

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Luis Greco, LL.M., München 674

**Pharma-Marketing im Gestrüpp des Korruptionsstrafrechts
Neues zum Vertragsarzt als (un-)tauglicher Täter der Korruptionsdelikte**
Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München 692

Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
Von Prof. Dr. Axel Dessecker, Wiesbaden/Göttingen 706

**Habeas Mentem? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken
Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09**
Von Wiss. Mitarbeiter Jan Christoph Bublitz, Hamburg 714

Aktuelle Entwicklungen bei der strafrechtlichen Bewertung sogenannter „Ehrenmorde“ in der Türkei
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Erol Pohlreich, Berlin 734

Das deutsche und türkische Betäubungsmittelstrafrecht im Vergleich – und was man alles voneinander lernen kann
Von Wiss. Mitarbeiter Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Erlangen 743

Strafrecht und Compliance

**Whistleblowing als außerordentlicher Kündigungsgrund?
Zugleich Anmerkung zu EGMR, Urte. v. 21.7.2011 – 2827/08 (Heinisch vs. BRD)**
Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Hannover, RA Dr. Thomas Grützner, München, Wiss. Mitarbeiter Andreas Oonk, Hannover 754

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

**Stephan Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008;
Benno Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007**
(Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg) 761

**Herbert Diemer/Holger Schatz/Bernd-Rüdiger Sonnen,
Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen,
6. Aufl. 2011**
(Prof. Dr. Michael Kubink, Köln) 763

Gesine Reisert, Anwaltsgebühren im Straf- und Bußgeldrecht, 2011
(Prof. Dr. Andreas Mertens, Duisburg) 767

Carsten Ernst, Die Rechtswidrigkeit der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO, 2011
(Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin) 769

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. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

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

Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Luis Greco, LL.M., München*

I. Einleitung

Vor 35 Jahren behauptete *Schünemann*, dass „die hypothetische Kausalität des rechtmäßigen Alternativverhaltens die schwierigsten Probleme der Fahrlässigkeitsdogmatik, wenn nicht der gesamten Strafrechtsdogmatik“¹ aufwerfe. Die neuere Entscheidung des BGH über den Absturz der Eishalle in Bad Reichenhall² zeigt, dass man dieser bezüglich der Begehungsdelikte getroffenen Feststellung erst recht für das Unterlassungsdelikt zustimmen muss. Die Entscheidung bietet einen Anlass, sich mit dem Thema der Beziehung zwischen Unterlassung und Erfolg noch einmal gründlich zu befassen. Die Fragen stellen sich gleichsam auf drei Stufen. Auf der ersten Stufe, die Gegenstand einer klassischen, inzwischen eher ruhiger gewordenen Diskussion war, ist der Unterlassende Alleintäter, er steht also nur den Naturgewalten gegenüber. Hier geht es um etwa um das Schulbeispiel der Eltern, die das ertrinkende Kind nicht retten, wobei es unklar bleibt, ob das Rettungsunternehmen von Erfolg gekrönt wäre (u. II). Die nächste Konstellation wurde vor allem in den Lederspray- und Politbüro-Entscheidungen relevant und war für eine mittlere Phase der Debatte prägend:³ Hier unterlassen mehrere gleichzeitig, und es wäre keinem alleine möglich, durch die Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolg abzuwenden (u. III. 1). Und bei der dritten Konstellation sind mehrere involviert, nur erfolgen ihre Unterlassungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander, wobei es auch sein kann, dass die spätere Unterlassung bloß eine hypothetische bleibt (u. III. 2.). Diese Konstellation, die langsam in den Mittelpunkt der jetzigen Debatte gerät, bildet den Gegenstand der Eissporthallen-Entscheidung.

II. Die klassische Diskussion: Die Kausalität beim unterlassenden Alleintäter

1. Vorfrage: Kausale Unterlassungen?

Zur Frage, ob Unterlassungen streng genommen kausal für Erfolge sind oder ob sie höchstens quasi-kausal bzw. hypothetisch-kausal sein können, wurde viel geschrieben. Kann man von der Mutter, die ihr Baby schlicht verhungern lässt, wörtlich sagen, sie habe dessen Tod verursacht? Die h.M., die die echte Kausalität des Unterlassens bestreitet, meint vor allem: Ex nihilo nihil fit, eine Unterlassung könne als ein Nichts auch nichts hervorrufen.⁴ Die Gegenmeinung erwi-

dert, dem liege ein mysteriöses Verständnis der Kausalität als Wirkkraft zugrunde, wodurch verkannt werde, dass Kausalität bloß ein logischer Bedingungs Zusammenhang sei. Unterlassungen könnten genauso wie Begehungen eine Bedingung darstellen, nämlich eine negative, so dass sie mit vollem Recht kausal seien.⁵ Diese Diskussion mag für Philosophen

derecho penal y ciencias penales 2000, 29 (41); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 29/16; *Arthur Kaufmann*, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 200 (S. 214); *Köbel*, JuS 2006, 309 (310); *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafrecht, Strafrecht, Kommentar, 2009, § 13 Rn. 10; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980, S. 78; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 96; *Röh*, Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1995, S. 110 f.; *Romeo Casabona*, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, S. 33 (S. 35); *Silva Sánchez*, El delito de omisión, 2. Aufl. 2003, S. 122; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 53; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 61; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 70; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 212; fast alle m.w.N. Die Rspr. ist terminologisch uneinheitlich, vgl. nur BGHSt 37, 106 (126: „Ursächlichkeit“) einerseits und BGHSt 48, 77 (92 f.) andererseits.

⁵ *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 30 f.; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1962, S. 84 f., 101; *Spindel*, JZ 1973, 137 (139); *ders.*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 247 (S. 249); *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (896); *dies.*, JR 1992, 30 (33); *dies.*, ZJS 2008, 600; *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 13 ff. Rn. 117 ff.; *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 22; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 93; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 156 ff.; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 46; *Roxin*, in: Dies Ripollés u.a. (Hrsg.), Festschrift für José Cerezo Mir, 2002, S. 963 (S. 964 f.); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 42. Im Erg. ebenso, aber mit einer anderen rechtsphilosophisch orientierten Begründung *Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 36 ff.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 228 f.; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 312 ff.; *ders.*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 251 ff.; *Matt*, Kausalität aus Freiheit, 1994, S. 208 ff.; wiederum mit anderer Begründung *Jäger*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerech-

* Der Verf. bedankt sich bei Wiss. Ass. Dr. Stephan Ast, Wiss. Ass. Benjamin Roger (LL.M.) und stud. iur. Marie Koch für ihre wertvolle Hilfe.

¹ *Schünemann*, JA 1975, 647 (654); ähnlich *Krümpelmann*, GA 1984, 491 (495).

² BGH NJW 2010, 1087.

³ BGHSt 37, 106; 48, 77.

⁴ *Fischer*, Strafrecht, Strafrecht, Kommentar, 58. Aufl. 2011, Vor § 13 Rn. 39; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 201; *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1994, 5 (11); *ders.*, Anuario de

von Interesse sein.⁶ Für den Juristen, der ein quasi-verifikationistisches Interesse an Begriffen hat,⁷ ist sie dagegen als bloß terminologisch einzustufen.⁸ Denn dass die Mutter den Tatbestand des Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) verwirklicht, bestreitet im Ergebnis keiner. Dies hat zur Folge, dass man sich erstens unproblematisch des kürzeren und stilistisch schöneren Ausdrucks „Kausalität des Unterlassens“ – statt der umständlichen Wendungen der „quasi- bzw. hypothetischen Kausalität“ – bedienen kann, und ferner, dass man sich sogleich wichtigeren Fragen zuwenden sollte.

2. Vermeidung des Erfolgs vs. Risikoverminderung

Die entscheidende Frage ist also nicht, ob Unterlassungen überhaupt kausal sein können, sondern wie der Zusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg konzipiert werden muss. Nicht das unstreitige Beispiel der oben genannten Rabenmutter, sondern Fälle, in denen es unklar ist, ob die Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolg vermieden hätte, sind Gegenstand der Diskussion. Kann man in diesen Fällen den Unterlassenden für den Erfolg verantwortlich machen, oder kann man ihn im Vorsatzfall nur wegen Versuchs, bei Fahrlässigkeit dagegen überhaupt nicht bestrafen? Hier stehen sich insbesondere⁹ zwei Parteien gegenüber, die

te Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, 2010, S. 345 (S. 363). Ebenso die spanische Rspr., Nachw. bei *Alastuey Dobón*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1992, 981 (1021); *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1994, 5 (43).

⁶ Aus philosophischer Sicht in letzter Zeit z.B. *Moore*, Causation and Responsibility, 2009, S. 139 ff., 351 ff., 435 ff.; *McGrath*, Philosophical Studies 123 (2005), 125.

⁷ In dem Sinne, dass zwei Begriffe, die an keiner Stelle zu unterschiedlichen Fallentscheidungen führen, als gleichbedeutend angesehen werden können.

⁸ Wohl auch überwiegende Einschätzung: *Jakobs* (Fn. 4), 29/15; *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 22; *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 41; *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 287 (290 Fn. 12); *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 53; *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 70; *Welzel* (Fn. 4), S. 212 f.

⁹ Es gibt eine Vielzahl interessanter Zwischenlösungen, die hier nicht berücksichtigt werden können: *Jordan*, GA 1997, 349, versucht die Problematik auf der Strafzumessungsebene zu bewältigen. *Krümpelmann*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 443 (S. 447); *ders.*, GA 1984, 491; *ders.*, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1985, S. 313 (S. 320) und *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991, S. 146 ff.; *ders.*, JuS 1994, 449 (455) wollen nur zurechnen, wenn zwischen Verhaltensnorm und Schutzanspruch des Opfers eine sog. „normative Korrespondenz“ besteht. Nach *Kaufmann*, in: Vogler (a.a.O.), S. 272 (S. 279) sind Grade der Risikohöherung zu unterscheiden, wobei der Erfolg erst ab einer Wahrscheinlichkeit von 0,6 zuzurechnen sei. *Küper*, in:

sich bereits bei der Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs beim Begehungsdelikt begegneten.¹⁰ Nach der ersten, in der Rspr. und überwiegenden Literatur vertretenen Ansicht, kann dem Unterlassenden der Erfolg erst dann zur Last gelegt werden, wenn dieser durch die gebotene Handlung mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ vermieden worden wäre.¹¹ Im Sinne dieser sogenannten Vermeidbar-

Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. S. 247, und *Lampe*, ZStW 101 (1989), 3 dürften der Risikohöherungslehre sehr nahe stehen. *Ranft*, NJW 1984, 1425 (1433) und *Martinez Escamilla*, La imputacion objetiva del resultado, 1992, S. 222 ff., 229, 234 ff.; *dies.*, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, 1995, S. 37 (S. 39, 40 f.) berücksichtigen keine hypothetischen Verläufe, sondern fragen bloß nach dem Schutzzweck der Norm. Nach *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1994, 5 (34); *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307 (326) muss die gebotene Handlung den Gefahrenherd, der mit Sicherheit den Erfolg herbeigeführt hat, ebenfalls mit Sicherheit zu etwas Erlaubten machen. *Kahlo* (Fn. 5 – Pflichtwidrigkeitszusammenhang), S. 319 ff., wendet beim Dazwischentreten von verantwortlichen Personen die Risikohöherungslehre an, beim Dazwischentreten von bloßen Naturfaktoren dagegen die Vermeidbarkeitstheorie. *Grasso*, Il reato omissivo improprio, 1983, S. 414 f. lehnt zwar die Risikoverminderungslehre ab (413), will sich trotzdem mit einer ex ante-Rettungschance begnügen. Weitere Nachw. bei *Toe-pel* (Fn. 5), S. 172 ff.

¹⁰ Hierzu zusf. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 88 ff.

¹¹ BGHSt 6, 1 (2); 14, 282 (284); 37, 106 (126); 48, 77 (93); 52, 159 (164); BGH NSTZ 1985, 26; BGH JR 1994, 515; BGH NJW 1998, 1568 (1573 f.); BGH NJW 2000, 583; BGH NJW 2010, 1087 (1091). Nachw. zur Rspr. des RG bei *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 44 Fn. 59; Nachw. zur spanischen Rspr. bei *Alastuey Dobón*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1992, 981 (1021). Aus der Literatur: *Fischer* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 39; *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 111; *Freund* (Fn. 4), § 13 Rn. 201; *ders.*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 543; *Herzberg*, MDR 1971, 881; *Kölbl*, JuS 2006, 309 (310); *Kudlich* (Fn. 4), § 13 Rn. 10; *Maiwald* (Fn. 4), S. 79; *ders.*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 329 (S. 345); *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 161; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, § 12 Rn. 48; *Spendel*, JZ 1973, 137 (139); *Spendel* (Fn. 5), S. 247 (S. 251); *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 61; *Velásquez V.*, Manual de Derecho penal, Parte General, 3. Aufl. 2007, S. 330; *Vogel* (Fn. 5), S. 167; *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 72; wohl auch *Donini*, Teoria del reato, 1996, S. 162 Fn. 108; *Schroth*, in: Schroth/Roxin (Hrsg.),

keitstheorie wurde deshalb entschieden, dass der Ehemann, der seine Frau liegen ließ und ihren Tod billigend in Kauf nahm, nachdem er sie geschlagen hatte nur dann wegen vollendeter Tat bestraft werden könne, wenn die sofortige Operation das Leben seiner Frau gerettet hätte,¹² und dass die Unterlassung einer Bestrahlung, die in über 90 % der Fälle zu einer Lebensverlängerung von 5 bis 10 Jahren führt, es nicht gestattet, den Todeserfolg dem unterlassenden Arzt qua fahrlässige Tötung anzulasten.¹³

Demgegenüber will sich die sogenannte Risikoverminderungslehre – eine Übertragung der von *Roxin* für das Begehungsdelikt begründeten Risikoerhöhungslehre auf das Unterlassungsdelikt¹⁴ – bereits mit der Eröffnung einer Rettungschance begnügen.¹⁵ Für diese Lehre wird auf mehreren Ebenen argumentiert:

Auf der kriminalpolitischen Ebene bewegt sich die Erwägung, nach der es nicht richtig sein kann, dass der Täter gerade dort, wo das Opfer einer größeren Gefahr ausgesetzt ist, von der Vornahme der Rettungsaktion entbunden wird.¹⁶ Anschaulich ist in diesem Zusammenhang *Stratenwerths* Beispiel der Eltern, die es unterlassen, einen Arzt zur Be-

handlung ihres schwer kranken Kindes hinzuzuziehen.¹⁷ Häufig werden dieselben Sacherwägungen in normtheoretischer Einkleidung geltend gemacht: Eine sinnvolle Norm muss verlangen, dass jede Rettungschance wahrgenommen wird.¹⁸

Diese Überlegungen haben einen Wahrheitskern, der aber durch ungenaue Formulierung und durch eine verfehlte normtheoretische Einkleidung verdunkelt wurde. Die kriminalpolitische Erwägung wird ungenau formuliert, wenn gesagt wird, nicht hundertprozentig sichere Rettungshandlungen seien nach der Vermeidbarkeitstheorie gar nicht geboten.¹⁹ Denn die Vermeidbarkeitstheorie ist – wie auch die (richtig verstandene²⁰) Risikoverminderungslehre – keine Lehre über den Inhalt eines Gebots, über den Handlungsunwert, sondern über die Zurechnung eines Erfolgs, also über den Erfolgsunwert. Aus demselben Grund ist es deshalb auch normtheoretisch falsch, hier mit dem Inhalt der Gebotsnorm zu argumentieren: Dass die Gebotsnorm gebietet, jede Rettungschance wahrzunehmen, ist selbstverständlich, denn es geht bei ihr um die Bestimmung des Handlungsunwerts, die notwendig aus der ex ante-Perspektive, von der aus es nur Chancen und keine Gewissheiten gibt, zu formulieren ist. Das Argument hat aber bei der Frage, ob dem Täter ein Erfolg zu Last gelegt werden kann, nichts zu suchen.²¹

Dennoch beruhen diese Erwägungen auf einer richtigen kriminalpolitischen Einsicht. Im praktisch relevanten Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, deren Bestrafung einen Erfolgsunwert voraussetzt, wird es häufig so sein, dass die Vermeidbarkeitstheorie einer Straffreistellung gleichkommt. Dass der Arzt im Bestrahlungsfall völlig straflos davon kommen soll, leuchtet in der Tat schwer ein. Nicht einmal der BGH konnte sich dieser Einsicht völlig verschließen.²² Er hat sich bekanntlich mehrmals auf zweifelhafte Zusatzüberlegungen berufen, um dem von der Vermeidbarkeitstheorie eigentlich gebotenen Ergebnis zu entkommen. Insbesondere wurde wiederholt gesagt, schon eine Lebensverlängerung – auch um wenige Stunden – reiche für die Zurechnung des Erfolgs aus.²³ In der Lederspray-Entscheidung wurde behauptet, dass

Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 141 (S. 144 Fn. 70).

¹² BGH StV 1985, 229; im Erg. ebenso BGH NStZ 2000, 414.

¹³ BGH NJW 1987, 2940.

¹⁴ Grdl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411. Dass *Roxin* nur Begehungsdelikte im Blick hatte, belegen S. 413, 438.

¹⁵ Insbesondere auch Autoren, die die Kausalität allg. durch die Risikoerhöhung ersetzen wollen: *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957, S. 154 ff., 162 f.; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *condicio-sine-qua-non*-Formel im Strafrecht, 1968, S. 46 ff.; *Wolff* (Fn. 5), S. 25, 27; *Schaffstein*, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, 1970, S. 170 (S. 172 f.); *Hoyer*, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 95 (S. 105); *Otto*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 91 (S. 102 f.); *ders.*, NJW 1980, 417 (423); *ders.* (Fn. 4), § 9 Rn. 101; *ders.*, Jura 2001, 275 (276); *Brammsen*, MDR 1989, 123 (126); *Kahlo*, GA 1987, 66 (75, 77); ferner *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 17. Lfg., Stand: Oktober 1992, vor § 13 Rn. 16 (jetzt *Rudolphi/Stein*, a.a.O., 119 Lfg., Stand: September 2009, vor § 13 Rn. 32; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 356; und die in den folgenden Fußnoten zitierten Autoren. Auch vereinzelte Entscheidungen bewegen sich auf dieser Linie, RGSt 75, 324 (327 f., trotz überholter Berufung auf das gesunde Volksempfinden); BGHSt 25, 158 (163).

¹⁶ Etwa *Stratenwerth*, in: Lackner (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 227 (S. 239); *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (303); *Wolter* (Fn. 15), S. 336.

¹⁷ *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 55; ähnliches Bsp. bei *Otto*, NJW 1980, 423.

¹⁸ *Rudolphi* (Fn. 15), vor § 13 Rn. 16; *Otto*, NJW 1980, 417 (423); *Brammsen*, MDR 1989, 123 (124).

¹⁹ S.a. *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 52, Fn. 75 f., der die Behauptung „übertrieben“ nennt.

²⁰ Vgl. Fn. 56.

²¹ Insbesondere *Frisch* (Fn. 11), S. 540 ff.; wohl auch *Schünemann*, StV 1985, 229 (232). Gleiches ist der Begründung von *Kahlo*, GA 1987, 66 (73) entgegenzuhalten, die die zum Handlungsunwert gehörende Frage der Garantstellung mit der Frage der Kausalitäts- bzw. des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, die mit dem Erfolgsunwert zu tun hat, vermengt.

²² Deshalb nennt *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307 (321) die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit – zwar etwas übertrieben – einen „rhetorischen Kunstgriff“.

²³ Bereits RGSt 51, 127; RG NStZ 1981, 218; RG NStZ 1985, 26 (Peritonitis-Fall); krit. zu Recht *Stratenwerth*

die Frage, ob die Rückruf-Aktion die Schädigungen vermieden hätte, eine revisionsunfähige Tatfrage sei.²⁴

Häufig wird die Risikoverminderungslehre mit einem ontologischen Argument untermauert:²⁵ Es gibt Bereiche, wozu menschliche Entscheidungen, mikrophysikalische und mikrobiologische Prozesse, Krankheits- und Heilungsprozesse gehören,²⁶ die nicht unter strikt deterministischen Kausalgesetzen stehen, so dass es bei ihnen nicht sinnvoll ist, eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Erfolgsvermeidung zu verlangen. Will man in diesen Bereichen nicht auf die Zurechnung von Schadenserfolgen verzichten, dann bleibt nichts anderes übrig, als dass man sich mit einer Risikoerhöhung bzw. beim Unterlassungsdelikt mit einer Risikoverminderung, also mit einer Zurechnung anhand von Wahrscheinlichkeitsgesetzen, begnügt. An dieser Begründung wurde vor allem bemängelt, dass die Unterscheidung zwischen determinierten und nicht determinierten Bereichen selbst indeterminiert sei.²⁷ Diese Kritik ist nicht überzeugend. Erstens kann man Abgrenzungsschwierigkeiten bei jeder Unterscheidung bemängeln, die nicht an Kriterien wie die des § 19 StGB

(Fn. 16), S. 239; *ders./Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 55; *Puppe*, JR 1994, 515 (517); *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 101; *ders.* (Fn. 5), § 31 Rn. 49. Die von *Frisch* (Fn. 11), S. 554 ff., angebotene Begründung, weshalb solche Erfolg noch vom Schutzzweck der Norm erfasst werden – nämlich dass es Zweck des Verbots sei, das Leben zu verlängern und eine Rettungschance zu eröffnen – führt durch eine Neudefinition des zu vermeidenden Erfolgs im Grunde zu einer verkappten Risikoerhöhlungslehre (so zu Recht *Puppe* [Fn. 5 – AT], § 2 Rn. 23; *dies.*, in: *Schünemann u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 298 [S. 300]).

