtern (sogleich 8.). Jedoch ist der Wunsch nach strafender Vergeltung auch dann keine Zierde des Menschen, wenn man ihn für legitim hält – wie ich es tue. Vielmehr appellieren nicht wenige Weltanschauungen und Religionen, darunter das Christentum, an die Fähigkeit des Einzelnen, seinen Vergeltungsdurst zu überwinden. Gelingt ihm das, hat er selbst den größten Nutzen, denn der Wunsch nach Vergeltung und persönliches Glück sind inkompatibel, und auch die Vergeltung selbst kann nie den Seelenfrieden schaffen, den der Abschied vom Vergeltungsdenken ermöglicht. Das Vergeltungsbedürfnis gleicht einem Trieb, dessen Befriedigung nicht innere Erfüllung verheißt, sondern einen schalen Nachgeschmack. Da aber die wenigsten die Kraft haben, ihren Drang nach

Vergeltung aufzulösen (unterdrücken nützt nichts), hat die Gesellschaft ihn abzufangen und kontrolliert zu stillen. Wer als Jurist daran mitwirkt, erfüllt eine sinnvolle Aufgabe. Aber ihm mag besonders klar sein, was *Gustav Radbruch* mit dem Satz gemeint hat, dass ein guter Jurist nur sein könne, wer mit schlechtem Gewissen Jurist sei.³⁹ Es ist dies keine Aufforderung zum Selbsthass, sondern eine Erinnerung daran, dass es über dem Recht der Menschen höhere – und anspruchsvollere – Verhaltensregeln gibt.

8. Was bleibt von den relativen Straftheorien?

a) Spezialprävention

Die Theorie der Spezialprävention kann überhaupt nur in einem einzigen Fall eine Strafe im eigentlichen Sinne (oben 1.) begründen, und zwar wenn dem Bestraften ein Denkwort verpasst werden soll, der ihn von weiteren Taten abhält. § 47 Abs. 1 StGB nennt das etwas blass „zur Einwirkung auf den Täter“. Unstreitig muss eine Strafe im eigentlichen Sinne indes auch möglich sein, wenn dieses Ziel ausscheidet. Eindrückliches Beispiel ist der NS-Täter, der nach dem Krieg wieder ein zutiefst bürgerliches Leben führt und für den auszuschließen ist, dass er erneut Gräueltaten verübt. Man mag noch darüber streiten, was dann die Strafe legitimiere: gerechte Vergeltung, negative Generalprävention oder beides. Aber eine Spezialprävention kann dies keinesfalls.

Negative Generalprävention bleibt denkbar, auch wenn es in Deutschland keinen Nationalsozialismus mehr geben wird; denn eine vergleichbare Situation bleibt leider möglich – Gruppendruck, Weisungen, institutionalisiertes Unrecht –, zumal da auch Tatorte außerhalb Deutschlands in Frage kommen. Positive Generalprävention hingegen scheidet aus. Die Normen, die in den Konzentrationslagern missachtet wurden, bedürfen keiner Bestärkung. Zwar weist *Reemtsma* zutreffend darauf hin, dass zwischen 1933 und 1945 Tausende „ganz normaler Männer“ zu Schlächtern wurden.⁴⁰ Hätte man sie aber gefragt, ob auch in ihren Heimatstätten und allgemein im deutschen Recht das Tötungsverbot außer Kraft gesetzt sei, so hätten sie dies verneint. Ihr moralisches Verbrechen *ante delictum* lag darin, ihre Opfer aus der Rechtsgemeinschaft auszuschließen, also als rechtlos zu behandeln, und zu „Schädlingen“ zu stempeln, die es in einem Überlebenskampf wie tierische Schädlinge zu vernichten gelte. Stets ist den Massakern der Weltgeschichte eine solche Exklusion vorausgegangen. Das ist auch ein Grund dafür, warum es meines Erachtens gefährlich ist, den Terrorismus statusrechtlich zu bekämpfen (Freund/Feind, Bürger/Terrorist). Für eine Rechtsgemeinschaft gilt aber über Kultur- und Zeitgrenzen

³⁷ *Streng*, MschrKrim 87 (2004), 127 (142 ff.).

³⁸ *Streng*, MschrKrim 87 (2004), 127 (142 f.).

³⁹ *Radbruch*, in: Wolf/Schneider (Hrsg.), Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 34.

⁴⁰ *Reemtsma* (Fn. 27), S. 15 in Fn. 20. Die Wendung „Ganz normale Männer“ ist Teil eines Buchtitels: *Browning*, Ganz normale Männer – Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die „Endlösung“ in Polen, 1993.

hinweg, dass die Bestrafung eines Mörders nicht erforderlich ist, um das Tötungsverbot zu bekräftigen.⁴¹

Alles andere, was man aus dem Gedanken der Spezialprävention für das Sanktionenrecht abgeleitet hat, ist keine Strafe im eigentlichen Sinne, sondern deren Abwesenheit oder Milderung oder eine straffremde Maßnahme gelegentlich des Strafvollzuges oder aus Anlass des objektiv tatbestandsmäßigen Geschehens: das Verbot kurzer Freiheitsstrafen (§ 47 StGB), die Bewährung (§§ 56 ff. StGB), die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 ff. StGB), resozialisierende Maßnahmen im Vollzug, sichernde und bessernde Maßregeln. Für diese Regelungen wäre „Resozialisierungstheorie“ und „Präventionstheorie“ als Überschrift passender als „Straftheorie“. Und selbst in dem einzigen Fall, in dem die Spezialprävention als Straftheorie in Betracht kommt – der Denkzettel, s.o. –, selbst in diesem Fall ist sie als Straftheorie nicht erforderlich. Denn wo jemand nach Ansicht der Gesellschaft einen so starken Denkzettel braucht, hat sie auch das Vergeltungsbedürfnis, dessen Befriedigung als legitimierender Zweck der Strafe ausreicht.

b) Negative Generalprävention

Die negative Generalprävention, also Abschreckung, ist auf weiten Feldern der Kriminalität inexistent, weil die Täter keine Kosten-Nutzen-Rechnungen machen. Sie denken überhaupt nicht an das Danach – bei Gewaltdelikten die Regel – oder gehen davon aus, nicht erwischt zu werden. Generalpräventive Wirkungen einer Strafe sind nur denkbar für sogenannte Intelligenzdelikte, deren Täter mit Bedacht handeln. Voraussetzung ist, dass sie ein hohes Entdeckungsrisiko zu fürchten haben. Für solche Delikte ist es zunächst legitim und keineswegs widersinnig, eine Strafe *auch* zu generalpräventivem Zweck anzudrohen (und zu vollstrecken, damit die Drohung glaubhaft bleibt). Widersinnig ist das nicht, weil eine Handlung grundsätzlich mehr als einen Zweck haben kann; „zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen“ nennt das der Volksmund.

Jedoch darf das Strafmaß nie höher sein als das, was unrechts- und schuldangemessen ist. Abschreckungsstrafen, die darüber hinausgingen, gefährdeten den Rechtsfrieden genauso wie die Taten, denen sie gälten. Denn wenn derartige Strafen vollstreckt werden, empfinden die Rechtsgenossen dies ebenfalls als ungerecht. Dann gelangt man aber zu der Einsicht, dass man die negative Generalprävention als Strafzweck nicht braucht. Vielleicht scheint sie im ersten Moment bei Delikten als Strafgrund nötig zu sein, die keine individuellen Opfer haben, sogenannte opferlose Delikte wie die Steuerhinterziehung; denn vielleicht meint man, bei solchen Delikten gebe es niemanden, der ein Vergeltungsbedürfnis entwickle. Das stimmt aber nicht. Zwar sind jene Rachegefühle sehr unwahrscheinlich, wie sie die Opfer von Gewaltdelikten oft empfinden. Doch haben die anderen Glieder der Rechtsgemeinschaft, bei der Steuerhinterziehung die Steuerzahler, sehr wohl das Bedürfnis nach Vergeltung; entweder, weil sie das überindividuelle Rechtsgut gefühlsmäßig auch

⁴¹ Zutreffend *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 313.

als ihr eigenes Gut betrachten, oder weil das Grundbedürfnis wirksam wird, in einer fairen Gesellschaft zu leben:⁴² einer Gesellschaft, in der jeder bekommt, „was seine Taten wert sind“ (*Kant*). Auch die psychologischen Studien, von denen hier die Rede gewesen ist (oben 3.), waren weder Opferbefragungen noch auf Gewaltdelikte beschränkt. Ergebnis: Negative Generalprävention kann ein erfreulicher Nebeneffekt des Strafens sein. Als Strafzweck brauchen wir sie nicht.

c) Positive Generalprävention

Die Intelligenzdelikte, für die man eine negative Generalprävention in Betracht zieht, sind zugleich Delikte – wieder: auf den ersten Blick –, in denen die positive Generalprävention ein erreichbares Strafziel bleibt. Allerdings unterscheidet sie sich dann, recht besehen, nicht von der Abschreckung, die man negative Generalprävention nennt. Denn auch für sogenannte Intelligenzdelikte braucht der Bürger neben dem Wissen um das Verbot keine Bestätigung dessen, dass es tatsächlich gilt und dass es sich nicht um eine Scherzerklärung des Gesetzgebers handelt. Ein gewohnheitsrechtliches Außerkrafttreten durch Nichtanwendung (*Desuetudo*) nimmt ein Bürger allenfalls an, wenn der Staat lange Zeit untätig bleibt und dauerhaft Taten unverfolgt lässt, die er, und das ist wichtig, hätte verfolgen können, weil er von ihnen Kenntnis hatte (oder wenn er Mittel ungenutzt gelassen hat, um sich diese Kenntnis zu verschaffen). Eine solche Annahme ist nicht schon bei der ersten Tat zu besorgen, die unverfolgt bleibt – für die man aber ebenfalls zu begründen hat, warum eine Strafe sein muss. Die Vergeltungstheorie hat dieses Problem nicht. Zwar ist der Rechtsfrieden insgesamt erst gefährdet, wenn Unrecht massenhaft ungesühnt bleibt. Aber dass jedem das widerfahren möge, was sein Handeln wert ist, wünscht sich der Bürger bei jeder Tat. Gestört ist der Rechtsfrieden daher schon, wenn auch nur eine Tat folgenlos bleibt. Im Ergebnis dürfen wir daher auch die positive Generalprävention aus der Riege der Strafzwecke entlassen.

9. Gibt es Folgen für die Allgemeine Lehre vom Verbrechen?

Solche Folgen kommen in Betracht, weil eine starke Strömung im Schrifttum meint, die Verbrechenstheorie sei funktional zu gestalten, das heißt abhängig vom Strafzweck.⁴³ Für diese Auffassung ist es offenbar wichtig, worin der Strafzweck besteht. Erkennt man ihn darin, Vergeltung zu üben, lautet die Zielfrage für die Allgemeine Verbrechenstheorie genauso wie für den Rest des Strafrechts: Wann entsteht ein nennenswertes, will sagen erfüllenswertes Vergeltungsbedürfnis? Das ist nichts anderes als die Frage: Was finden die Bürger besonders schlimm? Wiederum anders: Welche Normen sind den Bürgern so wichtig, dass sie deren Verletzung

⁴² Vgl. *Carlsmith/Darley/Robinson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 83 (2002), 284 (285) m.w.N.

⁴³ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 17/18 f. (mit Fn. 45b); *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 26 ff. Weitere Nachweise in meiner Kommentierung in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 7 in Fn. 5.

als kriminell erachten? Das ist dann aber nur *die* allgemeine kriminalpolitische Frage: Wo sind die Fragmente des fragmentarischen Strafrechts zu verteilen? Vor ihr steht auch, wer sich (wie ich) keinen Erkenntnisgewinn davon verspricht, funktionale Anforderungen an die Verbrechenslehre zu stellen.

Eine Folge hat eine empirisch unterlegte Vergeltungstheorie aber sehr wohl für die Kriminalpolitik und mithin auch für den Teil von ihr, der die Allgemeine Verbrechenslehre betrifft: eben die Forderung nach Empirie. Wann immer sich der Gesetzgeber und, in der Verlängerung, der Rechtsanwender fragt, wo die Grenze des Strafbaren verlaufen solle, ist er gut beraten, die Antwort nicht nur im eigenen Gerechtigkeitsgefühl zu suchen, sondern in dem der Gemeinschaft, für die das Recht gelten soll. Wer die Strafrahmen im Besonderen Teil neu justieren will, sollte empirisch ermitteln, für wie schwer und gravierend die Bürger die einzelnen Delikte absolut und im Verhältnis zueinander halten. Vieles wird sich nicht klar und signifikant ermitteln lassen und der Gesetzgeber ist an die Ergebnisse solcher Erhebungen verfassungsrechtlich nicht gebunden. Doch es wäre kriminalpolitisch falsch, sich über eindeutige und nachhaltige Schwerevoten der Bürger hinwegzusetzen. Über kurz oder lang schlagen solche Voten – und ihre Evolution – ohnehin auf die Gesetze durch. Ein guter Gesetzgeber sorgt dafür, dass dies eher über kurz als über lang geschieht und empirisch abgesichert. Noch einmal: Das gilt für eindeutige und nachhaltige Einschätzungen, nicht für Stimmungen des Augenblicks.

III. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik

In der Einleitung war von der rhetorischen Gefahr die Rede, mit einem Plädoyer für die Vergeltungstheorie noch vor dem zweiten Wort als kriminalpolitisch unaufgeklärt, gestrig und wirklichkeitsfern zu erscheinen. Eigentlich müsste es umgekehrt sein: Wenn man in der Strafe nicht mehr erkennt als eine domestizierte Vergeltung, so erkennt man auch, dass sie gesellschaftlich zu nichts nütze ist – außer zu ebenjener Bedürfnisbefriedigung, die noch dazu der Lebensqualität des Menschen weniger zuträglich ist, als er meint. Da es aber unbestritten das Ziel sein muss, für Politiker wie für Juristen, die Kriminalität zu senken, ist dann der Weg frei – und man wird auf ihn gezwungen – zu einer rationalen, heißt humanen *und wirksamen* Kriminalpolitik im Sinne von „Kriminalitätssenkungspolitik“. Es ist an diesem Ort kurz und schlicht darauf zu verweisen, dass Strafe im Sinne der Straftheorie tatsächlich nur das Übel ist, das jemandem als solches zugefügt wird (oben II. 1.), und dass es unbenommen bleibt, von diesem Übel abgesehen und zusätzlich ganz andere Wege zu beschreiten, um Menschen von kriminellen Handlungen abzuhalten und ihnen nach solchen Handlungen wieder in ein straffreies Leben zu helfen. Es gibt Konstellationen, in denen eine Strafe, namentlich Freiheitsstrafe, die Resozialisierung erschwerte. Dann muss man abwägen, was wichtiger ist: die leichtere Resozialisierung oder dass man ein Vergeltungsbedürfnis befriedigt. Bewusst sein sollte man sich aber, dass es tatsächlich der Abwägung bedarf; dass also auch auf der anderen Seite ein Gut in der Waagschale liegt.

Konkretere kriminalpolitische Aussagen sind wünschenswert, haben aber in diesem Beitrag erneut keinen Platz mehr. Immerhin darf ich mich der Grundaussage anschließen, dass beim Strafen Zurückhaltung verfassungsrechtlich geboten ist aufgrund der Resozialisierungspflicht der strafenden Gemeinschaft.⁴⁴ Und ich möchte dem Missverständnis vorbeugen, dass eine Rehabilitation der Vergeltungstheorie auf das hinauslaufen muss, was man Punitivität nennt und vereinfacht gesagt in einem generellen Streben nach härteren Strafen besteht.⁴⁵

IV. Schluss

Zusammenfassend ist zu sagen, dass gerechte Vergeltung ein legitimer Strafzweck ist. Das gilt bis auf weiteres, und zwar solange die Menschen ganz mehrheitlich ein Bedürfnis nach Vergeltung haben, wenn Unrecht geschieht. Dass sie dieses Bedürfnis von Natur aus haben, zeigt nicht nur der Blick in das eigene Innere, sondern ist empirisch belegbar. Hat aber der Einzelne dieses Bedürfnis, so hat es auch die Gesellschaft – und muss es befriedigen, wenn sie Bestand haben will: geordnete staatliche Vergeltung statt unkontrollierter Selbstjustiz. Die Art des Delikts spielt dafür keine Rolle, wenn nur der Normbruch schwer genug wiegt; und das muss er nach allen Ansichten, wenn eine Kriminalstrafe die Folge ist.

Jedoch muss einer Gesellschaft deutlich mehr als Strafe einfallen, wenn sie die Kriminalität senken will. Auch den Tätern gegenüber hat sie neben dem Recht zu strafen die Pflicht zu resozialisieren – und schon bevor Taten begangen werden die Pflicht, Lebensbedingungen zu schaffen, die solchen Taten vorbeugen. Der Mensch hat zwar einen freien Willen, eine Straftat zu begehen oder sie zu unterlassen. Aber so, wie es für die Fortbewegungsfreiheit ein Unterschied ist, ob man auf freier Fläche läuft oder in einem Sumpf steckt, so ist es auch für die Willensfreiheit ein Unterschied, ob jemand – zum Beispiel – eine unbeschwerte Kindheit hatte oder eine verwahrloste und ob er seinen Lebensunterhalt selbst verdienen kann oder arbeitslos ist.

Am Schluss soll dieser Beitrag noch einen Ausblick erlauben auf etwas, das ich *empirische Kriminalpolitik* nennen möchte und *empirische Dogmatik*. Zumal in einer demokratisch verfassten Gemeinschaft steht es denen, die Strafgesetze machen, und denen, die sie anwenden, gut an zu berücksichtigen, für wen diese Gesetze gelten sollen: für Menschen; die Menschen, aus denen eine Rechtsgemeinschaft besteht. Sie sind keine normativen Kunstwesen, sondern auch einer faktischen Betrachtung zugänglich. Wie schon eingangs betont, muss sie nicht zu naturalistischen Fehlschlüssen führen. Und ist es nicht beispielsweise naheliegend, den Kreis besonders verwerflichen und daher strafbaren Verhaltens mit Rücksicht darauf zu ziehen, was die Normadressaten tatsächlich als besonders verwerflich betrachten? Oder das in Notwehr Er-

⁴⁴ *Streng*, MschrKrim 87 (2004), 127 (144) mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

⁴⁵ Vgl. die Beiträge in: *Kriminologisches Journal Beiheft 8* (2004). S. ferner *Reuband*, *Neue Kriminalpolitik* 2010, 143; *Simonson*, *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2009, 30.

laube mit Rücksicht darauf zu bestimmen, welche milderen Mittel einem Angegriffenen realistisch betrachtet – heißt empirisch betrachtet – zu Gebote stehen?⁴⁶ Es gibt etliche Fragen, für deren Erörterung ein forschender Blick in die Lebenswirklichkeit hilfreich wäre. Er setzt voraus, dass Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik mit Kriminologen und Soziologen zusammenarbeiten und deren Erkenntnisse zumindest in Betracht ziehen. Das ist keine neue Einsicht, und das Beiwort „interdisziplinär“ hat man auch schon mehr als einmal gehört. Umso dringender wird es, der Einsicht Taten folgen zu lassen.

⁴⁶ Vgl. *Erb*, NStZ 2011, 186.

Defizite und Neuerungen im Bilanzstrafrecht des HGB

Von Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln

I. Einleitung

Nach dem Platzen der „Dotcom-Blase“ im März 2000 kamen zahlreiche massive Bilanzfälschungen¹ zu Tage. Erinnert sei mit Blick auf die USA nur an die Großkonzerne Enron Corp. und WorldCom Corp., die beide in die Insolvenz gingen. Aber auch in Deutschland gab es spektakuläre Fälle, wie die Fälschungen bei der ComROAD AG und der FlowTex Technologie GmbH & Co. KG zeigen, deren Umsätze größtenteils erfunden waren. Im „10-Punkte-Programm zur Verbesserung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes“ v. 25.2.2003² kündigte die damalige rot-grüne Bundesregierung zahlreiche Maßnahmen an. Gemäß Punkt 10 („Verschärfung der Strafvorschriften für Delikte im Kapitalmarktbereich“) sollten u.a. die Straftatbestände der §§ 331, 332 HGB überprüft werden. Vorgesehen waren: Überprüfung der Fassung der Tatbestandsmerkmale auf Lücken oder Unschärfen; Überprüfung der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschriften zueinander und etwaiger Überschneidungen; Anhebung des Strafrahmens für den Grundtatbestand, für den Fall der Gewinnerzielungsabsicht; Absenkung des Verschuldensmaßstabs in bestimmten gravierenden Fällen auf Leichtfertigkeit, auch wegen der praktischen Schwierigkeit, Vorsatz nachzuweisen. Die Überprüfung hatte allerdings keine unmittelbaren Folgen. Nur beim Bußgeldtatbestand des § 334 HGB wurde später unter Hinweis auf das „10-Punkte-Programm“ der Bußgeldrahmen durch das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz (VorstOG) v. 3.8.2005 (BGBl. I 2005, S. 2267) „zur Anpassung an allgemeine Entwicklungen“ verdoppelt.³

Die Annahme, der Gesetzgeber sei untätig geblieben, griffe jedoch zu kurz. Vielmehr wurde in anderen Zusammenhängen eine hohe gesetzgeberische Aktivität entfaltet. Dies dokumentieren zahlreiche Gesetze, die z.T. mittelbar durch Erhöhung der Anforderungen an die Vorschriften zur Rechnungslegung, an welche die §§ 331 ff. HGB anknüpfen, z.T. unmittelbar durch Modifikation bestehender und Einführung neuer Straftatbestände für Verschärfungen sorgten: Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) v. 19.7.2002 (BGBl. I 2002, S. 2681); Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) v. 4.12.2004 (BGBl. I 2004, S. 3166); Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) v. 15.12.2004 (BGBl. I 2004, S. 3408); Übernahmerrichtlinie-Umsetzungsgesetz (ÜRUG) v. 8.7.2006 (BGBl. I 2006, S. 1426); Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) v. 10.11.2006 (BGBl. I 2006, S. 2553); Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG) v. 5.1.2007 (BGBl. I 2007, S. 10); Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) v. 25.5.2009 (BGBl. I 2009, S. 1102).

Nachfolgend sollen Defizite und Neuerungen betrachtet sowie Reformvorschläge unterbreitet werden. Hierbei geht es darum, für mehr Konsistenz zu sorgen. Dass die Bekämpfung

der Bilanzkriminalität im Übrigen vor allem durch die Früherkennung,⁴ den Ausbau externer Kontrollmechanismen (Abschlussprüfungen; Enforcement)⁵ sowie die Stärkung von Unternehmensorganisation und Unternehmensethik⁶ zu erfolgen hat, entspricht auch der Meinung des Verf.

II. § 331 HGB (unrichtige Darstellung) als Aufgreif- und Auffangtatbestand

1. Gerichtspraktische Bedeutung

Betrachtet man die Strafverfolgungsstatistik, so scheint § 331 HGB, die zentrale Vorschrift des Bilanzstrafrechts, kaum Bedeutung zu haben. So wurden im Jahr 2009⁷ 20 Personen abgeurteilt, davon nur 14 Personen verurteilt; 13 Personen erhielten Geldstrafen, eine einzige Person eine Freiheitsstrafe (mit Bewährung). Der Schluss, dass es sich um „symbolisches Strafrecht“ handelt, wäre aber dennoch falsch, da in der Praxis bei Bilanzfälschungen regelmäßig andere Straftatbestände im Vordergrund stehen, vor allem die Betrugs- und die Insolvenzstraftaten (§§ 263 ff., 283 ff. StGB). Zwar nutzen die Strafverfolgungsbehörden § 331 HGB als Aufgreiftatbestand, stellen dann aber später wegen Nachweisschwierigkeiten die Verfahren ein, sehen von der Verfolgung ab oder beschränken diese.⁸ Denn andere Tatbestände sind nicht nur leichter nachzuweisen, zumal sie häufig auch fahrlässiges Verhalten erfassen, sondern oft auch mit höherer Strafe bedroht. Vor allem im Insolvenzfall haben die Buchführungs- und Bilanzdelikte des Insolvenzstrafrechts (§§ 283 Abs. 1 Nrn. 5-7, 283b Abs. 1 Nrn. 1-3 StGB) außerordentliche Bedeutung.⁹ § 331 HGB gelangt daher meist nur dann zur Anwendung, wenn kein schwereres Delikt vorliegt, so dass die Vorschrift faktisch als Auffangtatbestand fungiert. Die Praxis zeigt also, wo die Defizite liegen: Beim Nachweis und der Strafandrohung. Diese Aspekte nannte auch das „10-Punkte-Programm“.