²⁴ BGHSt 37, 106 (127); betont von *Roxin*, GA 2009, 73 (76); zu Recht krit. *Otto*, in: *Weigend u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 291 (S. 311 f.); *Gimbernat*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2000, 29 (55); *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 23.

²⁵ Grdl. *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 233; zust. *Wolter* (Fn. 15), S. 339; weiterführend *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 56; und insbesondere *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (294); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (603); *dies.*, JR 1994, 515 (517); *dies.*, JR 1992, 30 (31); *dies.* (Fn. 23), S. 302 f.; *dies.* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 24; *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 Rn. 135; *dies.*, GA 2010, 551 (564); ihr folgend *Osnabrügge*, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, S. 203 ff.; teilw. *Kahlo*, GA 1987, 66 (77). Wichtige Vorüberlegungen bei *Kahrs* (Fn. 15), S. 51.

²⁶ Am klarsten *Puppe* (Rn. 5 – AT), § 2 Rn. 26; *dies.* (Fn. 23), S. 298 (S. 303).

²⁷ Insbesondere *Samson*, in: *Stratenwerth u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, 1974, S. 579 (S. 593 Fn. 8); *Samson*, in: *Rudolphi u.a.* (Fn. 15), 12. Lfg. Stand: Juni 1989, Anh. zu § 16 Rn. 27a (in der von *Hoyer* bearbeiteten aktuellen [39.] Lieferung [Stand: Juni 2004] befinden sich die Passagen nicht mehr); *Krümpelmann*, GA 1984, 491 (499, auch gegen *Puppes* Präzisierung, die seiner Ansicht nach nicht genüge); *Schünemann*, StV 1985, 229 (230).

anknüpft, so dass hiermit keine spezifische Schwäche des Arguments angesprochen wird. Noch wichtiger dürfte zweitens sein, dass *Puppe* inzwischen die bei *Stratenwerth* nur vage umschriebenen indeterminierten Bereiche genau bezeichnet hat,²⁸ so dass die Kritik an sich wohl überholt ist. M.E. dürfte ein anderer Einwand, oder genauer: ein Vorbehalt, entscheidend sein: nämlich dass es mindestens bei einigen der von *Puppe* benannten Bereiche keineswegs klar ist, dass sie tatsächlich indeterminiert sind. Bezüglich menschlicher Entscheidungen gibt es die altehrwürdige, vor kurzem wieder aktuell gewordene Diskussion über die Willensfreiheit.²⁹ Bei der Medizin wird Kausalität zwar eher probabilistisch als deterministisch begriffen.³⁰ Dies bedeutet aber nicht notwendig, dass die Wirklichkeit in diesen Bereichen „würfelt“, sondern kann auch auf unserer Unkenntnis der genaueren Faktoren beruhen,³¹ so dass sich die Frage stellt, mit welchem Recht sich diese Unkenntnis zulasten des Täters auswirken kann.³² Mit anderen Worten: Das ontologische Argument ist zu anspruchsvoll, weil es eine Stellungnahme in schwierigen Streitigkeiten voraussetzt. Die Risikoerhöhlungslehre bzw. -verminderungslehre ist deshalb gut beraten, wenn sie auf dieses Argument verzichtet, wie dies auch viele ihrer Vertreter stillschweigend tun.

Für die Risikoerhöhlungslehre sind einige dogmatische Zusatzargumente angeführt worden. Viel zitiert wurde *Stratenwerths* Dictum: „Die Haftung für die Rechtsgutsverletzung [...] ist immer vermittelt durch die Haftung für die Gefahr, auf der sie beruht.“³³ Dies besagt aber nur, dass eine Gefahrerhöhung (beim Unterlassungsdelikt: Nicht-Verminderung) eine notwendige Voraussetzung der Haftung für den Verletzungserfolg bildet, nicht aber, dass sie dafür ausreicht. Es wurde auch bestritten, dass die Vermeidbarkeitstheorie zu einer Versuchsstrafbarkeit kommen kann: Wenn im objektiven Tatbestand die Sicherheit der hypothetischen Erfolgsvermeidung verlangt wird, dann muss sich auch der Vorsatz darauf beziehen. Überblickt der Täter die Situation, so dass er einsieht, dass die Erfolgsvermeidung unsicher ist, dann müsste die h.M. ihm konsequent den Vorsatz absprechen und könnte ihn deshalb auch nicht einmal wegen Versuchs bestrafen.³⁴ Diese Überlegungen, von denen sogar der BGH im

²⁸ Vgl. o. Fn. 26.

²⁹ Aus philosophischer Sicht *Kane* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Free Will*, 2002; aus strafrechtlicher Sicht klassisch *Engisch*, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1965, passim; und jüngst *Herzberg*, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010, passim. Zwar behauptet gelegentlich *Puppe* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 131, ihr Standpunkt stünde jenseits dieser Diskussion. Es ist aber nicht einzusehen, wieso.

³⁰ *Vonka*, *Philosophical Transactions: Biological Sciences* 355 (2000), 1837; *Lagiou/Adami/Trichopoulos*, *EuJEp* 20 (2007), 565 (570).

³¹ Eingeräumt auch von *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 26.

³² Ähnl. *Schaal* (Fn. 11), S. 154 f.

³³ *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 238.

³⁴ *Stratenwerth* (Fn. 4), § 13 Rn. 55; *Brammsen*, MDR 1989, 123 (125); *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 22.

bekanntes „Fensterwurf-Fall“ ausgegangen ist,³⁵ sind aber nicht stichhaltig. Die Zweifel des Täters genügen ohne weiteres dafür, dass man ihm einen bedingten Vorsatz zuspricht.³⁶ Zuletzt wird gelegentlich behauptet, eine Bestrafung wegen Versuchs sei nach der h.M. auch deshalb unmöglich, weil nach der Vermeidbarkeitstheorie nur die Nichtvornahme eines den Erfolg mit Sicherheit abwendenden Verhaltens pflichtwidrig sei.³⁷ Das ist aber nicht zutreffend: Pflichtwidrig ist das Unterlassen in den hier zur Diskussion stehenden Fällen durchaus. Fraglich ist nur, ob auch ein Erfolgswert vorliegt.

Eine Zwischenbilanz ist deshalb angemessen. Für die Risikoverminderungslehre sprechen zwar weder normtheoretische oder ontologische Argumente noch eine Vielzahl geltend gemachter dogmatischer Überlegungen. Dennoch ist diese Lehre kriminalpolitisch vernünftig, solange Fahrlässigkeitsdelikte fast ausschließlich als Verletzungsdelikte konzipiert werden. Erkennt man, dass Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik keine Gegensätze bilden dürfen, sondern dass die Dogmatik vielmehr die „Form (ist), in der kriminalpolitische Zielsetzungen in den Modus des rechtlichen Geltens überführt werden“,“³⁸ dann ist die Feststellung der kriminalpolitischen Vernünftigkeit der Risikoverminderungslehre bereits ein prima-facie Grund, ihr zu folgen. Dies gilt erst recht dann, wenn sich diese kriminalpolitische Erwägung auch dogmatisch operationalisieren lässt, was im vorliegenden Zusammenhang zu bejahen ist, sobald man über die Rolle des Erfolgswerts im Unrechtsbegriff nachdenkt.³⁹ In einem rechtsgüterschützenden Strafrecht⁴⁰ muss der Erfolg Bestandteil des Unrechts – und nicht eine bloße objektive Strafbarkeitsbedingung⁴¹ – sein, denn sein Eintritt beweist, dass die

Rechtsordnung gute Gründe hatte, das entsprechende Verhalten zu verbieten. Bei sicherem Erfolgseintritt trotz rechtmäßigen Verhaltens, genauer: trotz Vornahme der gebotenen Handlung, ist das zwar nicht der Fall; würde aber die gebotene Handlung die Rettungschancen des Guts verbessern, bleibt das Verbot auch ex post sinnvoll und gerechtfertigt.⁴² Ob man der Risikoverminderungslehre folgen sollte, hängt nur noch davon ab, ob es Gegengründe gibt, die diesen prima-facie Grund, der zudem dogmatisch bestätigt wird, übertrumpfen können. Deshalb ist jetzt auf die Einwände der h.M. gegen die Risikoverminderungslehre einzugehen.

Schon aus der Diskussion über die Risikoerhöhungslehre beim Begehungsdelikt sind die zwei Haupteinwände bekannt, die beim Unterlassungsdelikt dieselbe Anerkennung beanspruchen: Durch den Verzicht auf die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Erfolgsvermeidung verwandle die Risikoerhöhungslehre Verletzungsdelikte in Gefährdungsdelikte;⁴³ die Zurechnung des Erfolgs trotz bestehender Zweifel an seiner Vermeidbarkeit sei ein Verstoß gegen den in-dubio-pro-reo-Grundsatz.⁴⁴ Beide Einwände sind indes zirkelhaft und weisen weitere Schwächen auf. Ob die Vermeidbarkeit des Erfolgs zur Struktur der Verletzungsdelikte gehört oder nicht, ist gerade die Streitfrage, so dass es eine *petitio principii* ist, zu behaupten, der Gegner verfehle diese Struktur, weil er sie anders deutet als man selbst.⁴⁵ Ferner berücksichtigt der Einwand nicht hinreichend, dass der Verletzungserfolg tatsächlich eintreten muss, damit man überhaupt seine Zurechnung thematisiert.⁴⁶ Und der in-dubio-pro-reo-Grundsatz wäre nur verletzt, wenn die Vermeidbarkeit des Erfolgs eine im Prozess zu beweisende Voraussetzung des objektiven Tatbestands wäre – also lebt auch dieser zweite Einwand

³⁵ BGH JZ 1973, 173; krit. *Engländer*, JuS 2001, 958 (961); *Herzberg*, MDR 1971, 881 (883); *Jakobs* (Fn. 4), 29/82 Fn. 168; *Spendel*, JZ 1973, 137 (142); *Ulsenheimer*, JuS 1972, 252 (253) (im Erg. aber das voluntative Vorsatzelement ablehnend).

³⁶ *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (303); *Schünemann*, StV 1985, 229 (232); *Ranft*, JZ 1987, 859 (863); *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 48.

³⁷ *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 55; *Brammsen*, MDR 1989, 123 (125).

³⁸ *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973, S. 40.

³⁹ Zu dieser Diskussion aus neuerer Zeit *Roxin* (Fn. 10), § 10 Rn. 88 ff.; *Hirsch*, in: Gaul (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 3 und *Jakobs*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 43 m.w.N.

⁴⁰ Hierzu zuletzt *Roxin*, in: Herzog/Albrecht (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010, S. 573.

⁴¹ In diesem Sinne für das Fahrlässigkeitsdelikt *Armin Kaufmann*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1964, 41 (136); *ders.*, in: Stratenwerth u.a. (Fn. 27), S. 393 (S. 411); für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 128, 136 ff., 143;

Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 97; *Sancinetti*, Teoría del Delito y disvalor de la acción, 1991, S. 43 ff.

⁴² Die ähnliche Umschreibung, die *Schünemann*, JA 1975, 647 (652); *ders.*, GA 1985, 341 (355); *ders.*, GA 1999, 207 (225) als *Kriterium* für seine „normativ reformulierte Risikoerhöhungslehre“ verwendet, passt m.E. eher zur Beschreibung der Ratio des Erfolgswerts: nämlich ex post, quasi rückwirkend zu belegen, dass das ex ante greifende Verbot auf berechtigten Sorgen über die Unversehrtheit eines Rechtsguts beruhte.

⁴³ *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 155; *Samson* (Fn. 27), Anh. zu § 16 Rn. 27a; *Fünfsinn* (Fn. 11), S. 112; *Jakobs* (Fn. 4), 7/99; *Köbel*, JuS 2006, 309 (311 Fn. 12).

⁴⁴ *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 138; *ders.*, JZ 1969, 364 (367); *Herzberg*, MDR 1971, 881; *Samson* (Fn. 43), S. 47; *Jakobs* (Fn. 4), 7/100, § 29 Rn. 20; *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 72; *Stree/Bosch* (Rn. 4), § 13 Rn. 63; „Verdachtsstrafe“; ebenso *Freund* (Fn. 4), § 13 Rn. 211.

⁴⁵ *Schünemann*, JA 1975, 647 (653). Auch Vertreter der Vermeidbarkeitstheorie räumen das ein, z.B. *Frisch* (Fn. 11), S. 539.

⁴⁶ *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 93; *Hoyer* (Fn. 15), S. 103; außerdem die subtilen Überlegungen in *Puppe* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 142 ff.

davon, dass die Richtigkeit des eigenen Standpunktes vorausgesetzt ist.⁴⁷ Dieser Zirkel beruht nicht zuletzt darauf, dass die Berufung auf den in-dubio-Grundsatz eine Kategorievermischung bedeutet: Denn dieser Grundsatz ist prozessrechtlicher Natur und kann nicht herangezogen werden, um materiell-rechtliche Fragen, um die es gerade geht, zu lösen.⁴⁸

Die Risikoverminderungslehre hat von den Gegnern des Risikoerhöhungsgedankens nichts zu fürchten. Die ernst zu nehmenden Angriffe kommen von anderer Flanke, nämlich aus den Reihen derjenigen, die keine Bedenken gegen die Risikoerhöhung beim Begehungsdelikt haben, beim Unterlassungsdelikt aber der h.M. folgen wollen.⁴⁹ Dies wird damit begründet, dass man beim Begehungsdelikt sauber zwischen faktischer Kausalität und normativer Erfolgszurechnung unterscheiden kann, was beim Unterlassungsdelikt nicht möglich ist. Die Diskussion über die Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens beim Begehungsdelikt setzt die Kausalität der Handlung für den Erfolg bereits voraus: Es ist klar, dass etwa das Fahren des LKW in BGHSt 11, 1 *conditio-sine-qua-non* oder gesetzmäßige Bedingung des Todes des betrunkenen Radfahrers war. Die Heranziehung der Risikoerhöhungslehre führt deshalb zu einer Einschränkung gegenüber der Kausalität. Beim Unterlassungsdelikt diskutiert man dagegen immer über beide Fragen gleichzeitig, mit der Folge, dass die Risikoverminderungslehre nicht als Einschränkung der Kausalität fungiert, sondern als deren Ersetzung. Dies stelle sogar eine Analogie zulasten des Täters dar, weil bei Fahrlässigkeitstatbeständen regelmäßig schon im Gesetzestext von der „Verursachung“ eines Erfolgs die Rede ist. In der Tat hat derjenige, der beim Unterlassungsdelikt die Risikoverminderungslehre vertritt, diese zusätzliche Hürde zu überwinden.⁵⁰

⁴⁷ Das geben Anhänger der Vermeidbarkeitstheorie wie *Frisch* (Fn. 11), S. 540 und *Samson* (Fn. 27), Anh. zu § 16 Rn. 27a, zu.

⁴⁸ *Roxin*, ZStW 78 (1966), 214 (218); *Kahlo*, GA 1987, 66 (76).

⁴⁹ Grdl. *Schünemann*, JA 1975, 647 (655); *ders.*, StV 1985, 229 (232); *ders.*, GA 1985, 341 (358); *Kuhlen*, NStZ 1990, 566 (569 Fn. 61); *Köhler* (Fn. 5), S. 229; *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307 (323); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 620; *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, vor § 13 Rn. 14a; ähnlich *Lampe*, ZStW 101 (1989), 3 (13).

⁵⁰ Wobei die Entgegnung, dies wäre eine fragwürdige Ungleichbehandlung der Unterlassung gegenüber dem Begehungsdelikt (so *Ranft*, JZ 1987, 859 [862]; *Otto* [Fn. 4], § 9 Rn. 101; *ders.*, Jura 1991, 277) hier aus zwei Gründen nicht weiter hilft: Erstens ist der Unrechtsgehalt von Unterlassungen *ceteris paribus* geringer als der von Begehungen (s. auch *Schünemann*, JA 1975, 647 [655] und im Allgemeinen *Engisch*, in: *Lackner* [Fn. 16], S. 189; *Kargl*, GA 1999, 459; man denke ferner an § 13 Abs. 2 StGB), außerdem ist ein Gleichbehandlungsargument im Kern nichts anderes als ein analoger Schluss im weiteren Sinne, also ein Argument, das in einem den *nullum-crimen*-Grundsatz kennenden System nicht ein Wortlautargument besiegen darf.

Ein erster Versuch wäre bereits die Infragestellung der Prämisse, nach der sich die Risikoerhöhungslehre beim Begehungsdelikt bloß kausalitätseinschränkend auswirkt. So wird behauptet, dass man beim Begehungsdelikt häufig mit den Formeln der *conditio-sine-qua-non* oder der gesetzmäßigen Bedingung nicht wirklich weiter komme, sondern vielmehr verdeckt mit bloßen probabilistischen Gesetzen arbeite.⁵¹ Diese Vorgehensweise kommt einer kausalitätsersetzenden Risikoerhöhungslehre gleich, so dass keine Bedenken bestehen, den Schritt, den man bei der Begehung bereits zum Teil vollzogen hat, auch bei der Unterlassung zu wagen. Dem ist dreierlei zu entgegnen. Zunächst kann man das oben bereits formulierte Argument, wonach auf mangelndem Wissen beruhende Wahrscheinlichkeiten nur eine zweifelhafte Grundlage für Bestrafungen bieten, wiederholen. Zweitens scheint die behauptete Notwendigkeit, probabilistische Gesetze heranzuziehen, damit zusammenzuhängen, dass man im Banne der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung meint, Kausalität sei immer Subsumtion unter ein generelles Kausalgesetz. Weil man kein deterministisches Gesetz findet, gibt man sich dann mit Wahrscheinlichkeiten zufrieden. Wenn man von vornherein auf den Anspruch verzichtet, generelle Gesetze zu formulieren – was eigentlich der größte Vorzug der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist⁵² – dann verschwindet dieses Bedürfnis nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen von selbst.⁵³ Zudem ist zu bedenken, dass die Kausalitätslehre im Strafrecht eine derart fundamentale Rolle spielt, dass man erst bei äußerster Dringlichkeit grundlegende Änderungen an ihr vornehmen sollte. Weil es ein solches Bedürfnis, wie eben gesagt, nicht zu geben scheint, sind prinzipiell Lösungen

⁵¹ *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (insbesondere 305 ff.); *Hilgendorf*, Jura 1995, 514 (519); *ders.*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 33 (S. 42); *Rolinski*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 483 (S. 490); *Hoyer*, GA 1996, 160 (168); *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 110 ff. (im Anschluss an *Hoyer*); *Pérez Barberá*, ZStW 114 (2002), 600 (611); *ders.*, Causalidad, resultado y determinación, 2006, S. 72 ff.; *Ziethen*, Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht, 2004, S. 75 ff.; *Sarrabayrouse*, Responsabilidad penal por el producto, 2007, S. 387 ff.; *Bloy*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 5), S. 35 (S. 52) und *Jäger* (Fn. 5), S. 356; ferner die Autoren, die das ontologische Argument zur Unterstützung der Risikoerhöhungslehre heranziehen, o. Fn. 25.

⁵² Hierauf wird u. zurückzukommen sein, s. den Text bei Fn. 118 ff.

⁵³ Oder zweifelt jemand an der Kausalität des Kaufs eines Lottoscheins für den Lottogewinn? Diese Gewissheit beruht sicher nicht auf einer Subsumtion unter Wahrscheinlichkeitsgesetze, sondern auf einer schlichten Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel.

vorzuziehen, die die Grundzüge des Kausalitätsbegriffs unangetastet lassen.⁵⁴

Die zweite Lösung wird von *Rudolphi* vorgeschlagen: Er meint, Kausalität und Risikoverminderung ließen sich schon voneinander unterscheiden, wenn man auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt abstelle.⁵⁵ Ähnlich verlangt *Roxin*, dass die gebotene Handlung sich mit Sicherheit auf den Gefahrenherd risikomindernd ausgewirkt hätte;⁵⁶ Kausalität ist immer dann zu bejahen, wenn sich bei Hinzudenken der gebotenen Handlung ein anderer zum Erfolg führender Kausalverlauf ergäbe.⁵⁷ Wenn man mit dem Erfolg in seiner konkreten Gestalt argumentiert, dann muss man sich mit den gewichtigen, vor allem von *Puppe* gegen die Figur gerichteten Einwänden auseinandersetzen. Hier interessiert vor allem ihr Verdacht, diese Figur diene dazu, auf manipulative und zirkelhafte Weise Kausalitäten zu schaffen.⁵⁸ Auch das Bemalen der Vase ist kausal für die Sachbeschädigung, wenn der Erfolg in seiner konkreten Gestalt die „Zerstörung der

bemalten Vase“ ist.⁵⁹ Dieses Problem wurde aber an kaum beachteter Stelle m.E. befriedigend gelöst, nämlich durch *Erb*: Nur genaue Orts- und Zeitangaben dürften zur Konkretisierung des Erfolgs herangezogen werden, sonst nichts mehr, insbesondere nicht der zum Erfolg führende Kausalverlauf⁶⁰ und erst recht nicht das Verhalten des Täters.⁶¹ Anhand des bereits zitierten Fensterwurf-Falls, in dem der Vater seine Kinder nicht aus dem Fenster des brennenden Gebäudes wirft, sondern in den Flammen sterben lässt:⁶² Dieser Vater ist weder wegen mangelnder Verursachung des Erfolges „Tod der Kinder“ freizusprechen noch kann behauptet werden, er habe den „Flammentod“ verursacht,⁶³ sondern nur, dass er den Tod der Kinder im Gebäude um so-und-soviel Uhr verursacht habe.⁶⁴ Dem könnte man hinzufügen, dass der Fensterwurf wohl eine Rettungschance eröffnet hätte, so dass der Erfolgswert des Unterlassungsdelikts zu bejahen ist. Der hiesigen Konkretisierung des Erfolges können auch keine Schutzzwecküberlegungen entgegengehalten werden,⁶⁵ denn sie sind, soweit berechtigt, auf der Zurechnungs- und nicht

⁵⁴ Insofern ist auch hier einem Prinzip des epistemischen Konservatismus zu folgen, dazu in einem anderen Zusammenhang *Greco*, GA 2009, 636 (647).

⁵⁵ *Rudolphi* (Fn. 15), Vor § 13 Rn. 16a; zust. *Otto* (Fn. 4), § 9 Rn. 101; *ders.*, Jura 2001, 275 (277).

⁵⁶ *Roxin*, GA 2009, 73 (77); *ders.* (Fn. 5), § 31 Rn. 54 ff. Zwar hält sich *Roxin* nicht für einen Vertreter der Risikoverminderungslehre, denn er betont, dass die Risikominderung ex post mit Sicherheit eintreten müsse (*ders.* [Fn. 5], § 31 Rn. 54; *ders.* in: Schröder u.a. [Hrsg.], Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 409 [S. 421 f.; nach den Fahnen zitiert]). Meines Erachtens vertritt er, insofern es für ihn auf die Minimierung eines Gefahrenherds ankommt, aber durchaus eine Risikoverminderungslehre (deshalb kann er *Stratenwerth*, einen unbestrittenen Vertreter der Risikoverminderungslehre, in diesem Zusammenhang zustimmend zitieren, *Roxin* [Fn. 5], § 31 Rn. 61). Die Klarstellung, dass es auf die ex post-Perspektive ankommt, vermisst man in der Tat bei einigen Anhängern der Risikoverminderungslehre, die auf eine ex ante Perspektive abstellen (so etwa *Brammsen*, MDR 1989, 123 [124]). Damit wird aber verkannt, dass die vorliegende Problematik mit dem Erfolgswert zu tun hat, bei dem es auf die ex post-Perspektive ankommt (richtig *Roxin* [Fn. 10], § 11 Rn. 94).

⁵⁷ Implizit *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 56.

⁵⁸ Insbesondere *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (872); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (596); *dies.*, SchwZStR 107 (1990), 141 (143 Fn. 2); *dies.*, GA 1994, 299; *dies.* (Fn. 5 – NK), Vor § 133 ff. Rn. 98; *dies.*, GA 2010, 551 (558); in diesem Sinne auch ihre Schüler *Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S. 51 ff.; *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 73 ff.; grds. zust. *Hilgendorf*, GA 1995, 515 (524); *Knauer* (Fn. 51), S. 91 ff.; *Jäger* (Fn. 5), S. 349, dessen Lösung – Unterscheidung von „Erfolg“ und „Ereignis“, wobei zu letzterem sowohl der Erfolg als auch der zu ihm führende Verlauf gehören sollen (S. 354 ff., 356) – wohl an den gleichen Zirkularitätsproblemen leidet (vgl. ganz deutlich seine Überlegungen zur Kausalität von Kollegialentscheidungen S. 361); ähnlich auch *Röh* (Fn. 4), S. 7 ff.

⁵⁹ Das Beispiel geht wohl auf *Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2. Aufl. 1929, S. 41, zurück.

⁶⁰ Dagegen bereits *Engisch* (Fn. 5), S. 16.

⁶¹ *Erb*, JuS 1994, 449 (452); noch weiter gehend *Kindhäuser*, ZStW 120 (2008), 481 (483) – nur Zeitangaben. *Toepel* (Fn. 5), S. 78, will jedoch den Erfolg so weit konkretisieren wie erforderlich, um Ersatzursachen auszuschalten, womit er eigentlich einen Zirkelschluss vollzieht (zu Recht krit. *Puppe* [Fn. 5 – NK], vor § 13 ff. Rn. 98; anders deshalb jetzt *Toepel*, in: Paeffgen u.a. [Hrsg.], Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 289 [S. 302 f.], der mindestens eine Zeitkonkretisierung verlangt und Raumkonkretisierungen für „vertretbar“ hält). Zwei mögliche Einwände gegen den obigen Vorschlag: (1) Den Sterbenden 5 Meter weit zu tragen, sei danach kausal für dessen Tod; (2) Das Handeln des Vaters im viel diskutierten „Scharfrichter“-Fall sei dagegen nicht für den Tod des Hingerichteten kausal. Dem ersten Einwand ist aber zu erwidern, dass dieses Ergebnis richtig ist; das Problem dürfte vielmehr auf der Ebene der objektiven Zurechnung zu lösen sein, nämlich über die Erwägung, dass hier keine unerlaubte Gefahrschaffung vorliegt (genauer: hypothetischer natürlicher – und deshalb beachtlicher – Kausalverlauf, bei dem das sog. Intensivierungsprinzip gilt, s. *Roxin* [Fn. 10], § 11 Rn. 61 im Anschluss an *Samson* [Fn. 43], S. 96 ff.). Gegen den zweiten Einwand ist zu sagen, dass ein Erfolgseintritt genau im selben Zeitpunkt faktisch völlig unwahrscheinlich ist (insoweit richtig *Toepel* [Fn. 5], S. 76 f.). Tritt diese immerhin theoretisch mögliche Situation ein, dann muss man die Kausalität konsequent ablehnen (ebenso *Toepel*, [Fn. 5], S. 76 f.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 9 Rn. 12 f.).

⁶² BGH JZ 1973, 173.

⁶³ So *Spendel*, JZ 1973, 137 (140); *ders.* (Fn. 5), S. 252.

⁶⁴ Ähnl. *Herzberg*, MDR 1971, 881 (882).

⁶⁵ *Schünemann*, StV 1985, 229 (232): Der „Zweck der Rettungspflicht“ zielt „nicht auf Veränderung der Begleitumstände, sondern auf Verhinderung des Erfolgseintritts“ ab.

auf der Kausalitätsebene zu berücksichtigen.⁶⁶ Und auch der gelegentlich formulierte Einwand, diese Lösung lasse einige Fälle ungelöst,⁶⁷ ist nur ein Problem für denjenigen, der mittels einer *petitio principii* davon ausgeht, dass nur die Bejahung der Erfolgszurechnung als Lösung eines Problems angesehen werden darf. Dass die Unterlassung den Erfolg in seiner konkreten Gestalt, also so wie er zu einem bestimmten Zeitpunkt *t* an einem bestimmten Ort *l* eingetreten ist, sicher verursacht haben muss, bedeutet keine Vorentscheidung der Zurechnungsfrage. Diese kann deshalb sehr wohl im Sinne der Risikoverminderungslehre gelöst werden.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Risikoverminderungslehre kriminalpolitisch vernünftig ist, denn sie vermeidet Freibriefe für mangelnde Sorgfalt in gefährlichen Bereichen; sie ist dogmatisch gut fundiert, weil sie sich auf die Sacherwägungen, die hinter dem Erfolgswert stehen, zurückführen lässt; und ihr stehen keine ausschlaggebenden Vorbehalte gegenüber, insbesondere nicht die Befürchtung, dass sie sich in Missachtung des Analogieverbots kausalitätsersetzend auswirken könnte, denn das Abstellen auf einen bloß durch Zeit- und Ortsangaben konkretisierten Erfolg ermöglicht es, dass man auch im Unterlassungsbereich Kausalität und Erfolgszurechnung deutlich voneinander trennt. Die erwähnten Ausgangsfälle sind deshalb so zu lösen, dass der Ehemann, der seine Frau nicht zum Krankenhaus fährt, bereits ihren Tod bei sich zu Hause verursacht; ob die ärztliche Behandlung eine Rettungschance eröffnet hätte, ist natürlich Tatfrage, ist aber vermutlich anzunehmen, wenn es sich nicht um schwerwiegendste Verletzungen handelt. Die gebotene Bestrahlung hätte sicherlich viele Krebszellen getötet und damit den Todeseintritt verzögert, so dass die Unterlassung kausal war; und bei einer Erfolgsquote von 90 % ist an der Risikoerhöhung kaum zu zweifeln.

III. Kausalität bei kollektiven Unterlassungen

Die Problematik verschärft sich um Einiges, wenn nicht nur der Täter allein, sondern auch weitere Menschen handeln müssen, damit der Erfolg vermieden wird. Es ist geboten, bei solchen Fällen kollektiver Unterlassungen zu differenzieren, ob die Unterlassungen gleichzeitig bzw. parallel oder nacheinander erfolgen. Dabei ist der Begriff der Gleichzeitigkeit mit *Jakobs* nicht naturwissenschaftlich, sondern „praktisch“ zu verstehen: Zwei Verhaltensweisen sind gleichzeitig, wenn es unmöglich ist, das Verhalten des anderen zur Grundlage der eigenen Verhaltensplanung zu machen.⁶⁸

⁶⁶ Zu einem Fall, in dem die Zurechnung in der Tat auszuschließen ist, s.o. Fn. 61.

⁶⁷ So *Hoyer* (Fn. 15), S. 96: der Arzt hätte bei gebotener sofortiger Losfahrt den lebensgefährlich Verletzten möglicherweise nicht rechtzeitig erreicht. Nach hiesiger Ansicht wäre der Erfolg einem solchen Arzt in der Tat nicht anzulasten, da es an der Kausalität fehlt.

⁶⁸ *Jakobs*, in: Kühne (Fn. 51), S. 419 (S. 424).

1. Die Diskussion der „mittleren Phase“: Gleichzeitige bzw. parallele Unterlassungen

Vor allem, aber nicht nur unter Zugrundelegung der Vermeidbarkeitstheorie werfen die Fallgruppen paralleler Unterlassungen die brisante Schwierigkeit auf, dass sich alle Unterlassenden gegebenenfalls gleichzeitig entlasten könnten. Die zwei diskussionsrelevantesten Erscheinungsformen dieser Fallgruppen sind die Kollegialentscheidung, etwas zu unterlassen (etwa die Entscheidung, ein gefährliches Produkt nicht zurückzurufen) und die Unterlassung einer Kollegialentscheidung (etwa des Rückrufs eines Produkts).⁶⁹ Wie kann man verhindern, dass jedem die Behauptung, die Vornahme der ihm gebotenen Handlung hätte für sich genommen den Erfolg nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden, offen steht? Im Ergebnis herrscht darüber weitgehend Einigkeit, dass ein solcher Zustand „organisierter Unverantwortlichkeit“ inakzeptabel ist.⁷⁰ Mit den Worten des BGH: „Dass dies nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand.“⁷¹ Trotzdem sind die dogmatischen Grundlagen dieses Ergebnisses noch nicht völlig gesichert.

a) Obwohl es in der vorliegenden Abhandlung nur um Unterlassungsdelikte geht, bietet der Seitenblick auf die Dogmatik der Begehungsdelikte einen angemessenen Einstieg in die Problematik. Denn insbesondere die Konstellation des vorsätzlichen Begehungsdelikts dürfte relativ leicht zu lösen sein: Im Falle einer Kollegialentscheidung, die etwa den Vertrieb eines als gefährlich bekannten Produkts zum Gegenstand hat, steht eigentlich nichts der Bejahung des gemeinsamen Tatentschlusses und des erheblichen Tatbeitrags im Wege – also der beiden unbestrittenen Voraussetzungen einer Mittäterschaft⁷² – mit der Folge der gegenseitigen

⁶⁹ An sich stellt die erste der oben genannten Konstellationen, also das Treffen einer Kollegialentscheidung, einen Energieeinsatz dar und ist deshalb als Begehung einzustufen (so auch *Dencker* [Fn. 5], S. 168; *Schünemann*, in: Roxin/Widmaier [Hrsg.], 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 621 [S. 634]), anders aber die Rspr. (BGHSt 37, 106 [114]), zwar unbegründet, aber wohl auf Grundlage ihres schillernden Kriteriums des Schwerpunkts des Vorwurfs (zur Kritik hieran statt aller *Roxin* [Fn. 5], § 31 Rn. 79 ff.; zum Energiekriterium § 31 Rn. 78). Weil aber eine Kollegialentscheidung in dem Sinne, dass das Unternehmen nicht vor den gefährlichen Produkten ihrer Konkurrentin warnt, selbstverständlich keine Verantwortung nach den Grundsätzen der Begehungsdelikte heranziehen kann, liegt hier wohl eine Konstellation der Unterlassung durch Begehung in der Form eines abgebrochenen Gebotserfüllungsversuchs vor (zu diesen Figuren umfassend *Roxin*, in: Bockelmann [Hrsg.], Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 380 [S. 381]; *ders.* [Fn. 5], § 31 Rn. 99 ff., 198 ff.).

⁷⁰ Zu den wenigen, die a.A. sind, gehören *Nettesheim*, BayVBl. 1989, 161 (165) und *Samson*, StV 1991, 182 (184).

⁷¹ BGHSt 37, 106 (132).

⁷² Statt aller *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 189, der zudem verlangt, dass der Beitrag im Ausführungsstadium geleistet wird, was

gen Zurechnung aller einzelnen Beiträge.⁷³ Dass die einzelnen Täter keine Entscheidungsmacht über das „Ob und Wie“ der Tat haben,⁷⁴ ist kein Hindernis für die Bejahung der Mittäterschaft, denn – wie schon durch die Anerkennung der Fallgruppe der sogenannten additiven Mittäterschaft (Bsp.: Erschießungskommando)⁷⁵ belegt wird – eine solche absolute Entscheidungsmacht ist keine Voraussetzung einer Mittäterschaft.⁷⁶ Dem steht auch die Tatsache, dass die Entscheidung im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung getroffen wird und auf Ausführungspersonen angewiesen ist, nicht entgegen.⁷⁷ Zum einem wird man das Treffen der Entscheidung meistens als ein täterschaftliches Verhalten ansehen können: in einem Unternehmen wissen die Ausführungspersonen meistens nichts von der Gefährlichkeit der vertriebenen Produkte, so dass bereits die Konstellation der mittelbaren Täterschaft mittels eines irrenden Werkzeugs regelmäßig gegeben sein dürfte,⁷⁸ und es gibt immer noch die Möglichkeit der Anerkennung der Organisationsherrschaft im Unternehmen⁷⁹ oder eines garantenpflichtwidrigen Unterlassens.⁸⁰ Falls man die zwei erwähnten Zurechnungsfiguren ablehnt und die Ausführungsperson alles durchschaut, wird man die Entscheidung als Teilnahme an der vorsätzlichen Tat der Ausführungsperson einstufen können: Teilnahmebeiträge können unstreitig auch mittäterschaftlich verwickelt werden.⁸¹

b) Etwas komplizierter ist die Lage beim vorsätzlichen Unterlassungsdelikt. Hier verfährt die Rechtsprechung nicht geradlinig. Zunächst hatte der BGH in der Lederspray-Entscheidung eine Mittäterschaft wegen Unterbleibens des gebotenen Rückrufs eines gesundheitsschädlichen Produkts bejaht (BGHSt 37, 106 [129]). Eine solche liege insbesondere dann vor, wenn mehrere Garanten eine ihnen gemeinsam obliegende Pflicht nur zusammen erfüllen können und gemeinschaftlich den Entschluss fassen, dies nicht zu tun

hier ebenfalls zu bejahen ist (s. Text ab Fn. 77). Vgl. aber jüngst *Rotsch*, in: Paeffgen u.a. (Fn. 61), S. 887 (889 ff.).

⁷³ BGHSt 37, 106 (129). Ausf. *Knauer* (Fn. 51), S. 159 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 61 ff.

⁷⁴ *Samson*, StV 1991, 182 (184).

⁷⁵ Hierzu *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 229 f.

⁷⁶ Präzise *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 212: die Erheblichkeit des Tatbeitrags ist aus der ex ante- und nicht aus der ex post-Perspektive zu beurteilen. Gegen diesen Einwand auch *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Ransiek* (Fn. 73), S. 61.

⁷⁷ Bedenken insbesondere bei *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 64 ff.; detailliert zu solchen Fragen „vertikaler Zurechnung“ *Knauer* (Fn. 51), S. 49 ff.

⁷⁸ *Knauer* (Fn. 51), S. 75.

⁷⁹ BGHSt 40, 218 (237); *Knauer* (Fn. 51), S. 79; *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; mit Bezug auf den jetzt diskutierten Fall *Hoyer*, in: Paeffgen u.a. (Fn. 61), S. 515 (S. 518).

⁸⁰ *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 137.

⁸¹ So im Ergebnis auch *Bloy* (Fn. 51), S. 55; *Knauer* (Fn. 51), S. 80.

(BGHSt 37, 106 [129]). Dagegen begründet der BGH die Verantwortung der einzelnen Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED, die es vorsätzlich unterlassen hatten, sich gegen die Tötung von Flüchtlingen zu entscheiden, dadurch, dass er sich – unter Rückgriff auf die Lederspray-Entscheidung⁸² – auf die „parallele Unterlassung“ bzw. „kumulative Unterlassung“ aller beruft (BGHSt 48, 77 [94]). Demnach sei „auf das Verhalten der Garantengemeinschaft abzustellen“ (BGHSt 48, 77 [94]). Einer Mittäterschaft bedürfe es aber nicht, da eine gegenseitige Zurechnung nach dem BGH gerade nicht stattfinde (BGHSt 48, 77 [95]).

Zunächst zu der späteren Entscheidung: Es ist sehr unklar, was mit dem Begriff des parallelen Unterlassens gemeint ist.⁸³ Der Verweis auf die Stellen der Lederspray-Entscheidung, die nichts mit dem Vorsatzdelikt zu tun haben,⁸⁴ und die Wendung des kumulativen Unterlassens deuten beide darauf hin, dass man darunter die bekannte Figur der kumulativen Kausalität verstehen soll, bei der alle einzelnen Beiträge für den Erfolg kausal sind.⁸⁵ Aber dies ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Schon bei der Lederspray-Entscheidung wurde bemängelt, dass der BGH mit diesem Schlagwort die Kausalität „mehr statuiert als begründet“ habe.⁸⁶ Denn bei der kumulativen Kausalität verhält es sich so, dass mehrere Bedingungen alle für sich genommen notwendig, aber nur in Verbindung mit den anderen hinreichend sind, um den Erfolg herbeizuführen. Die Kausalität jedes einzelnen Beitrags ergibt sich deshalb bereits ohne weiteres aus der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Gibt es also einen Überschuss an Unterlassungen, wie es ihn in der Lederspray-Entscheidung und auch in der Politbüro-Entscheidung bzgl. des Nicht-Beschließens des Rückrufs gab, dann ist in der Tat kein einzelner für sich genommener Beitrag eine *conditio-sine-qua-non* des Erfolgs. Zu Recht wurde deshalb auch kritisiert, dass sich mit einer solchen Begründung eigentlich alles für kausal erklären lässt.⁸⁷

Ebenso wenig hilft die Heranziehung der Figur der alternativen Kausalität und der dafür entwickelten Modifikation

⁸² BGHSt 37, 106 (130 f.) – dort wurden diese Überlegungen erst beim Fahrlässigkeitsdelikt herangezogen.

⁸³ Krit. auch *Ranft*, JZ 2003, 582 (584): Begriff „hat keinen Inhalt“.

⁸⁴ Vgl. o. Fn. 82.

⁸⁵ BGHSt 37, 106 (130).

⁸⁶ So *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 65 (trotz seiner Zustimmung zur Heranziehung der Figur beim Begehungsdelikt, § 11 Rn. 18); auch gegen die kumulative Kausalität *Meier*, NJW 1992, 3193 (3197); *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563); *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (334); *Knauer* (Fn. 51), S. 94; *Schaal* (Fn. 11), S. 20, 110 ff.; v. *Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 131; *Jäger* (Fn. 5), S. 360; auch *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743 (744) und *Kuhlen*, NSTZ 1990, 566 (570): zustimmungswürdige Ausnahme der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Für kumulative Kausalität aber *Weber*, BayVBl. 1989, 166 (169).