2. Nachweisschwierigkeiten

Im Hinblick auf den Nachweis der objektiven Unrichtigkeit oder Verschleierung der Darstellung besteht jedoch – jedenfalls für das Bilanzstrafrecht – keine Möglichkeit, für Abhilfe zu sorgen. Im Hinblick auf den Bußgeldtatbestand des § 334 HGB, der weniger gravierende Verstöße erfasst, sowie mit Blick auf bilanzielle Spielräume sind nur erhebliche und eindeutige Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften

⁴ Zu Maßnahmen und Instrumenten *Hofmann*, Handbuch Anti-Fraud-Management, 2008, S. 371 ff.

⁵ *Henzler*, Bilanzmanipulation, 2006, S. 59 ff., 83 ff., 128 ff.

⁶ *Hefendehl*, JZ 2004, 18 (23).

⁷ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafverfolgung 2009, S. 52 f., 84 f., 116 f.

⁸ *Sorgenfrei*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/1, 2010, Vor §§ 331 ff. HGB Rn. 26 m.w.N.

⁹ *Bieneck*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2010, § 82 Rn. 1.

¹ Falldarstellungen bei *Peemöller/Hofmann*, Bilanzskandale, Delikte und Gegenmaßnahmen, 2005, S. 29 ff., 60 ff.

² Abgedruckt bei *Seibert*, BB 2003, 693.

³ BT-Drs. 15/5577 S. 9.

tatbestandsmäßig.¹⁰ Eine Darstellung ist nur dann unrichtig oder verschleiern, wenn sie nach dem Konsens der Fachleute „schlechthin unvertretbar“¹¹ ist. Wenn sich aus den maßgebenden Rechnungslegungsvorschriften nicht eindeutig ergibt, dass die Bilanzierung unvertretbar ist, hat das akzessorische Bilanzstrafrecht dies zu akzeptieren. Es ist die Aufgabe des Bilanzrechts, für klare Vorgaben zu sorgen. Als prominentes Beispiel lassen sich die Zweckgesellschaften (Conduits) nennen, in die vor der Finanzkrise zahlreiche Kreditinstitute Haftungsrisiken ausgelagert hatten, die sich später als existenzbedrohend herausstellten. Bei entsprechender Gestaltung waren diese Conduits nicht zu konsolidieren, so dass ihre Nichteinbeziehung die Darstellung nicht unrichtig machte oder verschleierte.¹² Erst das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) v. 25.5.2009 (BGBl. I 2009, S. 1102) schob dieser Praxis mit der ausdrücklichen Pflicht zur Einbeziehung der Zweckgesellschaften (vgl. § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB) einen festen Riegel vor.

Denkbar wäre es jedoch, durch die Extension der Strafbarkeit auf leichtfertiges Verhalten, die Beweisschwierigkeiten auf der inneren Tatseite begrenzt entgegenwirkt,¹³ entgegenzusteuern. Hierdurch würden vor allem die Fälle einbezogen, in denen sich die Unrichtigkeit der Darstellung „aufdrängen“ musste. Bislang ist nur die leichtfertige Offenlegung von unrichtigen oder verschleiern, nach internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRSs) aufgestellten Einzelabschlüssen (§ 331 Nr. 1a HGB) sowie von ausländischen Konzernabschlüssen (§ 331 Nr. 3 HGB) unter Strafe gestellt. Dagegen wird für die unrichtige Wiedergabe oder Verschleierung in (Konzern-)Jahresabschlüssen und (Konzern-)Lageberichten (§ 331 Nrn. 1, 2 HGB) sowie in Aufklärungen und Nachweisen, die einem Abschlussprüfer zu geben sind (§ 331 Nr. 4 HGB), vorsätzliches Handeln gefordert. Eine derartige Differenzierung zwischen den Tathandlungen macht jedoch im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Darstellungen keinen Sinn, vielmehr sollten in allen Fällen der unrichtigen oder verschleiern Darstellung die Anforderungen an die innere Tatseite gleich sein. Die Extension des gesamten § 331 HGB auf leichtfertiges Verhalten wäre ein klares Signal an die Unternehmensverantwortlichen und die Öffentlichkeit, dass alle Darstellungen einen einheitlich hohen Schutz genießen. Zu einer „Flut“ von Verfahren sollte dies nicht führen: Für § 331 Nrn. 1, 3a HGB ist nicht bekannt, dass die Einbeziehung der Leichtfertigkeit diesen Effekt hat.

3. Strafandrohung

Die geringe Strafandrohung des § 331 HGB, der lediglich Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe androht, führt in der Praxis dazu, dass das Delikt kaum ins Gewicht fällt und sich die Strafverfolgung nicht „lohnt“. Warum aber die Strafandrohung des § 331 HGB erheblich niedriger ist als die des Betrugs (§ 263 StGB), des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB), des Bankrotts (§ 283 StGB) und der Steuerhinterziehung (§ 370 AO), die alle Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsehen, ist schwer nachvollziehbar. Zwar ist § 331 HGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt,¹⁴ das regelmäßig im Vorfeld von Betrugs- und Insolvenzstraftaten begangen wird, aber ein abstraktes Gefährdungsdelikt stellt nach h.M.¹⁵ auch § 264 StGB dar. Gerade das empfindliche Schutzgut des § 331 HGB, der nach h.M.¹⁶ das Vertrauen der Allgemeinheit in die Richtigkeit, Vollständigkeit, Klarheit und Übersichtlichkeit der gegebenen Informationen, d.h. ein Allgemeinrechtsgut schützt, spricht für eine starke Bewehrung. Der Bedeutung der Rechnungslegung und den Gefahren, die von einer unrichtigen Darstellung ausgehen, wird die bisherige Strafandrohung kaum gerecht. Konsequenter wäre es, auch hier Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorzusehen. Umgekehrt überrascht es aber, dass gegenwärtig § 331 Nrn. 1a, 3 HGB auch für die Fälle der leichtfertigen Begehung dieselbe Strafe androht. Mit Blick auf den generell geringeren Unrechts- und Schuldgehalt eines leichtfertigen Verhaltens wäre es angezeigt, für diese Fälle – wie auch bei anderen Strafvorschriften – eine niedrigere Strafandrohung vorzusehen.

Im Übrigen fehlen bislang Regelungen, die wie bei anderen Delikten (z.B. §§ 263 Abs. 3, 264 Abs. 2, 283a StGB; § 370 Abs. 3 AO) Strafschärfungen gestatten. Das „10-Punkte-Programm“ dachte diesbezüglich an eine Anhebung des Strafrahmens für den Fall der Gewinnerzielungsabsicht. Dies ginge jedoch zu weit, da die Absicht, Gewinne zu erzielen, der wirtschaftlichen Betätigung immanent ist. Betrachtet man andere Delikte, liegt es nahe, besonders schwere Fälle einzuführen und Regelbeispiele vorzusehen, die an eine besonders verwerfliche Motivation, die Gefährdung erheblicher Vermögenswerte und die besonders gefährliche Art der Begehung anknüpfen:

- Handeln aus Gewinnsucht (§ 283a S. 2 Nr. 1 StGB), bei der das Erwerbsstreben ein sittlich anstößiges Maß erreicht;¹⁷
- wissentliches Bringen vieler Personen in die Gefahr, dem Täter anvertraute Vermögenswerte zu verlieren (§ 283a S. 2 Nr. 2 StGB); dies betreffe Unternehmen, die in gro-

¹⁰ Vgl. nur *Sorgenfrei* (Fn. 8), Vor §§ 331 ff. HGB Rn. 32, 33 m.w.N.

¹¹ KG wistra 2010, 235 (236).

¹² OLG Düsseldorf AG 2011, 31; *Ransiek*, WM 2010, 869 (870, 872); a.A. *Gallandi*, wistra 2009, 41 (45); *Wagenpfeil*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2010, § 40 Rn. 55.

¹³ Vgl. *Dannecker*, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Bd. 3/2, 4. Aufl. 2002, § 331 Rn. 101.

¹⁴ Vgl. nur *Sorgenfrei* (Fn. 8), § 331 HGB Rn. 6 m.w.N.

¹⁵ OLG München NStZ 2006, 630; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 264 Rn. 5 m.w.N.

¹⁶ Vgl. nur *Dannecker* (Fn. 13), § 331 Rn. 3 m.w.N.; a.A. (Schutz des Vermögens) *Altenhain*, in: Claussen/Scherrer (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, 2011, § 331 Rn. 13; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 384.

¹⁷ BGHSt 1, 388 (389); 3, 30 (32); 17, 35 (37).

ßem Umfang fremde Gelder verwalten¹⁸ (z.B. Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute; Versicherungen und Pensionsfonds);

- großes Ausmaß der unrichtigen Darstellung (vgl. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB, § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO);
- Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege (vgl. § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB), da hierdurch die Aufdeckung der Tat erheblich erschwert wird;
- Ausnutzen der Mithilfe eines Abschlussprüfers (vgl. zur Mithilfe des Amtsträgers § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB, § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO), um die besonders gefährlichen Fälle des kollusiven Zusammenwirkens zu erfassen.

III. Neuregelung der Inhabilität (§ 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 AktG)

Für eine erhebliche Verschärfung sorgte das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026), indem es den Kreis der Straftaten, bei denen ein Verurteilter nicht mehr GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstand sein kann, drastisch ausweitete. Zuvor setzte die sog. Inhabilität die Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat (§§ 283-283d StGB) voraus. Nunmehr führt u.a. jede Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Straftat nach § 331 HGB dazu, dass der Verurteilte automatisch für die Dauer von fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils vom Amt eines Geschäftsführers und Vorstands ausgeschlossen ist (§ 6 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. d GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. d AktG). Dies gilt sogar bei der Verurteilung im Ausland wegen einer mit § 331 HGB vergleichbaren Tat (§ 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 3 AktG). Dem Verurteilten nutzt es hierbei nichts, dass er seine Strafe „absitzt“, da diese Zeit nicht eingerechnet wird (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 AktG). Zudem ist über § 13e Abs. 3 S. 2 HGB auch die Eintragung als gesetzlicher Vertreter der deutschen Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH oder AG ausgeschlossen, um es insbesondere zu erschweren, dass der Verurteilte als Director einer Limited tätig wird.¹⁹

Mit dieser Neuregelung ist der Gesetzgeber über das Ziel, Personen die zur Ausübung von Leitungspositionen ungeeignet sind, zeitweise auszuschließen, hinausgeschossen. Zwar können nunmehr Verurteilungen wegen fahrlässig begangener Straftaten die Inhabilität nicht mehr begründen; hiermit sollte Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der bisherigen Regelung begegnet werden.²⁰ Starke Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der neuen Regelung erweckt jedoch die Tatsache, dass jetzt ausnahmslos jede Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat nach § 331 HGB die Inhabilität begründen soll. Anders als für Straftaten nach §§ 263-264a, 265b-266a StGB wird die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Hs 1 Nr. 3 lit. d

GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. d AktG) nicht vorausgesetzt. Der Gesetzentwurf sah das Erfordernis einer Mindeststrafe ursprünglich sogar nur für §§ 265b, 266, 266a StGB vor²¹ und wollte den Grundtatbestand und die übrigen Sondertatbestände des Betrugs überhaupt nicht einbeziehen. Dies wurde – sehr angreifbar – damit begründet, dass diese Taten „nicht regelmäßig im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Geschäftsführers oder einer sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit“ stünden, so dass hieraus „nicht zwingend“ auf eine fehlende Eignung geschlossen werden könne.²² Der Rechtsausschuss²³ folgte dann der Stellungnahme des Bundesrats²⁴, der davon ausging, dass Personen, die wegen Vermögensdelikten zu hohen Strafen verurteilt sind, „per se“ ungeeignet seien, da „keine Vertrauensbasis“ für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung bestehe, und der insoweit zustimmenden Gegenäußerung der Bundesregierung²⁵. Wenn man aber bei diesen Delikten, die regelmäßig im Rahmen der Geschäftsführung begangen werden, eine hohe Mindeststrafe voraussetzt, dann überzeugt es nicht, bei ausnahmslos jeder Verurteilung nach § 331 HGB zwingend von der fehlenden persönlichen Eignung auszugehen. Die Einbeziehung jeder Verurteilung ist als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG zu bewerten. In einer die Verfassungskonformität wahren restriktiven Auslegung ist auch für § 331 HGB die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorzusetzen.

Im Übrigen überzeugt es gleichfalls nicht, dass jetzt alle Verurteilungen wegen Fahrlässigkeit ausgenommen sind. Warum z.B. die Verurteilung wegen eines vorsätzlich begangenen Bilanzdelikts zu einer geringen Geldstrafe die persönliche Ungeeignetheit begründet, nicht aber die Verurteilung wegen eines leichtfertig begangenen Bilanzdelikts zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr, entzieht sich der Logik. Die persönliche Ungeeignetheit muss sich an dem Bereich, in dem die Tat begangen wurde, sowie der Höhe der Strafe und damit der Schuld (vgl. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB) orientieren, nicht aber daran, ob Vorsatz oder „nur“ Fahrlässigkeit vorliegt. Möchte man den Verurteilten präventiv vom Amt eines Geschäftsführers und Vorstands fern halten, liegt die Anknüpfung an die Begehungsform neben der Sache, da zahllose Wirtschaftsstraftaten auch fahrlässig begangen werden können.

IV. Bestrafung des unrichtigen Bilanzzeichens (§ 331 Nr. 3a HGB)

1. Allgemeines

Eine weitere, sehr umstrittene Innovation stellt die Einfügung der Strafvorschrift des § 331 Nr. 3a HGB durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG) v. 5.1.2007 (BGBl. I 2007, S. 10) dar, womit die ebenfalls neu geschaffenen Vorschriften zum sog. „Bilanzzeich“ strafrechtlich abgesichert

¹⁸ Vgl. zu § 283a StGB *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 283a Rn. 5.

¹⁹ *Weiß*, *wistra* 2009, 209 (214).

²⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 33.

²¹ BT-Drs. 16/6140, S. 6.

²² BT-Drs. 16/6140, S. 33.

²³ BT-Drs. 16/9737, S. 55.

²⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 64.

²⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 75.

wurden. Bereits die Bezeichnung Bilanzzeit, die sich auch im Gesetzgebungsverfahren findet,²⁶ ist irreführend, da es sich weder technisch um einen „Eid“ handelt noch allein die „Bilanz“ betroffen ist.²⁷ Vielmehr geht es um die schriftlichen Versicherungen der Richtigkeit der Darstellung, die gemäß §§ 264 Abs. 2 S. 3, 289 Abs. 1 S. 5 HGB bzw. §§ 297 Abs. 2 S. 4, 315 Abs. 1 S. 6 HGB die gesetzlichen Vertreter von kapitalmarktorientierten Gesellschaften zum (Konzern-)Jahresabschluss und (Konzern-)Lagebericht abgeben müssen. Den „Bilanzzeit“ leisten in der Praxis vor allem die Vorstandsmitglieder von börsennotierten Aktiengesellschaften, wobei jedes Mitglied höchstpersönlich eine eigene Versicherung abzugeben hat.²⁸ Jahresabschluss und Lagebericht, jeweils einschließlich „Bilanzzeit“, bilden den sog. Jahresfinanzbericht, der nach dem WpHG zu erstellen und zu veröffentlichen ist (§ 37v Abs. 2 Nrn. 1-3, § 37y Nr. 1 WpHG).

Die Neuregelung geht auf den US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOA) zurück, obwohl dieses Bundesgesetz, das als Reaktion auf zahlreiche Bilanzskandale verabschiedet wurde, bereits in den USA heftig kritisiert worden war.²⁹ Dennoch griff die Transparenzrichtlinie 2004/109/EG v. 15.12.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 390/38) den Grundgedanken auf, dass Unternehmensverantwortliche die Richtigkeit von Finanzberichten besonders versichern müssen. Sie verpflichtete die Mitgliedstaaten dazu, für Jahres- und Halbjahresfinanzberichte Erklärungen der verantwortlichen Personen zu verlangen (Art. 4 Abs. 2 lit. c, Art. 5 Abs. 2 lit. c) und Verstöße mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen zu belegen (Art. 28 Abs. 1 S. 2). Der deutsche Gesetzgeber setzte diese Vorgaben später mit dem TUG um, auch um der Forderung nach einer Verschärfung der Strafvorschriften im Kapitalmarktbereich nachzukommen.³⁰

Abgesehen davon, dass die Transparenzrichtlinie die Sanktionierung einer unrichtigen Versicherung einfordert, stellt sich die Frage, ob die Einführung des § 331 Nr. 3a HGB kriminalpolitisch notwendig war, da bereits die bestehenden Tatbestände es gestatten, eine unrichtige Darstellung zu bestrafen. Teilweise wird deshalb angeführt, § 331 Nr. 3a HGB schütze nicht – wie die übrigen Tatbestände des § 331 HGB – das Vertrauen in die objektive Richtigkeit der Darstellung, sondern – wie § 332 HGB – das Vertrauen in die subjektive Richtigkeit und erfasse die „Unredlichkeit“.³¹ Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass zwar Abschlussprüfer einer besonderen Redlichkeitsverpflichtung unterliegen, nicht aber Un-

ternehmensverantwortliche.³² Die kriminalpolitische Bedeutung des § 331 Nr. 3a HGB dürfte letztlich darin bestehen, dass er für den potentiellen Täterkreis eine Appell-, Warn- und Abschreckungsfunktion entfaltet und für die Öffentlichkeit eine Vertrauensbildungs- und Signalfunktion hat.³³

§ 331 Nr. 3a HGB stellt allerdings allein die „nicht richtige“ Abgabe des Bilanzzeids unter Strafe. Von der ursprünglich vorgesehenen Strafbewehrung der Nichtabgabe³⁴ wurde mit Blick auf die Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB) abgesehen, da sie die Verweigerung einer Aussage nicht bestrafen.³⁵ Infolgedessen kann die Nichtabgabe – zumindest im Publizitätsregime des HGB – weder bestraft noch geahndet werden. Auch mit dem Ordnungsgeldverfahren kann die Abgabe nicht erzwungen werden.³⁶ Zwar erfasst § 335 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB die nach § 325 HGB offen zu legenden „anderen Unterlagen der Rechnungslegung“, § 325 HGB bezieht aber die schriftlichen Versicherungen der gesetzlichen Vertreter nicht ein. Im Publizitätsregime des WpHG ist dagegen die nicht rechtzeitige Abgabe des Bilanzzeids, der ein Bestandteil des Jahresfinanzberichts ist, eine Ordnungswidrigkeit,³⁷ die nicht nur im Falle eines vorsätzlichen, sondern seit dem Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz v. 5.4.2011 (BGBl. I 2011, S. 538) auch im Falle eines fahrlässigen Verstoßes geahndet werden kann (vgl. § 39 Abs. 3 Nr. 12 WpHG).

2. Defizite

Die Sanktionierung des unrichtigen „Bilanzzeids“ muss aus mehreren Gründen als unzureichend bezeichnet werden:

a) Beschränkung auf das Publizitätsregime des HGB

§ 331 Nr. 3a HGB erstreckt sich auf die schriftlichen Versicherungen zu Darstellungen, die nach dem Publizitätsregime des HGB aufzustellen und zu veröffentlichen sind. Einbezogen sind damit nicht nur die in den Gesetzesmaterialien genannten (Konzern-)Jahresabschlüsse und (Konzern-)Lageberichte, sondern auch die nach internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRSs) aufgestellten Einzelabschlüsse und Konzernabschlüsse,³⁸ für die nach § 325 Abs. 2a S. 3 i.V.m. § 264 Abs. 2 S. 3 HGB bzw. § 315a Abs. 1 i.V.m. § 297 Abs. 2 S. 4 HGB gleichfalls schriftliche Versicherungen abzugeben sind. Nicht erfasst sind dagegen schriftliche Versicherungen, die zu Finanzberichten abzugeben sind, die ausschließlich gemäß dem Publizitätsregime des WpHG zu

²⁶ BT-Drs. 16/2498, S. 55, 56.

²⁷ Altenhain (Fn. 16), § 331 Rn. 116.

²⁸ Vgl. nur Fleischer, ZIP 2007, 97 (102).

²⁹ Hierzu Kreklau, Das US-amerikanische Bilanzstrafrecht, 2008, S. 163 ff.

³⁰ BT-Drs. 16/2498, S. 55.

³¹ Hamann, Der Konzern 2008, 145 (146); Ransiek, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Kap. VIII 1 Rn. 60b; Sorgenfrei, wistra 2009, 329 (331).

³² Vgl. Abendroth, WM 2008, 1147 (1149); Heldt/Ziemann, NZG 2006, 652 (654); Weber, NJW 2006, 3685 (3687); Ziemann, wistra 2007, 292 (293).

³³ Fleischer, ZIP 2007, 97 (103 f., 105).

³⁴ BT-Drs. 16/2498, S. 23, 55.

³⁵ BT-Drs. 16/3644, S. 59.

³⁶ Altenhain (Fn. 16), § 335 Rn. 28.

³⁷ Kritisch zu dieser „Zweispurigkeit“ der Publizität nach HGB und WpHG Mülbart/Steup, NZG 2007, 761 (763 ff.).