⁸⁷ *Puppe*, GA 2004, 129 (145).

der *conditio-sine-qua-non*-Formel weiter.⁸⁸ Bekanntlich behaupten viele, dass von mehreren Bedingungen, die zwar kumulativ, aber nicht alternativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiere, jede kausal sei.⁸⁹ Also seien die einzelnen Stimmabgaben nicht jede für sich, sondern in ihrer Gesamtheit hinwegzudenken bzw. hinzuzudenken. Weil der Erfolg entfällt, ist jede dieser Stimmabgaben als kausal anzusehen. Diese Modifizierung der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist aber nicht nur völlig *ad hoc*;⁹⁰ sie führt auch dazu, dass man jede Nichtursache zu einer Ursache erklären kann.⁹¹ Ein konsequenter Vertreter der *conditio-sine-qua-non*-Formel muss deshalb bei Fällen mehrerer je für sich hinreichender Bedingungen zu dem Schluss kommen, dass keine von ihnen kausal war.⁹²

Auch die schlichte Heranziehung der Formel der gesetzmäßigen Bedingung durch die Behauptung, alle Ja-Stimmen ständen mit dem Erfolg in einem gesetzmäßigen Zusammenhang,⁹³ bleibt präzisierungsbedürftig. Denn wieso sich Bedingungen, die im Einzelfall entbehrlich sind, mit einem Erfolg in einem gesetzmäßigen Zusammenhang befinden können, muss erst noch begründet werden.

Hieraus ergibt sich folgendes Zwischenfazit: Will man die Problematik auf der Kausalitätsebene bewältigen, dann kann man sich die Mühe nicht ersparen, diese Lehre neu zu über-

⁸⁸ So aber *Dreher*, JuS 2004, 17 (18); *Gropp*, GA 2009, 265 (269); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 19 Rn. 20b; *Lackner/Kühl* (Fn. 49), vor § 13 Rn. 11; *Meier*, NJW 1992, 3193 (3198); *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 158; und mit erheblicher Verfeinerung *Schaal* (Fn. 11), S. 92 ff., 97 f. (nur für das Begehungsdelikt; beim Unterlassungsdelikt wird die Modifikation abgelehnt, S. 114 ff.); wohl auch *Röckrath*, NStZ 2003, 641 (645) u. *Paredes Castañon*, El caso del la colza, 1995, S. 109 ff. Gelegentlich wird bestritten, dass es überhaupt um eine solche Konstellation alternativer Kausalität geht (*Nettesheim*, BayVBl. 1989, 161 [165]; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 112), was aber unrichtig ist: Es geht genauer gesagt um eine Kombination von kumulativer und alternativer Kausalität (ebenso *Schaal* [Fn. 11], S. 32, 48), wobei nur die zweite Komponente dieser Kombination problematisch ist.

⁸⁹ Diese auf *Träger* (Fn. 59), S. 45 f. zurückgehende Modifizierung ist etwa bei *Kühl* (Fn. 88), § 4 Rn. 19 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 88), Rn. 157 zu finden.

⁹⁰ *Dencker* (Fn. 5), S. 52; *Puppe*, ZJS 2008, 488 (491); *Jäger* (Fn. 5), S. 348; *Knauer* (Fn. 51), S. 96; *Merkel*, in: Paeffgen (Fn. 61), S. 151 (S. 155).

⁹¹ *Puppe* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 Rn. 92; *dies.*, GA 2010, 551 (554); *dies.*, ZJS 2008, 488 (491 Fn. 10); *Knauer* (Fn. 51), S. 96, der als Beleg Gegenstimmen und Enthaltungen anführt; *Rodríguez Montañés*, in: Schünemann u.a. (Fn. 23), S. 307 (S. 312); *Merkel* (Fn. 90), S. 155 Fn. 11.

⁹² Vgl. o. Fn. 61.

⁹³ Insbesondere *Weißer* (Fn. 88), S. 113 ff., 116, 119; *Schünemann* (Fn. 69), S. 633.

denken.⁹⁴ Dies macht auch deutlich, wieso meine obigen Überlegungen zur Erfolgszurechnung anhand des Risikoverminderungsgedankens beim unterlassenden Alleintäter hier nicht hilfreich sind.⁹⁵ Denn fraglich ist nicht erst, ob die Vornahme der gebotenen Handlung – also dass man sich für den Rückruf des Ledersprays bzw. „im Politbüro durch Äußerungen und Anträge für eine Änderung des Grenzregimes“⁹⁶ aktiv einsetzt – eine Rettungschance eröffnet hätte, sondern bereits, ob sie an der konkreten Gestalt der einzelnen Todeserfolge etwas geändert hätte und somit kausal war. Nur eine fragwürdige kausalitätsersetzende Risikoverminderungslehre käme zum erwünschten Ergebnis – und dies wohl auch nicht immer.⁹⁷

Einen gangbaren Ausweg bietet aber die Figur der Mittäterschaft,⁹⁸ also der erste Lösungsansatz des BGH. Die allgemeine Ablehnung der Figur beim Unterlassungsdelikt beruht eher auf doktrinären Gründen.⁹⁹ Auch die Kritik an

⁹⁴ Dies versuchen die Autoren, die die Lehre von der INUS-Bedingung bzw. der Mindestbedingung vertreten, mit denen man sich erst u. c) auseinandersetzen wird, nicht, weil ihre Überlegungen für Vorsatzfälle irrelevant sind, sondern weil sich die Diskussion insbesondere an Fahrlässigkeitsfällen entfaltet hat und erst dort besonders brisant wird.

⁹⁵ Anders *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Otto* (Fn. 4), § 9 Rn. 102, der sogar meint, der BGH habe sich in der Politbüro-Entscheidung der Sache nach der Risikoverminderungslehre angeschlossen; *Hoyer*, GA 1996, 160 (174).

⁹⁶ So die Beschreibung der gebotenen Handlung aus BGHSt 48, 92.

⁹⁷ Denn es sind Fälle denkbar, in denen die pflichtwidrige Entscheidung derart feststeht, dass das Risiko bereits ein Maß von 100 % erreicht, das nicht mehr steigerungsfähig ist (hierzu *Ransiek* [Fn. 73], S. 60; *Schaal* [Fn. 11], S. 144, 146 ff., trotz fragwürdiger Heranziehung des *in-dubio*-Grundsatzes).

⁹⁸ In diesem Sinne auch *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 125 f.; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (692); *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Ranft*, JZ 2003, 582 (584); *Knauer* (Fn. 51), S. 202 f.; *ders.*, NJW 2003, 3101 (3103); *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 172 f.

⁹⁹ *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 189; zust. *Welzel* (Fn. 4), S. 206: einen Unterlassungsvorsatz gebe es nicht, sondern nur einen Quasi-Vorsatz, weshalb Mittäterschaft im Unterlassungsbereich unmöglich sei. Aus welchen Gründen man demnach nicht von einer Quasi-Mittäterschaft sprechen kann, die ähnlichen Voraussetzungen und dieselben Rechtsfolgen wie ihre Zwillingsschwester hätte, ist nicht ersichtlich, so dass die These sich im Ergebnis als terminologisch entpuppt. *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 158 ff. und v. *Weezel* (Fn. 86), S. 210 meinen, die täterschaftskonstituierenden (institutionellen, nicht aber organisationellen) Pflichten hätten alle höchstpersönlichen Charakter (ähnlich *Lesch*, ZStW 105 [1993], 271 [287], freilich ohne explizite Differenzierung; *Bloy* [Fn. 51], S. 57), was in dieser Absolutheit nicht einleuchtet (zu Recht krit. *Pariona*, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S. 176 ff.).

ihrer Bejahung im Einzelfall überzeugt wenig. Die Behauptung, es liege kein gemeinsamer Tatentschluss bzw. Tatplan vor,¹⁰⁰ überspannt die Anforderungen, die für einen Tatentschluss schon beim Begehungsdelikt gelten, bei dem eine ausdrückliche Verabredung bzw. eine „anspruchsvolle Abstimmung“¹⁰¹ bzw. ein „Unrechtspakt“¹⁰² auch nicht verlangt wird.¹⁰³ Welche weiteren Kriterien für eine Mittäterschaft im Unterlassungsbereich zu verlangen sind, erscheint noch nicht völlig geklärt, denn in den meisten Fällen bedarf man der Figur gar nicht, sondern kommt schon mit der Annahme von Nebentäterschaften weiter.¹⁰⁴ Dies ist im vorliegenden Zusammenhang aber gerade nicht der Fall, weil man ohne die gegenseitige Zurechnung an der fehlenden Kausalität der einzelnen Unterlassungen für den Erfolg, der sowieso eintreten würde, solange sich die anderen nicht auch zur gebotenen Handlung entschließen, scheitern wird. Ob man sich wie *Roxin* mit einer Verletzung ein und derselben Erfolgsabwendungspflicht begnügt,¹⁰⁵ oder darüber hinaus verlangt, dass die Pflicht eine sein muss, die man nur gemeinsam erfüllen kann¹⁰⁶ – es dürfte in jedem Fall klar sein, dass diese Voraussetzungen hier ohne weiteres erfüllt sind, so dass an der Mittäterschaft letztlich nicht gezweifelt werden kann.

c) Bei der fahrlässigen Unterlassung gestaltet sich die Lage um Einiges schwieriger. Denn eine Mittäterschaft gibt es nach herkömmlichem und noch herrschendem Verständnis nur beim Vorsatzdelikt. Deshalb lassen sich insbesondere zwei Gruppen von Meinungen unterscheiden, nämlich die derjenigen, die an diesem Grundsatz nicht rütteln wollen und deshalb insbesondere auf der Kausalitätsebene nach einer Lösung suchen, und die derjenigen, die den Grundsatz revidieren und für die Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft plädieren.

Bekanntlich versuchte der BGH in der Lederspray-Entscheidung die Problematik über die Figur der kumulativen

Kausalität zu lösen,¹⁰⁷ was aus den oben unter b) genannten Gründen nicht überzeugend ist. Will man die Problematik dennoch auf der Ebene der Kausalität bewältigen, dann führt an einer grundlegenden Verfeinerung der Kausalitätslehre kein Weg vorbei. Diesen Weg gehen diejenigen, die die Formel der gesetzmäßigen Bedingung im Sinne der Formel der sogenannten INUS-Bedingung (insufficient non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition) bzw. des notwendigen Bestandteils einer hinreichenden Mindestbedingung weiterentwickeln.¹⁰⁸ Diese Lehre geht von der Grundannahme der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung aus: Kausalität sei nämlich die Subsumtion des Individualfalls unter ein allgemeines Kausalgesetz. Nun wird die logische Struktur des allgemeinen Kausalgesetzes näher präzisiert. Ein Kausalgesetz ist als eine hinreichende Mindestbedingung eines Erfolgs anzusehen. Eine solche Mindestbedingung besteht aber aus einer Vielzahl weiterer Bedingungen, die alle deshalb für diese Mindestbedingung notwendig sind. Ein Verhalten ist als kausal für einen Erfolg anzusehen, wenn es unter eine dieser notwendigen Bedingungen subsumiert werden kann – unabhängig davon, ob es andere Verhaltensweisen gibt, für die das ebenfalls gilt. Denn anders als die *conditio sine qua non*-Formel bezieht diese Lehre das Hinwegdenken nicht auf die Ebene des Einzelfalls, sondern auf die der Formulierung des Kausalgesetzes, der Gewinnung einer *Mindestbedingung*.¹⁰⁹ Angewandt auf den Fall der Kollegialentscheidung:¹¹⁰ Bei einem Gremium von 3 Mitgliedern A, B

¹⁰⁷ BGHSt 37, 106 (130 f.).

¹⁰⁸ *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875, 910); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (599); *dies.*, SchwZStR 107 (1990), 141 (151); *dies.*, JZ 1994, 1147 (1149); *dies.*, in: Schulz/Dammitz (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, S. 227 (S. 238); *dies.* (Fn. 23), S. 290, 293; *dies.*, ZIS 2007, 234 (240); *dies.*, ZJS 2008, 488 (490); *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 102; *dies.*, GA 2010, 551 (555, 569); *Koriath* Kausalität 2 Titel, Jahr, S. 138 f., 248; *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 334 ff.; *Kindhäuser*, GA 1982, 477 (485 f.); *ders.*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 87; *ders.*, ZStW 120 (2008), 481 (485); *Osnabrügge* (Fn. 58), S. 93; *Vogel* (Fn. 5), S. 148 ff.; *Sofos* (Fn. 58), S. 109; *Hilgendorf*, Jura 1995, 514 (516); *Dold*, Rechtstheorie 41 (2010), 109; *Hoyer* (Fn. 79), S. 519 (aber nur für die Kausalität – denn die Unerlaubtheit der geschaffenen Gefahr soll ausgeschlossen werden, sobald eine hinreichende Mindestbedingung für den Erfolg erfüllt ist [S. 521 f.], womit weiterhin für die Mittäterschaftskonstruktion ein Bedürfnis besteht [S. 522 ff.]). Inwiefern die im Strafrecht kursierende Theorie auf den Philosophen *Mackie* zurückführbar ist, sei dahingestellt, hierzu *Binns*, Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff, 2001, S. 69 f., 108 (abl.) und zuletzt *Puppe* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 ff. Rn. 110; *dies.*, GA 2010, 551 (556).

¹⁰⁹ Ausf. zur Bestimmung der Mindestbedingung *Dold*, Rechtstheorie 41 (2010), 109 (111).

¹¹⁰ *Puppe*, JR 1992, 30 (32); *dies.*, GA 2004, 129 (137); *dies.*, ZIS 2007, 234 (240); *dies.* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 ff. Rn. 108 (122); *dies.*, GA 2010, 551 (561); *dies.* (Fn. 5 – AT), § 30

¹⁰⁰ *Nettesheim*, BayVBl. 1989, 161 (165); *Hassemer* (Fn. 77), S. 68; *Puppe*, GA 2004, 129 (144); *dies.*, ZIS 2007, 234.

¹⁰¹ Ausdruck von *Hassemer* (Fn. 77), S. 68.

¹⁰² So aber *Puppe*, ZIS 2007, 234 (236); eine Auseinandersetzung mit dieser Sichtweise ist hier nicht möglich.

¹⁰³ Ebenso *Ranft*, JZ 2003, 582 (584); *Knauer*, NJW 2003, 3103; ähnlich *Frister* (Fn. 61) § 26 Rn. 6. Allgemein *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 192.

¹⁰⁴ *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 173. *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 82 hält die Figur immer noch für überflüssig.

¹⁰⁵ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 469 f.; *ders.* (Fn. 5), § 31 Rn. 172; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 4), § 25 Rn. 213, die als Beispiel den Fall des Vaters und der Mutter, die ihr Kind gemeinsam unversorgt lassen, anführen.

¹⁰⁶ *Dencker* (Fn. 5), S. 172; *Hoyer*, in: Rudolphi (Fn. 15), § 25 Rn. 149; *Rodríguez Montañés* (Fn. 91), S. 327 (trotz fehlerhaften Zitats von *Roxin*); ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 14 Rn. 18; *Jescheck/Weigend* (Fn. 49), S. 682: „eigentlicher“ Fall der Mittäterschaft. Der BGH benutzt die vorsichtige Modulierung „unter anderem“ (BGHSt 37, 106 [129]).

und C, das Entscheidungen mit einfacher Mehrheit trifft, ist eine hinreichende Mindestbedingung einer jeden Entscheidung, dass zwei Stimmen in eine Richtung gefällt werden. Gibt es im Einzelfall aber 3 Ja-Stimmen, dann sind alle für die Entscheidung kausal, denn sowohl der Sachverhalt A + B, als auch A + C und B + C lassen sich unter die hinreichende Mindestbedingung „2-ja Stimmen“ subsumieren.

Diese Bemühungen sind in der Tat sehr eindrucksvoll und elegant. Viele der dagegen gerichteten Einwände – sofern man diese Lehre überhaupt zur Kenntnis nimmt – sind auch nicht überzeugend.¹¹¹ Man kann der Lehre von der Mindestbedingung nicht vorhalten, sie sei normativ unbegründet,¹¹² denn *Puppe* betont immer wieder, dass man eine gegenseitige Entlastung verhindern müsse,¹¹³ was einen eindeutig normativen Gesichtspunkt darstellt. Umgekehrt kann man der Lehre auch nicht entgegenhalten, sie sei eine unzulässige Normativierung des Kausalbegriffs, der wertungsfrei gegenüber der normativ beladenen Zurechnungslehre bleiben sollte.¹¹⁴ Obwohl diese Trennung zwar in ihren Grundzügen stimmen dürfte, lässt sich letztlich nicht bestreiten, dass sich eine im Strafrecht anwendbare Kausalitätslehre an der Beantwortung der spezifischen sich bei diesem Rechtsgebiet stellenden Fragen orientieren muss und insofern notwendig normativ sein wird.¹¹⁵ Insbesondere ist die Behauptung falsch, die Lehre unterscheide sich nicht von der herkömmlichen *conditio-sine-qua-non*-Formel,¹¹⁶ und dies aus zwei oben schon erwähnten Gründen. Erstens setzt die *conditio-sine-qua-non*-Formel gerade kein Kausalgesetz voraus, sondern soll vielmehr Kausalzusammenhänge auch dort bejahen können, wo wir über solche Gesetze nicht verfügen. Zweitens bewegt sich das Hinwegdenken bei der Lehre von der Mindestbedingung auf der Ebene des allgemeinen Kausalgesetzes, nicht des

Einzelfalls, wie es sich bei der *conditio-sine-qua-non*-Formel verhält.¹¹⁷

Trotzdem würde ich eher dafür votieren, der Anziehungskraft der Theorie der Mindestbedingung zu widerstehen, und dies aus zwei Gründen, einem dogmatischen und einem wissenschaftspragmatischen. Auf dogmatischer Ebene ist noch einmal auf die Frage hinzuweisen, ob jede Kausalitätsfeststellung notwendig die Subsumtion unter ein Kausalgesetz voraussetzt.¹¹⁸ Dagegen spricht nicht nur, dass wir in vielen Bereichen Kausalzusammenhänge auch dort bejahen, wo wir über keine Gesetze verfügen – Paradebeispiel ist hier die sogenannte psychische Kausalität. Meines Erachtens noch relevanter ist der selten bemerkte Befund, dass eine Lehre, die Kausalität als Subsumtion unter ein Kausalgesetz versteht, Probleme mit einer scheinbar unproblematischen Konstellation hat, nämlich der der sogenannten überholenden Kausalität bzw. umgekehrt mit der Ausscheidung von „bereitstehenden“ Ersatzursachen.¹¹⁹ Man nehme Folgendes an:

¹¹⁷ Das erkennt auch *Samson* (Fn. 116), S. 265 f., der aber meint, die Beantwortung der Frage auf der konkreten Einzelfallebene setzte immer die Beantwortung der Frage auf der allgemeinen Ebene voraus. Das ist nicht notwendig falsch, trägt das Behauptete, die Identität beider Formeln, aus zwei Gründen aber nicht: Erstens reicht es für eine Synonomie noch nicht aus: denn die Umkehrung ist nicht wahr (krit. auch *Puppe* [Fn. 5 – NK], vor § 13 ff. Rn. 109a). Zweitens kann die *conditio-sine-qua-non*-Formel wie gesagt auch ohne allgemeine Kausalgesetze auskommen.

¹¹⁸ *Frisch* (Fn. 11), S. 522 f.; *ders.* (Fn. 115), S. 51 (S. 65 ff.); *ders.*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 5), S. 239 (S. 253 ff.); *Toepel* (Fn. 5), S. 54 f.; *Lampe*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 190 Fn. 3; *Knauer* (Fn. 51), S. 104 f.; *Schaal* (Fn. 11), S. 63 ff., 86 ff.; *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 82 ff.; *Jäger* (Fn. 5), S. 358 f. (trotz der etwas missverständlichen – weil letztlich nur eine Verdeutschung des lateinischen Namens der von ihm abgelehnten *conditio-sine-qua-non*-Theorie darstellenden – Bezeichnung als „Lehre von der notwendigen Bedingung“); im Ergebnis anders *Frister* (Fn. 61), § 9 Rn. 7 f. Hiergegen aber *Puppe*, GA 2010, 551 (570); *dies.* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 ff. Rn. 109 (126, „Illusion“); *dies.*, JR 1992, 30 (34 Fn. 24: „theoretisch falsch“ und „praktisch gefährlich“). Der Einwand derjenigen, die wegen des sog. Induktionsproblems auf Kausalgesetze verzichten wollen (*Haas* [Fn. 115], S. 175 f.), dürfte eher auf einer Überschätzung einer bloß philosophischen Sorge beruhen (ähnlich *Puppe*, GA 2010, 551 [563] u. ausf. *Sarrabayrouse* [Fn. 51], S. 261, 276).