³⁸ Sorgenfrei (Fn. 8), § 331 Rn. 118, 120; a.A. Altenhain (Fn. 16), § 331 Rn. 121.

erstellen und zu veröffentlichen sind.³⁹ Den Jahresfinanzbericht (§ 37v WpHG) haben nämlich alle Inlandsemittenten i.S.d. § 2 Abs. 7 WpHG, d.h. weitere, auch ausländische Unternehmen zu erstellen. Auf die schriftlichen Versicherungen, die in diesem Rahmen abzugeben sind, erstreckt sich § 331 Nr. 3a HGB jedoch nicht, selbst wenn nach § 37v Abs. 2 Nr. 3 WpHG eine den Vorgaben des §§ 264 Abs. 2 S. 3, 289 Abs. 1 S. 5 HGB entsprechende Erklärung abzugeben ist. Zum einen betrifft § 331 Nr. 3a HGB nur die handelsrechtliche Rechnungslegung und ist rechtsformspezifisch (vgl. die Überschrift des 2. Abschnitts des 3. Buchs: „Ergänzende Vorschriften für Kapitalgesellschaften [Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung] sowie bestimmte Personenhandelsgesellschaften“). Zum anderen findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf, dass die nach dem WpHG zu erstellenden Finanzberichte einbezogen sein sollen. Daher erstreckt sich § 331 Nr. 3a HGB gleichfalls nicht auf den Halbjahresfinanzbericht (§ 37w WpHG), bei dem ebenfalls den Vorgaben der §§ 264 Abs. 2 S. 3, 289 Abs. 1 S. 5 HGB entsprechende Erklärungen abzugeben sind. Und schließlich gilt § 331 Nr. 3a HGB nicht für Erklärungen, die – soweit nicht nach den handelsrechtlichen Vorschriften eine Verpflichtung zur Aufstellung und Veröffentlichung besteht – für die Konzernfinanzberichte (§ 37y WpHG) abzugeben sind. Im Publizitätsregime des WpHG bestehen daher gravierende Strafbarkeitslücken, die mit Blick auf die Vorgaben der Transparenzrichtlinie gemeinschaftswidrig sind.⁴⁰

b) Nichterfassung des „Bilanzeides“ durch § 334 HGB

Eine weitere Unzulänglichkeit besteht darin, dass zwar § 331 Nr. 3a HGB den Fall erfasst, dass der Bilanzzeit „nicht richtig“ abgegeben wird, d.h. eine inhaltlich unrichtige oder verschleiernde Darstellung bekräftigt wird,⁴¹ nicht aber § 334 HGB. Zwar beziehen die Ordnungswidrigkeiten des § 334 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b, Nr. 3, 4 HGB formal die Vorschriften ein, welche die schriftlichen Versicherungen der gesetzlichen Vertreter betreffen, knüpfen aber ausschließlich an die „Aufstellung“ der (Konzern-)Jahresabschlüsse bzw. (Konzern-)Lageberichte an. Die schriftlichen Versicherungen sind aber keine Bestandteile dieser Abschlüsse und Berichte, sondern erst nach deren Aufstellung abzugeben. Da § 331 Nr. 3a HGB – wie die übrigen Tatbestände des § 331 HGB – nur erhebliche Verstöße erfasst,⁴² die ein Kriminalunrecht begründen, können weniger schwere Verstöße bei der Abgabe des Bilanzzeitides, die lediglich ein Ordnungsunrecht darstellen,

von § 334 HGB nicht eigenständig geahndet werden.⁴³ Sanktionslücken bestehen im Ergebnis aber nicht, da § 334 Abs. 1 HGB jedenfalls die Ahndung der unrichtigen Darstellung im (Konzern-)Abschluss bzw. (Konzern-)Lagebericht gestattet.

c) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Schwierigkeiten bereitet bei § 331 Nr. 3a HGB der subjektive Tatbestand. Die Formulierung „nach bestem Wissen“ (§§ 264 Abs. 2 S. 3, 289 Abs. 1 S. 5, 297 Abs. 2 S. 4, 315 Abs. 1 S. 6 HGB), die auf Empfehlung des Finanzausschusses⁴⁴ als Anliegen des Bundesrates eingefügt wurde, da Art. 4 Abs. 2 lit. c und Art. 5 Abs. 2 lit. c der Transparenzrichtlinie auf das Wissen der Verantwortlichen („ihres Wissens“; „nach bestem Wissen“) abstellen, soll einerseits zum Ausdruck bringen, dass es sich um ein Vorsatzdelikt handelt. Andererseits soll die Formulierung deutlich machen, dass es nicht genüge, wenn sich die gesetzlichen Vertreter „nur auf vorhandenes Wissen zurückziehen“; vielmehr hätten sie sich gemäß ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht zu bemühen, ein möglichst vollständiges Wissen (das „beste Wissen“) zu erhalten.⁴⁵ Diese Sichtweise verkennt aber, dass es bei einem Vorsatzdelikt nur auf ein im Tatzeitpunkt vorhandenes Wissen ankommt. Wird dem gesetzlichen Vertreter angelastet, dass er das Wissen hätte haben können, wird ihm Fahrlässigkeit zur Last gelegt, die das Vorsatzdelikt des § 331 Nr. 3a HGB nicht erfasst. Auch hier zeigt sich, dass § 331 HGB die Fälle der Leichtfertigkeit durchgängig einbeziehen sollte.

Allerdings sind bereits im gegenwärtigen Recht die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des § 331 Nr. 3a HGB nicht hoch. Denn nach h.M.⁴⁶ genügt es, dass der gesetzliche Vertreter mit Eventualvorsatz handelt. Einen „wesentlich“ unrichtigen Bilanzzeit muss er nicht abgeben,⁴⁷ da die Formulierung „nach bestem Wissen“ keine zusätzlichen Anforderungen aufstellen soll. Umgekehrt ist die Formulierung auch nicht als Absenkung der Anforderungen zu verstehen.⁴⁸ Folge wäre, dass § 331 Nr. 3a HGB geringere Anforderungen als die übrigen Tatbestände stellen würde. Dies widerspricht dem Gedanken, dass es lediglich um die besondere Bekräftigung der Richtigkeit der Darstellung geht. Daher genügt es, dass der Täter es für möglich hält, dass seine Versicherung unrichtig ist, und die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt bzw. sich mit ihr abfindet. Dies ist z.B. der Fall, wenn er konkreten Anhaltspunkten für Unrichtigkeiten nicht nachgegangen ist, da er dann nicht auf die Richtigkeit der Darstellung vertrauen kann.

³⁹ *Altenhain* (Fn. 16), § 331 Rn. 121; a.A. *Sorgenfrei* (Fn. 8), § 331 Rn. 114 ff.

⁴⁰ *Altenhain* (Fn. 16), § 331 Rn. 121; *Mülbert/Steup*, NZG 2007, 761 (770); vgl. auch *Waßmer*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, Kommentar, 2009, § 39 Rn. 71.

⁴¹ Vgl. nur *Kozikowski/Huber*, in: Ellrott/Förschle/Kozikowski/Winkeljohann (Hrsg.), Beck'scher Bilanzkommentar, 7. Aufl. 2010, § 331 Rn. 36.

⁴² *Fleischer*, ZIP 2007, 97 (102); *Sorgenfrei* (Fn. 8), § 331 Rn. 119, 50 f.

⁴³ *Altenhain* (Fn. 16), § 334 Rn. 31; a.A. *Hahn*, IRZ 2007, 375 (378); *Heldt/Ziemann*, NZG 2006, 652 (653).

⁴⁴ BT-Drs. 16/3644, S. 58.

⁴⁵ BT-Drs. 16/3644, S. 58.

⁴⁶ Vgl. nur *Quedenfeld*, in: Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2008, § 331 Rn. 78 m.w.N.

⁴⁷ So aber *Heldt/Ziemann*, NZG 2006, 652 (654); *Sorgenfrei*, wistra 2008, 329 (335).

⁴⁸ Hierfür *Altenhain* (Fn. 16), § 331 Rn. 128.

d) Strafrahmen

Unzureichend erscheint schließlich der Strafrahmen des § 331 Nr. 3a HGB. In den USA gestattet es 18 U.S.C. Sect. 1350 – allerdings nur in Bezug auf Chief Executive Officer (CEO) und Chief Financial Officer (CFO), da nur sie Versicherungen abgeben müssen – falsche Versicherungen bei wissentlicher Begehung (knowingly) mit Geldstrafe bis zu 1 Mio. \$ oder Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren, bei absichtlicher Begehung (willfully) gar mit Geldstrafe bis zu 5 Mio. \$ oder Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren zu bestrafen. Demgegenüber sieht § 331 HGB für alle Bilanzdelikte denselben Strafrahmen vor, obwohl schon der Blick auf §§ 153 ff. StGB zeigt, dass man dies anders bewerten könnte. So wird der Meineid (§ 154 StGB) als Qualifikation der falschen uneidlichen Aussage (§ 153 StGB) mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Für den unrichtigen „Bilanzeid“ kann man zwar einen derart hohen Strafrahmen nicht fordern, dennoch bietet es sich an, der gesetzgeberischen Vorstellung einer Strafschärfung zumindest bei den Konkurrenzen Rechnung zu tragen. So wird zum Teil⁴⁹ davon ausgegangen, dass zwischen der unrichtigen Darstellung im (Konzern-)Jahresabschluss bzw. (Konzern-)Lagebericht und der Abgabe des jeweils hierauf bezogenen unrichtigen Bilanzeids Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) besteht. Demgegenüber ist im Hinblick auf die Intention des Gesetzgebers mit der h.M.⁵⁰ anzunehmen, dass Realkonkurrenz (§ 53 StGB) vorliegt, so dass eine Gesamtstrafe (§ 54 StGB) zu bilden ist; hierfür spricht ohnehin, dass die Aufstellung des Jahresabschlusses bzw. Lageberichts und die Abgabe des Bilanzeids auseinander fallen.

V. Erwartungslücken bei § 332 HGB (unrichtige Berichterstattung)

§ 332 HGB hat äußerst geringe gerichtspraktische Bedeutung. So weist die Strafverfolgungsstatistik für das Jahr 2009⁵¹ nur eine einzige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe (mit Bewährung) aus. Dies überrascht jedoch nicht, da nach allgemeiner Ansicht⁵² allein die Fälle erfasst werden, in denen der Abschlussprüfer abweichend von seinen eigenen Prüfungsfeststellungen im schriftlichen Prüfungsbericht (§ 321 HGB) berichtet bzw. der Bestätigungsvermerk (§ 322 HGB) nach dem Ergebnis der Prüfung, wie es sich für ihn darstellt, nicht mit diesem Inhalt hätte erteilt werden dürfen. Ob Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk objektiv unrichtig sind, ist ohne Bedeutung. § 332 HGB soll nur gewährleisten, dass der Abschlussprüfer „ehrlich“ über das berichtet bzw. das bestätigt, was er festgestellt hat. Schutzgut ist daher

nach h.M.⁵³ das Vertrauen der Allgemeinheit in die subjektive Richtigkeit und Vollständigkeit von Prüfungsberichten und Bestätigungsvermerken, die durch den Abschlussprüfer als ehrliches, gewissenhaftes und unparteiisches Kontrollorgan erstellt bzw. erteilt werden. Der Nachweis dieser „Unehrlichkeit“ ist extrem schwierig, da der Abschlussprüfer einwenden kann, ihm sei ein Fehler unterlaufen, so dass die Prüfungsfeststellungen zwar objektiv unrichtig waren, er aber über diese unrichtigen Feststellungen zutreffend berichtet hat.

Hinzu kommt, dass die Abschlussprüfung – entgegen verbreiteter öffentlicher Meinung – keine Misstrauensprüfung⁵⁴ ist, insbesondere nicht der gezielten Aufdeckung von Bilanzdelikten dient. Der Gesetzgeber hat zwar versucht, sog. „Erwartungslücken“⁵⁵ durch Verschärfungen zu verringern. So ist bereits seit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.4. 1998 (BGBl. I 1998, S. 786) auch auf die Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung einzugehen und bei börsennotierten Gesellschaften zu prüfen, ob das Risikomanagementsystem seine Aufgaben erfüllen kann. Zudem wurden die Anforderungen an den Prüfungsbericht (Vorabstellungnahme; Redepflicht bei festgestellten Unrichtigkeiten und Verstößen) und den Bestätigungsvermerk (Abkehr vom Formeltestat) verschärft. Nach den maßgebenden Prüfungsstandards ist die Abschlussprüfung aber dennoch nur mit einer kritischen Grundhaltung (vgl. IDW PS 200⁵⁶) durchzuführen, auch wenn heute die Bedeutung der „berufsblichen Skepsis“ stärker betont, die Bedeutung von Überraschungselementen hervorgehoben und verlangt wird, auf Risiken manipulierter Umsatzerlöse explizit einzugehen (vgl. IDW PS 210⁵⁷). Dahinter steht die Grundvorstellung, dass der Abschlussprüfer nicht im gleichen Umfang wie das Management für die Wahrheit und Klarheit der Darstellung verantwortlich ist, sondern grundsätzlich nur die Vollständigkeit und Plausibilität beurteilt.⁵⁸

Da die bisherigen Reformen die Grundstrukturen des § 332 HGB nicht verändert haben, ist das Strafbarkeitsrisiko des Abschlussprüfers weiterhin als gering einzuschätzen. Hiermit harmoniert es, dass nach den jüngeren Bilanzskandalen zwar häufig gegen Abschlussprüfer ermittelt wurde, da der Vorwurf, mit dem Management zusammengearbeitet, nicht hingeschaut oder aus Furcht, Prüfungsaufträge zu verlieren, weggeschaut zu haben, nahe liegt.⁵⁹ Die Strafverfahren wurden aber häufig eingestellt oder endeten mit Freispruch.⁶⁰

Eine Aufwertung des § 332 HGB wäre durch die Einbeziehung leichtfertigen Verhaltens zu erwarten, die mit einer geringeren Strafe, etwa Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren

⁴⁹ Hagedorn, Bilanzstrafrecht im Lichte bilanzrechtlicher Reformen, 2009, S. 127; Sorgenfrei (Fn. 8), § 331 Rn. 161.

⁵⁰ Altenhain (Fn. 16), § 331 Rn. 158; Münster/Meier-Behringer, in: Haufe, HGB-Bilanz-Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 331 Rn. 94; Quedenfeld (Fn. 46), § 331 Rn. 93.

⁵¹ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafverfolgung 2009, S. 52 f., 84 f., 116 f.

⁵² Vgl. nur OLG Düsseldorf NZG 1999, 901 (903); Koziowski/Huber (Fn. 41), § 332 Rn. 11, 26 m.w.N.

⁵³ Vgl. nur Dannecker (Fn. 13), § 332 Rn. 5 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. nur Berndt/Jeker, BB 2007, 2615.

⁵⁵ Graf, BB 2001, 562 (563 f.); Henzler (Fn. 5), S. 48; Schruoff, WPg 2003, 901.

⁵⁶ IDW WPg 2000, 706 ff.

⁵⁷ IDW WPg 2006, 1422 ff.

⁵⁸ Hennrichs, DStR 2009, 1446 (1447); Sorgenfrei (Fn. 8), § 332 Rn. 5.

⁵⁹ Vgl. Henzler (Fn. 5), S. 15 f.

⁶⁰ Vgl. Wirtschaftswoche 47/2007, 112.

oder Geldstrafe, bestraft werden könnte. Damit würde Schutzbehauptungen – zumindest in den Fällen, in denen sich die Unrichtigkeit „aufdrängen“ musste – begegnet. Der Abschlussprüfer würde hierdurch auch strafrechtlich zu einer höheren Sorgfalt bei der Berichterstattung angehalten, damit mittelbar auch bei seiner Prüftätigkeit. Zivilrechtlich ist der Abschlussprüfer ohnehin gemäß § 323 Abs. 1 S. 1 HGB zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet und hat nach § 323 Abs. 1 S. 2 HGB nicht nur bei vorsätzlichen, sondern auch fahrlässigen Pflichtverletzungen Schadensersatz zu leisten. Die Einbeziehung leichtfertigen Verhaltens hätte eine Appell-, Warn- und Abschreckungsfunktion und könnte das Vertrauen in den Abschlussprüfer weiter stärken.

VI. Einbeziehung der Beschäftigten der Prüfstelle bei § 333 HGB (Verletzung der Geheimhaltungspflicht)

Auch die Verletzung der Geheimhaltungspflicht (§ 333 HGB) hat äußerst geringe gerichtspraktische Bedeutung. Die Strafverfolgungsstatistik weist für das Jahr 2009⁶¹ lediglich eine einzige Verurteilung zu einer Geldstrafe aus. Dies überrascht allerdings auch hier nicht, da die Tat gemäß § 333 Abs. 3 HGB nur auf Antrag der Kapitalgesellschaft verfolgt wird. Diese Beschränkung ist sachgerecht, da ausschließlich das Geheimhaltungsinteresse der einbezogenen Gesellschaften bzw. Unternehmen und damit ein Individualrechtsgut geschützt wird.⁶² Die Gesellschaft soll entscheiden, ob die Verletzung der für den Abschlussprüfer und seine Prüfungsgehilfen bestehenden Verschwiegenheitspflichten und Verwertungsverbote – u.U. zusätzlich zu der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht (§ 323 Abs. 1 S. 3 HGB) – strafrechtlich verfolgt wird. In der Praxis scheuen jedoch die betroffenen Gesellschaften die Aufmerksamkeit, die ein Strafverfahren erregt.

Durch das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) v. 15.12.2004 (BGBl. I 2004, S. 3408) wurde der Täterkreis auf die Beschäftigten bei einer Prüfstelle i.S.d. § 342b Abs. 1 HGB ausgeweitet. Das Gesetz schuf nämlich ein zweistufiges Enforcementverfahren,⁶³ um Unregelmäßigkeiten in den Finanzberichten kapitalmarktorientierter Unternehmen aufzudecken und den Kapitalmarkt zu informieren. Auf der ersten „privaten“ Stufe prüft seit dem 1.7.2005 eine Prüfstelle i.S.d. § 342b HGB, die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) e.V. (Berlin). Die Prüfung durch diese „Bilanzpolizei“ erfolgt zum einen auf Verlangen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sowie bei Anhaltspunkten für Verstöße, zum anderen stichprobenartig. Sie konzentriert sich auf Verdachtsanhaltspunkte bzw. fehleranfällige Punkte. Die zweite „staatliche“ Stufe wird durch die BaFin gebildet, die gegebenenfalls mit hoheitlichen Mitteln die Prüfung sowie die Veröffentlichung von Bilanzfehlern durchsetzt (vgl. § 37q WpHG).

§ 333 Abs. 1 HGB erfasst nunmehr auch den Fall, dass die Beschäftigten der DPR e.V. ein Geschäfts- oder Betriebs-

geheimnis oder eine Erkenntnis über das Unternehmen unbefugt offenbaren. Hierbei ist der Begriff „Erkenntnis“ weit zu verstehen und umfasst alle nicht allgemein bekannten und schutzwürdigen Einsichten, die das Unternehmen betreffen.⁶⁴ Hierzu gehören nach der Vorstellung des Gesetzgebers insbesondere die Prüfungsergebnisse,⁶⁵ dazu zählen aber auch alle nicht bereits als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse erfassten Geheimnisse.⁶⁶ Überraschend ist es aber, dass § 333 Abs. 2 S. 2 HGB in Bezug auf die Beschäftigten der Prüfstelle – eng – ausschließlich die unbefugte Verwertung von Geheimnissen bestraft, namentlich von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, nicht aber auch die unbefugte Verwertung von Erkenntnissen. Dies harmoniert zwar mit § 342c Abs. 1 S. 4 HGB, der – noch enger – nur bei der unbefugten Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen Schadensersatz gewährt, verkennt aber, dass z.B. Prüfungsergebnisse durchaus wirtschaftlich verwertbar sind. Diese Lücke sollte geschlossen werden.

VII. Neugestaltung des Ordnungsgeldverfahrens (§ 335 HGB)

Die bedeutsamsten Neuerungen gab es in den letzten Jahren beim Ordnungsgeldverfahren, das der Durchsetzung der Jahresabschlusspublizität dient und seit dem Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) v. 10.11.2006 (BGBl. I 2006, S. 2553) in § 335 HGB geregelt ist. Die Bedeutung der Publizität wird nicht nur daran sichtbar, dass sie mehr als 1 Mio. Unternehmen betrifft, sondern auch an der außerordentlich großen Zahl der Ordnungsgeldverfahren. Das für das behördliche Verfahren zuständige Bundesamt für Justiz (BJ) führte bereits im Jahr 2008 für das Geschäftsjahr 2006 rund 460.000 Verfahren durch;⁶⁷ seitdem gingen die Zahlen zwar zurück, im Jahr 2010 wurden für das Geschäftsjahr 2008 aber noch rund 144.000 Verfahren gezählt.⁶⁸ Das LG Bonn, bei dem gegenwärtig allein 13 Kammern für Handelssachen für das gerichtliche Beschwerdeverfahren zuständig sind,⁶⁹ entschied bis Ende 2010 bereits über rund 30.000 Beschwerden.⁷⁰

1. Gesetzeshistorie

Die Durchsetzung der Jahresabschlusspublizität war ursprünglich schwach ausgestaltet. § 335 S. 1 Nr. 6 HGB a.F. enthielt zwar eine Zwangsgeldvorschrift, das Zwangsgeld konnte jedoch nur auf Antrag der Gesellschafter, Gläubiger oder des (Gesamt-)Betriebsrats vom jeweils zuständigen Registergericht angedroht und festgesetzt werden. Zudem unterlag die GmbH & Co. KG nicht der Publizitätspflicht,

⁶⁴ Vgl. nur *Münster/Meier-Behringer* (Fn. 50), § 333 Rn. 20.

⁶⁵ BT-Drs. 15/3421, S. 16.

⁶⁶ *Altenhain* (Fn. 16), § 333 Rn. 27.

⁶⁷ *Schlauß*, DB 2010, 153 f.

⁶⁸ *Schlauß*, BB 2011, 805.

⁶⁹ Vgl. Geschäftsverteilung 2011, http://www.lg-bonn.nrw.de/10_wir_ueber_uns/120_GVP/GV_2011.pdf.

⁷⁰ *Schlauß*, BB 2011, 805 (806).

⁶¹ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafverfolgung 2009, S. 52 f., 84 f., 116 f.

⁶² Vgl. nur *Sorgenfrei* (Fn. 8), § 333 Rn. 7 m.w.N.

⁶³ Hierzu *Hennrichs*, DStR 2009, 1446.

obwohl ihre Haftungsstruktur der von Kapitalgesellschaften gleicht. Infolgedessen hatte die Jahresabschlusspublizität keine Bedeutung. Drei Entscheidungen des EuGH bewerteten dies als Verstoß gegen die Publizitätsrichtlinie (68/151/EWG, ABl. L 65/8), die Jahresabschlussrichtlinie (78/660/EWG, ABl. L 222/11) und die GmbH & Co-Richtlinie (90/605/EWG, ABl. L 317/60).⁷¹ Der deutsche Gesetzgeber schuf daraufhin mit dem Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz (KapCoRiLiG) v. 24.2.2000 (BGBl. I 2000, S. 154) in § 335a HGB eine neue Ordnungsgeldvorschrift nebst einer zugehörigen Verfahrensvorschrift in § 140a FGG. Zugleich verfügte der neue § 335b HGB die Anwendung der §§ 331 ff. HGB auf solche oHG und KG, bei denen dem Kreis der persönlich haftenden Gesellschafter keine natürliche Person angehört (§ 264a HGB). Das Verfahren konnte jetzt durch jedermann eingeleitet werden. Der Übergang zum Ordnungsgeldverfahren bedeutete eine Verschärfung, da ein festgesetztes Ordnungsgeld selbst im Falle der späteren Erfüllung der Pflicht beigetrieben wird; ein festgesetztes Zwangsgeld war hingegen aufzuheben. Allerdings hatte auch diese Reform kaum einen Effekt, da nur wenige Anträge gestellt wurden.⁷²

Mit dem EHUG gestaltete daher der deutsche Gesetzgeber die Ordnungsgeldvorschrift – nunmehr in § 335 HGB – neu. Zugleich wurden die Verfahrensregelungen des § 140a FGG integriert. Diese Reform bewirkte einen „nachhaltigen Wandel der Offenlegungskultur“,⁷³ für das Geschäftsjahr 2008 betrug die Offenlegungsquote schon mehr als 90 %. Der Offenlegung entgeht jetzt im Prinzip keine Gesellschaft mehr. Bereits der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers prüft auf Grundlage der Daten des elektronischen Unternehmensregisters, ob die einzureichenden Unterlagen fristgemäß und vollzählig eingereicht wurden (§ 329 Abs. 1 HGB). Andernfalls wird das BfJ unterrichtet (§ 329 Abs. 4 HGB), das zunächst die Festsetzung eines Ordnungsgeldes von mindestens 2.500 und höchstens 25.000 € androht; nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist von 6 Wochen wird das Ordnungsgeld dann festgesetzt und die Festsetzung eines weiteren Ordnungsgeld angedroht; dieses Verfahren wird solange wiederholt, bis die Offenlegung erfolgt (vgl. § 335 Abs. 3 HGB).

2. Verfassungsmäßigkeit

Als Grundfrage stellt sich, ob die Jahresabschlusspublizität nebst deren Durchsetzung in einem quasi „automatisierten“ Ordnungsgeldverfahren verfassungsgemäß ist, zumal die Veröffentlichung einen tiefen Einblick in die Geschäftstätigkeit gestattet und damit einen starken Eingriff bedeutet.⁷⁴ Vor allem mittelständische Unternehmen, die überwiegend in der Rechtsform der GmbH & Co KG organisiert sind, betrachten die Publizität als nutzlos, wenn nicht gar schädlich, und ver-

suchen sie, soweit möglich zu vermeiden.⁷⁵ Nach Auffassung des EuGH⁷⁶ ist allerdings die Publizitätspflicht mit den Gemeinschaftsgrundsätzen bzw. Gemeinschaftsgrundrechten der freien Berufsausübung, der Freiheit der Meinungsäußerung und der Gleichbehandlung vereinbar. Auch das BVerfG hat bislang mehrere Verfassungsbeschwerden, die gegen die Offenlegungspflicht (§ 325 HGB) und deren Sanktionierung (§ 335 HGB) gerichtet waren, erst gar nicht zur Entscheidung angenommen.⁷⁷ Weder die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) noch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG) seien verletzt, da mögliche Eingriffe durch die mit der Offenlegung verfolgten, in erheblichem Allgemeininteresse liegenden Zwecke eines effektiven Schutzes des Wirtschaftsverkehrs durch Information der Marktteilnehmer und einer Kontrollmöglichkeit der Gesellschaften vor dem Hintergrund der beschränkten Haftung gerechtfertigt sei. Gleichfalls wurde der verfahrensrechtliche Ausschluss der Rechtsbeschwerde (§ 335 Abs. 5 S. 6 HGB) nicht beanstandet,⁷⁸ da Art. 19 Abs. 4 GG keinen Instanzenzug vorschreibt.

3. Strafrecht im weiteren Sinne

Umstritten ist, ob es sich beim Ordnungsgeld überhaupt um Strafrecht, zumindest im weiteren Sinne, handelt. Im Gesetzgebungsverfahren zum KapCoRiLiG vertrat der Rechtsausschuss⁷⁹ die Auffassung, dass das Ordnungsgeld „– ebenso wie im Grundsatz das Zwangsgeld – ein Beugemittel, jedoch schärfer“ sei. Hieran knüpfte der Gesetzentwurf zum EHUG an, wonach das Ordnungsgeld „nicht in erster Linie eine repräsentative strafrechtsähnliche Sanktion“ sei.⁸⁰ Mit dieser Sichtweise harmonisiert es, dass trotz Wegfalls der Regelungen zum Zwangsgeld die Überschrift des 6. Unterabschnitts vor § 331 HGB („Straf- und Bußgeldvorschriften. Zwangsgelder“) nicht geändert wurde. Das BVerfG hat diesen Umstand allerdings später nur als „Redaktionsversehen“ bewertet.⁸¹

Gegen die Einordnung des Ordnungsgeldes als „schärferes Zwangsgeld“ spricht, dass es nicht darauf ankommt, ob die Prävention im Vordergrund steht, sondern ob zugleich die Repression bezweckt wird. Dieser Doppelcharakter ist aber klar erkennbar: Das Ordnungsgeld soll zwar wie das Zwangsgeld ein Verhalten erzwingen, es ahndet aber zugleich den Ordnungsverstoß, da es nach seiner Festsetzung selbst im Fall der Pflichterfüllung beigetrieben wird. Bereits im Jahre 1966 formulierte daher das BVerfG⁸² zu § 890 ZPO a.F., der damals noch von einer „Ordnungsstrafe“ sprach, dass diese „– wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten“ zielt; das Gericht bezeichnete die Ordnungsstrafe deshalb als

⁷⁵ Zu Strategien *Schmidt*, DStR 2006, 2272 (2276 f.) m.w.N.

⁷⁶ EuGH EuZW 2004, 764 (Axel Springer).

⁷⁷ Vgl. nur BVerfG BB 2011, 1136.

⁷⁸ Vgl. bereits zu § 335a HGB BVerfG NZG 2009, 515 f.; zu § 335 HGB OLG Köln FGPrax 2009, 29 f.

⁷⁹ BT-Drs. 14/2353, S. 30.

⁸⁰ BT-Drs. 16/960, S. 79.

⁸¹ BVerfG NJW 2009, 2588 (2589).

⁸² BVerfGE 20, 323 (331).

⁷¹ EuGH NJW 1998, 129 (Daihatsu); EuGH EuZW 1998, 758; EuGH NZG 1999, 536.

⁷² Vgl. nur *Marx/Dallmann*, BB 2004, 929 (931 ff.).

⁷³ *Schlauff*, DB 2010, 153 f.; vgl. auch *Eierle/Eich/Klug*, KoR 2011, 243 (253).

⁷⁴ *Dietrich*, NJ 2010, 108 (109 ff.); *Starck*, DStR 2008, 2035 (2036 ff.).

„strafähnliche Sanktion“. Im Jahre 1981 stellte das BVerfG⁸³ fest, dass die Neufassung der Vorschrift durch das EGStGB, die seitdem von einem „Ordnungsgeld“ spricht, hieran nichts geändert habe, da es dem Gesetzgeber allein um eine Neubezeichnung der Sanktion ging, um zu einem einheitlichen und übersichtlichen Sprachgebrauch zu kommen. Auch für § 335 HGB geht die Rechtsprechung des LG Bonn⁸⁴ davon aus, dass die Festsetzung des Ordnungsgeldes „strafähnlichen Charakter“ hat. Ebenso nimmt das überwiegende Schrifttum an, dass es sich um Strafrecht im weiteren Sinne handelt.⁸⁵ Schließlich sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber nunmehr die Überschrift des 6. Unterabschnitts vor § 331 HGB neu gefasst („Straf- und Bußgeldvorschriften. Ordnungsgelder“)⁸⁶ und das „Redaktionsversehen“⁸⁷ berichtigt hat.

4. Verschuldenserfordernis

Eng verknüpft mit der Rechtsnatur des Ordnungsgeldes ist die Frage, ob seine Festsetzung ein Verschulden voraussetzt. Nach dem Gesetzentwurf zum EHUG⁸⁸ sollten hiergegen „gewichtige Gründe“ sprechen, die man vor allem darin erblickte, dass der Festsetzung die Nichterfüllung der Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses nicht entgegenstehe, die Sechs-Wochen-Nachfrist nicht verlängert werden könne und es sich um ein „standardisiertes Verfahren“ handle. Diese Sichtweise, die dem BfJ die Handhabung des Verfahrens stark erleichtert hätte, verkennt aber, dass die Festsetzung des Ordnungsgeldes zunächst angedroht wird; erst wenn innerhalb der Nachfrist keine Offenlegung erfolgt, erfolgt die Festsetzung. Die repräsentive Sanktion knüpft also primär daran an, dass innerhalb der Nachfrist keine Offenlegung erfolgt. Im Übrigen missachtet diese Sichtweise die bereits genannte Entscheidung des BVerfG zu § 890 ZPO a.F. aus dem Jahr 1966. Schon hier hatte das Gericht formuliert, dass „jede Strafe – nicht nur die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht – Schuld voraussetze“; dem komme „verfassungsrechtlicher Rang“ zu, der „im Rechtsstaatsprinzip“ begründet sei; die „strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig“.⁸⁹ Demzufolge wird heute nicht nur ganz überwiegend für § 890 ZPO n.F. ein

Verschulden gefordert,⁹⁰ sondern überwiegend auch für § 335 HGB.⁹¹

5. Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips

Wird das Ordnungsgeld als strafähnliche Sanktion bewertet, schließt sich die weitere Frage an, ob und gegebenenfalls inwieweit Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung findet. Das BVerfG hatte hierzu in seiner Entscheidung zu § 890 ZPO a.F. aus dem Jahre 1966 keine Stellung bezogen, sondern auf das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgestellt.⁹² Dagegen nahm das BVerfG⁹³ für § 890 ZPO n.F. im Jahr 1991 an, dass Art. 103 Abs. 2 GG „im zivilgerichtlichen Verfahren nicht anwendbar“ sei, sein Schutz sich auf Strafverfahren beschränke. Die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG ließ es dann im Jahr 2006 (wieder) offen, „ob das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG im Rahmen des § 890 ZPO anwendbar ist“.⁹⁴ Auch für § 335 HGB wird z.T.⁹⁵ angenommen, dass nur der allgemeine Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten sei. Diese Einschränkung überzeugt jedoch nicht. Betrachtet man als „Strafe“ i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG jede „missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten“⁹⁶ und erkennt man im Ordnungsgeld „strafrechtliche Elemente“⁹⁷ so liegt es nahe, grundsätzlich auch die für das Strafrecht geltenden Verfassungsgarantien Anwendung finden zu lassen. Jedenfalls muss dies aber für § 335 HGB gelten, da es hier – anders als bei § 890 ZPO – nicht um die „Durchsetzung privatrechtlicher Verpflichtungen in einem Verfahren zwischen privaten Parteien“⁹⁸ geht, sondern um die Durchsetzung einer im Allgemeininteresse bestehenden öffentlich-rechtlichen Publizitätspflicht in einem (vgl. § 335 Abs. 2 S. 2 HGB) Justizverwaltungsverfahren. Vorzugswürdig ist es daher, Art. 103 Abs. 2 GG ohne Einschränkungen anzuwenden. Für das Ordnungsgeldverfahren des § 335 HGB gelten daher die Einzelausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips, d.h. Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungs- und Analogieverbot.

⁸³ BVerfG NJW 1981, 2457.

⁸⁴ Vgl. nur LG Bonn NZG 2009, 593 (595).

⁸⁵ Vgl. bereits zu § 335a HGB Dannecker (Fn. 13), § 335a Rn. 5; Waßmer, GmbHR 2002, 412 (415); zu § 335 HGB Gehm, in: Kupsch/Scherrer/Grewe/Kirsch (Hrsg.), Rechnungslegung, Textsammlung, Einführung, Kommentierung, 51. Lfg., Stand: August 2010, § 335 Rn. 5 m.w.N. a.A. Altenhain (Fn. 16), § 335 Rn. 15; de Weerth, NZI 2008, 711 (713 f.).

⁸⁶ Art. 8 des Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie v. 8.3.2011 (BGBl. I 2011, S. 288).

⁸⁷ BT-Drs. 17/3023, S. 71.

⁸⁸ BT-Drs. 16/960, S. 79.

⁸⁹ BVerfGE 20, 323 (331); ebenso BVerfG NJW 1991, 3139.

⁹⁰ Vgl. nur je m.w.N. Brehm, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 8, 22. Aufl. 2004, § 890 Rn. 23; Storz, Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 4/2, 3. Aufl. 1999, § 890 Rn. 39.

⁹¹ LG Bonn NZG 2010, 1276 (1277); Gehm (Fn. 85), § 335 Rn. 5; Kozikowski/Huber (Fn. 41), § 335 Rn. 16; Neuhofer, DStR 2009, 1931; Waßmer, GmbHR 2002, 412 (415); Wolf, DStR 2009, 452; a.A. Altenhain (Fn. 16), § 335 Rn. 15; Quedenfeld (Fn. 46), § 335 Rn. 16; de Weerth, NZI 2008, 711 (714).

⁹² BVerfGE 20, 323 (331).

⁹³ BVerfG NJW 1991, 3139.

⁹⁴ BVerfG NJW-RR 2007, 860 (Leitsatz 2).

⁹⁵ Altenhain (Fn. 16), § 335 Rn. 16; de Weerth, NZI 2008, 711 (714).

⁹⁶ Vgl. nur zur Disziplinarstrafe BVerfGE 26, 186 (204).

⁹⁷ BVerfG NJW-RR 2007, 860 (Leitsatz 1).

⁹⁸ So in Bezug auf § 890 ZPO BVerfG NJW 1991, 3139.

6. Fehlen allgemeiner Regelungen

Die Vorsicht, die die höchstrichterliche Rechtsprechung bezüglich der Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG walten lässt, dürfte vor allem damit zusammenhängen, dass die für Ordnungsgelder vorhandenen allgemeinen Regelungen als rudimentär zu bezeichnen sind. Lediglich in Art. 5-9 EGStGB finden sich einige „Gemeinsame Vorschriften für Ordnungs- und Zwangsmittel“. So bestimmt Art. 6 Abs. 1 EGStGB, dass das Mindestmaß fünf, das Höchstmaß tausend Euro beträgt. Art. 7 EGStGB trifft Regelungen zu Zahlungserleichterungen, Art. 9 EGStGB zur Verjährung. Hingegen fehlen sämtliche Regelungen zu den Grundlagen der Verantwortlichkeit, wie sie heute für das Strafrecht in §§ 13-21 StGB („Grundlagen der Strafbarkeit“) und für das Ordnungswidrigkeitenrecht in §§ 8-16 OWiG („Grundlagen der Ahnung“) existieren.

Die zivilrechtliche Rechtsprechung behilft sich bislang damit, dass sie auf Regelungen des Strafrechts und des Zivilrechts zurückgreift. So wird z.B. angenommen, dass sich bei den Ordnungsmitteln die Schuldfähigkeit nach den §§ 19 ff. StGB richtet.⁹⁹ Im Hinblick auf das Analogieverbot erscheint die entsprechende Anwendung der Regelungen zur Schuldunfähigkeit und verminderten Schuldfähigkeit nicht problematisch, da sie den Täter begünstigen. Was soll aber für das Verschulden gelten? Während für § 335 HGB z.T.¹⁰⁰ unter Hinweis auf § 15 StGB ein vorsätzliches Verhalten gefordert wird, greift die Rechtsprechung des LG Bonn¹⁰¹ im Einklang mit der ganz h.M. zum Ordnungsgeld des § 890 ZPO¹⁰² auf § 276 BGB zurück, wonach Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind. Entsprechend hat die Gesellschaft, gegen die gemäß § 335 Abs. 1 S. 2 HGB das Ordnungsgeld ebenfalls festgesetzt werden kann, nach § 31 BGB für das Verschulden der für sie handelnden gesetzlichen Vertreter einzustehen.¹⁰³

7. Rückgriff auf zivilrechtliche Haftungsnormen

Der Rückgriff auf zivilrechtliche Haftungsnormen im Rahmen einer „strafähnlichen“ Verantwortlichkeit bedarf allerdings näherer Begründung. Zu § 890 ZPO a.F. führte das OLG Frankfurt¹⁰⁴ im Jahre 1955 im Anschluss an die zivilrechtliche Rechtsprechung des RG¹⁰⁵ aus, dass die Anwendung strafrechtlicher Grundsätze und Strukturen „insoweit auszuschließen“ sei, „als dadurch eine Gefährdung schutzwürdiger Gläubigerrechte eintreten würde“; da auf dem Gebiet des Zivilrechts grundsätzlich fahrlässige Rechtsverletzungen verboten seien, sei die Anwendung des strafrechtli-

chen Grundsatzes, dass die Fahrlässigkeit im Gesetzestatbestand enthalten sein müsse, „entbehrlich“. Eine derartige, vom Strafrecht gelöste Sichtweise mag zwar überzeugen, wenn man § 890 ZPO a.F. als „Zivilstrafe“¹⁰⁶ betrachtet oder Art. 103 Abs. 2 GG – da es um die Durchsetzung privatrechtlicher Verpflichtungen geht – nicht für anwendbar hält. Für § 335 HGB müssen aber, wie dargelegt, die für das Strafrecht geltenden Verfassungsgarantien Anwendung finden.

Die nähere Betrachtung zeigt allerdings, dass der Rückgriff auf zivilrechtliche Haftungsnormen nicht als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu bewerten ist. Da der Wortlaut des § 335 HGB – wie der des § 890 ZPO – nur auf die Pflichtverletzung abstellt und das Verschuldenserfordernis einer § 15 StGB bzw. § 10 OWiG entsprechenden, speziell für Ordnungsgelder geschaffenen allgemeinen Vorschrift nicht zu entnehmen ist, stellt die Anwendung von §§ 276, 31 BGB im Grunde genommen eine täterbegünstigende Analogie dar: Das Verschuldenserfordernis wird von der h.M. als ungeschriebenes, begünstigendes Tatbestandsmerkmal in den Tatbestand hineingedeutet. Ebenso ist es nicht verwehrt, auch von einer Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit auszugehen, da es insoweit ebenfalls an einer allgemeinen Vorschrift für Ordnungsgelder fehlt, welche – wie § 15 StGB und § 10 OWiG¹⁰⁷ – die Möglichkeit abschneidet, im Wege der Auslegung die Fahrlässigkeitshaftung zu begründen.

Darüber hinaus lässt sich argumentieren, dass es bei § 335 HGB um die Auslegung und Anwendung einer Strafvorschrift (im weiteren Sinne) geht und die Rechtsprechung die hinreichende Bestimmtheit von Strafvorschriften selbst dann bejaht, wenn sich „aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt, so dass der einzelne die Möglichkeit hat, den durch die Strafnorm geschützten Wert sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen“.¹⁰⁸ Diesbezüglich kann auf § 890 ZPO verwiesen werden, wo seit langem anerkannt ist, dass auch ein fahrlässiges Verhalten genügt.¹⁰⁹ Dieser Gesichtspunkt war dann auch für das BVerfG maßgebend, als es in Bezug auf § 890 ZPO die Verletzung des Bestimmtheitsgebots i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG verneint hat, da „die allgemeine Definition des Verschuldens in § 276 BGB sowie die dazu entwickelte zivilrechtliche Dogmatik, auch im Hinblick auf § 31 BGB und die Frage des Organisationsverschuldens, es dem Unterlassungsschuldner zu erkennen erlauben, was von ihm verlangt wird“.¹¹⁰

⁹⁹ LG Bonn FamRZ 2006, 1290; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 211.

¹⁰⁰ Kozikowski/Huber (Fn. 41), § 335 Rn. 16 i.V.m § 331 Rn. 23.

¹⁰¹ Vgl. LG Bonn NZG 2010, 1276 (1277).

¹⁰² Vgl. nur OLG Frankfurt a.M. MDR 1956, 361 f.; OLG Stuttgart MDR 1958, 523; Brehm (Fn. 90), § 890 Rn. 23 m.w.N.

¹⁰³ Vgl. LG Bonn NZG 2010, 1276 (1277).

¹⁰⁴ OLG Frankfurt a.M. MDR 1956, 361 (362).

¹⁰⁵ RGZ 36, 417 (418); 77, 217 (222, 223); 115, 74 (84).

¹⁰⁶ Vgl. RGZ 77, 217 (222); 115, 74 (84).

¹⁰⁷ Vgl. zur (technischen) Funktion dieser Vorschriften Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 15 Rn. 1; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 15 Rn. 1.

¹⁰⁸ BVerfGE 45, 363 (371 f. zum „Landesverrat“).

¹⁰⁹ Vgl. nur Gruber, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, 3. Aufl. 2007, § 890 Rn. 21; Olzen, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), ZPO, Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 890 Rn. 13.

¹¹⁰ BVerfG NJW-RR 2007, 860 (862).

Dennoch erscheinen sowohl die Annahme einer den Täter begünstigenden Analogie als auch die Erwägung, dass angesichts der vorhandenen Rechtsprechung erkennbar sei, welche Anforderungen bestehen, als „Übergangslösung“. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wäre es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber auch für das Ordnungsgeld allgemeine Regelungen zu den Grundlagen der Verantwortlichkeit schafft bzw. die Vorschriften dahingehend ergänzt, dass vorsätzliche und fahrlässige Pflichtverletzungen genügen.

8. Zurechnung des Verschuldens Dritter?

Akzeptiert man den Rückgriff auf zivilrechtliche Haftungsnormen im Rahmen des § 335 HGB, stellt sich weiter die Frage, ob – mit Blick auf § 278 BGB – auch ein Verschulden Dritter zugerechnet werden kann. Bereits für § 890 ZPO erkannte das BVerfG¹¹¹ an, dass dem Zuwiderhandelnden nur eigenes Verschulden zur Last gelegt werden kann, so dass einer juristischen Person das Verschulden einer „Betreuungsfirma“ nicht zuzurechnen war. Dessen ungeachtet ging die Rechtsprechung des LG Bonn¹¹² für § 335 HGB zunächst davon aus, dass den Verpflichteten auch das Verschulden eines beauftragten Steuerberaters und der DATEV eG als IT-Dienstleister zugerechnet werden könne, da sie sich das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen entsprechend § 278 BGB oder § 152 Abs. 1 S. 3 AO zurechnen lassen müssten; denn die Offenlegungspflicht beruhe auf einer „schuldrechtsähnlichen öffentlich-rechtlichen Beziehung“. Mittlerweile hat das LG Bonn¹¹³ mit Blick auf den repressiven Charakter des Ordnungsgeldes diese Rechtsprechung zu Recht korrigiert. Die Zurechnung des Verschuldens Dritter ist dem deutschen Strafrecht fremd. Das Gericht betont aber – in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG zu § 890 ZPO¹¹⁴ –, dass die gesetzlichen Vertreter ein eigenes Organisationsverschulden treffen kann,¹¹⁵ wenn sie z.B. einen Dienstleister mit der Einreichung der Unterlagen betraut haben und ihn nicht ausreichend kontrollieren. Infolgedessen trifft die gesetzlichen Vertreter häufig doch ein Verschulden, zumal ihnen regelmäßig auch die Berufung auf technische und finanzielle Schwierigkeiten versagt wird.¹¹⁶ Es überrascht daher nicht, dass rund 90 % der gerichtlichen Beschwerden¹¹⁷ keinen Erfolg haben.

9. Beweiserleichterungen?

Eine weitere Frage ist, ob im Rahmen des § 335 HGB Beweiserleichterungen zulässig sind. So geht in Bezug auf § 890 ZPO die h.M.¹¹⁸ davon aus, dass ein Anscheinsbeweis

zulässig ist und sogar eine Beweislastumkehr in Betracht kommt. Dies stimmt damit überein, dass dem Schuldner nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtvertretenmüssen obliegt. Auch das BVerfG¹¹⁹ hat in Bezug auf § 890 ZPO bestätigt, dass die Zivilgerichte nicht verpflichtet seien, bei der Anwendung dieser Norm die strafprozessualen Beweisanforderungen zugrunde zu legen und deshalb die Zugrundelegung eines Anscheinsbeweises nicht beanstandet. Beweiserleichterungen zu Gunsten des Gläubigers des Vollstreckungsverfahrens seien gerechtfertigt, da er sich zur Erhebung von Beweisen staatlicher Zwangsmittel nicht bedienen könne. Demgegenüber nimmt das LG Bonn¹²⁰ – ausgehend vom strafähnlichen Charakter des Ordnungsgeldes – für das Ordnungsgeldverfahren des § 335 HGB mit Recht an, dass das Verschulden stets positiv festzustellen ist und eine Vermutung wie in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht eingreift. Den Rückgriff auf die Beweiserleichterungen des Zivilrechts kann hier selbst die Erwägung nicht legitimieren, dass der Betroffene dennoch begünstigt wird, da es ja – über den Wortlaut hinaus – auf ein Verschulden ankommt und ihm der Gegenbeweis des fehlenden eigenen Verschuldens offen steht. Auch hier muss die Erwägung im Vordergrund stehen, dass es bei § 335 HGB – anders als bei § 890 ZPO – um die Durchsetzung einer im Allgemeininteresse bestehenden öffentlich-rechtlichen Publizitätspflicht geht. Infolgedessen sind hier Beweisvermutungen inakzeptabel. Tatsachen, die den Tatbestand erfüllen und das Verschulden begründen, müssen stets positiv nachgewiesen werden, verbleibende Zweifel wirken zu Gunsten des Betroffenen.¹²¹

10. Schaffung einer ergänzenden Bußgeldvorschrift

Im Hinblick auf die Effizienz stellt sich schließlich die Frage, ob zur Durchsetzung der Jahresabschlusspublizität nicht ergänzend die Einführung einer Bußgeldvorschrift geboten ist. Der Gesetzentwurf zum EHUG sah ursprünglich sogar ausschließlich Bußgeldvorschriften vor.¹²² Hiergegen wandte sich jedoch der Rechtsausschuss, dessen Mitglieder mehrheitlich der Ansicht waren, dass ein Ordnungsgeldverfahren ausreichend sei.¹²³ Diese Sichtweise lässt sich damit stützen, dass Publizitätsverstöße regelmäßig nur einen geringen Unrechtsgehalt haben und meistens, wie die Praxis zum früheren § 335a HGB gezeigt hat, gar kein praktisches Informationsbedürfnis besteht.¹²⁴ Folge ist allerdings, dass es auch für besonders „beharrliche Publizitätsverweigerer“ – deren Anteil nach Schätzungen 4-7 % beträgt¹²⁵ – bei Ordnungsgeldern verbleibt. Der Rechtsausschuss hatte diese Problematik erkannt und im Gesetzgebungsverfahren die Bundesregierung aufgefordert, die Regelungen nach zwei Jahren ihrer Anwen-

¹¹¹ BVerfGE 20, 323 (335 f.).