¹¹⁹ Ähnl. wohl *Toepel* (Fn. 5), S. 58; *ders.*, JuS 1994, 1009 (1012); *ders.* (Fn. 61), S. 296 ff., 300 ff.; *Erb*, JuS 1994, 449 (451); *L. Schulz*, in: Lübke (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, S. 41 (S. 58 f.); *Schaal* (Fn. 11), S. 63 ff.; jüngst *Merkel* (Fn. 90), S. 160, mit einem Hinweis auf eine erforderliche Ergänzung des Naturgesetzes durch zahlreiche *ceteris-paribus*-Klauseln; und bereits *Androulakis* (Fn. 5), S. 86 f. Aus der Wissenschaftstheorie *Cartwright*, in: Klemke u.a. (Hrsg.), Introductory readings in the Philosophy of Science,

Rn. 8; zust. *Kuhlen*, JZ 1994, 1142 (1146), anders später, s. u. (Fn. 112); *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 225; *Rodríguez Montañés* (Fn. 91), S. 314; *Kraatz* (Fn. 108), S. 340, 353; *Sofos* (Fn. 58), S. 160; sehr ähnlich *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (565 f.). Meine Verdeutlichung wird sich aus stilistischen Gründen auf die Begehungssituation konzentrieren, obwohl sie bei Unterlassung selbstverständlich unter einer duplex *negatio* gelesen werden sollte.

¹¹¹ Auseinandersetzung mit vielen Autoren unter Klärung einiger Missverständnisse bei *Puppe*, GA 2004, 129 (139).

¹¹² So *Kuhlen*, in: Roxin/Widmaier (Fn. 69), S. 647 (S. 669); ähnl. *Binns* (Fn. 108), S. 111 f.

¹¹³ Z.B. *Puppe* (Fn. 108), S. 238.

¹¹⁴ Etwa *Otto*, Jura 2001, 275 (276).

¹¹⁵ Zutr. *Jakobs* (Fn. 68), S. 421; *Frisch*, in: Dölling (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 51 (S. 57 ff.), *Hilgendorf* (Fn. 51), S. 36. Auch die Entscheidung, Kausalität und Zurechnung voneinander zu trennen, ist eine normative, die neuerdings von *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 185 ff., 280 ff., bestritten wird.

¹¹⁶ *Samson*, in: Rogall u.a. (Fn. 15), S. 259 (S. 266).

A hat B 400 Milligramm Strychnin injiziert, B stirbt. Aus Medizinbüchern kann man das einschlägige Kausalgesetz entnehmen: Die letale Dosis beträgt zwischen 50 und 300 Milligramm.¹²⁰ Die Subsumtion erfolgt reibungslos, As Verhalten ist die Ursache von Bs Tod. Was aber, wenn B wenige Sekunden nach Einnahme des Gifts überfahren und sein Hirn zerquetscht wird? Unstreitig ist die Giftinjektion in diesem Fall ein überholter Kausalverlauf bzw. eine unwirksame Ersatzursache. Dennoch ändert der Umstand, dass B überfahren wurde, an der Subsumtion unter das oben genannte Gesetz nichts. Damit die Kausalität nicht auch in diesem Fall fälschlicherweise bejaht wird, wird man das Kausalgesetz modifizieren, also mit weiteren notwendigen Bedingungen anreichern müssen. Hier käme etwa der Zusatz „nach x Minuten“ in Betracht. Es kann jedoch einen Einzelfall geben, in dem der Erfolg trotz der Erfüllung dieser weiteren Bedingung wegen des Dazwischentretens einer anderen Ursache eintritt, was eine weitere Ergänzung erforderlich machen wird – und so fort. Diese Schwierigkeit ist *Puppe* natürlich nicht unbemerkt geblieben. Sie verfährt deshalb so wie gerade beschrieben, oder um es in ihrer Terminologie ausdrücken, sie behauptet, Kausalgesetze seien „Nahwirkungsgesetze“: Man müsse sich fragen, „über welche zeitlich und örtlich benachbarten Ereignisse Ursache und Erfolg miteinander verknüpft sind“.¹²¹ Damit wird die Theorie aber fast redundant – eine „leicht unvollkommene Fallschilderung“, wie *Dencker* sagt.¹²² Die Subsumtion unter ein Kausalgesetz ist in diesen Fällen eine bloß scheinbare. Im Grunde muss man schon im Voraus wissen, was die Ursache war – sonst hätte man sich von vornherein für den überholten Kausalverlauf entschieden – und dieses Wissen erlangte man eigentlich durch eine nicht zugegebene Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Mit *Roxin* muss also die Möglichkeit gesetzesfreier kausaler Bedingungen anerkannt werden.¹²³

1998, S. 233 ff.; *Moore* (Fn. 6), S. 475 ff. Zur Klarstellung: im Text erfolgt keine Stellungnahme zur Frage, ob Kausalität in ihrer Tiefenstruktur auf Regularitäten oder Gesetze angewiesen ist, also zu der Ontologie der Kausalität. Es wird vielmehr bloß die epistemische These vertreten, nach der man nicht Regularitäten oder Gesetze braucht, um zu erkennen, ob zwischen zwei Ereignissen ein Kausalzusammenhang besteht – eine These, die auch von demjenigen akzeptiert werden kann, der die genannte ontologische These vertritt (prominentes Beispiel: *Davidson*, *Journal of Philosophy* 64 [1967], 691 ff. [701 f.]).

¹²⁰ Vgl. *Ludewig/Regenthal*, *Akute Vergiftungen und Arzneimittelüberdosierungen*, 10. Aufl. 2007, S. 560.

¹²¹ *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (888, Zitat 889); *dies.*, *ZStW* 95 (1983), 286 (310); *dies.*, *ZStW* 99 (1987), 595 (610).

¹²² *Dencker* (Fn. 5), S. 113. Krit. zu diesem Ausweg auch *L. Schulz* (Fn. 119), S. 59 Fn. 65 und *Toepel* (Fn. 61), S. 296 f., der zu Recht betont, die Berufung auf Nahwirkungsgesetze sei mit einem Modell der Subsumtion unter generelle Gesetze unvereinbar.

¹²³ *Roxin* (Fn. 56 – Achenbach FS), S. 416. *Roxin* entwickelt diesen Standpunkt aber allein am Problem der psychischen Kausalität.

Die zweite Erwägung gegen die Lösung der Lehre von der Mindestbedingung ist wissenschaftspragmatischer Natur. So elegant, wie diese Lehre ist, so schwierig ist sie auch.¹²⁴ Wohlgemerkt: die Schwierigkeit einer Lösung ist für sich allein genommen (noch) kein Einwand gegen sie. Gibt es aber leichtere Alternativen, die dieselbe Leistung erbringen können und zudem weitere Vorteile anbieten, dann wird man nicht mehr behaupten können, die Entscheidung gegen die schwierigere Theorie beruhe auf bloßer „Bequemlichkeit“.¹²⁵ Eine solche Alternative könnte die fahrlässige Mittäterschaft sein. Diese Figur würde das Problem der gegenseitigen Entlastung gleichfalls lösen, nämlich dadurch, dass eine gegenseitige Zurechnung ermöglicht wird. Sie hätte zudem den wichtigen Vorteil des Konservatismus: Denn der Kausalbegriff ist, wie gesagt (S. 679 f.), derart grundlegend, dass man sich erst bei äußerster Notwendigkeit dazu entschließen sollte, etwas an seinen Grundlagen zu ändern. Die von *Puppe*¹²⁶ befürchteten Folgewirkungen der Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft dürften bei einer Änderung des Kausalbegriffs um einiges zahlreicher sein. An der *conditio-sine-qua-non*-Formel sollte somit festgehalten werden, und dies nicht nur gegenüber der Lehre von der Mindestbedingung, sondern auch gegenüber der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung, die ebenso Kausalität als Subsumtion unter ein generelles Kausalgesetz versteht.¹²⁷

¹²⁴ Dies dürfte teilweise erklären, wieso sie in der Diskussion nicht gebührend behandelt wird.

¹²⁵ So aber *Puppe*, GA 2004, 129 (142).

¹²⁶ *Puppe*, GA 2004, 129 (146).

¹²⁷ Der verbreitete Einwand, die *conditio*-Formel beruhe auf einem Zirkel, weil man schon wissen müsse, ob Kausalität vorliegt, um zum Schluss zu kommen, dass der Erfolg nach dem Hinwegdenken eines Faktors wegfällt (etwa *Jescheck/Weigend* [Fn. 49], S. 281; *Jakobs* [Fn. 4], 7/9 ff.; zu Recht krit. *Merkel* [Fn. 90], S. 155 Fn. 11), ist aber nicht stichhaltig, denn keine Kausalitätsformel kommt im Einzelfall ohne empirische Daten aus. Aber auch hier erweist sich indes die *conditio*-Formel als überlegen gegenüber Formeln, die unter ein allgemeines Gesetz subsumieren: denn sie stellt klar, dass diese empirischen Daten meistens (wenn auch nicht immer, s. den Holzschutzmittel-Fall, BGHSt 41, 206) den konkreten Sachverhalt und nicht das allgemeine Gesetz betreffen. Die weitere Einwände von *Merkel* (Fn. 90), S. 157 ff., der Zusammenhänge anführt, die offensichtlich nicht kausal sind, die aber trotzdem als *conditiones sine quibus non* von bestimmten Ereignissen oder Tatsachen sind – etwa „wäre gestern nicht Freitag gewesen, dann wäre heute nicht Samstag“ – dürften zwar sein Zwischenfazit tragen, dass die *conditio-sine-qua-non* noch nicht als letztes Wort angesehen werden darf. Eine Preisgabe der Theorie wäre indes erst gerechtfertigt, wenn wir über eine andere Theorie verfügen würden, die in dieser Hinsicht besser verfährt, ohne diesen Vorzug mit anderweitigen Nachteilen zu erkaufen (insbesondere *Lakatos*, in: *Lakatos/Musgrave* [Hrsg.], *Criticism and the Growth of Knowledge*, 1970, S. 71 ff. [S. 116 ff.]). *Merkel* selbst betont, dass die im Strafrecht bekannte Alternative der Lehre von gesetzmäßigen Bedingung vor denselben Gegenbeispielen

Somit hängt das endgültige Urteil über die Lehre von der Mindestbedingung von der Frage ab, ob sich eine fahrlässige Mittäterschaft vertreten lässt. Das ist in Übereinstimmung mit einer im Vordringen befindlichen Literaturmeinung¹²⁸ zu bejahen. Die dogmatischen Einwände gegen die Figur sind von vornherein nicht stichhaltig. So kann die Behauptung, dass es bei der fahrlässigen Mittäterschaft an einem Tatentschluss bzw. Tatplan fehle,¹²⁹ der Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft nur dann entgegenstehen, wenn man annimmt, für diese Rechtsfigur müssten genau dieselben Mittäterschaftsvoraussetzungen wie beim Vorsatzdelikt gelten – eine erst noch zu begründende Annahme.¹³⁰ Puppés Einwand, die fahrlässige Mittäterschaft beinhalte einen Zirkelschluss, weil diese Figur Kausalität bereits voraussetze und diese deshalb nicht erst begründen könne,¹³¹ kann ebenso

kapituliert ([Fn. 90], S. 161 f.), und dass die Rückkehr zu einem Verständnis der Kausalität als *causa efficiens* mit anderen Schwierigkeiten ringen muss ([Fn. 90], S. 166).

¹²⁸ Dafür zusätzlich zu den u. zitierten noch: *Bloy*, GA 2000, 392 (395); *Feijoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, 2007, S. 233 ff.; *Frister* (Fn. 61) § 26 Rn. 4 ff.; *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 202 ff.; *Köhler* (Fn. 5), S. 540; *Kuhlen* (Fn. 112), S. 670; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (734 Fn. 160); *Renzikowski*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 423 (S. 439); *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242; (bei *Roxin* [Fn. 5], S. 974 f. wurde noch eine Lösung auf der Kausalitätsebene versucht); *Schünemann* (Fn. 105), § 25 Rn. 216; vorsichtig bejahend *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563). *Rotsch* (Fn. 72), S. 887 (903), hält die fahrlässige Mittäterschaft für „konstruktiv möglich“, aber nicht für mit der Tatherrschaftslehre vereinbar.

¹²⁹ Etwa *Bottke*, GA 2001, 463 (474); *Heine*, in: Schönkel/Schröder (Fn. 4), vor 25 Rn. 116; *Vassilaki*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2. Aufl. 2005, S. 499 (S. 503 f.); *Puppe*, ZIS 2007, 234 (241) mit einem anspruchsvolleren Begriff des Tatplans (236); auch *Gropp*, GA 2009, 265 (272 f.), der vor allem den Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB als Argument gegen eine fahrlässige Mittäterschaft bemüht. Differenzierend *Rotsch* (Fn. 72), S. 887 (902 f.).

¹³⁰ *Otto*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 271 (S. 281); *Otto* (Fn. 4), § 9 Rn. 115; ebenso *Brammsen*, Jura 1991, 533 (537); *Weißer*, JZ 1998, 230 (232); *Gutiérrez*, La responsabilidad penal del coautor, 2001, S. 213; *Knauer* (Fn. 51), S. 182 ff.; *Riedo/Chvojka*, SchwZStR 120 (2002), 152 (157 f.); *Renzikowski* (Fn. 128), S. 432; *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242; *Schünemann* (Fn. 105), § 25 Rn. 217.

¹³¹ *Puppe*, JR 1992, 30 (32); *dies.*, GA 2004, 129 (131, 136 f.); *dies.*, ZIS 2007, 234 (240); *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 122; auch *Samson*, StV 1991, 182 (184); *Hoyer*, GA 1996, 160 (173); *Sofos* (Fn. 58), S. 157; und *Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S. 181 ff., der eine fahrlässige Mittäter-

wenig überzeugen. Sinn der Mittäterschaft ist es vielmehr, dass jeder nur seinen Tatbeitrag leisten und insofern für das gemeinsame Unternehmen kausal sein muss. Eine Kausalität des einzelnen Beitrags für den Erfolg ist dagegen nicht nötig,¹³² und zwar nicht nur bei der sogenannten additiven Mittäterschaft.¹³³ Ernst zu nehmen ist dagegen die Herausforderung, für die Figur eine rechtsethische Fundierung anzubieten.¹³⁴ Diese kann selbstverständlich nicht bloß darin liegen, dass es für uns nützlich ist, in diesen Fällen keine Strafbarkeitslücken entstehen zu lassen, sondern man muss vielmehr einen Grund angeben können, der es gestattet, auch gegenüber demjenigen, dem fremde Beiträge zugerechnet werden, diese sehr einschneidende Rechtsfolge zu rechtfertigen. Einen solchen Grund gibt es in der Tat. Die gegenseitige Zurechnung ist nichts anderes als der Preis, den man für die durch Arbeitsteilung und Koordination gewonnene exponentielle Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten zahlen muss, also eine weitere Erscheinungsform des allgemeinen rechtlichen Grundsatzes, dass es – um eine Wendung von *Jakobs*¹³⁵ zu gebrauchen – ein Synallagma zwischen Handlungsfreiheit und Folgenverantwortung gibt.¹³⁶

schaft akzeptiert, an der Verursachung des Erfolgs durch jeden mittäterschaftlichen Beitrag aber dennoch festhält.

¹³² *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743; *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563); *Hoyer* (Fn. 79), S. 524 ff.; ausf. *Renzikowski* (Fn. 128), S. 426 ff.; *Häring* (Fn. 128), S. 140 ff., 277 ff.; *Jakobs*, in: Putzke u.a. (Fn. 5), S. 400 (S. 405) u. insbesondere *Knauer* (Fn. 51), S. 142 ff., 158 f., 168.

¹³³ So aber *Puppe*, GA 2004, 129 (131, 136: „Ausnahme“); *dies.*, ZIS 2007, 234 (240). Konsequenter indes *Becker* (Fn. 131), S. 167, der für Mittäterschaft Kausalität jedes einzelnen Beitrags verlangt und deshalb die additive Mittäterschaft ablehnt. Man denke ferner an Konstellationen der Mittäterschaft bei zweiaktigen Delikten, bei denen (z.B. im Falle eines Raubes) derjenige, der die Wegnahme begeht, nicht mehr für die von seinem Komplizen begangenen Drohungs- oder Gewaltakte kausal sein kann, näher *Renzikowski* (Fn. 128), S. 427 f.; hiergegen aber inzwischen die beachtliche Kritik von *Rotsch* (Fn. 72), S. 894.

¹³⁴ Diese Herausforderung insbesondere bei *Puppe*, GA 2004, 129 („jeder versagt für sich allein“), 132; ferner *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 25 Rn. 34.

¹³⁵ *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 21.

¹³⁶ Anders sehen *Dencker* (Fn. 5), S. 224 f.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 179 f., 188; *Knauer* (Fn. 51), S. 195 und *Roso Cañadillas*, Autoría y participación imprudente, 2002, S. 565, in der Gefahrerhöhung das Fundament der gegenseitigen Zurechnung. Dies ist nicht unrichtig, bleibt dennoch zu einseitig, weil nur dasjenige, das *wir* durch eine Bestrafung gewinnen, nämlich Schutz vor Gefahren, in das Blickfeld gerät. Das reicht für eine an den Täter adressierte Rechtfertigung noch nicht aus. Ähnliches lässt sich zu *Hoyers* Begründung, die gegenseitige Zusage der Mittäter senke die psychische Hemmschwelle zur Begehung rechtswidrigen Verhaltens herab, sagen (*Hoyer* [Fn. 79], S. 528). Der Gedanke der gegenseitigen Repräsentation, auf den sich *Ransiek*

Über die Kriterien einer fahrlässigen Mittäterschaft herrscht noch keine Einigkeit, denn die wissenschaftliche Durchdringung dieser Figur fängt gerade erst an.¹³⁷ Weil die Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten durch Arbeitsteilung als Ratio der Mittäterschaft erarbeitet wurde, wird man sicherlich Kenntnis dieser gemeinsamen Vorgehensweise bzw. dieser Arbeitsteilung verlangen müssen.¹³⁸ Ob man darüber hinaus eine gemeinsame Sorgfaltspflicht verlangen sollte,¹³⁹ soll hier offenbleiben. An sich spricht nichts gegen den Gedanken einer gemeinsamen Sorgfaltspflicht,¹⁴⁰ und eine solche gemeinsame Pflicht wäre in den vorliegenden Fällen auch gegeben. Einer Revision der Kausa-

(Fn. 73), S. 70, beruft, kann entgegen *Ransiek* nicht zu einer Zurechnung nicht gewollter Folgen führen. Konsequenter lehnt *Kindhäuser*, der Hauptvertreter dieser Begründung der Mittäterschaft, in: Bohnert [Hrsg.], *Verfassung – Philosophie – Kirche* Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 [S. 645], eine fahrlässige Mittäterschaft ab (vgl. *Kindhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2009, § 38 Rn. 55 Fn. 64, wenn auch ohne ausdrückliche Begründung). Ähnlich wie hier *Sánchez Lázaro*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 58 (2005), 421 (452).

¹³⁷ Ähnliche Beurteilung bei *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242.

¹³⁸ Ebenso: *Weißer* (Fn. 88), S. 147, 156; *dies.*, JZ 1998, 230 (236); *Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 288; *ders.* (Fn. 128), S. 429 ff.; *Küpper*, GA 1998, 519 (527); *Kamm* (Fn. 136), S. 196 ff.; *Gutiérrez* (Fn. 130), S. 214 f.; *Luzón/Díaz y García*, in: *Schünemann u.a.* (Fn. 23), S. 575 (S. 605); *Rodríguez Montañés* (Fn. 91), S. 326; *Roso Cañadillas* (Fn. 136), S. 580 ff.; *Ransiek* (Fn. 73), S. 70; *Riedo/Chvojka*, *SchwZStR* 120 (2002), 152 (161); *Schünemann* (Fn. 105), § 25 Rn. 217; *Fischer* (Fn. 4), § 25 Rn. 26, die überwiegend von einem „gemeinsamen Handlungsprojekt“ sprechen. Ähnlich will *Kuhlen* (Fn. 112), S. 670, Mittäterschaft auf Fälle bewusster Fahrlässigkeit beschränken. *Schlehofer*, in: *Putzke u.a.* (Fn. 5), S. 355 (S. 368) verlangt eine Verabredung i.S.v. § 30 Abs. 2 StGB. Für eine rein objektive Bestimmung dagegen *Lesch*, *ZStW* 105 (1993), 271 (278 ff.); *ders.*, GA 1994, 112 (121 Fn. 33); *Jakobs*, GA 1996, 253 (264 f.); *ders.*, in: *Putzke u.a.* (Fn. 5), S. 395 (S. 397 f., 400 ff.); *ders.*, in: *Paeffgen* (Fn. 61), S. 547 (S. 561 Fn. 65); *Knauer* (Fn. 51), S. 192 ff., 198 ff.; v. *Weezel* (Fn. 86), S. 67 f., 94 ff., 204 ff.; wohl auch *Otto* (Fn. 130), S. 283 ff.; *ders.* (Fn. 4), § 21 Rn. 119 ff. („rein normative Begründung“), *Dencker* (Fn. 5), S. 157 ff., dessen „Gesamtatprojekt“ als objektives Tatbestandsmerkmal konzipiert wird (150, 152) und *Lampe*, *ZStW* 106 (1994), 683 (693).

¹³⁹ So *Weißer* (Fn. 88), S. 147, 156 (anscheinend anders *dies.*, JZ 1998, 230 [236]); *Kamm* (Fn. 136), S. 188 ff., 202; wohl auch *Otto* (Fn. 130), S. 282 f.; *ders.* (Fn. 4) § 21 Rn. 114, 119 ff.

¹⁴⁰ Anders *Puppe*, GA 2004, 129 (135); *Duttge*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), § 15 Rn. 211: Die Sorgfaltspflicht trifft jedes einzelne Subjekt für sich. Das bleibt indes unbegründet. Eingehend auch insoweit jetzt *Rotsch* (Fn. 72), S. 887 ff.

litätslehre i.S.d. Lehre von der Mindestbedingung bedarf es also nicht.

d) Zu den Fällen gleichzeitigen Unterlassens kann abschließend gesagt werden, dass man sich bei Vorsatz und Fahrlässigkeit der eine gegenseitige Zurechnung ermöglichenden Mittäterschaft bedienen sollte. Lösungen auf der Kausalitätsebene überzeugen insgesamt nicht: Weder kann man mit dem BGH von einer kumulativen Kausalität der einzelnen Unterlassungen sprechen noch bietet die Lehre von der INUS- oder Mindestbedingung einen vorzugswürdigen Weg, da sie – wie schon die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung – bei der Fallgruppe der überholenden Kausalität in Verlegenheit kommt. Vielmehr ist die Figur der Mittäterschaft sowohl bei vorsätzlichen als auch bei fahrlässigen Unterlassungen heranzuziehen. Das ist beim Fahrlässigkeitsdelikt entgegen der herkömmlichen Ansicht insbesondere deshalb rechtens, weil die in der gegenseitigen Zurechnung verkörperte erhöhte Inanspruchnahme jedes Einzeltäters nichts anderes als die Kehrseite der erhöhten Handlungsmöglichkeiten darstellt, die ihm durch das Zusammenwirken mit anderen eröffnet werden.

2. Die jüngste Diskussion: Aufeinanderfolgende Unterlassungen¹⁴¹

An letzter Stelle wende ich mich der in der Eissporthallen-Entscheidung präsentierten Konstellation zu, in der die Unterlassenden nicht gleichzeitig, sondern nacheinander tätig werden müssten. Der BGH behauptet, die fehlende „handnahe“ Begutachtung des Zustandes einer staatlichen Sporthalle begründe nur dann eine Zurechnung, wenn angenommen werden kann, dass die Behörden die dann angesagten Maßnahmen vorgenommen hätten, so dass die Todeserfolge vermieden worden wären.¹⁴² Ob dies der Fall war, sei weiter durch die Kammer zu klären, die insbesondere zu berücksichtigen habe, ob sich nicht aus dieser Untersuchung Hinweise auf konkrete Gefahren ergeben hätten, die die Behörden als „Alarmsignale“ zum Handeln veranlasst haben müssten. Die in den Lederspray- und Politbüro-Entscheidungen vertretene Lösung durch die Figur der Mittäterschaft oder der kumulativen Kausalität könne im vorliegenden Zusammenhang nicht herangezogen werden, denn es gehe jetzt um eine andere, nicht vergleichbare Situation.¹⁴³ Ob der BGH etwas Neues sagt oder auf den Schienen seiner herkömmlichen Rechtsprechung bleibt, erscheint etwas unklar. So hatte er früher entschieden, dass die fehlende Unterrichtung eines anderen Arztes von dem Vorhandensein eines eine Notoperation erfordernden Abszesses nur zur Erfolgszurechnung führe, wenn dieser zweite Arzt die notwendigen Maßnahmen ergriffen

¹⁴¹ *Ranft*, JZ 1987, 859 (863) spricht vom „gestuften‘ Unterlassen mehrerer Garanten“, *Kahlo*, GA 1987, 66 (68) von einem „drittvermittelten Rettungsgeschehen“.

¹⁴² BGH NJW 2010, 1087 (1091 Rn. 68). Ausführlich zum Sachverhalt und zum Urteil des LG *Stübinger*, ZIS 2010, 603 ff. Zusammenfassung der wichtigsten Entscheidungen bei *Roxin* (Fn. 56 – FS Achenbach), S. 423 ff.

¹⁴³ BGH NJW 2010, 1087 (1091 Rn. 65).

hätte.¹⁴⁴ In einer späteren Entscheidung, bei der eine stellvertretende Leiterin eines Bluttransfusionszentrums es unterlassen hatte, den Leiter des Instituts auf vorhandene Missstände im Verfahren des sogenannten „Abquetschens“ von Blutkonserven hinzuweisen, so dass es zu Todes- und Körperverletzungserfolgen kam, hieß es, es sei unklar, ob der Leiter dieses seit 20 Jahren übliche Verfahren verboten hätte, zumal eine angespannte Haushaltslage bestand.¹⁴⁵ Die zurechnungserleichternden Figuren der Lederspray-Entscheidung könnten nicht herangezogen werden, denn dort sei es um eine gemeinsame und gleichstufige Verantwortung mehrerer gegangen, während hier die Leiterin allein unterlassen habe.¹⁴⁶ Und bei einem Mitarbeiter einer Kfz-Werkstatt, der die defekten Bremsen eines später in einen tödlichen Unfall verwickelten LKW nur teilweise erkennen konnte, da er eine gebotene Untersuchung – „einfache Sichtkontrolle“ – unterließ, und deshalb den Firmenleiter nur teilweise von den Gefahren unterrichten konnte, wobei sich dieser dazu entschloss, den LKW nicht stillzulegen, entschied der BGH, dass die Kausalität der Unterlassung für die Umstimmung des Leiters nicht hinreichend erwiesen sei.¹⁴⁷ Insofern scheint die jüngste Entscheidung in der Tat eine kleine Neuerung zu enthalten, nämlich den Hinweis auf Alarmsignale, der praktisch eine Erleichterung des Beweises der Vermeidbarkeit des Erfolgs bewirken dürfte.

Dem BGH ist darin Recht zu geben, dass sich die vorliegende Konstellation in normativ relevanter Weise von derjenigen unterscheidet, in der mehrere gleichzeitig unterlassen.¹⁴⁸ War bei gleichzeitigen Unterlassungen problematisch, wie man zur Verantwortung aller kommen kann, ist im vorliegenden Zusammenhang nur die Verantwortlichkeit des Erstunterlassenden in besonderer Weise problematisch. Der spätere Unterlassende wird (wenn überhaupt, hierzu gleich mehr) nach den allgemeinen für den alleinunterlassenden Täter o. II. 2. entwickelten Maßstäben zu behandeln sein. Und während es bei gleichzeitigen Unterlassungen immer um mehrere wirkliche Pflichtverletzungen geht, verhält es sich hier häufig so, dass der spätere „Unterlassende“ an sich nicht einmal die Gelegenheit hat, zu unterlassen, denn seine Handlungspflicht wäre erst dann entstanden, wenn der Erstunterlassende seine eigene Handlungspflicht erfüllt hätte. Insbesondere dieser zweite Umstand macht es unmöglich, die Figur der Mittäterschaft in allen Fällen heranzuziehen: Denn eine Mittäterschaft mit jemandem, dessen Tatbeitrag ein bloß hypothetischer ist, lässt sich nicht begründen. Ein letzter Unterschied betrifft die Gewissheit über die angemessene Rechtsfolge. War es in den Fällen gleichzeitigen Unterlassens intuitiv klar, dass es „nicht rechtens sein kann“, dass sich alle entlasten, ist – aus welchen Gründen auch immer – eine vergleichbar starke Intuition wohl nicht mehr vorhanden. Die

Rechtsfolge muss vielmehr „blind“ dogmatisch gewonnen werden.

Die Lösung des BGH besteht darin, seine schon für den Alleinunterlassenden entwickelte Lösung – nämlich die Vermeidbarkeitstheorie – auch in Fällen aufeinanderfolgender Unterlassungen anzuwenden. Hat man diese Lösung bereits oben zugunsten der Risikoverminderungslehre abgelehnt, dann muss man schon von vornherein den jetzigen Argumenten des BGH kritisch gegenüberstehen. Fraglich ist dennoch, ob man sich hier allein auf die Risikoverminderungslehre stützen sollte, oder ob man zusätzliche Überlegungen heranziehen sollte. *Stübinger*, *Roxin* und am ausführlichsten *Puppe* haben hierzu Vorschläge unterbreitet.

Stübinger will die alte Regressverbotslehre wieder aufgreifen und meint, vollverantwortliches Verhalten – wozu auch fahrlässiges Verhalten gehören soll – lasse nur ausnahmsweise zu, dass man nach dessen Vorbedingungen frage.¹⁴⁹ Wenn ich seine Gedanken richtig verstehe, will er eine solche Ausnahme für die Konstellation postulieren, in der der erste Rettungspflichtige dem zweiten eine Information vorenthält, die letzterem unbekannt ist.¹⁵⁰ Bezogen auf den Eis-sporthallen-Fall heiße das, dass der Erfolg nicht dem Sachverständigen zugerechnet werden kann, denn der unsichere Zustand der Halle bzw. der Bedarf nach weiteren Untersuchungen seien der Stadt hinreichend bekannt gewesen.¹⁵¹ Eine Stellungnahme zur Regressverbotslehre kann man im vorliegenden Zusammenhang nicht erwarten.¹⁵² Es sei nur angemerkt, dass die These, grundsätzlich hafte allein der letzte (mindestens) fahrlässig Handelnde, es der Rechtsordnung eigentlich untersagt, die Unversehrtheit bestimmter Rechtsgüter durch ein koordiniertes, an unterschiedliche Adressaten gerichtetes Normengeflecht zu garantieren.¹⁵³ Dafür, dass die Rechtsordnung sich in der Form zurückhält, liefert der Hinweis auf den Regressverbotsgedanken eine wohl zu schwache Begründung. Dies wird in einer ausdifferenzierten und im höchsten Maße arbeitsteiligen Gesellschaft, in der Gefahren nicht mehr von einem einzelnen Normadressaten ausgehen – und die deshalb zunehmend sogar das Bedürfnis nach einer Mittäterschaftszurechnung im Fahrlässigkeitsbereich spürt¹⁵⁴ – erst Recht augenfällig.

¹⁴⁹ *Stübinger*, ZIS 2011, 612 ff., 614.

¹⁵⁰ *Stübinger*, ZIS 2011, 615.

¹⁵¹ *Stübinger*, ZIS 2011, 615.

¹⁵² Vgl. *Puppe* (Fn. 5 – NK), vor §§ 13 ff. Rn. 163; dies sei nichts anderes als eine Aufstellung der zweifelhaften Regel „den Letzten beißen die Hunde“ (Rn. 181).

¹⁵³ Meine Skepsis zur Lehre habe ich bereits früher geäußert, *Greco*, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2. Aufl. 2007, S. 76 f.

¹⁵⁴ Vgl. bereits oben Fn. 130 ff. Denn in einer bestimmten Hinsicht ist die durch jede Mittäterschaft begründete gegenseitige Zurechnung gerade das Gegenteil eines Regressverbots, wenn dieses so verstanden wird, dass jedem vollverantwortlichen Täter nur eigene Taten und niemals Taten anderer vollverantwortlichen Täter zugerechnet werden dürfen, vgl. *Greco*, ZIS 2011, 9 (10 f.).

¹⁴⁴ BGH NSTz 1986, 217; zust. *Ranft*, JZ 1987, 859 (864).

¹⁴⁵ BGH NJW 2000, 2754 (2757); zust. *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 72 Fn. 236; *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 61.

¹⁴⁶ BGH NJW 2000, 2754 (2757).

¹⁴⁷ BGHSt 52, 159 (164 f.).

¹⁴⁸ Dagegen, aber ohne Begründung *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 62.

Roxins Gedankengang ist, wie er selbst sagt, ein „einfacher“.¹⁵⁵ Die erste Untätigkeit sei eine Bedingung der zweiten, womit sich ergebe, dass „die Bedingung einer Bedingung – also die Unterlassung einer Einschaltung des rettenden Dritten – [...] selbst eine Bedingung des Erfolges und damit kausal“ sei. Es müsse aber verlangt werden, dass der Zweittäter durch sein Handeln den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte abwenden können. Auf den zu erwartenden Einwand, es sei unsicher, ob der Zweittäter gehandelt hätte, wenn der Ersttäter seine Pflicht erfüllt hätte, repliziert *Roxin*, dies sei ein hypothetischer Kausalverlauf, „auf den es angesichts des realen Geschehens nicht ankommt“. Gerade diese Replik erscheint mir etwas unbefriedigend. Denn sobald man nach der Kausalität einer Unterlassung fragt, hat man mit hypothetischen Kausalverläufen zu tun. Es geht dann nämlich darum, ob die (hypothetische) Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolgseintritt verhindert bzw. dessen Risiko verringert hätte. Also ist nicht nur die Entscheidung des Zweittäters, untätig zu bleiben, eine hypothetische; auch seine Entscheidung zu handeln bleibt eine bloße Möglichkeit. Mit anderen Worten: Einen realen Kausalverlauf, von dem man bloß Hypothetisches unterscheiden könnte, gibt es im vorliegenden Zusammenhang wohl nicht.¹⁵⁶

Wie schon oben dargestellt wurde, meint *Puppe*, dass man es bei menschlichen Entscheidungen mit einem indeterminierten Ausschnitt der Wirklichkeit zu tun hat, für den deshalb nichts anderes übrig bleibt, als nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen, m.a.W., anhand der Risikoerhöhungs- bzw. -verminderungslehre zuzurechnen.¹⁵⁷ Im vorliegenden Zusammenhang führt sie eine Zusatzannahme ein. Weil niemand den Einwand, ein anderer habe sich auch rechtswidrig verhalten, zu seiner Entlastung gebrauchen darf, ist das rechtmäßige Verhalten des anderen zu unterstellen.¹⁵⁸ Dieser

¹⁵⁵ *Roxin* (Fn. 56 – FS Achenbach), S. 431.

¹⁵⁶ Man könnte ferner erwägen, die Zurechnung des Erfolgs zum Ersttäter gerade darin zu begründen, dass der Ersttäter in vielen Fällen durch sein Unterlassen verhindert, dass die Handlungspflicht des Zweittäters überhaupt entsteht und somit dem Rechtsgut seinen letzten rechtlich garantierten Schutzwall entzieht (zu diesem Gedanken in einem anderen Zusammenhang grundlegend *Puppe*, in: Hettinger u.a. [Fn. 11], S. 443 ff.). Weil Kausalität aber nicht allein darin bestehen kann, dass man die rechtliche Garantie der Rettung des Gutes vereitelt, sondern voraussetzt, dass man faktisch die Lage des Gutes verschlechtert, denke ich, dass dies kein gangbarer Weg wäre.

¹⁵⁷ Zuletzt *Puppe*, JR 2010, 355; s. auch o. Fn. 24.

¹⁵⁸ *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 15 ff., § 2 Rn. 38 f. (40 f.); *dies.*, GA 2010, 551 (568); *dies.*, JR 2010, 357; *dies.*, ZJS 2008, 600 (601); *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 Rn. 134; *dies.*, (Fn. 23), S. 298; *dies.*, JR 1992, 30 (31); *dies.*, ZStW 92 (1980), 863 (907); *Sofos* (Fn. 58), S. 245 ff.: „Annahme kontrakt faktischer Normkonformität“; ebenso *Altenhain*, NSTZ 2001, 188; *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 106 f.; *ders.*, JA 2008, 739 (mir unklar aber *ders.*, in: Paeffgen [Fn. 61], S. 373 [S. 382 f. einerseits, 388 f.

Grundsatz muss erst recht dann gelten, wenn die Pflichtverletzung des anderen eine bloß hypothetische oder irreal ist, denn eine Entlastung mit dem Hinweis auf eine irrealer Pflichtverletzung eines anderen erscheint besonders abwegig.¹⁵⁹ Es ist deshalb anzunehmen, dass die Behörde im Eis-sporthallen-Fall, der zweite Arzt im Abszess-Fall und die Leiter des Bluttransfusionszentrums und der LKW-Firma ihren Pflichten nachgekommen wären, und somit lässt sich die Kausalität der Unterlassung des Ersttäters ohne weiteres bejahen.

Zweifelhaft erscheint aber, ob es zulässig ist, mit einer derart offenen Fiktion zu arbeiten.¹⁶⁰ Die Behauptung, dies sei bei der Begehung genauso, denn auch dort könne das hypothetische rechtswidrige Verhalten eines anderen nicht entlasten,¹⁶¹ greift nicht, denn dort steht die Kausalität des Täterverhaltens für den Erfolg bereits fest. Hier wird dagegen versucht, ein zwar nicht hypothetisch rechtswidriges, aber dennoch ein hypothetisches Verhalten eines anderen zu postulieren, um das erwünschte Ergebnis des Kausalzusammenhangs zu erreichen. Die angebliche Indeterminiertheit menschlichen Verhaltens ist bereits wegen der oben (S. 677) erwähnten Einwände keine tragfähige Begründung für die Fiktion.¹⁶² Auch das Argument, diese Unterstellung sei „um der Effektivität der Normen willen“ geboten,¹⁶³ ist ein unzureichendes Passepartout.¹⁶⁴ Dass die Unterstellung besonders fragwürdig sein kann, wird deutlich, wenn man sich Fälle vorstellt, in denen von Anfang an feststeht, dass der Zweitunterlassende seine Pflicht nicht erfüllen wird, aber niemand davon weiß.¹⁶⁵ So meint *Puppe*, im Politbüro-Fall liege die Kausalität darin, dass jedes Mitglied es unterlassen habe, die

andererseits]; *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 62 (trotz inkonsequenter Ausnahme für den Fall, in welchem schon feststeht, dass der Dritte untätig geblieben wäre); *Jakobs* (Fn. 68), S. 423 (bzgl. des künftigen Verhaltens anderer, bei Unterlassungen eigentlich Anwendung der Risikoerhöhungslehre, S. 431 f.); *Köbel*, JuS 2006, 309 (310) Fn. 10; in diesem Sinne auch *Köhler* (Fn. 5), S. 229; *Bloy* (Fn. 51), S. 55 f.

¹⁵⁹ *Puppe*, JR 2010, 355 (357); *dies.* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 15; *Altenhain*, NSTZ 2001, 188.

¹⁶⁰ Zeitweilig auch *Dencker* (Fn. 5), S. 171; strikt abl. *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 2000, 29 (59); *Schaal* (Fn. 11), S. 123 f.

¹⁶¹ So *Bosch*, JA 2008, 739; *ders.* (Fn. 158), S. 389; *Jakobs* (Fn. 68), S. 431; *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 62.

¹⁶² Ausf. Kritik bei *Schaal* (Fn. 11), S. 129 ff.

¹⁶³ *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (907 Zitat); jüngst *dies.*, GA 2010, 551 (568).

¹⁶⁴ Insoweit krit. *Bosch* (Fn. 158), S. 380.

¹⁶⁵ Diesen letzten Zusatz füge ich ein, damit man nicht bei der (zwar zutreffenden) Behauptung, dass schon die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens entfalle, wenn feststeht, dass der andere sich rechtswidrig verhalten habe (so *Puppe*, GA 2004, 129 [144]; *dies.* [Fn. 5 – AT], § 30 Rn. 9, 17), Zuflucht nehmen kann. Denn man muss ex ante von der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Täters auszugehen; und diese Pflichtwidrigkeit wird sich auch im Erfolg verwirklichen, wenn man das rechtmäßige Verhalten des Zweittäters unterstellen muss.