¹¹² LG Bonn GmbHR 2008, 593 (595); LG Bonn NZG 2009, 194 (195); dagegen *Neuhof*, DStR 2009, 1931 (1932).

¹¹³ Vgl. LG Bonn NJW-RR 2010, 698 (699).

¹¹⁴ Vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 860 (861).

¹¹⁵ LG Bonn BeckRS 2010, 20251 (31 T 1398/09).

¹¹⁶ *Schlauf*, DB 2008, 2821 (2823) m.w.N.

¹¹⁷ Vgl. *Schlauf*, DB 2010, 153 (1549).

¹¹⁸ Vgl. nur OLG Frankfurt GRUR 1999, 371; OLG Zweibrücken GRUR 1986, 839; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivil-

prozessordnung, Kommentar, 32. Aufl. 2011, § 890 Rn. 15 m.w.N.

¹¹⁹ BVerfG NJW 1991, 3139.

¹²⁰ LG Bonn NZI 2008, 503 (505).

¹²¹ Vgl. nur (zu § 23 a.F. WiStG) BVerfG 9, 167 (170).

¹²² BT-Drs. 16/960, S. 10, 50.

¹²³ BT-Drs. 16/2781, S. 82 f.

¹²⁴ Vgl. *Liebscher/Scharff*, NJW 2006, 3745 (3750 f.).

¹²⁵ *Buchheim*, DB 2010, 1133 (1140).

derung auf ihre Wirksamkeit zu prüfen und gegebenenfalls Gesetzesvorschläge zur Einführung eines Bußgeldverfahrens zu unterbreiten. Diesbezüglich wird teilweise¹²⁶ gefordert, gestaffelte Ordnungswidrigkeiten einzuführen. Hierfür lässt sich anführen, dass zwar § 335 HGB die Möglichkeit eröffnet, alle sechs Wochen ein Ordnungsgeld zu verhängen, so dass die innerhalb eines Jahres gegenüber einem Beteiligten verhängten Ordnungsgelder rund 200.000 € erreichen können. Für finanzkräftige Gesellschaften fallen aber derartige Summen nicht ins Gewicht. Die Fälle der „beharrlichen Verweigerung“ der Offenlegung sollten daher ergänzend mit einer Bußgeldvorschrift erfasst werden. Mit Blick auf die Bedeutung der Publizität, den Unrechtsgehalt einer beharrlichen Verweigerung, das Ziel, ein „Freikaufen“ von der Publizitätsverpflichtung zu verhindern,¹²⁷ und die mögliche Finanzkraft von Unternehmen sollte der Bußgeldrahmen nicht zu niedrig sein.

11. Modellcharakter des § 335 HGB

Die übergreifende Bedeutung des § 335 HGB dürfte darin bestehen, dass sich das Ordnungsgeldverfahren auch für andere Bereiche – wie das Wertpapierhandelsrecht – eignet, in denen die Einhaltung von Pflichten bislang durch Bußgeldvorschriften sichergestellt wird. Denn das Ordnungsgeldverfahren hat den Vorteil, dass die Androhung der Festsetzung des Ordnungsgeldes nur einen „Warnschuss“ darstellt, der den Pflichtigen dazu anhält, innerhalb einer ihm gesetzten Nachfrist die ihm obliegende Pflicht doch noch zu erfüllen; hierdurch wird ihm die Chance gegeben, der Festsetzung des Ordnungsgeldes und damit der strafrechtsähnlichen Sanktion zu entgehen. Die Bußgeldvorschriften ahnden demgegenüber eine Pflichtwidrigkeit unmittelbar, unabhängig davon, ob der Pflichtige seiner Pflicht doch noch nachkommt. Das Ordnungsgeld trägt damit in besonderer Weise dem ultima ratio-Prinzip Rechnung.

VIII. Fazit

Festhalten lassen sich folgende Ergebnisse und Vorschläge:

- § 331 Nrn. 1-4 HGB sollte durchgängig die leichtfertige Begehung erfassen. Für die Fälle der vorsätzlichen Begehung sollte der Strafraum angehoben, für die Fälle der Leichtfertigkeit der bisherige Strafraum beibehalten werden. Besonders schwere Fälle sollten mit Regelbeispielen erfasst werden.
- In Bezug auf die Inhabilität ist bei der Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat nach § 331 HGB (§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. d GmbHG; § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 lit. d AktG) restriktiv vorzusetzen, dass eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verhängt wurde.
- § 331 Nr. 3a HGB erstreckt sich nicht auf schriftliche Versicherungen zu Finanzberichten, die allein nach dem Publizitätsregime des WpHG zu erstellen und zu veröffentlichen sind. Diese Strafbarkeitslücke ist zu schließen.

Darüber hinaus sollten auch die Ordnungswidrigkeiten des § 334 Abs. 1 HGB die Abgabe unrichtiger schriftlicher Versicherungen einbeziehen. Für § 331 Nr. 3a HGB ist es notwendig, aber auch hinreichend, dass der Täter mit Eventualvorsatz handelt. Zwischen einer unrichtigen Darstellung und der Abgabe einer hierauf bezogenen unrichtigen Versicherung besteht Realkonkurrenz (§ 53 StGB).

- § 332 HGB sollte die Fälle der leichtfertigen Begehung einbeziehen.
- § 333 HGB sollte auch die unbefugte Verwertung von Erkenntnissen durch die Beschäftigten der Prüfstelle i.S.d. § 342b HGB erfassen.
- Bei § 335 HGB geht es um Strafrecht im weiteren Sinne, so dass Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung findet. Die Festsetzung des Ordnungsgeldes setzt als ungeschriebenes, begünstigendes Tatbestandsmerkmal ein Verschulden voraus, wobei zur Ausfüllung auf zivilrechtliche Haftungsnormen (§§ 276, 31 BGB) zurückgegriffen werden kann, so dass vorsätzliche und fahrlässige Pflichtverletzungen erfasst sind. Die Festsetzung eines Ordnungsgeldes setzt eigenes Verschulden voraus, ein fremdes Verschulden ist nicht zurechenbar. Beweisvermutungen sind unzulässig. Zur Erfassung der Fälle der „beharrlichen Publizitätsverweigerung“ empfiehlt sich die Schaffung einer ergänzenden Bußgeldvorschrift. Zur Durchsetzung von Pflichten bietet sich auch in anderen Wirtschaftsbereichen der Einsatz des relativ milden Ordnungsgeldverfahrens an.

¹²⁶ *Buchheim*, DB 2010, 1133 (1141).

¹²⁷ Vgl. BT-Drs. 14/2353, S. 30.

Die Rechtsprechung zur Steuerhinterziehung durch Erlangen eines unrichtigen Feststellungsbescheides vor dem Hintergrund des Beschlusses des BVerfG vom 23.6.2010 (2 BvR 2559/08)

Von Prof. Dr. Petra Wittig, München

I. Einleitung

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 23.6.2010 erneut zur Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB bzw. seiner Auslegung durch die Fachgerichte Stellung genommen.¹ Die Entscheidung präzisiert die Verpflichtungen an die Auslegung von Normen durch die Strafgerichte im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und erhöht gleichzeitig die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.² Damit hat der Beschluss über § 266 StGB hinaus grundsätzliche Bedeutung und unterwirft die fachgerichtliche Auslegung insbesondere weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Vor diesem Hintergrund möchte ich erörtern, ob die neue Rechtsprechung zur (vollendeten) Steuerhinterziehung gem. § 370 AO durch Erschleichen eines unrichtigen Feststellungsbescheides den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 103 Abs. 2 GG genügt. Der BGH hat am 10.12.2008 entschieden, dass bereits die Bekanntgabe eines unrichtigen Feststellungsbescheides die Erlangung eines tatbestandsmäßigen ungerechtfertigten Steuervorteils darstellt, so dass derjenige, der vorsätzlich mittels unrichtiger oder unvollständiger Angaben in einer Feststellungserklärung den Erlass eines unrichtigen Feststellungsbescheides erwirkt, den Tatbestand einer vollendeten Steuerhinterziehung erfüllt.³ Die Vollendungsstrafbarkeit tritt danach unabhängig davon ein, ob die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen im Feststellungsbescheid durch ihre Übernahme in die Steuererklärungen der Feststellungsbeteiligten auch zu unrichtigen Folgebescheiden und damit zu einer Steuerverkürzung nach § 370 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 AO geführt hat. Begründet wird dies damit, dass das Bewirken eines unrichtigen Feststellungsbescheides wegen dessen Bindungswirkung (§ 182 Abs. 1 S. 1 AO) bereits eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs darstelle.

Diese Rechtsprechung ist teils ablehnend⁴, teils zustimmend aufgenommen worden.⁵ Gerade auch im Hinblick auf

Art. 103 Abs. 2 GG werden Bedenken vorgetragen: Nach *Blesinger* ist die hierdurch erfolgende Vorverlagerung der Strafbarkeit bei § 370 AO im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich.⁶ Nach *Rübenstahl* verursacht der Beschluss sogar „erhebliche Rechtsunsicherheit“; er kriminalisiere straffloses Vorbereitungshandeln „mit Hilfe von fragwürdigen Auslegungsentscheidungen – um nicht zu sagen durch richterliche Rechtsfortbildung“.⁷ Aus anwaltlicher Sicht sei man versucht, darin „eine [...] Maßnahme [...] zu richterseitiger Schließung empfundener Sanktionierungs- und Strafbarkeitslücken und -defizite im Steuerstrafrecht zu sehen“.⁸

Die Überprüfung dieser Rechtsprechung auf ihre Verfassungsmäßigkeit ist insbesondere deshalb nahe liegend, weil § 370 AO wie § 266 StGB ein Vermögensdelikt ist, das speziell staatliche Vermögensinteressen⁹ schützt, und sich wie bei § 266 StGB (und bei § 263 StGB) die auch verfassungsrechtlich relevante Frage stellt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine bloße Gefährdung des Vermögens des Rechtsgutsinhabers zum Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs führt.

Hingewiesen sei auch noch auf die große praktische Relevanz der Fragestellung. Viele Abschreibungsgesellschaften, wie z.B. geschlossene Immobilien- oder Filmfonds, haben die Rechtsform einer Personengesellschaft, namentlich einer GmbH & Co. KG, AG & Co. KG oder GbR.¹⁰ Hier ergehen zunächst Feststellungsbescheide gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO, deren Feststellungen bindend den Folgebescheiden zugrunde gelegt werden. Diese sind an die an den Einkünften als Mitunternehmer beteiligten Gesellschafter adressiert. In den letzten Jahren sind gehäuft die für die Fondsgesellschaften Erklärungsspflichtigen strafrechtlich wegen vollendeter Steuerhinterziehung verantwortlich gemacht worden.¹¹

¹ BVerfG NJW 2010, 3209; siehe hierzu nur *Beckemper*, ZJS 2011, 88; *Becker*, HRRS 2010, 383; *Krüger* (demnächst in der NSTZ); *Kudlich*, JA 2011, 67; *Saliger*, NJW 2010, 3195; *Schulz*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15.5.2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 305; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121.

² Auch *Krüger* (demnächst in der NSTZ) hält die Entscheidung für „spektakulär“, allerdings „eher in den Worten und weniger in der Sache“.

³ BGHSt 53, 99; siehe nun auch Beschluss des BGH, Urt. v. 2.11.2010 – 1 StR 544/09; FG München EFG 2010, 1924.

⁴ *Blesinger*, wistra 2009, 294; *Brüning*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 537; *Rübenstahl*,

HRRS 2009, 93; *Schmitz/Wulf*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/1, 2010, § 370 AO Rn. 98; *Weidemann*, wistra 2009, 354.

⁵ *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 23 Rn. 35 mit Fn. 50; *Jäger*, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 11. Aufl. 2011, § 370 Rn. 122.

⁶ *Blesinger*, wistra 2009, 294.

⁷ *Rübenstahl*, HRRS 2009, 93 (101).

⁸ *Rübenstahl*, HRRS 2009, 93 (93).

⁹ *Joecks*, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2009, § 370 Rn. 14 m.w.N.; *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 6.

¹⁰ Siehe z.B. Schreiben betreffend der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Film- und Fernsehfonds vom 23.2.2001 („Medienerlass“), BStBl. I 2001, S. 175.

¹¹ Auch die zu besprechende Entscheidung BGHSt 53, 99 betraf einen Filmfonds.

II. Steuerrechtliche Grundlagen

Für die steuerstrafrechtliche Beurteilung der vorgegebenen Konstellation ist die steuerverfahrensrechtliche Teilung in das Feststellungsverfahren, das mit einem Grundlagenbescheid in Form eines Feststellungsbescheides abgeschlossen wird, und das Festsetzungsverfahren, das mit einem Folgebescheid, z.B. Einkommenssteuerbescheid¹², abgeschlossen wird, bedeutsam. Diese wird deshalb nachfolgend skizziert.

Die Festsetzung der Steuer erfolgt in der Regel gem. § 155 Abs. 1 S. 1 AO durch Steuerbescheid der Finanzbehörden. Der Steuerfestsetzung liegt die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen zugrunde. Diese sind in § 199 Abs. 1 AO legal definiert als die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die für die Steuerpflicht und für die Bemessung der Steuer maßgeblich sind. Üblicherweise erfolgen Steuerfestsetzung und Feststellung der Besteuerungsgrundlagen in einem einheitlichen (Festsetzungs-)Verfahren. Die Besteuerungsgrundlagen sind folgerichtig nicht selbstständig anfechtbar, soweit sie nicht ausnahmsweise gesondert festgestellt werden (§ 157 Abs. 2 AO). Die gesonderte Feststellung bedarf als Ausnahme einer besonderen Rechtsgrundlage (§ 179 Abs. 1 AO), gleiches gilt, wenn die gesonderte Feststellung gegenüber mehreren Beteiligten einheitlich erfolgt (§ 179 Abs. 2 S. 2 AO). Bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Einkünften gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2 AO werden die einkommensteuer- und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte und mit ihnen im Zusammenhang stehende andere Besteuerungsgrundlagen gesondert festgestellt, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt sind und die Einkünfte diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind.

Ergebnis eines Verfahrens zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte ist ein Feststellungsbescheid, der einen Grundlagenbescheid (§ 171 Abs. 10 AO) darstellt und hinsichtlich der Besteuerungsgrundlagen für die Folgebescheide bindend ist (§ 182 Abs. 1 S. 1 AO). Das Feststellungsverfahren ist damit rechtlich ein gegenüber dem anschließenden Festsetzungsverfahren unabhängiges Verfahren.¹³ Zusammengefasst ist der Feststellungsbescheid als Grundlagenbescheid „ein Verfahrensschritt vor der Steuerfestsetzung“; er löst die „Feststellung von Besteuerungsgrundlagen aus dem Gegenstand des Steuerfestsetzungsverfahrens heraus“ und macht sie zum „Gegenstand eines eigenen Verfahrens“.¹⁴

III. Die Entscheidung des BGH

1. Vorbemerkung

Nach ganz h.M. ist § 370 AO ein Erfolgsdelikt, das tatbestandsmäßig entweder den Eintritt einer Steuerverkürzung oder das Erlangen eines ungerechtfertigten Steuervorteils

voraussetzt.¹⁵ Der BGH hatte nun zu entscheiden, ob durch die Bekanntgabe eines durch unrichtige oder unvollständige Angaben in einer Feststellungserklärung bewirkten Feststellungsbescheides entweder Steuern verkürzt werden oder dies einen ungerechtfertigten Steuervorteil darstellt.¹⁶ Im Ergebnis hat der *I. Senat* eine Steuerverkürzung verneint, aber die Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils und auf dieser Grundlage auch eine vollendete Steuerhinterziehung bejaht.

2. Steuerverkürzung

Eine Steuerverkürzung liegt nicht vor: Steuern sind namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden (§ 370 Abs. 4 S. 1 AO). Im Erlass eines durch unrichtige oder unvollständige Angaben erwirkten Feststellungsbescheides liegt (auch nach Ansicht des BGH) noch keine Steuerverkürzung i.S.d. § 370 Abs. 1 AO, da dadurch keine Festsetzung der Steuer gem. § 155 Abs. 1 AO, sondern nur eine Feststellung der Besteuerungsgrundlagen erfolgt.¹⁷

3. Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils

a) Steuervorteil als hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs?

Eine vollendete Steuerhinterziehung läge aber auch dann vor, wenn der Täter für sich oder einen anderen durch die Bekanntgabe eines unrichtigen Feststellungsbescheides einen ungerechtfertigten Steuervorteil erlangen würde.

Eine klare gesetzliche Definition des Begriffs des Steuervorteils fehlt jedoch.¹⁸ Einigkeit besteht insoweit, dass es sich um einen Vorteil im Bereich des Steuerrechts handeln muss.¹⁹ Welche Vorteile aber gemeint sind und wie die Steuervorteilerlangung von der Steuerverkürzung abzugrenzen ist, ist umstritten. In der Literatur wird zum Teil auf eine Begriffsbestimmung verzichtet.²⁰ Im Übrigen werden unterschiedliche teils inhaltliche, teils verfahrensrechtliche Definitionsansätze vertreten.²¹ Nach der zutreffenden h.M. lassen sich der Begriff der Steuerverkürzung und des Steuervorteils jedenfalls voneinander abgrenzen, so dass nicht jede Steuerverkürzung gleichzeitig ein Fall des ungerechtfertigten Steu-

¹⁵ BGHSt 53, 99 (106); *Hellmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur Abgaben- und Finanzgerichtsordnung, 171. Lfg., Stand: November 2001, § 370 AO Rn. 55; *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 11.

¹⁶ Zur früheren Rechtsprechung siehe die Zusammenfassung bei *Rübenstahl*, HRRS 2009, 93 (95).

¹⁷ BGHSt 53, 99 (105); *Brüning* (Fn. 4), S. 541; *Sorgenfrei*, wistra 2006, 370 (372).

¹⁸ § 370 Abs. 4 S. 2 AO stellt lediglich klar, dass auch Steuervergütungen Steuervorteile sind und dass nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt sind, soweit sie zu Unrecht gewährt oder belassen worden sind.

¹⁹ Siehe nur *Joecks* (Fn. 9), § 370 Rn. 84 ff.

²⁰ *Jäger* (Fn. 5), § 370 Rn. 120.

²¹ Guter Überblick bei *Brüning* (Fn. 4), S. 540.

¹² *Sorgenfrei*, wistra 2006, 370 (371).

¹³ *Blesinger*, wistra 2009, 294 (296); zustimmend *Jäger* (Fn. 5), § 370 Rn. 122; zweifelnd *Beckemper*, NStZ 2002, 518 (520) m.w.N.; nach *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 75 handelt es sich um einen „verselbstständigten Teil des Festsetzungsverfahrens“.

¹⁴ *Blesinger*, wistra 2009, 294 (296).

ervorteils ist und umgekehrt.²² Auch ist die Erschleichung eines Steuervorteils kein Unterfall der Steuerverkürzung.²³ Nach einer Ansicht muss es sich um besondere Vorteile handeln, die außerhalb der Phase der Steuerfestsetzung erlangt werden.²⁴ Andere definieren Steuervorteil als „jede günstigere Gestaltung des Steuerrechtsverhältnisses, die sich auf die Realisierung des einzelnen Steueranspruchs [...] auswirkt, also zur Folge hat, dass die Finanzbehörde den Anspruch nicht, nicht rechtzeitig oder nicht in voller Höhe [...] geltend machen kann oder die Verwirklichung des Anspruchs gefährdet ist“.²⁵ Bei solchen Begriffsbestimmungen scheint es prima facie zumindest vertretbar, einen unrichtigen Feststellungsbescheid, der außerhalb des Festsetzungsverfahrens gem. §§ 155 ff. AO²⁶ aufgrund eines Steuergesetzes durch eine ausdrückliche Bewilligung der Finanzbehörde als steuerliche Vergünstigung erlangt wird, als ungerechtfertigten Steuervorteil anzusehen.²⁷ Nach einem rechtsgutsbezogenen Ansatz liegt ein Steuervorteil (in Abgrenzung zur Steuerverkürzung) vor, wenn der Täter etwas aus dem staatlichen Vermögen erlangt, ohne dass dadurch ein Steueranspruch tangiert würde.²⁸ Auf dieser Grundlage ist ein Feststellungsbescheid, kein Steuervorteil, da auch er einen Steueranspruch des Staates tangiert.

Unabhängig davon, wie der Begriff des Steuervorteils definiert wird, muss die Beeinträchtigung des Steueranspruches jedoch tatbestandsrelevant sein.²⁹ § 370 AO schützt nach überwiegender Ansicht den Anspruch des Steuergläubigers auf den vollen Ertrag jeder Steuer.³⁰ Handlungsobjekt ist damit der Steueranspruch gem. § 37 AO,³¹ d.h. der Anspruch des Steuerberechtigten gegen den Steuerschuldner.³² Rechtsgut des § 370 AO ist nach h.M. das staatliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen der einzelnen

Steuern³³ und damit letztlich das „Vermögen des Staates, soweit es sich aus dem Steueraufkommen generiert“.³⁴ § 370 AO ist damit (wie § 266 StGB) ein Vermögensdelikt.³⁵

Wenn es sich aber bei § 370 AO um ein Erfolgsdelikt³⁶ handelt, das die Vermögensinteressen des Steuerfiskus schützt, dann muss schon die Bekanntgabe eines unrichtigen Feststellungsbescheides und die damit verbundene Feststellung der Besteuerungsgrundlagen (und nicht erst die Steuerfestsetzung in den Folgebescheiden) das Handlungsobjekt des § 370 AO, nämlich den staatlichen Steueranspruch gem. § 37 AO, entweder verletzen oder zumindest konkret gefährden. Eine bloß abstrakte Gefährdung kann dagegen nicht ausreichen. Zusammengefasst muss bei einer vollendeten Steuerhinterziehung sei es durch Steuerverkürzung, sei es durch Erlangung eines Steuervorteils immer auch zumindest eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs vorliegen.

Der BGH zieht nun aus dieser Erkenntnis den Umkehrschluss, dass bei einer hinreichend konkreten Gefährdung des Steueranspruchs immer auch eine Steuerhinterziehung zumindest in der Erfolgsvariante Steuervorteilerlangung vorliegt.³⁷ Er führt aus, dass es sich bei der Bekanntgabe eines Feststellungsbescheides um einen Vorteil im Bereich des Steuerrechts handelt und dass hierdurch der Steueranspruch hinreichend konkret gefährdet ist. Dies hält er für ausreichend, um die Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils zu bejahen: „Der in der Feststellung unrichtiger Besteuerungsgrundlagen mit Bindungswirkung liegende Vorteil ist ein Vorteil spezifisch steuerlicher Art, der auf dem Tätigwerden der Finanzbehörde beruht und damit Steuervorteil. [...] Die hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs genügt auch für die Annahme eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils.“³⁸ Unklar ist allerdings, ob nach Ansicht des BGH dieser Steuervorteil dem Täter³⁹ oder den Kommanditisten⁴⁰ zugutekommt.