Aufhebung des Schießbefehls zu beantragen – denn dass die weiteren Mitglieder für diese Aufhebung gestimmt hätten, sei zu unterstellen.¹⁶⁶

Der Gedanke hat jedoch einen richtigen Kern, den es auszuarbeiten gilt, indem man seine fiktiven Dimensionen ausscheidet. Dieser Kern dürfte darin bestehen, dass die Annahme, die anderen würden sich rechtmäßig verhalten, häufig nicht einmal unterstellt zu werden braucht. Denn das Recht ist in einem rechtlichen Zustand – als Gegensatz zu einem rechtlosen Naturzustand – ein wirklicher Orientierungsfaktor, der in der Tat überwiegend befolgt wird. Erst beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte muss man an der Bereitschaft eines anderen, sich dem Recht gemäß zu verhalten, zweifeln. Mit anderen Worten: Das rechtmäßige Verhalten des Dritten ist nicht fiktiv zu unterstellen, sondern darf als Erfahrungsregel für den Beweis der Kausalität der Unterlassung (für den Erfolg in seiner konkreten, d.h. durch Ort- und Zeitangaben präzisierten Gestalt) und der ex post Risikominderung durch die gebotene Handlung benutzt werden.¹⁶⁷ Es wäre nur noch zu konkretisieren, wie diese Anhaltspunkte, die die Erfahrungsregel widerlegen können, genauer beschaffen sein müssten. Dies wird wohl eine Frage des Einzelfalls sein, aber vielleicht lässt sich die reiche Kasuistik zu den Ausnahmen vom Vertrauensgrundsatz heranziehen,^{168, 169} freilich mit dem Vorbehalt, dass im vorliegenden Zusammenhang eine Beurteilung aus der ex post-Perspektive erfolgen soll, da man es mit dem Erfolgswert zu tun hat. Sind derartige Anhaltspunkte aber gegeben, dann müssen beide, Kausalität und Risikominderung, Gegenstand einer umfassenden Beweiserhebung werden und dürfen nicht einfach als gegeben unterstellt werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass auch im Falle aufeinanderfolgender Unterlassungen – in dem die Zweitunterlassung häufig nur eine hypothetische bleibt – der Ver-

meidbarkeitstheorie nicht zu folgen ist, sondern vielmehr einer Risikoverminderungslehre, die dafür sorgt, die Kausalitätslehre nicht zu ersetzen, sondern bloß zu limitieren. Man darf aber beim Beweis der Kausalität und der Risikoverminderung zunächst davon ausgehen, dass die anderen sich rechtmäßig verhalten hätten, es sei denn, besondere Anhaltspunkte lassen daran zweifeln. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wären die Täter in den vier obigen Fällen wegen fahrlässiger Tötung bzw. Körperverletzung zu verurteilen. Im Eissporthallen-Fall darf man gemäß obiger Erfahrungsregel annehmen, die Behörde wäre bei Bekanntgabe einer konkreten Lebensgefahr nicht einfach untätig geblieben. Hätte sie gehandelt, entweder durch Vornahme der fälligen Reparaturen oder durch Schließung der Halle, wären die Erfolge an dem konkreten Ort und zur konkreten Zeit vermieden worden, so dass die Unterlassung des Täters sowohl kausal als auch risikohöhernd war. Die bisherige Untätigkeit der Behörde widerlegt die Erfahrungsregel noch nicht, denn mit einer konkreten Lebensgefahr war sie bisher noch nicht konfrontiert worden. Insofern hat der BGH das Potenzial des von ihm eingeführten Schlagworts eines „Alarmsignals“ erheblich unterschätzt. Es darf ebenso grundsätzlich angenommen werden, dass der Zweitarzt die Zweitoperation vorgenommen hätte und dass der Leiter des Bluttransfusionszentrums die dort bestehenden hygienischen Missstände behoben hätte. Allein die Erwähnung von Haushaltserwägungen ist noch kein Grund, um anzunehmen, dass der Leiter diesen den Vorzug vor dem Leben und der Gesundheit der Patienten eingeräumt hätte. Ebenso wenig konnte der Leiter der Kfz-Firma die Gefahren voll überblicken. Es ist nicht anzunehmen, dass er den umfangreichen Personen- und Sachschaden leichtsinnig in Kauf genommen hätte, so dass auch hier die Erfolgszurechnung zu bejahen wäre.

IV. Gesamtfazit

Erfolge sind einem Unterlassenden schon dann objektiv zuzurechnen, wenn die Vornahme der gebotenen Handlung das Risiko ihres Eintritts verringert hätte. Denn bereits in einem solchen Fall ist der ratio des Erfolgswerts – nämlich augenfällig zu dokumentieren, dass die Rechtsordnung darin Recht hatte, ein bestimmtes Verhalten zu untersagen – genüge getan. Definiert man die konkrete Gestalt eines Erfolgs ausschließlich durch eine Bezugnahme auf Raum- und Zeitangaben, wird es möglich, eine Risikoverringerungslehre zu konzipieren, die nicht mehr die Kausalität ersetzt, sondern zu ihr als weitere strafbarkeitseinschränkende Voraussetzung hinzukommt.

Unterlassen mehrere Garanten gleichzeitig, so kommt sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit in der Regel Mittäterschaft in Betracht. Auch im Fahrlässigkeitsbereich lässt sich eine Mittäterschaft begründen, nämlich als Preis, den man für die durch das Zusammenwirken mit anderen erreichte Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten zahlen muss.

Bei aufeinanderfolgenden Unterlassungen kann man bei der Zurechnung des Erfolgs zu dem Ersttäter davon ausgehen, dass der Garant, der an späterer Stelle handeln soll, seiner Pflicht nachkommen wird, es sei denn, Anhaltspunkte lassen an dieser auf einer Erfahrungsregel beruhenden Prognose zweifeln.

¹⁶⁶ Puppe, GA 2004, 129 (144); *dies.* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 11. Für ein weiteres intuitives Beispiel *Schaal* (Fn. 11), S. 132.

¹⁶⁷ Zu dem Begriff der Erfahrungsregel ausf. *Sommer*, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 585; *Meurer*, in: *Zaczyk u.a.* (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 483 (S. 493); *Sousa Mendes*, in: *Costa Andrade u.a.* (Hrsg.), *Estudos em homenagem a Figueiredo Dias*, Bd. III, 2010, S. 997.

¹⁶⁸ Die Nähe dieser Überlegungen zum Vertrauensgrundsatz stellen auch *Jakobs* (Fn. 68), S. 423; *Dencker* (Fn. 5), S. 70; *Bloy* (Fn. 51), S. 57 Fn. 101 fest; dagegen *Puppe* (Fn. 23), S. 298.

¹⁶⁹ Hierzu m.w.N. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 4), § 15 Rn. 150, 213 ff. Von diesen Ausnahmen darf aber eine – für sich selbst fragwürdige, vgl. *Roxin* (Rn. 10), § 24 Rn. 24 – nicht herangezogen werden, nämlich dass man sich nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen darf, wenn man sich selbst rechtswidrig verhalten hat (BGHSt 9, 92 [93]; 13, 169 [172]). Dies würde nämlich dazu führen, dass von der Erfahrungsregel nichts mehr übrig bliebe, denn im vorliegenden Zusammenhang hat man immer mit jemandem zu tun, der sich rechtswidrig verhalten hat.

Pharma-Marketing im Gestrüpp des Korruptionsstrafrechts

Neues zum Vertragsarzt als (un-)tauglicher Täter der Korruptionsdelikte

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München*

I. Einleitung

„Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestands“¹ – an diesen Beitrag von *Schünemann* fühlt man sich nahezu unweigerlich erinnert, wenn man sich einer Frage nähert, die inzwischen mehrere *Strafsenate* des BGH und bald seinen *Großen Strafsenat* beschäftigt. Es geht darum, ob und nach welchen Vorschriften das sog. Pharma-Marketing strafbar ist, wobei insbesondere die Korruptionsdelikte und dabei maßgeblich die „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ ins Auge stechen. Das dazu veröffentlichte Schrifttum ist kaum noch überschaubar. Darauf zu verzichten, es an dieser Stelle vollumfänglich nachzuzeichnen, erscheint aus zwei Gründen opportun: Zum einen ist der Meinungsstand erst kürzlich umfassend in dieser Zeitschrift aus berufenem Munde aufbereitet worden.² Zum anderen heißt es „Eulen nach Athen“ tragen, dem kundigen Leserkreis bloß sattsam Bekanntes zu verordnen. Vielmehr sollen neue Denkanstöße gegeben werden, die sich als solche verstehen, d.h. an der einen oder anderen Stelle vielleicht eines erneuten Überdenkens – von dritter Seite – bedürfen. Kurzum: Es soll primär um Neues zum Kassen- bzw. Vertragsarzt als (un-)tauglicher Täter der Korruptionsdelikte gehen.

Historisch geht der Blick freilich über 100 Jahre zurück. Denn zwar hat § 299 StGB in juristischen Dimensionen erst seit kurzem seinen Platz im Kernstrafrecht. Seine Karriere ist aber deutlich älter und begann als § 12 UWG bereits im Jahre 1909.³ Erst durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 wurde er ins Strafgesetzbuch überführt.⁴ Damit „soll das Bewußtsein in der Bevölkerung geschärft werden, daß es sich auch bei der Korruption im geschäftlichen Bereich um eine Kriminalitätsform handelt, die nicht nur die Wirtschaft selbst betrifft, sondern Ausdruck eines allgemein sozial-ethisch mißbilligten Verhaltens ist“.⁵ Ins Bewusstsein der Strafverfolgungsbehörden scheint die Vorschrift dagegen nicht vollends vorgedrungen zu sein. Mit kaum verhohlener Schärfe, zu der bloß noch der Vorwurf der Strafvereitelung im Amt gemäß § 258a StGB hätte hinzukommen müssen, prangert das LG Hamburg nämlich an,⁶ dass Pharma-Marketing von Strafverfolgungsbehörden über Jahre toleriert wurde, obwohl die grundsätzliche Praxis bekannt war.

* Der *Autor* ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München. Für unermüdliche Hilfe bei der Recherche – weit über das Strafrecht hinaus – gebührt Frau *Sarah Helml* tief empfundener Dank.

¹ *Schünemann*, NStZ 2006, 196.

² *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23.

³ RGBl. I 1909, S. 499.

⁴ BGBI. I 1997, S. 2038.

⁵ BT-Drs. 13/5584, S. 15.

⁶ LG Hamburg, Urt. v. 9.12.2010 – 618 KLS 10/09 = GesR 2011, 164.

II. Pharma-Marketing – Erscheinungsformen und Phänomenen

Beim Pharma-Marketing – als einer Erscheinungsform der vielbeklagten Korruption im Gesundheitssystem⁷ – bevorzugt ein Kassenarzt im Rahmen der Verschreibung von Medikamenten ein bestimmtes Präparat, weil er dafür geldwerte Vorteile erhält. Soweit die Verschreibung des Präparats *nicht* medizinisch indiziert ist, hat man an eine Untreuestrafbarkeit nach den Grundsätzen von BGHSt 49, 17 zu denken, freilich vor dem Hintergrund der neuen BVerfG-Rechtsprechung zu § 266 StGB.⁸ Um solche Fälle des Pharma-Marketings wird es an dieser Stelle jedoch nicht gehen, jedenfalls nicht unmittelbar.

Vielmehr sollen die Fälle genauer untersucht werden, in denen die Verabreichung des Arzneimittels medizinisch indiziert ist. Neben dem verordneten Präparat gibt es aber Konkurrenzprodukte von anderen Pharmaunternehmen. Sie werden vom Arzt jedoch ignoriert, wiederum wegen geldwerter Vorteile. Geradezu ein (schlechtes) Paradebeispiel in dieser Hinsicht liegt der Entscheidung des LG Hamburg vom 9.12.2010 zugrunde. Folgendes Modell hatten die Beteiligten entwickelt: Die angeklagte Pharmareferentin war beim Pharmakonzern X im Außendienst beschäftigt, wobei neben einem fixen Grundgehalt eine umsatzbezogene Leistungsprämie gezahlt wurde. X unterhielt seit geraumer Zeit unter dem Schlagwort „Verordnungsmanagement“ (VOM) auf Grundlage sog. „VOM-Vereinbarungen“ mit Kassen- bzw. Vertragsärzten ein flächendeckendes System zur Bestechung von niedergelassenen Ärzten mit Geld- und Sachleistungen, deren Höhe abhängig war von Menge und Preis der im jeweiligen Quartal verschriebenen Medikamente von X. Dadurch sollte der Marktanteil von X im Vergleich zu Mitbewerbern ausgebaut werden. Eine solche VOM-Vereinbarung schloss die Pharma-Referentin mit dem ebenfalls angeklagten Vertragsarzt, der zunächst eine Prämie in Höhe von 5 % des Herstellerabgabepreises aller im jeweiligen Quartal verordneten Medikamente von X erhielt. Zugleich bekam er noch eine entsprechende Verschreibungs-Software, welche die Medikamente von X als zuvörderst zu verschreibende Medikamente auswarf. Die Prämie wurde im Übrigen als Honorar für tatsächlich nicht gehaltene Vorträge deklariert. Später verlangte der Vertragsarzt gar eine Verdopplung seiner Prämie, bevor die ganze Sache aufflog und es zu strafrechtlichen Ermittlungen kam.

⁷ Vgl. dazu insbesondere *Badle*, NJW 2008, 1028; *Köbel*, wistra 2009, 129; *ders.*, NStZ 2011, 195; *Schneider/Gottschaldt*, wistra 2009, 133; *Nestler*, JZ 2009, 984.

⁸ Vgl. dazu *Krüger*, NStZ 2011, 369, sowie *Böse*, Jura 2011, 617, und zu deren Übertragbarkeit auf andere Straftatbestände bereits *Wittig*, ZIS 2011, 660 (664 ff., 666 ff.); *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255).

III. Verfahren vor dem Großen Strafsenat

Das LG Hamburg hat die Beteiligten aus § 299 StGB verurteilt, weil es den Kassen- bzw. Vertragsarzt als „Beauftragten“ der gesetzlichen Krankenkassen ansieht, sodass der angeklagte Arzt nach § 299 Abs. 1 StGB verurteilt werden konnte und die Pharma-Referentin spiegelbildlich dazu nach § 299 Abs. 2 StGB.⁹ Eine vergleichbare Konstellation hatte das LG Stade zu entscheiden. Im konkreten Fall kam es aber nicht zur strafgerichtlichen Verurteilung. Weil die Rechtsfrage, ob Kassenärzte unter § 299 StGB fallen, in der strafgerichtlichen Praxis noch nicht behandelt worden war, griff man zu § 17 StGB. Wohl aber kam es zu einem selbständigen Verfallsverfahren, an dessen Ende der Antrag aber als unzulässig verworfen worden ist.¹⁰ Weil dagegen Revision eingelegt wurde, hatte und hat sich der 3. Strafsenat mit der Rechtsfrage zu befassen. Einstweilen liegt die Sache aber beim Großen Senat für Strafsachen. Der 3. Strafsenat will dabei, weil er es gemäß § 132 Abs. 4 GVG „zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ für „erforderlich“ hält, vom Großen Strafsenat die „Frage von grundsätzlicher Bedeutung“ geklärt wissen, ob Kassenärzte als „Amtsträger“ unter §§ 331 ff. StGB fallen oder ob – jedenfalls sekundär – § 299 StGB greift.¹¹ Im erwähnten Hamburger Fall liegt die Sache inzwischen ebenfalls beim Großen Strafsenat. Mit Beschluss vom 20.7.2011 hat sich der 5. Strafsenat den Ausführungen des 3. Strafsenats in dessen Vorlagebeschluss vom 5.5.2011 weitestgehend angeschlossen und insbesondere die Vorlegungsfragen, wie der 5. Strafsenat selbst einräumt, inhaltlich identisch formuliert.¹² Damit haben die beiden Strafsenate die bisherige Diskussion auf den Kopf gestellt oder aber vielleicht vom Kopf auf die Füße. Jedenfalls wurde Pharma-Marketing bislang deutlich überwiegend aus der Perspektive des § 299 StGB betrachtet und kaum aus dem Blickwinkel der Korruption im öffentlichen Sektor. Darin liegt aber nicht zwangsläufig ein Vorwurf, weil es in der Sache richtig sein kann, die (klassischen) Bestechungsdelikte der §§ 331 ff. StGB bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von Pharma-Marketing einzubeziehen. Ob dabei der 5. Strafsenat sich wirklich dem Verfahren vor dem Großen Strafsenat anschließen musste, sei dahingestellt. Zugute gehalten werden muss dem 5. Strafsenat jedenfalls, dass er in seinem Vorlagebeschluss von der „Durchentscheidung auf Freispruch“ spricht und damit Straflosigkeit ins Kalkül zieht, anders als scheinbar der 3. Strafsenat, der seine Ausführungen zu § 299 StGB damit einleitet, dass Vertragsärzte für den Fall, dass sie „bei der Verordnung von Hilfsmitteln nicht als Amtsträger“ handeln, „insoweit *jedenfalls* als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des

§ 299 StGB tätig“ werden.¹³ Es bleibt indes der weiteren Untersuchung vorbehalten, ob sie nicht – äußerst hilfsweise – gänzlich straflos zu bleiben haben.

IV. Pharma-Marketing und Standesrecht

Damit ist man an sich schon mitten in der strafrechtlichen Beurteilung von Pharma-Marketing. Eines ist aber noch voranzuschicken: Pharma-Marketing ist rechtswidrig. Insbesondere läuft sie dem Berufs- und Standesrecht zuwider. Das entsprechende Verbot war ursprünglich in § 34 MBO enthalten. Nachdem diese Vorschrift durch die Beschlüsse auf dem 114. Deutschen Ärztetag 2011 in Kiel gestrichen wurde, kam es zeitgleich zu einer Erweiterung des § 31 MBO.¹⁴ Danach ist es Ärzten verboten, „für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen“. In dieser Hinsicht stellt das Standes- und Berufsrecht unmissverständlich klar, dass es korruptive Strukturen nicht widerstandslos hinnimmt.

Damit könnte es an sich sein Bewenden haben und das Strafrecht außen vor bleiben. Dabei soll nicht der – fast schon zum Lippenbekenntnis gewordene – Gedanke von der Subsidiarität des Strafrechts bemüht werden. Erwiesenermaßen fürchten Ärzte weniger die staatliche Strafe. Wenn überhaupt fürchten sie das Berufsverbot als Maßregel der Besserung und Sicherung. Eher fürchten sie noch die Prangerwirkung der strafgerichtlichen Hauptverhandlung. Von daher flüchten sie, wenn es zum Strafverfahren kommt, gerne in das Strafbefehlsverfahren. Es findet zum einen ohne (mediale) Öffentlichkeit statt. Zum anderen lässt es Maßregeln der Besserung und Sicherung und damit ein Berufsverbot gemäß § 70 StGB nicht zu. Von daher ist es Verteidigern anzuraten, im Wege des § 160b StPO auf ein Strafbefehlsverfahren hinzuwirken, wenn eine Einstellung des Strafverfahrens nicht zu erreichen ist. Als Bonbon könnte man dabei der Staatsanwaltschaft eine etwas erhöhte – und damit eine nicht mehr schuldangemessene – Strafe anbieten, weil im Gegenzug in jedem Falle Hauptverhandlung und Berufsverbot erspart bleiben. Es bleibt dem Leser überlassen, ob dies, wenn sich Staatsanwaltschaft und Gericht darauf einlassen, dem Rechtsgedanken von § 257c Abs. 2 S. 3 StPO zuwiderläuft.

Neben dem staatlichen Strafverfahren droht Ärzten bei entsprechendem Fehlverhalten – und dazu zählt Pharma-Marketing – ein berufsgerichtliches Verfahren.¹⁵ Darauf spielt die renommierte Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) an, wenn sie gegen eine Strafbarkeit von Vertrags-

⁹ LG Hamburg GesR 2011, 164.

¹⁰ LG Stade, UrT. v. 4.8.2010 – 12 KLS 170 Js 18207/09 (19/09) = BeckRS 2011, 18495.

¹¹ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10 = BeckRS 2011, 10129.

¹² BGH, Beschl. v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rn. 2 = BeckRS 2011, 19728.

¹³ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 55 (*Hervorhebung* nicht im Original).

¹⁴ DÄBl. v. 10.6.2011, A 1315. Vgl. zu berufsgerichtlichen Sanktionen bei Verstößen gegen § 31 MBO etwa MedR 2011, 197.

¹⁵ Hierauf ist bereits anderenorts völlig zu Recht hingewiesen worden, vgl. *Schroth/Joost*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 179 (S. 205); *Warntjen/Schelling*, PharmR 2010, 509 in Fn. 4. Vgl. dafür ferner noch *Stumpf/Voigts*, MedR 2009, 205 sowie *Makoski*, MedR 2009, 376.

ärzten aus § 299 StGB „andere geeignete Sanktionierungsmöglichkeiten im Bereich der ärztlichen Selbstverwaltung“ anführt.¹⁶ Diese fürchten Ärzte deutlich mehr.¹⁷ Insofern scheint der Gedanke vom Strafrecht als ultima ratio nicht bloß ein Idealbild, sondern sogar empirisch belegbar zu sein. Dies ändert nichts daran, dass Pharma-Marketing am Maßstab des Korruptionsstrafrechts zu messen war und weiterhin zu messen ist. Im Übrigen sieht sich der ultima-ratio-Gedanke immer wieder mit dem geflügelten Wort von der „sittenbildenden Kraft“ des Strafrechts konfrontiert¹⁸ – oder vielleicht sogar konterkariert. Von daher war, ist und bleibt Pharma-Marketing zumindest ein Thema für das Korruptionsstrafrecht. Ob und nach welchen Vorschriften es strafbar ist, bleibt nunmehr zu untersuchen.