Legt man die Ausführungen des BGH zugrunde, so wird der Steuervorteil die „Grundform des Hinterziehungserfolgs“, während die Steuerverkürzung als „speziellere Schuldform“ lediglich im Steuerfestsetzungsverfahren anwendbar ist.⁴¹ Liegt eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs vor, bejaht der BGH eine vollendete Steuerhinterziehung in Form der Steuervorteilerlangung, auch wenn keine

²² Siehe nur *Joecks* (Fn. 9), § 370 Rn. 95 ff.; a.A. aber *Seer* (Fn. 5), § 23 Rn. 35.

²³ So jedoch BGHSt 25, 190 (202). Dass dies nicht zutrifft, zeigt gerade die vorliegende Konstellation, in der der BGH zwar einen ungerechtfertigten Steuervorteil, nicht aber eine Steuerverkürzung annimmt (so auch *Rübenstahl*, HRRS 2009, 93 [100]).

²⁴ So z.B. *Hellmann* (Fn. 15), § 370 Rn. 168; *Beckemper*, NSTZ 2002, 518 (519); *Joecks* (Fn. 9), § 370 Rn. 98; z.B. das Erschleichen einer Stundung (§ 222 AO), Aussetzung der Vollziehung (§ 361 AO), Vollstreckungsaufschub (§ 258 AO) oder Erlass (§ 227 AO).

²⁵ Z.B. *Dumke* in: Schwarz, Kommentar zur Abgabenordnung, § 370 Rn. 103; *Hardtke*, Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnermittlung, 1990, S. 115.

²⁶ Siehe oben unter II.

²⁷ Ausführlich zur Anwendung der unterschiedlichen Definitionsansätze auf die hier vorliegende Konstellation *Brining* (Fn. 4), S. 543.

²⁸ *Wulf*, JuS 2008, 211 (216).

²⁹ So zutreffend *Beckemper*, NSTZ 2002, 518 (520).

³⁰ Siehe nur BGHSt 40, 109 (110); 36, 100 (102).

³¹ BGHSt 24, 173; *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 6 m.w.N.

³² *Brockmeyer/Ratschow*, in: Klein/Orlopp (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 10. Aufl. 2009, § 37 Rn. 2.

³³ BGHSt 36, 100 (102); *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 2 m.w.N.

³⁴ *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 6; ebenso *Rolletschke*, Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 3.

³⁵ BVerwG NJW 1990, 1864; *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 6; *Joecks* (Fn. 9), § 370 Rn. 14 m.w.N.

³⁶ BGHSt 53, 99 (106); *Joecks* (Fn. 9), § 370 Rn. 15.

³⁷ So zutreffend *Weidemann*, wistra 2009, 354.

³⁸ BGHSt 53, 99 (106).

³⁹ Dafür spricht, dass der BGH insoweit zustimmend die Vorinstanz wörtlich zitiert (BGHSt 53, 99 [106]).

⁴⁰ Hierfür spricht die Formulierung, „dass die Angeklagten als Vertreter der Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil erlangt haben“ (BGHSt 53, 99 [105]).

⁴¹ So zutreffend *Rolletschke* (Fn. 34), Rn. 88.

Steuerverkürzung vorliegt. Immerhin soll eine bloß abstrakte Gefährdung nicht ausreichen,⁴² so dass sich nun die Frage stellt, wie sich die Annahme, dass eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs bei Bekanntgabe eines unrichtigen Feststellungsbescheides vorliegt, begründen lässt.

b) Das Vorliegen einer hinreichend konkreten Gefährdung

Der BGH begründet das Vorliegen einer hinreichend konkreten Gefährdung des Steueranspruchs im konkreten Fall allein mit der Bindungswirkung des Feststellungsbescheides für die Folgebescheide gem. § 182 Abs. 1 S. 1 AO: „Da hier im Hinblick auf die Bindungswirkung von Grundlagenbescheiden (§ 182 Abs. 1 S. 1 AO) die für die Kommanditgesellschaft – auch der Höhe nach – festgestellten Besteuerungsgrundlagen ohne weiteres Zutun des Angeklagten oder der Kommanditisten in die Folgebescheide der Kommanditisten einzubeziehen waren, lag eine solche Gefährdung hier vor.“⁴³

Der Annahme eines mit dem Feststellungsbescheid erlangten Steuervorteils soll dagegen nicht entgegenstehen, dass ein solcher Bescheid regelmäßig noch keine Auskunft darüber gibt, in welcher betragsmäßigen Höhe die Steuer verkürzt wird: „Auch eine genaue betragsmäßige Bestimmung der bei einer späteren Umsetzung der festgestellten Besteuerungsgrundlagen in einem Folgebescheid eintretenden Steuerverkürzung ist nicht Voraussetzung für die Annahme eines Steuervorteils“.⁴⁴

Auch soll unschädlich sein, dass eine Umsetzung des Grundlagenbescheides in den Folgebescheiden noch nicht stattgefunden hat.⁴⁵ Irrelevant sei auch, dass die Täter ihr Endziel erst mit der niedrigen Festsetzung (hier der Einkommensteuer) in den Folgebescheiden (hier Einkommenssteuerbescheide der Kommanditisten) erreichen.⁴⁶ Die spätere Festsetzung stelle lediglich einen (für den Verjährungsbeginn bedeutsamen) weiteren Taterfolg nun in Form der Steuerverkürzung dar, stelle aber die vorher gehende Tatvollendung durch Erlangung eines bindenden Grundlagenbescheides nicht in Frage.⁴⁷

Der BGH bejaht das Vorliegen einer hinreichend konkreten (und nicht nur abstrakten) Gefährdung des Steueranspruchs somit allein wegen der Bindungswirkung der Grundlagenbescheide gem. § 182 Abs. 1 S. 1 AO. Dies führt dann nach der Argumentation des BGH zum Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges der Steuervorteilserlangung und damit zur Vollendung der Steuerhinterziehung.

4. Zur Deliktsnatur der Steuerhinterziehung durch Vorteilserlangung

a) Die Einordnung der Steuerhinterziehung durch den BGH als Vermögensgefährdungsdelikt

Für die verfassungsrechtliche Bewertung stellt sich aber die Frage, ob § 370 AO in der Tatbestandserfolgsalternative Steuervorteilserlangung ein Vermögensverletzungs- oder ein Vermögensgefährdungsdelikt ist. Bei Verletzungsdelikten gehört der Eintritt eines Schadens am Handlungsobjekt, in dem sich das geschützte Rechtsgut materialisiert, zum Tatbestand; bei konkreten Gefährdungsdelikten sieht das Gesetz schon die konkrete Gefahr für das Handlungsobjekt als Erfolg der Tat an.⁴⁸

Nach Ansicht des *I. Senats* ist die Steuerhinterziehung in beiden Tatbestandserfolgsalternativen „zwar Erfolgsdelikt, nicht jedoch notwendig Verletzungsdelikt“.⁴⁹ Eine eingehende Begründung fehlt jedoch.

Diese Einordnung der Steuerhinterziehung durch Vorteilserlangung als (Vermögens-)Gefährdungsdelikt ist bedeutsam für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der richterlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Steuervorteil“. Denn hinsichtlich der Untreue, die allein Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidung war, argumentiert das BVerfG maßgeblich mit deren Deliktsnatur als (Vermögens-)Verletzungsdelikt. Handelt es sich aber bei der Steuerhinterziehung in Form der Vorteilserlangung nicht um ein Verletzungs-, sondern um ein Gefährdungsdelikt, lassen sich die vom BVerfG entwickelten Grundsätze jedenfalls nicht unmodifiziert übertragen.

b) Steuerhinterziehung durch Steuerverkürzung

Hinsichtlich der Erfolgsvariante „Steuerverkürzung“ hält die wohl h.L. wie der BGH die Steuerhinterziehung nicht für ein Verletzungs-, sondern ein Gefährdungsdelikt.⁵⁰ Der BGH weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Steuerverkürzung gem. § 370 Abs. 4 S. 1 AO bereits mit der Festsetzung der Steuer gem. § 155 Abs. 1 S. 1 AO eintritt, die nur zu einer konkreten Gefährdung (nicht aber zu einer Verletzung) des Steueranspruchs führt.⁵¹ Nach der Gegenauffassung handelt es sich bei dieser Erfolgsvariante um ein Verletzungsdelikt, bei dem wie z.B. bei § 263 StGB die Vollendung erst mit Eintritt eines endgültigen Vermögensschadens eintritt, dieser aber bereits bei einer ausreichend konkreten Vermögensgefährdung vorliegt.⁵²

⁴² So auch *Brüning* (Fn. 4), S. 548.

⁴³ BGHSt 53, 99 (106).

⁴⁴ BGHSt 53, 99 (106).

⁴⁵ BGHSt 53, 99 (106).

⁴⁶ BGHSt 53, 99 (106).

⁴⁷ BGHSt 53, 99 (107). Obwohl durch die Vorverlegung des Vollendungszeitpunkts eine (strafbarkeitsverschärfende) Vorverlagerung der Strafbarkeit erfolgt, zieht der BGH daraus also nicht die (täterfreundliche) Konsequenz, dass mit dem Erlass des Grundlagenbescheides auch die Verjährung beginnt.

⁴⁸ *Hassemer/Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 260; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 123.

⁴⁹ BGHSt 53, 99 (106).

⁵⁰ BGHSt 53, 99 (106); *Joecks* (Fn. 9), § 370 Rn. 15; *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 11.

⁵¹ Nach *Blesinger*, *wistra* 2009, 294 (295) handelt es sich um einen „Fall der kodifizierten schadensgleichen Vermögensgefährdung“.

⁵² *Hellmann* (Fn. 15), § 370 Rn. 57 ff.; *Beckemper*, *NStZ* 2002, 518 (520 f.); zust. *Rübenstahl*, *HRRS* 2009, 93 (97 f.).

Die Einordnung als Verletzungsdelikt lässt sich damit begründen, dass das Handlungsobjekt der Steuerhinterziehung, der Steueranspruch, bei Veranlagungssteuern erst durch den Festsetzungsbescheid konkretisiert wird und es nur vom Zufall abhängig ist, ob die Unrichtigkeit nachträglich entdeckt wird.⁵³ Dies mindere den Wert des Steueranspruchs und somit auch das Vermögen des Steuergläubigers.⁵⁴ Nach der Gegenansicht kommt es durch einen Festsetzungsbescheid zwar möglicherweise zu einer ungünstigen Einwirkung auf das Handlungsobjekt, den Steueranspruch, maßgeblich für die Klassifizierung als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt sei aber die Einwirkung auf das Rechtsgut, das staatliche Vermögen, das hierdurch nicht verletzt werde.⁵⁵

Der Streit um die Klassifizierung der Steuerhinterziehung durch Steuerverkürzung als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt muss jedoch letztlich hier nicht entschieden werden, denn diese ist – anders als die Argumentation des BGH nahe legt – nicht entscheidend für die hier interessierende Tatvariante Steuervorteil.

c) Steuerhinterziehung durch Vorteilserlangung

Auch wenn eine einheitliche Klassifizierung der Taterfolgsvarianten nicht logisch zwingend ist, wird eine solche nicht nur durch den BGH, sondern auch durch die h.L. vorgenommen. Überwiegend wird die Steuerhinterziehung in beiden Varianten als Gefährdungsdelikt betrachtet,⁵⁶ nach a.A. als Verletzungsdelikt.⁵⁷ Nur eine M.M. differenziert zwischen beiden Varianten und hält § 370 AO in der Form der Steuerverkürzung für ein Gefährdungsdelikt, in der Form der Vorteilserlangung aber für ein Verletzungsdelikt.⁵⁸

Die Einordnung auch der Steuerhinterziehung durch Vorteilserlangung als Gefährdungsdelikt ergibt sich für den BGH daraus, dass er (unter Hinweis auf die entsprechende Klassifizierung der Steuerverkürzung) das Merkmal Steuervorteil als hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs, also des Handlungsobjekts des § 370 AO, bestimmt. Auf dieser Grundlage ist die Einordnung des § 370 AO auch in dieser Erfolgsvariante als konkretes Gefährdungsdelikt zutreffend, während man bei einer anderen Auslegung des Merkmals Vorteilserlangung auch zu einem anderen Ergebnis kommen kann. Die entscheidende Frage wird also sein, ob ein solches Verständnis des § 370 AO als Gefährdungsdelikt, das auf einer Auslegung des Merkmals Steuervorteil als hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs gründet,

den sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben aus Art. 103 Abs. 2 GG

1. Vorbemerkung

Unmittelbarer Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidung war die Verfassungsmäßigkeit des Untretuetatbestandes und seiner fachgerichtlichen Auslegung im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Im Folgenden sollen nun kurz die Kernaussagen des Beschlusses dargestellt werden, soweit sie Relevanz für unsere Fragestellung gewinnen können. Auf dem Prüfstand steht die Strafrechtsprechung, die das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Steuervorteilserlangung bei der ihrer Ansicht nach im Erlass eines Grundlagenbescheides liegenden hinreichend konkreten Gefährdung des Steueranspruchs begründet. Da nicht in Frage gestellt werden soll, dass § 370 AO in seiner geltenden Fassung mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist,⁵⁹ und zwar auch hinsichtlich des hier interessierenden Taterfolgs „Steuervorteil“, geht es hier nicht um die Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG an den Gesetzgeber, sondern um die an die Fachgerichte. Hierfür sind sowohl die allgemeinen Ausführungen zu den Verpflichtungen der Strafgerichte im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot als auch die konkrete Anwendung auf Auslegungsprobleme des § 266 StGB von Interesse. Dabei steht die Interpretation des Merkmals Nachteil, insbesondere die Dogmatik des Gefährdungsschadens, im Mittelpunkt.

2. Zum Umfang der verfassungsrechtlichen Überprüfung

Das BVerfG weist zunächst noch einmal darauf hin, dass nach dem in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden Gesetzlichkeitsprinzip der Gesetzgeber und nicht der Richter zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen ist.⁶⁰ Dies verbietet dem Gesetzgeber jedoch nicht, ausfüllungsbedürftige Begriffe zu verwenden, die dann aber in besonderer Weise durch die Strafgerichte konturiert und präzisiert werden müssen, die damit verpflichtet sind, an der Erkennbarkeit der Strafbarkeit mitzuwirken.⁶¹ Da „sowohl die Überschreitung der Grenzen des Strafgesetzes als auch die Konturierung und Präzisierung ihres Inhalts“ die Entscheidung über die Strafbarkeit betreffen, erklärt sich das BVerfG für die Klärung der hierdurch aufgeworfenen Fragen für zuständig.⁶² Der 2. Senat entwickelt dabei konkrete Vorgaben für die Strafgerichte, deren Entscheidungen dadurch – auch innerhalb der Grenzen des möglichen Wortsinns – einer erhöhten, nicht nur auf Vertretbarkeit beschränkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle

⁵³ Hellmann (Fn. 15), § 370 Rn. 60; Beckemper, NStZ 2002, 518 (520).

⁵⁴ Hellmann (Fn. 15), § 370 Rn. 60.

⁵⁵ Joecks (Fn. 9), § 370 Rn. 15; Schmitz/Wulf (Fn. 4), § 370 Rn. 12. Zur allgemein anerkannten Unterscheidung zwischen Handlungsobjekt und Rechtsgut siehe nur Hassemer/Neumann (Fn. 48), § 1 Rn. 120 f. m.w.N.

⁵⁶ BGHSt 53, 99 (106); Joecks (Fn. 9), § 370 Rn. 104; offen gelassen von Claus, HRRS 2009, 102 (103).

⁵⁷ Beckemper, NStZ 2002, 518 (520 ff.).

⁵⁸ So z. B. Rolletschke (Fn. 34), Rn. 88; Schmitz/Wulf (Fn. 4), § 370 Rn. 123, differenzierend aber § 370 Rn. 134.

⁵⁹ Zur Verfassungsmäßigkeit des § 370 AO als Blankettgesetz siehe BVerfG NStZ 1991, 88; BVerfG NJW 1995, 1883.

⁶⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211) m.w.N.

⁶¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 ff.). Nach Roxin (Fn. 48), § 5 Rn. 28 „schafft der Gesetzgeber mit dem Wortlaut der Vorschrift einen Regelungsrahmen, der durch den Richter konkretisierend ausgefüllt wird“. Becker, HRRS 2010, 383 (386) spricht von einem „arbeitsteiligem Zusammenwirken“.

⁶² BVerfG NJW 2010, 3209 (3212).

unterworfen werden.⁶³ Soweit bereits ein gefestigtes Normverständnis existiert, wird dies einer inhaltlichen Kontrolle nur insoweit unterzogen, „dass es nicht evident ungeeignet zur Konturierung der Norm sein darf“.⁶⁴ Zusammengefasst gibt das BVerfG den Strafgerichten auf, bei der Auslegung vor allem weit und allgemein gefasster Tatbestände und Tatbestandsmerkmale „durch eine klare Rechtsprechungslinie für Rechtssicherheit zu sorgen“ und unterwirft in diesem Umfang die fachgerichtliche Auslegung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung.⁶⁵ Damit das BVerfG jedoch nicht zu einer „Superrevisionsinstanz“ wird, kann nicht jeder einfache Auslegungsfehler durch die Strafgerichte verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen sein. Die Auslegung durch die Fachgerichte kann nur dann verfassungsgerichtlich überprüft werden, soweit sie sich nicht mehr innerhalb des von der Verfassung (insb. Art. 103 Abs. 2 GG) vorgegebenen „Spielraums“ vertretbarer Auslegungsergebnisse bewegt.⁶⁶

3. Allgemeine Vorgaben an die Strafrechtsprechung aus Art. 103 Abs. 2 GG

Der 2. Senat bestätigt zunächst das Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung, wonach jede Rechtsanwendung unzulässig ist, die zu einer Tatbestandsausdehnung über die Grenze des möglichen Wortsinns hinaus führt.⁶⁷ Zusätzlich aber entwickelt er aus dem Bestimmtheitsgebot verfassungsrechtliche Grenzen der fachgerichtlichen Auslegung einer Strafnorm auch innerhalb des möglichen Wortsinns.

Zu nennen ist zunächst das allgemeine Verbot der „Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen“: Danach „dürfen einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden“.⁶⁸

Hinzu kommt ein allgemeines „Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot“⁶⁹, wonach es den Strafgerichten verwehrt ist, „durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu bei[zug]etragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG zu entfernen“.⁷⁰

Letztlich leitet das BVerfG aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ein Präzisierungsgebot ab. Die Rechtsprechung sei gehalten, „verbleibende Unklarheiten über den Anwendungs-

bereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen“.⁷¹

4. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Auslegung des § 266 StGB

a) Nachteil

Für unsere Fragestellung ist aber auch die konkrete Anwendung dieser Grundsätze auf das den Taterfolg des § 266 StGB umschreibende Merkmal „Nachteil“ von Interesse. Hieraus ergeben sich Anhaltspunkte für die Grenzen einer verfassungsgemäßen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Steuer-vorteil“ als Taterfolg des § 370 AO.

Für das BVerfG konturiert das Merkmal „Nachteil“ den § 266 StGB und begrenzt die Strafbarkeit. § 266 StGB sei somit „ein reines Verletzungserfolgsdelikt oder Bestandsschutzdelikt“.⁷² Die Auslegung des Nachteilsmerkmals müsse „den gesetzgeberischen Willen beachten, das Merkmal als selbstständiges neben dem der Pflichtwidrigkeit zu statuieren; sie darf daher dieses Merkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, d.h. es in diesem Merkmal aufgehen lassen“.⁷³ Bei der Feststellung eines Nachteils dürften deshalb normative Gesichtspunkte die wirtschaftliche Betrachtung nicht verdrängen.⁷⁴ Die Strafgerichte müssten – außer in einfach gelagerten Fällen (z.B. bei „einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden“) – „den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen“, auch wenn dies mit „praktischen Schwierigkeiten“ verbunden sei.⁷⁵ Zur Bewertung von Vermögenspositionen entwickelte Methoden seien heranzuziehen, um „die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen, sie rational nachvollziehbar zu machen und sich zu vergewissern, ob im Einzelfall eine hinreichend sichere Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils überhaupt existiert oder ob man sich in einem Bereich bewegt, in dem von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden noch nicht die Rede sein kann“.⁷⁶

c) Gefährdungsschaden als Nachteil

Die Feststellung eines Vermögensnachteils bei § 266 StGB (bzw. des Vermögensschadens bei § 263 StGB) mit Hilfe der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens bzw. der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist nach Ansicht des BVerfG „unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes zwar nicht grundlegend zu beanstanden, doch müssen die [...] verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des Untreuetatbestandes (hier des Nachteilsmerkmals) auch fallbezogen gewahrt bleiben“.⁷⁷ Hierzu referiert das BVerfG zunächst die in Rechtsprechung und

⁶³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212).

⁶⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212).

⁶⁵ So zutreffend *Beckemper*, ZJS 2011, 88.

⁶⁶ *Becker*, HRRS 2010, 383 (387).

⁶⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211) m.w.N.

⁶⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211); siehe schon BVerfGE 71, 108 (115); 82, 236 (269); 92, 1 (16 f.).

⁶⁹ *Saliger*, NJW 2010, 3195 m.w.N.

⁷⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211).

⁷¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211).

⁷² BVerfG NJW 2010, 3209 (3214).

⁷³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3214).

⁷⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

⁷⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3214).

⁷⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁷⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3218).

Literatur entwickelten Kriterien für das Vorliegen eines Gefährdungsschadens. Dieser setze stets eine konkrete (und nicht nur abstrakte) Gefährdung voraus, es sei „unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob die Betroffenen mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen hätten, der Eintritt eines Schadens also nahe liegend sei, so dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gegenwärtig gemindert werde“.⁷⁸ Dem Bestimmtheitsgrundsatz sei aber nur dann Genüge getan, wenn die konkrete wirtschaftliche Auswirkung einer Verlustgefahr ermittelt und beziffert werde, ansonsten bestehe die „Gefahr einer allgemeinen und undifferenzierten Gleichsetzung von (zukünftiger) Verlustgefahr und (gegenwärtigem) Schaden“.⁷⁹

V. Anwendung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auf die Strafrechtsprechung zum Grundlagenbescheid als Steuervorteil

1. Verstoß gegen das Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Straf begründung?

Eine Auslegung, die aus einer hinreichend konkreten Gefährdung des Steueranspruchs des Steuergläubigers das Vorliegen eines Steuervorteils auf der Seite des Täters bzw. der Kommanditisten herleitet, ist mit dem Wortsinn noch vereinbar. Denn ein Steuervorteil ist dann eine Besserstellung des Täters oder eines Dritten als Kehrseite der Verschlechterung der Situation des Steuerfiskus.⁸⁰ Der Wortsinn zwingt nicht dazu, einen Vorteil des Täters nur dann anzunehmen, wenn auf Seiten des Steuergläubigers eine Schädigung des Steueraufkommens eingetreten ist.⁸¹

2. Verstoß gegen das „Rechtsunsicherheitsminimierungsverbot“

Das Merkmal des Steuervorteils ist nicht klar gefasst und wirft Auslegungsprobleme von erheblicher Bedeutung auf. Dies ergibt sich schon daraus, dass es eine Vielzahl unterschiedlicher Definitionen gibt, die außerhalb von eindeutigen Fällen (z.B. Steuervergütungen) auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Beispielhaft zeigt dies gerade die hier zu beurteilende Konstellation des Erschleichens eines unrichtigen Grundlagenbescheides. Eine gefestigte Rechtsprechung existiert insoweit noch nicht, auch hatte sich die Rechtsprechung bisher noch nicht um Konturierung, z.B. durch Bildung von Fallgruppen etc., bemüht.

Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG läge nach dem „Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot“ vor, wenn die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Erlangung eines unge-

rechtfertigten Steuervorteils“ durch den BGH als Bewirken einer hinreichend konkreten Gefährdung des Steueranspruchs und die fallbezogene Anwendung auf das Erschleichen eines unrichtigen Grundlagenbescheides dazu beitragen, durch eine fern liegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, die Rechtsunsicherheit eher noch zu erhöhen. Dies kann jedoch kaum angenommen werden: Ein solches Normverständnis und die Anwendung im konkreten Fall ist jedenfalls nicht fern liegend und erhöht gegenüber der Ausgangslage zunächst einmal die Unsicherheit über den Anwendungsbereich der Norm nicht, sondern schränkt sie ein.

3. Verstoß gegen das Verschleifungsverbot und Präzisionsgebote

a) Problemstellung

§ 370 AO ist ein vermögensbezogenes Erfolgsdelikt. Daraus folgt, dass die Erfolgsvarianten Steuerverkürzung und Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils eine eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion haben. Die Auslegung dieser Merkmale darf nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Es wäre also unzulässig, aus dem Vorliegen der Tathandlungen des § 370 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AO, also in concreto dem Machen unvollständiger oder unrichtiger Angaben in der Feststellungserklärung, auch auf das Vorliegen des Taterfolgs in Form eines ungerechtfertigten Steuervorteils zu schließen. Diesen Weg wählt der BGH aber zumindest dem ersten Anschein auch nicht. Er sieht vielmehr in der Bekanntgabe eines unrichtigen Grundlagenbescheides eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs und begründet mit diesem von der Tathandlung abgrenzbaren Erfolg in der Außenwelt das Vorliegen des Taterfolgs in Form der Vorteilserlangung. Eine Verschleifung oder Entgrenzung läge aber auch dann vor, wenn die fallbezogene Anwendung dieser Auslegung den eigenständigen und strafbarkeitsbegrenzenden Gehalt des Merkmals „Steuervorteil“ entgegen der gesetzgeberischen Intention nicht mehr erkennen ließe. Insofern ist zu überprüfen, ob die präzisierende Auslegung dieses Merkmals und ihre fallbezogene Anwendung durch den BGH den Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG genügt.

Das Tatbestandsmerkmal Steuervorteilserlangung bedarf (über das „Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot“ hinaus) von Verfassungs wegen, da Unklarheiten über den Anwendungsbereich bestehen, einer präzisierenden und konkretisierenden Auslegung durch die Fachgerichte, so dass für den Normadressaten erkennbar wird, wann eine vollendete Steuerhinterziehung vorliegt. Zu erörtern ist also in einem ersten Schritt, ob die Interpretation des BGH, ein tatbestandsmäßiger Steuervorteil sei bei einer hinreichend konkreten Gefährdung eines Steueranspruchs gegeben, die Unklarheiten über den Anwendungsbereich dieses Tatbestandsmerkmals und damit des § 370 AO durch Präzisierung und Konkretisierung gemäß der verfassungsrechtlichen Vorgaben ausräumt. Auch wenn dies der Fall wäre, muss dann in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die fallbezogene Interpretation des BGH, eine solche hinreichende Gefährdung liege bei Erlass eines

⁷⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3218).

⁷⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3220).

⁸⁰ Auch bei § 263 StGB wird der Begriff des Vermögensvorteils als Kehrseite des Vermögensschadens beschrieben siehe nur *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 690.

⁸¹ So aber wohl *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 123. Zum Finden bzw. Ziehen der Wortlautgrenze durch den Rechtsanwender siehe jüngst *Kudlich/Christensen*, JR 2011, 146.

unrichtigen Feststellungsbescheides vor, den Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG genügt. Es wäre nämlich unzulässig, eine vermeintliche Strafbarkeitslücke, die dadurch entstehen könnte, dass die Erfolgsvariante Steuerverkürzung, die aufgrund der fehlenden Steuerfestsetzung in einem Feststellungsbescheid nicht vorliegt, durch eine den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht genügende Auslegung der Alternative „Steuervorteil“ im konkreten Fall zu schließen.

b) Auslegung des Merkmals *Steuervorteil*

Das Tatbestandsmerkmal *Steuervorteilserlangung* beschreibt den Taterfolg des Erfolgsdelikts der Steuerhinterziehung (§ 370 AO), der bei einer Deliktvollendung vorliegen muss. Es stellt sich nun die Frage, inwieweit die oben dargestellten Auslegungskriterien, die das BVerfG aus Art. 103 Abs. 2 GG im Hinblick auf das Erfolgsdelikt der Untreue (§ 266 StGB) und dessen Taterfolg „Nachteil“ entwickelt hat, übertragbar sind. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil die Untreue nach einhelliger Ansicht, der sich auch das BVerfG anschließt, ein reines (Vermögens-)Verletzungsdelikt ist, während nach Ansicht des BGH die Steuerhinterziehung in beiden Tatvarianten ein (Vermögens-)Gefährdungsdelikt ist. Ein solches Normverständnis verstößt zunächst einmal nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, auch wenn gute Argumente für die Klassifizierung des § 370 AO als Verletzungsdelikt sprechen mögen. Die Anforderungen, die das BVerfG an die Auslegung des Nachteilsmerkmals entwickelt hat, sollen aber explizit eine „verfassungswidrige Überdehnung des Untreuetatbestandes“, nämlich „in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt“ vermeiden.⁸² Dieses Argument greift damit bei § 370 AO nicht unmittelbar.

Das bedeutet aber nicht, dass die Maßstäbe, die das BVerfG im Hinblick auf die Konkretisierung und Präzisierung des Vermögensnachteils bei § 266 StGB, insbesondere im Hinblick auf den Gefährdungsschaden, nicht auf das Merkmal „Steuervorteil“ zu übertragen wären.⁸³ Denn auch wenn sich § 370 AO und § 266 StGB hinsichtlich des Deliktstypus unterscheiden sollten, handelt es sich jedoch bei beiden Delikten um Erfolgs- und vor allem Vermögensdelikte. Auch dass § 266 StGB tatbestandsmäßig einen *Nachteil*, § 370 AO, aber einen *Steuervorteil* voraussetzt, spricht nicht gegen eine Übertragbarkeit. Kehrseite einer hinreichend konkreten Gefährdung des Steueranspruchs ist nämlich die hinreichend konkrete Besserstellung des Steuerschuldners.

Bei einer Übertragung der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe kann zunächst gefolgert werden, dass eine Interpretation konkret des Merkmals *Steuervorteil* als hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs verfassungsrechtlich zulässig ist. Denn wenn schon bei einem vermögensbezogenen Verletzungsdelikt wie § 266 StGB die Auslegung des Erfolgsmerkmals Vermögensnachteil als eine hinreichend konkrete Gefährdung des Vermögens des Opfers für im Hin-

blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ausreichend erachtet wird, muss dies erst recht bei einem vermögensbezogenen Gefährdungsdelikt für die Auslegung des Erfolgsmerkmals „Steuervorteilserlangung“ gelten.

Entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist aber, ob die Anforderungen, die das BVerfG hinsichtlich der Feststellung einer solchen hinreichend konkreten Vermögensgefährdung bei § 266 StGB, insbesondere im Hinblick auf die Bezifferbarkeit, aus Art. 103 Abs. 2 GG vorgegeben hat, auch auf § 370 AO übertragbar sind. Dagegen spricht dem ersten Anschein nach, dass nach dem BGH bei § 370 AO für die Deliktvollendung gerade noch kein Nachteil für das Vermögen des Steuerfiskus eingetreten sein muss, so dass eine Gleichsetzung von Nachteil und Gefährdung anders als bei § 266 StGB nicht erfolgt. Andererseits aber ist auch ein *Steuervorteil* stets ein Vorteil wirtschaftlicher Art, so dass eine wirtschaftliche Besserstellung des Steuerpflichtigen erfolgen muss, die mit einer wirtschaftlichen Schlechterstellung des Steuerfiskus einhergeht.⁸⁴ Eine Auslegung, die diese wirtschaftliche Komponente des *Steuervorteils*merkmals missachtet, entspricht (wie beim *Nachteil* bei § 266 StGB) auch nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG, da damit der Tatbestand des § 370 AO im Hinblick auf das Rechtsgut Vermögen nicht hinreichend restriktiv ausgelegt wird und das Merkmal *Steuervorteil* keinen eigenständigen strafbarkeitsbegrenzenden Gehalt mehr erkennen lässt.

Die Auslegung des Merkmals *Steuervorteil* als hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs ist somit grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Feststellung einer hinreichend konkreten Gefährdung auf eine sichere Grundlage gestellt und anhand einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise rational nachvollziehbar gemacht wird. Dies setzt erstens voraus, dass einerseits eine konkrete und nicht nur abstrakte Gefährdung vorliegt, und zweitens, dass sich diese konkrete Gefährdung auch konkret wirtschaftlich als Schlechterstellung des Steuerfiskus bzw. Besserstellung des Steuerpflichtigen auswirkt. Wenn diesen Anforderungen Genüge getan wird, dürfte es zwar dogmatisch unbefriedigend, aber wohl verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden sein, wenn durch ein solches Normverständnis der Erfolgsvariante *Steuervorteilserlangung* eine bloße Auffangfunktion gegenüber dem Merkmal *Steuerverkürzung* zugewiesen wird.

c) Die (fallbezogene) Auslegung durch den BGH

Die Entscheidung des BGH zur Steuerhinterziehung durch Erschleichen eines unrichtigen Feststellungsbescheides genügt fallbezogen diesen Anforderungen nicht. Der BGH begründet zunächst die hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs allein mit der Bindungswirkung des Feststellungsbescheides gem. § 182 Abs. 1 S. 1 AO für die Folgebescheide, also mit der konkreten (und nicht nur abstrakten) Gefahr, dass es zu einer *Steuerverkürzung* durch *Steuerfestsetzung* kommt. Die *Steuerverkürzung* aber stellt (zumindest

⁸² BVerfG NJW 2010, 3209 (3220).

⁸³ Zu einer solchen Übertragbarkeit schon *Rübenstahl*, HRRS 2009, 93 (96 ff.); *Brüning* (Fn. 4), S. 546 allerdings vor dem Beschluss des BVerfG.

⁸⁴ Dementsprechend fordern *Schmitz/Wulf* (Fn. 4), § 370 Rn. 134 auch, dass bei der *Steuervorteilserlangung* eine wirtschaftliche Bewertung des *Steuervorteils* vorzunehmen ist.

nach Ansicht des BGH) wiederum nur eine Gefährdung des Steueranspruchs dar. Damit scheint der BGH die erforderliche fallbezogene Präzisierung bei der Auslegung dadurch herbeiführen zu wollen, dass er in Übereinstimmung mit der Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte die Deliktvollendung mit dem Vorliegen „eines konkreten Gefährerfolges“ begründet.⁸⁵ Dies setzt nach allgemeinen, wenn auch noch nicht im Einzelnen abschließend geklärten Grundsätzen voraus, dass erstens „ein Tatobjekt vorhanden und in den Wirkungsbereich des Gefährdenden eingetreten sein [muss] und [...] zweitens die inkriminierte Handlung die nahe liegende Gefahr einer Verletzung dieses Tatobjekts geschaffen haben [muss]“.⁸⁶

Hinsichtlich des Vorhandenseins eines Tatobjektes ist davon auszugehen, dass jedenfalls in der hier interessierenden Konstellation eines Feststellungsbescheides gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO ein Steueranspruch gem. § 36 Abs. 1 EStG schon entstanden ist.⁸⁷ Geht man weiter davon aus, dass eine konkrete Gefahr dort vorliegt, wo der Verletzungserfolg nur zufällig ausbleibt, also nur auf Grund eines Umstandes, auf den der Täter nicht vertrauen kann,⁸⁸ ist die Feststellung einer konkreten Gefahr für das Steueraufkommen aufgrund der Bindungswirkung des Feststellungsbescheides in der hier zu beurteilenden Konstellation verfassungsrechtlich wohl unbedenklich.⁸⁹

Verfassungsrechtlich bedenklich ist dagegen, dass der BGH einen Steuervorteil bei Bekanntgabe eines unrichtigen Feststellungsbescheides bejaht, obwohl dieser regelmäßig noch keine abschließende Auskunft gibt, in welcher Höhe der Steueranspruch tatsächlich beeinträchtigt und in welcher Höhe der Steuerpflichtige begünstigt wird. Damit verzichtet das Gericht auf die Darlegung konkreter wirtschaftlicher Auswirkungen der durch einen Feststellungsbescheid herbeigeführten zukünftigen Verlustgefahr und damit auf eine an wirtschaftlichen Kriterien orientierten Auslegung des Tatbestandsmerkmals Steuervorteilserlangung. Dies ist im Hinblick auf den Charakter der Steuerhinterziehung als vermögensbezogenes Erfolgsdelikt unzulässig: Die Anerkennung einer zukünftigen wirtschaftlich unbestimmten Verlustgefahr und einer damit korrespondierenden ebenso unbestimmten zukünftigen Besserstellung des Steuerpflichtigen als Steuer-

vorteil würde die vom Gesetzgeber vorgesehene strafbarkeitseinschränkende und selbstständige Funktion dieses Tatbestandsmerkmals wieder aufheben. Der Gehalt des Steuervorteilsmerkmals bleibt damit unbestimmt, die Voraussetzungen der Strafbarkeit sind nicht zu erkennen. Es findet somit fallbezogen eine verfassungswidrige „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale entgegen der gesetzgeberischen Intention statt.

VI. Zusammenfassung

Die (fallbezogene) Rechtsprechung des BGH ist im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig, soweit sie das Bewirken eines unrichtigen Steuerfestsetzungsbescheides bereits als Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils und damit als vollendete Steuerhinterziehung gem. § 370 AO ansieht. § 370 AO ist ein Vermögenserfolgsdelikt, so dass auf die Feststellung der konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen der durch einen Feststellungsbescheid herbeigeführten Verlustgefahr für das Vermögen des Staates nicht verzichtet werden darf. Allein die Berufung auf die Bindungswirkung eines Feststellungsbescheides für die späteren Festsetzungsbescheide gem. § 182 Abs. 1 S. 1 AO rechtfertigt nicht den Verzicht auf eine wirtschaftliche Betrachtung bei Auslegung des Merkmals Steuervorteilserlangung, so wie sie das BVerfG zu Recht auch für die Feststellung des Vermögensnachteils bei § 266 StGB fordert.

⁸⁵ Siehe hierzu nur *Roxin* (Fn. 48), § 11 Rn. 147 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁸⁶ *Roxin* (Fn. 48), § 11 Rn. 148 m.w.N.

⁸⁷ *Brüning* (Fn. 4), S. 546 f.

⁸⁸ So zutreffend *Schünemann*, JA 1975, 787 (797); *Roxin* (Fn. 48), § 11 Rn. 151 m.w.N.

⁸⁹ Nach *Rübenstahl*, HRRS 2009, 93 (96) soll allerdings eine nahe liegende Gefahr nach den für konkrete Gefährdungsdelikte geltenden Grundsätzen erst mit dem Antrag auf Veranlagung zur Einkommenssteuer entstehen. Denn dann erst hänge es nur noch vom Zufall ab, ob der Verletzungserfolg eintritt. Meines Erachtens stellt aber die Annahme einer konkreten Gefahr zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Grundlagenbescheides jedenfalls keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG dar. Denn schon zu diesem Zeitpunkt ist es für den Täter zufällig, ob der Verletzungserfolg eintritt.

Dogmatisch fragwürdig und weitgehend ohne praktischen Nutzen*

Die Vorschriften zur Bekämpfung des Missbrauchs der Kronzeugenregelung

Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz

Durch das 43. StrÄndG – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe – vom 29.7.2009¹ sind § 145d Abs. 3 und 4 sowie § 164 Abs. 3 in das Strafgesetzbuch eingefügt worden, um dem „möglichen Missbrauch bei der Erlangung von Strafmilderung oder dem Absehen von Strafe durch bewusst unwahre Behauptungen in Bezug auf aufzuklärende oder zu verhindernde Straftaten [...] effektiver entgegenzuwirken“.²

Zwar unterfällt – so die Gesetzesbegründung – diese Vorgehensweise vielfach schon den bestehenden Regelungen in §§ 145d Abs. 1 und 2, 164 Abs. 1 StGB. „Einige gravierende Fälle“³ könnten aber nicht⁴ oder nur mit unzureichender Strafandrohung⁵ erfasst werden. Welche gravierenden Fälle des Missbrauchs dies sein sollen, verrät die Begründung nicht. Da die Strafbarkeit in den neu eingefügten §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB gleichermaßen daran anknüpft, dass der Täter in der Absicht handelt, die Vergünstigungen der Kronzeugenregelungen zu erlangen, müssten konsequenterweise nicht nur einige, sondern alle Fälle dieses Missbrauchs so gravierend sein, dass sie eine Strafbarkeit mit dem verschärften Strafrahmen verdienen. Daneben soll es aber auch Fallkonstellationen geben (die in der Gesetzesbegründung leider nicht beispielhaft benannt werden), „die sich [trotz der Missbrauchsabsicht] im Unrechtsgehalt nicht wesentlich von den bisherigen Anwendungsfällen unterscheiden“.⁶ Insoweit sind in §§ 145d Abs. 4, 164 Abs. 3 S. 2 StGB minder schwere Fälle vorgesehen, die bei § 145d StGB auf den Strafrahmen des § 145d Abs. 1 bzw. 2 StGB zurückzuführen,⁷ während beim minder schweren Fall des § 164 Abs. 3

S. 2 StGB im Vergleich zur Strafdrohung des Grundtatbestandes (§ 164 Abs. 1 StGB) eine erhöhte Mindeststrafdrohung erhalten bleibt.

Die höheren Strafrahmen der §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB sollen allerdings nicht nur den Missbrauch der Kronzeugenregelung angemessen sanktionieren, sondern auch „die präventive Wirkung dieser Vorschriften“⁸ erhöhen. Zugleich soll „ein größerer Spielraum eröffnet werden, um eine durch die Falschaussage erzielte Strafmilderung angemessen kompensieren zu können“.⁹

Im Folgenden wird dargelegt, dass den Vorschriften keine nennenswerte präventive Wirkung zukommen kann (nachfolgend unter I.). Sie können auch nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden, Strafvorteile abzuschöpfen, die unberechtigt in einem anderen Verfahren zuerkannt wurden (dazu unter II.). Kritisch zu prüfen ist auch die These, dass die Tatbestandsverwirklichung in der Absicht, unberechtigt Strafvorteile zu erlangen, mit erhöhtem Unrecht verbunden sein soll (siehe unter III.). Die Regelungen zur Bekämpfung des Missbrauchs der Kronzeugenregelung stellen in dieser Form einen systemwidrigen Fremdkörper im Gefüge der Vorschriften zum Schutz der Rechtspflege vor vorgetäuschten Straftaten und falschen Verdächtigungen dar (dazu unter IV.).

I. Zur präventiven Wirkung der §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB

Bereits in den Gesetzesberatungen wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass die erhöhten Strafdrohungen die in Betracht kommende Zielgruppe nicht beeindrucken werden.¹⁰

* Frau stud. iur. *Elitza Mihaylova* hat wertvolle Vorarbeiten zu diesem Beitrag geleistet. Dafür dankt der Verf. ihr ganz herzlich.

¹ BGBl. I 2009, S. 2288.

² So die Begr. des Gesetzentwurfs in BT-Drs. 16/6268, S. 15.

³ BT-Drs. 16/6268, S. 15.

⁴ Insoweit soll offenbar § 145d Abs. 3 Nrn. 2 und 3 StGB Abhilfe schaffen, indem der Katalog der Taten, deren Verwirklichung angeblich bevorstehen soll, über § 126 Abs. 1 StGB hinaus auf alle in § 100a Abs. 2 StPO und § 31 S. 1 Nr. 2 BtMG angeführten Taten erstreckt wird.

⁵ Hier werden mit §§ 145d Abs. 3 Nr. 1 bzw. § 164 Abs. 3 StGB Qualifikationen bereitgestellt.

⁶ BT-Drs. 16/6268, S. 16.

⁷ Der Strafrahmen von bis zu drei Jahren bei einem minder schweren Fall findet sich zwar bei Delikten, die einen höheren Ausgangsstrafrahmen vorsehen (sechs Monate bis fünf Jahre: §§ 258a Abs. 1 Hs. 2, 332 Abs. 1 S. 2 StGB), während bei dem Ausgangsstrafrahmen des § 145d Abs. 3 StGB der minder schwere Fall nur bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe reicht (§ 334 Abs. 1 S. 2 StGB). Letzteres hätte den Strafrahmen des minder schweren Falls der Qualifikation (§ 145d Abs. 3 Nr. 1 StGB) aber niedriger angesetzt als den des Grundtatbestandes (§ 145d Abs. 1 StGB), was auch bei § 340

StGB vermieden wurde. Zu den Strafrahmenrätseln im StGB siehe *Hettinger*, in: *Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 95 (S. 109 ff.).

⁸ BT-Drs. 16/6268, S. 16.

⁹ BT-Drs. 16/6268, S. 16 (ähnlich der Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags in BT-Drs. 16/13094, S. 2) unter Hinweis auf eine Untersuchung von *Mühlhoff/Mehrens*, *Das Kronzeugengesetz im Urteil der Praxis*, 1999. Dort (S. 80) wird die Äußerung eines Praktikers wiedergegeben, dass der Strafrahmen des § 164 Abs. 1 StGB für eine Kompensation nicht ausreiche, wenn der Kronzeuge statt 11 Jahren Freiheitsstrafe im Hinblick auf seine Aussage nur noch 4 ½ Jahre erhalte.

¹⁰ So in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestags v. 25.3.2009, Protokoll der 133. Sitzung, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1667&id=1134>, S. 5 (*Dierlamm*: „nicht mehr als ein müdes Lächeln abringen“ und: „Diese Vorschriften sind sicherlich absolut unzureichend, um Falschbelastungen entgegenzuwirken“) und S. 9 (*Frank*: „ohne jede Wirkung“). Kritisch auch *Salditt*, *StV* 2009, 375 (378); *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 46b Rn. 7. *König*, *NJW* 2009, 2481 (2483 – ebenso in der Anhörung, vgl. S. 17 des Protokolls)

„Wir haben es hier mit Tätern zu tun, die [...] wissen, dass das Entdeckungs- oder gar Verurteilungsrisiko für Falschbelastungen in Abwägung mit den möglichen Vorteilen nicht ausreichend sicher ist.“¹¹ Dem ist zuzustimmen. Denn bei der negativen Generalprävention kommt es nach allgemeiner Ansicht¹² weniger auf die Höhe der Strafdrohung als auf das Sanktionsrisiko und damit auf die Überführungswahrscheinlichkeit an. Und diese fällt bei §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB aus mehreren Gründen gering aus.

Beide Tatbestände setzen entweder selbst (§ 145d Abs. 3 Nrn. 2 und 3 StGB) oder in Verbindung mit dem Grundtatbestand (§§ 145d Abs. 3 Nr. 1, 164 Abs. 3 S. 1 StGB) voraus, dass die Vortäuschung/Verdächtigung wider besseres Wissen geschieht. Gerade bei den hier in Frage stehenden Taten wird der Nachweis schwer fallen, dass der Täter *sicher* um die Unwahrheit der Tatsachen (bzw. des Vorwurfs) wusste,¹³ aus denen sich die (bevorstehende) Tat bzw. Tatbeteiligung ergibt bzw. die Falschheit der Verdächtigung folgt.

Hinzu kommt, dass bei § 145d Abs. 1 StGB bisher nicht befriedigend geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen eine andere Tat vorgetäuscht oder eine tatsächlich geschehene oder bevorstehende Tat nur aufgebauscht wird.¹⁴ Die gleiche Problematik besteht bei der Tatbeteiligung und bei der falschen Verdächtigung.¹⁵ Im Hinblick darauf, dass die „Aufklärungshilfe“ nach § 46b StGB häufig über § 100a Abs. 2 StPO auf Delikte bezogen ist, die nur als Qualifikation oder als besonders schwerer Fall erfasst sind, ist zu erwarten, dass der Kronzeuge bei tatsächlich geschehenen oder geplanten Taten nur die erschwerenden Umstände hinzudichten wird, um „gefährlos“¹⁶ die Strafmilderung zu erlangen.

befürchtet sogar, die Strafdrohung werde den Effekt erzielen, dass der Kronzeuge in der Folge an seiner unrichtigen Aussage in weiteren Verfahren festhält, um der Strafe wegen Missbrauchs der Kronzeugenregelung zu entgehen.

¹¹ Frank (Fn. 10). Ähnlich Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 46b Rn. 34; Kaspar/Wengenroth, GA 2010, 453 (462); König, NJW 2009, 2481 (2483); Valerius, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: Februar 2011, § 145d Rn. 19a.3; Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 164 Rn. 82.

¹² Hendrik Schneider, in: Göppinger/Bock, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 30 Rn. 57 m.w.N.

¹³ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 145d Rn. 10a; Valerius (Fn. 11), § 145d Rn. 19a.3; ebenso die Stellungnahme des DAV (dort unter III. 3.) zum Referentenentwurf, http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/kronzeuge/stellung_dav_refe.pdf.

¹⁴ Dazu Zopfs, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 145d Rn. 23 ff.

¹⁵ Zopfs (Fn. 14), § 145d Rn. 35 und § 164 Rn. 35 f.

¹⁶ Da der Vortäuschung ein Wahrheitskern innewohnt, sind die Aussichten gut, dass die „Aufklärungshilfe“ die Prüfung des Tatgerichts (§ 46b Abs. 2 Nr. 1 StGB) übersteht und dem „Kronzeugen“ die Strafmilderung zugutekommt. Stellt sich

Schließlich ist die Rechtsprechung zu § 164 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. Diese bezieht die vom direkten Vorsatz umfasste Unwahrheit nicht auf die vorgetragene(n) Tatsachen, aus denen sich die Beschuldigung ergibt, sondern auf die Beschuldigung selbst.¹⁷ Eine unwahre Verdächtigung kommt danach nur in Betracht, wenn erwiesenermaßen ein Unschuldiger einer rechtswidrigen Tatbegehung beschuldigt wurde. Hinzu tritt der Umstand, dass der Kronzeuge nach § 46b StGB auch über Taten „aufklären“ kann, an denen er selbst gar nicht beteiligt war,¹⁸ so dass er – ohne sich selbst zu belasten – Taten Dritter mitteilen kann. „Dies steigert die Gefahr von Falschbelastungen“¹⁹. Dass solche Beschuldigungen auch tatsächlich unwahr und wider besseres Wissen gemacht wurden, wird man dann jedoch kaum nachweisen können. Damit ist gerade dort, wo aus generalpräventiven Gründen die Obergrenze des Strafrahmens auf bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe verdoppelt wurde, das Sanktionsrisiko besonders gering.²⁰

II. Kompensation der unberechtigt erlangten Strafmilderung

Im Gesetzgebungsverfahren hat sich die Bundesregierung gegen den Vorschlag des Bundesrats²¹ ausgesprochen, bei Anwendung der Kronzeugenregelung eine sog. Verwirkungsstrafe festzulegen, die den Kronzeugen im Falle des Missbrauchs über ein Wiederaufnahmeverfahren anstelle der ursprünglich verhängten Strafe treffen soll. Da das Wiederaufnahmeverfahren an das Aussageverhalten des Kronzeugen in

später heraus, dass die qualifizierenden Umstände wohl nicht vorliegen, so müsste nun bei rechtlich schwieriger Abgrenzung zur Reichweite einer Tat der sichere Nachweis geführt werden, dass der Kronzeuge gerade diese zusätzlichen Umstände wider besseres Wissen hinzugedichtet hatte.

¹⁷ So z.B.: BGHSt 35, 50 (52 ff.) = NJW 1988, 81 f.; OLG Rostock NStZ 2005, 335 (336); OLG Koblenz NZV 2011, 93.

¹⁸ Der für die 17. Legislaturperiode geschlossene Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP sieht vor (S. 107), die Kronzeugenregelung etwas enger auszugestalten. Ein entsprechender Referentenentwurf (Stand 12.5.2011) ist jüngst vorgelegt worden (die Tat des Kronzeugen soll künftig „im Zusammenhang“ mit der aufzuklärenden Tat stehen). Dabei will man (orientiert an der Auslegung, die zu § 31 S. 1 Nr. 1 BtMG entwickelt wurde) auf einen „inneren und verbindenden Bezug“ zwischen der eigenen und der offenbarten Tat abstellen.

¹⁹ S. 7 der schriftlichen Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf, online abrufbar unter http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0626/ausschuess_e/a06/anhoeerungen/48_Kronzeugenregelung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Dierlamm.pdf.

²⁰ Im Ergebnis ähnlich Frank in der Anhörung der Sachverständigen im Rechtsausschuss des Bundestages, Protokoll der 133. Sitzung (Fn. 10), S. 35: „Ich bin überzeugt, dass es uns in nur ganz wenigen Fällen gelingen wird, einen solchen Tatnachweis zu führen.“

²¹ BT-Drs. 16/6268, S. 19; BR-Drs. 353/1/07, S. 5 ff.

den Folgeprozessen anknüpfen soll,²² werde ein faktischer Zwang begründet, „an einer einmal gemachten Angabe – unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt – festzuhalten“²³. Die demgegenüber mit §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 StGB beschlossene Verschärfung der Strafrahmen kann aber gleichwohl nicht damit gerechtfertigt werden, dass (ja auch) auf diesem Wege die bei einem Missbrauch der Kronzeugenregelung erzielte Strafmilderung abgeschöpft werden kann.

Ein Verhalten, das bereits rechtskräftig abgeurteilt wurde, kann selbstverständlich nicht nachträglich noch mit einer „ergänzenden“ Strafe sanktioniert werden.²⁴ Ein solch abzuschöpfender Strafmilderungsgewinn könnte allenfalls als Folge der nun abzuurteilenden Vortäuschung bzw. Falschverdächtigung zu deuten sein, wobei eine tatsächliche Kompensation der gewährten Strafmilderung durch eine dementsprechend erhöhte Strafe für die Vortäuschung/Falschverdächtigung freilich nicht erzielt werden kann. Denn eine Strafe, die der Kronzeuge ohne Anwendung des § 46b StGB bzw. § 31 BtMG verwirkt hätte, wird ja gerade nicht festgesetzt. Überzeugen kann eine solche Deutung dennoch nicht: Die §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB sehen den erhöhten Strafrahmen unabhängig davon vor, ob der beabsichtigte Missbrauch der Kronzeugenregelung überhaupt zu einer Strafmilderung oder einem Absehen von Strafe geführt hat. Der erhöhte Strafrahmen ist ebenso einschlägig, wenn die Vortäuschung/Falschverdächtigung aufgedeckt wurde und der anvisierte Missbrauch der Kronzeugenregelung misslungen ist. Insoweit kann man zwar noch einen angemessenen Strafrahmen – da es nichts zu kompensieren gibt – über die Annahme eines minder schweren Falles (§§ 145d Abs. 4, 164 Abs. 3 S. 2 StGB) erzielen. Dieser Ausweg kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der gegenüber dem jeweiligen Grundtatbestand beachtlich erhöhte Strafrahmen in §§ 145d Abs. 3 Nr. 1, 164 Abs. 3 S. 1 StGB nicht mit einem Umstand gerechtfertigt werden kann (Kompensation der durch die Falschaussage erzielten Strafmilderung), der zur Verurteilung gar nicht vorliegen muss.²⁵ Auch auf diesem Wege (Kompensation) können die neuen Tatbestände also nicht begründet werden. Dies leitet über zu der Frage, ob nicht zumindest die

vom Gesetz nur vorausgesetzte Absicht, eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe zu erlangen, die Strafrahmenverschärfung begründen kann.

III. Die Missbrauchsabsicht als unrechtserhöhender Gesichtspunkt?

Die Möglichkeit, als Kronzeuge die drohende Strafe dadurch zu reduzieren, dass die eigene Tat oder andere Taten aufgeklärt oder verhindert werden, verleitet zum Missbrauch. Wer keine Aufklärungs- oder Präventionshilfe anzubieten hat, gleichwohl aber die angebotene Strafmilderung in Anspruch nehmen will, gerät in die Versuchung,²⁶ entsprechende Taten wahrheitswidrig zu behaupten oder aufzubauschen und Tatbeteiligungen zu überzeichnen. Dieses Missbrauchsrisiko wird freilich – und dies sieht auch die Gesetzesbegründung²⁷ – durch die Kronzeugenregelung erst *geschaffen* (zumindest institutionalisiert). Kann gleichwohl eine entsprechende Selbstbegünstigungszwecken dienende Missbrauchsabsicht zu einer Verdoppelung der Obergrenze des Strafrahmens führen?²⁸

Zu § 164 Abs. 3 S. 1 StGB finden sich Stimmen, die die Selbstbegünstigungsabsicht deshalb als strafscharfend bewerten, weil sie mit einer Drittschädigungsabsicht verknüpft werde.²⁹ Offenbar soll hier entsprechend der Argumentation zur Verdeckungsabsicht die Strafvereitelungsabsicht als strafscharfend bewertet werden, weil der Täter dem Strafanspruch auf Kosten unbeteiligter Rechtsgüter (hier das Individualrechtsgut des Verdächtigten) entgegenwirkt. Ungeachtet der Frage, ob § 164 StGB³⁰ einen solchen Individualschutz allein oder neben dem Schutz der Rechtspflege überhaupt gewährleisten kann, überzeugt dieser Ansatz nicht. So bleibt unberücksichtigt, dass eine falsche Verdächtigung nach § 164 Abs. 1 StGB meist nicht auf Hass oder Missgunst beruht, sondern vielfach darauf abzielt, mit der Verdächtigung anderer sich selbst der Strafverfolgung zu entziehen. Auch der Grundtatbestand erfasst damit Konstellationen, in denen der Täter zumindest wissentlich die Verfahrensherbeiführung gegen Dritte zum Zwecke eigener Selbstbegünstigung anstrebt³¹ – lediglich mit dem Unterschied, dass ihm der mögliche Erfolg der Selbstbegünstigung nicht bereits (wie durch § 46b StGB) in Aussicht gestellt wird.

²² BR-Drs. 353/1/07, S. 6: Wiederaufnahme auch dann, wenn der Zeuge nicht erscheint, das Zeugnis grundlos verweigert oder falsch aussagt.

²³ BT-Drs. 16/6268, S. 21. Freilich wird ein faktischer Zwang zum Festhalten an dem Vortäuschen/der Falschverdächtigung auch über die Strafdrohung §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB erzielt, s. König, NJW 2009, 2481 (2483).

²⁴ Valerius (Fn. 11), § 145d Rn. 19a.2; Frank/Titz, ZRP 2009, 137 (139); Jeßberger in seiner schriftlichen Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestags am 25.3.2009, S. 9, in: http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0626/ausschuess_e/a06/anhoerungen/48_Kronzeugenregelung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Jessberger.pdf.

²⁵ Im Ergebnis ebenso Lange in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestags, Protokoll der 133. Sitzung, (Fn. 10), S. 19: Dem Bestreben, die erlangte Strafmilderung zu kompensieren, fehlt die „für eine Strafschärfung notwendige Typisierung von Unrecht“.

²⁶ Möglicherweise wird er auch erst von den Ermittlungsbehörden auf die Möglichkeit oder Rentabilität dieser Strafmilderung hingewiesen, s. bei Salditt, StV 2009, 375 (378).

²⁷ BT-Drs. 16/6268, S. 15: „Angesichts der durch eine ‚Kronzeugenregelung‘ eröffneten spezifischen Missbrauchsgefahr“ [...].

²⁸ Ablehnend Lange in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestags, Protokoll der 133. Sitzung, (Fn. 10), S. 19.

²⁹ Fischer (Fn. 11), § 164 Rn. 15; Lackner/Kühl (Fn. 13), § 164 Rn. 12.

³⁰ Für die Strafschärfung in § 145d Abs. 3 StGB führt diese Argumentation ohnehin nicht weiter.

³¹ Ebenso Vormbaum (Fn. 11), § 164 Rn. 79, der sich für einen ausschließlichen Schutz des Individualrechtsguts ausspricht.

Nach *Schneider* kann eine Selbstbegünstigungsabsicht nur dort strafscharfend wirken, wo sie sich als Manifestation einer besonderen Gefährlichkeit des Täters darstellt: Damit der Täter bereits von der Begehung der zu verdeckenden Tat absieht, müsse die Verdeckungsabsicht deeskalierend an eine höhere Strafe anknüpfen. Zugleich würde damit im Sinne einer positiven Generalprävention einer Kriminalitätsfurcht entgegengewirkt, die daraus folge, dass in besonders eskalationsträchtigen Situationen potentiell jeder von einer solchen Tat betroffen sein kann.³² Beide Gesichtspunkte treffen auf den Missbrauch der Kronzeugenregelung nicht zu: Weder vermag die erhöhte Strafdrohung der §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 S. 1 StGB den Kronzeugen bereits vor Begehung seiner Tat zu beeinflussen, da er seine spätere Ermittlung zu diesem Zeitpunkt nicht in Betracht zieht, noch stellt der Missbrauch der Kronzeugenregelung eine Situation dar, in der jedermann eine erhöhte Kriminalitätsfurcht hegt. Vielmehr dürfte die Vorstellung vorherrschen, dass hier vorrangig das einschlägige Milieu betroffen sein wird, also solche „Personen, denen man die angegebenen Taten wohl auch zutrauen kann“. Der Missbrauch der Regelung spiegelt auch nicht eine besondere Gefährlichkeit des Täters wider, der es mit der erhöhten Strafdrohung entgegenzuwirken gilt, sondern folgt aus dem Angebot des Gesetzes, als Kronzeuge einen beträchtlichen Strafrabatt zu erlangen.

Peglau will den erhöhten Strafrahmen damit rechtfertigen, „dass sich die (Falsch-)Belastungen nicht auf einfache Straftaten sondern auf schwere Delikte (§ 100a Abs. 2 StPO) beziehen.“³³ Dies überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht. Die Orientierung an der Schwere der vorgetäuschten Delikte geht am Unrechtsgehalt der §§ 145d, 164 StGB vorbei. Geschützt werden bestimmte Behörden vor unnützer Inanspruchnahme (§ 145d StGB)³⁴ bzw. vor einer Instrumentalisierung durch den Täter (§ 164 StGB)³⁵. Im Übrigen erfassen die § 100a Abs. 2 StPO, § 31 Abs. 1 S. 2 BtMG keineswegs nur schwere Delikte, sondern auch zahlreiche Vergehen, die sogar mit Geldstrafe bedroht sind.³⁶ Umgekehrt sind die

Grundtatbestände aus § 145d Abs. 1 und 2 StGB und § 164 Abs. 1 StGB ohnehin auch bei schwersten Taten einschlägig.

Somit bleibt festzuhalten, dass sich die Strafverschärfungen in §§ 145d Abs. 3, 164 Abs. 3 StGB weder durch ihre präventive Wirkung noch durch die Notwendigkeit der Kompensation unberechtigt erlangter Strafvorteile noch durch ein mit der Missbrauchsabsicht verbundenes erhöhtes Unrecht rechtfertigen lässt. Außerdem stellt sich – wie abschließend zu zeigen ist – die Verknüpfung der Regelungen zum Schutz der Kronzeugenregelungen mit den §§ 145d, 164 StGB als systemwidrig dar.

IV. Die Unvereinbarkeit der Strafschärfungen mit den Grundtatbeständen.

So ist § 145d Abs. 3 StGB bereits mit dem Schutzgut der § 145d Abs. 1 und 2 StGB nicht vereinbar. Der Schutzzweck der zuletzt genannten Vorschriften wird allgemein in der Vermeidung unnötiger Tätigkeit solcher Behörden gesehen, die zur Strafverfolgung oder Verhütung schwerwiegender Straftaten (die die Bevölkerung besonders beunruhigen) verpflichtet sind. Deren Ressourcen sollen nicht in Gefahr geraten, unnötig beansprucht zu werden, damit die Allgemeinheit in ihrem Vertrauen auf ein effizientes und rechtzeitiges Eingreifen dieser Behörden nicht erschüttert wird.³⁷ Die Täuschung des Kronzeugen beansprucht hingegen die Strafverfolgungsbehörden nicht *zusätzlich*, sondern in einem Bereich, in dem sie, da die Aussageperson bereits als Kronzeuge fungiert, *ohnehin* tätig werden müssen, damit gemäß § 46b Abs. 2 StGB über die Strafe des Kronzeugen sachgerecht geurteilt werden kann. In der Begründung zu § 145d Abs. 3 StGB wird nicht einmal ansatzweise darauf abgehoben, die Ressourcen der Ermittlungsbehörden in einem besonders wichtigen Bereich zu schützen, vielmehr hatte der Gesetzgeber allein die präventive Wirkung der Strafschärfung und die Abschöpfung unberechtigt erlangter Strafvorteile vor Augen.

Im Übrigen finden sich beachtliche handwerkliche Fehler. Die Strafverschärfungen in §§ 145d Abs. 3 Nr. 1, 164 Abs. 3 S. 1 StGB stellen auf die Verwirklichung des Grundtatbestandes ab und verknüpfen diese mit der Absicht, die Strafvorteile nach § 46b StGB bzw. § 31 BtMG zu erlangen. Damit wird allerdings jede vorgetäuschte Straftat bzw. jede Falschverdächtigung erfasst, auch wenn diese der Kronzeugenregelung gar nicht zugänglich ist. Ebenso erfasst wäre eine „Aufklärungshilfe“, die die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der § 46b Abs. 3 StGB, § 31 Abs. 2 BtMG nicht erfüllen kann. Die §§ 145d Abs. 3 Nr. 1, 164 Abs. 3 S. 1 StGB wollen aber nicht die böse Absicht bestrafen, die auf rechtsirrigen Ansichten über die Reichweite der Kronzeugenregelung beruht, sondern einem *tatsächlich möglichen* Missbrauch entgegenwirken. Die Normen sind also restriktiv dahin auszulegen, dass ein Vortäuschen einer Straftat bzw. eine Falschverdächtigung nur dann ausreicht, wenn die Einlassung auch geeignet ist, die Kronzeugenregelungen anzuwenden.³⁸ Außerdem verknüpft § 164 Abs. 3 StGB die für

³² *Hartmut Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1990, S. 108 ff. u. S. 335 f. Für die Verdeckungsabsicht: *Eser*, Gutachten D zum 53. DJT, 1980, S. 166 ff.

³³ In der schriftlichen Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages, S. 6, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1669&id=1134>.

³⁴ *Lackner/Kühl* (Fn. 13) § 145d Rn. 1 m.w.N.

³⁵ *Zopfs* (Fn. 14), § 164 Rn. 4. Nach überwiegender Ansicht wird neben der Rechtspflege (Schutz vor ungerechtfertigter Beanspruchung) auch der Einzelne gegen unberechtigte Zwangsmaßnahmen (deren Schärfe oder Häufigkeit nicht von der Deliktsschwere abhängt) geschützt, s. *Lackner/Kühl* (Fn. 13) § 164 Rn. 1.

³⁶ Über § 100a Abs. 2 StPO: §§ 108e, 109d-109g, 130 Abs. 3 und 4, 253, 298, 332 Abs. 1 S. 2, 334 Abs. 1 S. 2 StGB, § 34 Abs. 1-3 AWG, § 52 Abs. 6 WaffG; über § 31 S. 1 Nr. 1 BtMG: § 29 Abs. 1 BtMG.

³⁷ *Zopfs* (Fn. 14), § 145d Rn. 5.

³⁸ *Anders Fischer* (Fn. 11), § 145d Rn. 14 („erfasst sind [...] auch untaugliche Versuche, eine Strafmilderung zu erlan-

die Verwirklichung des Grundtatbestandes notwendige Absicht der Verfahrensherbeiführung bzw. -fortdauer mit der Absicht, unberechtigt eine Strafmilderung zu erlangen. Da es dem Kronzeugen gerade auf die Strafvorteile ankommt, wird er die Verfahrensherbeiführung gegen den Verdächtigten als notwendiges Zwischenziel in der Regel zwar hinnehmen, dieses aber weder anstreben,³⁹ noch sicher vorhersehen⁴⁰ können. Wie in diesen Fällen die beiden Absichten nun miteinander zu vereinbaren sind, bleibt unklar. Weiterhin ist zu bedenken, dass eine Aufklärungs- und Präventionshilfe häufig dort von Interesse sein wird, wo der Behörde bereits Verdachtsmomente vorliegen. Ist dann aber auch gewährleistet, dass die unzutreffenden Aussagen des Kronzeugen noch die zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Eignung⁴¹ mitbringen, ein behördliches Verfahren auszulösen? Unverständlich ist im Übrigen auch, weshalb – entsprechend der Regelung in § 145d Abs. 1 StGB – der neu eingefügte § 145d Abs. 3 Nr. 1 StGB keine Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu § 164 Abs. 3 S. 1 StGB aufweist.

V. Fazit

Die §§ 145d Abs. 3 und 4, 164 Abs. 3 StGB sind vom Gesetzgeber zwar zum Schutze der Kronzeugenregelung in das Gesetz eingefügt worden. Diesen Schutz vermögen sie jedoch nicht zu leisten. Vielmehr stellen sie im Kontext der §§ 145d, 164 StGB Fremdkörper dar. *Hirsch* hat sich jüngst eingehend mit der Art und Weise befasst, wie der Gesetzgeber unserer Tage mit den Vorschriften im Strafgesetzbuch umgeht. Er kommt zu dem Ergebnis, dass dem Gesetzgeber in letzter Zeit „immer häufiger handwerkliche Fehler unterlaufen“ und es dringend geboten sei, die erkannten gesetzestechnischen Fehler baldmöglichst zu beseitigen.⁴² Diese Forderung sollte das Justizministerium auch im Hinblick auf die hier untersuchten Vorschriften beherzigen, wenn – wie im soeben vor-

gelegten Referentenentwurf vorgesehen⁴³ – die Kronzeugenregelung (vielleicht auch mit einem vertieften Blick auf die Kronzeugenregelungen bei den europäischen Nachbarn, z.B. § 209a öStPO⁴⁴) überarbeitet wird.

gen“); *Vormbaum* (Fn. 11), § 164 Rn. 81 (auch Straftaten, die nicht vom Katalog des § 100a StPO erfasst sind); wie hier *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 164 Rn. 14a.

³⁹Dies verlangen *Langer*, GA 1987, 289 (303) und *Vormbaum* (Fn. 11), § 164 Rn. 64, sofern auf ein Zwischenziel abgestellt wird.

⁴⁰ So die wohl h.M. zu § 164 Abs. 1 StGB, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 164 Rn. 9 m.w.N.

⁴¹ Dazu *Zopfs* (Fn. 14), § 145d Rn. 7, 26 und § 164 Rn. 26 f.

⁴² *Hirsch*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 105 (S. 118, S. 122). Inakzeptabel ist demgegenüber der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 17/4143), mit dem die in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB verfehlt abgefasste Bestimmung zum Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs durch einen minder schweren Fall „entschärft“ und damit wohl die Bestimmung der Gefährlichkeit des nur mitgeführten Werkzeugs praktikabel gemacht werden soll; mit Recht kritisch daher die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu diesem Entwurf: <http://www.dr.b.de/cms/index.php?id=688>.

⁴³ Vgl. oben Fn. 18.

⁴⁴ Die seit dem 1. Januar geltende Regelung sieht zum Schutz vor einem Missbrauch der Kronzeugenregelung (die weder bei Delikten mit Todesfolge noch bei Sexualdelikten zulässig ist) eine vorläufige Einstellung des Ermittlungsverfahrens (ggf. unter Auflagen) vor. Die Vorschriften zur falschen Verdächtigung/Vortäuschen einer Straftat (§§ 297, 298 öStGB) sind unverändert geblieben.