V. Pharma-Marketing und Korruptionsstrafrecht

Dabei soll vorliegend § 299 StGB im Mittelpunkt des strafrechtsdogmatischen Interesses stehen, wengleich die beiden vorliegenden *Strafsenate* die Vorschriften der §§ 331 ff. StGB als primär einschlägig ansehen.¹⁹ Dennoch § 299 StGB an den Beginn der Überlegungen zu stellen, erscheint nicht zuletzt deshalb angebracht, weil die Vorschrift in anderem Zusammenhang ebenfalls bemüht wird und insofern – beim Beauftragtenbegriff – zu strukturell zumindest ähnlichen Problemen führt (bestochene Schiedsrichter im Profihandball²⁰). Daneben gibt es im unmittelbaren medizinischen Kontext die weitgehende (straf-)rechtliche Grauzone der sog. Anwendungsbeobachtungen, bei denen ebenfalls die Strafnorm des § 299 StGB in den Blick gerät.²¹ Freilich darf darüber nicht die Frage der Amtsträgereigenschaft von Kassenärzten vernachlässigt werden, weil dadurch, wovon der 3. *Strafsenat* in seinem Vorlagebeschluss ebenfalls ausgeht,²² die Straftatbestände der §§ 331 ff. StGB gegenüber § 299 StGB vorgreiflich aufgerufen wären,²³ Pharma-Marketing mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen.

Im Rahmen des § 299 StGB wiederum ist – von der immer erforderlichen Subsumtion im Einzelfall abgesehen – bloß noch von grundsätzlichem dogmatischem Interesse, ob Vertragsärzte als „Beauftragte“ unter § 299 StGB fallen. Entsprechende Irrtümer werden sich durch die anstehende Plenarentscheidung dagegen weitestgehend erledigen, wenn sie es – angesichts der Ausführungen von *Pragal* oder spätestens seit der Entscheidung des OLG Braunschweig²⁴ – nicht schon ohnehin sind. Von daher soll sich auf die genannte Frage konzentriert werden. Wenn der 3. *Strafsenat* dabei in seinem Beschluss mehrfach betont, dass es nicht zu einer „nicht gerechtfertigten Privilegierung der Kassenärzte“ bzw. nicht zu einer „in der Sache nicht gerechtfertigten Privilegierung“ derselben im Verhältnis zu anderen Beauftragten im Sinne des § 299 StGB kommen darf,²⁵ handelt es sich dabei um ein eher kriminalpolitisches und damit zu vernachlässigendes Argument. Wenn die Subsumtion ergibt, dass Kassenärzte nicht unter die Vorschrift fallen, ist Strafllosigkeit hinzunehmen und dadurch übrigens angesichts des – vom *Senat* kurz darauf selbst bemühten²⁶ – Art. 103 Abs. 2 GG in der Sache gerechtfertigt. An späterer Stelle spricht der *Senat* schließlich ebenfalls nicht von einer nicht gerechtfertigten Privilegierung von *Privatärzten* bei der Verordnung von Arznei- und Hilfsmitteln an Mitglieder der PKV, sondern sieht darin eine „strafrechtliche Lücke, die nur vom Gesetzgeber geschlossen werden kann“.²⁷ Ob es eine solche Lücke bei § 299 StGB mit Blick auf *Vertragsärzte* gibt, bleibt nunmehr zu klären.

1. Parallele zu § 266 StGB

Ein erstes Argument pro § 299 StGB geht dahin, dass Kassenärzte wegen unlauterer Verschreibungs- und Verordnungspraxis schon aus § 266 StGB verurteilt worden sind,²⁸ wie es bereits *Pragal* in seinem die Strafbarkeit von Kassenärzten gemäß § 299 StGB bejahenden Aufsatz aus dem Jahre

gen dahingehend formuliert sind, dass eine Strafbarkeit nach § 299 StGB bloß hilfsweise in Betracht kommen soll, wenn die Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB ausscheiden. Anderenorts geht man dagegen von Tateinheit aus, s. etwa *Heine*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 299 Rn. 32 m.w.N.

²⁴ *Pragal*, NStZ 2005, 133; OLG Braunschweig NStZ 2010, 392.

²⁵ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 62 mit Rn. 64 a.E.

²⁶ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 67. Vgl. dazu später näher bei und in Fn. 107.

²⁷ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 72.

²⁸ OLG Braunschweig NStZ 2010, 392 (393); *Böse/Mölders*, MedR 2008, 585 (587); *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, S. 301 mit S. 304, sowie *Frister*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 99 (S. 107: „Qualifikation des Vertragsarztes als Beauftragter der Krankenkasse im Sinne des § 299 StGB [...] als zwingende Konsequenz der Grundsatzentscheidung zur Vertragsarztuntreue“ [*Hervorhebung* nicht im Original]).

¹⁶ DGMR, MedR 2011, 154.

¹⁷ Vgl. dafür sowie zu Zahlen, Daten und Fakten zur „Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts“ lediglich den gleichnamigen Beitrag von *Lilie/Orben*, ZRP 2002, 154.

¹⁸ S. dazu – ebenfalls im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsstrafrecht – bereits *Krüger*, ZRP 2004, 128.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 20 ff., sowie die Vorlegungsfrage des 5. *Strafsenats* in 5 StR 115/11.

²⁰ Vgl. dazu *Krack*, ZIS 2011, 475.

²¹ S. dazu etwa *Koyuncu*, PharmR 2009, 211, sowie zur „Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen durch den Kassenarzt als Korruption im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB)“ bereits den gleichnamigen Beitrag von *Böse/Mölders*, MedR 2008, 585.

²² BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 54.

²³ Dies war unter der früheren Fassung des § 12 UWG unstreitig (BGHSt 2, 396 [400]), weil er darin für subsidiär erklärt wurde, wenn „nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt wird“. BGH NStZ 1994, 277 hat daran trotz der zwischenzeitlichen Streichung der Subsidiaritätsklausel festgehalten. Die beiden vorliegenden *Senate* gehen ebenfalls davon aus, weil die jeweiligen Vorlegungsfra-

2005 befürwortet hat.²⁹ Die Parallele ist übrigens nicht neu. Schon das Reichsgericht hat sich im Rahmen von § 12 UWG a.F. an § 266 StGB orientiert.³⁰ Zuzugestehen ist, dass Vertragsärzte wegen Untreue verurteilt worden sind.³¹ Interessant ist übrigens, dass dabei § 299 StGB bzw. § 12 UWG a.F. offensichtlich noch nicht ins Visier geraten ist, obwohl in einem Fall zugelassene Augenärzte für die Verordnung von Augenlinsen und Medikamenten umsatzbezogene Rückvergütungen, sog. kick-backs, vom Lieferanten bekamen.³² Es bleibt unklar, warum insofern nicht an „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ gedacht worden ist. Es mag revisionsrechtliche Gründe haben, weil die Beschwerdeführer mangels entsprechender Verurteilung nicht beschwert waren. Im Übrigen kann es (damals) richtig gewesen sein, § 299 StGB auszublenden, wie es nunmehr falsch sein kann, nach dieser Vorschrift anzuklagen – und umgekehrt. Es soll bloß darauf aufmerksam gemacht werden, dass schon eher die Möglichkeit bestand, Pharma-Marketing aus der Perspektive des Korruptionsstrafrechts zu beleuchten. Darauf wird zurückzukommen sein.

Einstweilen interessiert bloß, welche Konsequenzen die Strafbarkeit der sog. Vertragsarztuntreue für § 299 StGB haben soll. Im Ergebnis bestehen die geschilderten Interdependenzen nicht. Dafür spricht schon, dass die Delikte der §§ 266, 299 StGB im Verhältnis der Tateinheit zueinander stehen.³³ An Gesetzeskonkurrenz, woran sich vielleicht eher Schlussfolgerungen der geschilderten Art knüpfen lassen, denkt man wegen der Verschiedenartigkeit der geschützten Rechtsgüter nicht einmal ansatzweise.³⁴ Weiteres spricht dafür, dass die geschilderte Parallele nicht verfährt. Zum einen können die Verurteilungen nach § 266 StGB inhaltlich falsch gewesen sein.³⁵ Des Weiteren muss die Untreuestrafbarkeit von Kassenärzten wegen medizinisch *nicht* indizierter Arzneimittelverordnung vor dem Hintergrund des BVerfG-

Beschlusses zur Untreue vom 23.6.2010 gesehen und vielleicht neu überdacht werden.³⁶ Darin wird bekanntlich eine restriktive Handhabung des § 266 StGB angemahnt, sodass dieses Damokles-Schwert inzwischen vielleicht nicht mehr über Ärzten schwebt, eventuell jedenfalls an etwas mehr als an einem Pferdehaar hängt. Selbst wenn man trotz der geläuterten Sichtweise immer noch § 266 StGB annehmen will, gilt es Folgendes zu bedenken: Das vom BVerfG angemahnte Verschleifungs- und Entgrenzungsverbot gilt wohl nicht bloß im Verhältnis einzelner Tatbestandsmerkmale ein und derselben Strafnorm zueinander.³⁷ Es gilt sicher nicht minder im Verhältnis verschiedener Strafgesetze zueinander. Daraus folgt mit anderen Worten, dass die Strafbarkeit nach der Vorschrift x nicht zwangsläufig die Strafbarkeit nach der Vorschrift y zur Folge hat. Dass der Schluss von § 266 StGB auf § 299 StGB im geschilderten Sinne nicht richtig sein kann, zeigt sich schon daran, dass wohl niemand – im umgekehrten Sinne – aus der Strafflosigkeit nach der Vorschrift x auf die Strafflosigkeit nach der Vorschrift y schlussfolgern würde. Vielmehr ist y unabhängig davon eigenständig zu würdigen, zu welchem Ergebnis man bei x, sei es Strafbarkeit, sei es Strafflosigkeit, gelangt ist. Dies ist an sich eine bare Selbstverständlichkeit und bei § 17 StGB (Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins³⁸) absolut geläufig, scheint aber bei der Argumentation mit § 266 StGB im Rahmen des § 299 StGB etwas aus dem Blick geraten zu sein. Dabei handelt es sich jedoch, um mit *Geis* zu sprechen,³⁹ um „eine unzulässige Gleichsetzung der Tatbestände des § 266 StGB einerseits und des § 299 StGB andererseits“.

2. Extensive Auslegung des Beauftragten-Begriffs

Stattdessen ist der Blick auf die eigentliche – im Sinne von *Krais*: autonome⁴⁰ – Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB zu legen. Weil dabei Kassenärzte ersichtlich nicht „Angestellte“ der gesetzlichen Krankenkassen sind,⁴¹ stellt sich die Frage, ob ein Kassen- bzw. Vertragsarzt im Verhältnis zu gesetzlichen Krankenkassen als deren „Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr“ handelt.

Dafür wird gemeinhin angeführt, dass der Beauftragten-Begriff weit auszulegen ist.⁴² Der 3. Strafsenat betont dies in seinem Vorlagebeschluss ebenfalls.⁴³ Dass dies in Rechtsprechung und Schrifttum, worauf in diesem Zusammenhang

²⁹ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135).

³⁰ RGSt 68, 70 (74 [*Hervorhebungen* nicht im Original]). Es führt darin aus, dass der Beauftragte im Sinne von § 12 UWG a.F. als Vorläufer von § 299 StGB „als strafrechtlicher Begriff nicht nach rein bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen“ ist. Weiter heißt es: „Maßgebend sind vielmehr, *ähnlich wie beim strafrechtlichen Begriff des Bevollmächtigten im Sinne des § 266 StGB* [...], die tatsächlichen Verhältnisse.“ Dass die Entscheidung zugleich davon spricht, dass der Beauftragten-Begriff „im *weitesten* Sinne“ zu verstehen ist, braucht nicht weiter zu interessieren. Diese Aussage gehört in den historischen Kontext der Entscheidung (aus dem Jahre 1934) eingebettet.

³¹ BGHSt 49, 17 und öfters, etwa BGH NStZ 2004, 568.

³² BGH NStZ 2004, 568.

³³ S. dazu bloß die Nachw. bei *Rosenau*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 299 Rn. 41.

³⁴ Vgl. in dieser Richtung bereits *Krais*, PharmR 2010, 513 (516); *Dieners*, PharmR 2010, 613 (615); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246); *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24).

³⁵ Vgl. zur Kritik an BGHSt 49, 17 die Nachw. bei *Steinhilper*, MedR 2010, 499 (500 in Fn. 16).

³⁶ BVerfG NStZ 2010, 626 und dazu *Krüger*, NStZ 2011, 369.

³⁷ BVerfG NStZ 2010, 626.

³⁸ S. dazu etwa BGHSt 10, 35 (38 ff.) und aus dem Schrifttum bloß *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23), § 17 Rn. 8 m.w.N.

³⁹ *Geis*, wistra 2005, 369 (370) und später im selben Sinne noch *Reese*, PharmR 2006, 92 (96).

⁴⁰ *Krais*, PharmR 2010, 513 (516).

⁴¹ Vgl. dafür lediglich die Nachw. bei *Mostry*, JR 2011, 165 in Fn. 5.

⁴² *Dannecker*, GesR 2010, 281 (282); *Schmidt*, NStZ 2010, 393 (394); *Frister* (Fn. 28) S. 99 (S. 106).

⁴³ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 62.

gerne hingewiesen wird, seit jeher der Fall ist,⁴⁴ greift dabei deutlich zu kurz. Irgendwann geht selbst die weiteste Auslegung zu weit, einmal abgesehen davon, dass die extensive Auslegung des Beauftragten-Begriffs in § 299 StGB – und zuvor in § 12 UWG – seit jeher falsch gewesen sein kann. Überdies muss bedacht werden, worauf gleich zurückzukommen sein wird, dass das BVerfG extensiven Auslegungsmustern inzwischen vielleicht einen Riegel vorgeschoben hat.

Vom LG Hamburg wird der Hinweis auf die weite Auslegung – wenigstens – mit einem teleologischen Argument unterfüttert. Das System der gesetzlichen Krankenversicherung erscheint danach in besonderer Weise als korruptionsanfällig, sodass der Vertragsarzt zwingend von § 299 StGB erfasst sein muss, wenn man den Wettbewerb auf dem Pharmamarkt effektiv schützen will.⁴⁵ Einmal abgesehen davon, dass man die Korruptionsanfälligkeit vielleicht anders als mit dem Strafrecht bekämpfen und beseitigen sollte, geht das Argument in grundsätzlicher Hinsicht fehl. Schon andersorts ist aufgezeigt worden,⁴⁶ dass eine (kriminalpolitische) Argumentation mit der Schließung von (unerträglichen) Strafbarkeitslücken in einen unauflösbaren Widerspruch zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts gerät, solange man an diesem Grundsatz festhalten will. Insofern spricht der (alleinige) Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zwangsläufig für eine weite Auslegung des Beauftragten-Begriffs.

Im Ergebnis sprechen damit die besseren Gründe dafür, nicht per se – sozusagen zum Selbstzweck – eine (allzu) weite Auslegung des Beauftragten-Begriffs in § 299 StGB zu befürworten. Zudem handelt es sich dabei nicht um den Oberbegriff im Verhältnis zum „Angestellten“. Wenn mit einer Auffangfunktion des Beauftragten-Begriffs das genaue Gegenteil suggeriert wird,⁴⁷ findet dies jedenfalls keine Stütze im Wortlaut des § 299 StGB. Dafür hätte es etwa des Wortes „sonstiger“ vor „Beauftragter“ bedurft. Vielmehr stehen beide Begriffe auf derselben Ebene, sodass in systematisch-grammatikalischer Hinsicht vergleichbare Kriterien zu verlangen sind.

Im Übrigen ist auf die (neuere) Rechtsprechung des BVerfG hinzuweisen. Vom im Untreue-Beschluss angemahn-

ten – keinesfalls neuen⁴⁸ – Präzisierungsgebot bleibt nicht viel übrig, wenn man es mit dem – wohlgemerkt alleinigen – Hinweis auf eine weite Auslegung hinwegfegen kann. Damit ist nicht gesagt, dass aus anderen Gründen die Auslegung im Ergebnis zum weiten Anwendungsbereich einer Strafvorschrift tendieren kann. Eine weite Auslegung zum Selbstzweck erscheint dagegen problematisch.

3. Fallgruppen der Rspr. zum Beauftragten-Begriff

Mit dem Präzisierungsgebot wird man auf eine weitere Möglichkeit gestoßen, den „Beauftragten“ in § 299 StGB näher zu konturieren. Das BVerfG hat den Strafgerichten, um dem Präzisierungsgebot zu genügen, bekanntlich angeraten, Fallgruppen zu bilden, über deren (korrekte) Herleitung und Fortschreibung es in gewisser Weise zu wachen gedenkt.⁴⁹ Unabhängig davon, wie man methodisch dazu stehen mag,⁵⁰ könnte es sich für die Praxis anbieten, einmal den Blick darauf zu richten, wen man bislang in der strafgerichtlichen Judikatur als „Beauftragten“ angesehen hat. Immerhin gibt es die „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ nicht erst seit 1997 in § 299 StGB, sondern zuvor schon als § 12 UWG seit 1909.

Eher intuitiv hat bereits das LG Hamburg eine Parallele zur bisherigen Rechtsprechung gezogen, die freilich völlig fehlgeht. Weil der Vertragsarzt, worauf noch zu sprechen kommen sein wird, als Schlüsselfigur wichtige Entscheidungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung trifft bzw. umsetzt, sollen seine Entscheidungen „inhaltlich vergleichbar mit Entscheidungen eines höheren Angestellten“ sein.⁵¹ Ob dies in der Sache zutrifft, kann einstweilen noch dahinstehen. Ein höherer Angestellter ist aber eben ein „Angestellter“ im Sinne von § 299 StGB, wohingegen der Kassenarzt unstreitig nicht Angestellter der gesetzlichen Krankenkassen ist, sondern allenfalls deren „Beauftragter“.

Insofern liegt es nahe, die bisherige Strafrechtsprechung nach diesem Begriff zu durchforsten, um in einem zweiten Schritt zu klären, ob sich der Kassenarzt mehr oder minder nahtlos in diese Phalanx einreihen lässt. Diese Kärrner-Arbeit obliegt dem *Großen Strafsenat* oder, wenn er einen entsprechenden Hinweis gibt, den vorlegenden *Senaten*. Bei einer Bestätigung der Verurteilung nach § 299 StGB kommt man darum nicht umhin, weil es nicht unwahrscheinlich ist, dass die Verurteilten bzw. Verfallsbeteiligten dagegen das BVerfG – gestützt auf dessen Untreue-Beschluss – anrufen werden.

Mit einer (Un-)Vergleichbarkeit des Kassenarztes mit anerkannten Fällen des „Beauftragten“ kann es aber nicht sein Bewenden haben, soll unsere Strafrechtsordnung nicht völlig zu einem case law mutieren, wenngleich es in Gestalt des

⁴⁴ Vgl. dafür bloß die Nachw. bei *Rosenau* (Fn. 33), § 299 Rn. 9, und bei *Wittig*, wistra 1998, 7 (9 in Fn. 23) sowie noch BGHSt 2, 396 (401).

⁴⁵ LG Hamburg GesR 2011, 164 (168).

⁴⁶ Vgl. zum Folgenden *Krüger*, wistra 2005, 247 (248).

⁴⁷ *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 26 Rn. 20; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 16; *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 299 Rn. 22; *ders.*, GesR 2010, 281 (282); *Reese*, PharmR 2006, 92 (95); *Böse/Mölders*, MedR 2008, 585 (586); *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (419).

⁴⁸ *Krüger*, NSTZ 2011, 369 (372) und zuvor bereits *ders./Höffler*, Graffiti, 2. Aufl. 2010, S. 15. Dagegen will *Böse*, Jura 2011, 617 (620) im Präzisierungsgebot nicht bloß einen Anwendungs- bzw. Unterfall der verfassungskonformen Auslegung ausmachen, sondern macht es zum „Gegenstand einer eigenständigen Verpflichtung“.

⁴⁹ BVerfG NSTZ 2010, 626 (627 Rn. 4 ff.).

⁵⁰ *Krüger*, NSTZ 2011, 369 (374).

⁵¹ LG Hamburg GesR 2011, 164 (168).

Untreue-Beschlusses des BVerfG in gewisser Weise vorgezeichnet ist.⁵² Als eine Art Gegenprobe kann es sicher angezeigt sein, das – auf andere Weise, nämlich durch juristische Argumentations- und Methodenlehre – gefundene Ergebnis mit anerkannten Konstellationen des jeweiligen Straftatbestands zu korrelieren. Um die Argumente in der Sache kommt man dadurch aber nicht herum.

4. Privatrechtliche versus hoheitliche Beauftragung und Freiberuflichkeit des Arztes

In dieser Hinsicht wird gegen eine Beauftragten-Eigenschaft des Kassenarztes im Sinne von § 299 StGB angeführt,⁵³ dass Beauftragung im Sinne dieser Vorschrift eine rechtsgeschäftliche Grundlage haben muss und dies beim eher hoheitlichen Charakter des gesetzlichen Sozialversicherungssystems in Abrede zu stellen ist. Unterstützend bemüht man ein arg. e contrario zu § 266 StGB, worin der Strafgesetzgeber den „behördlichen Auftrag“ neben dem „Rechtsgeschäft“ als Basis für ein Treueverhältnisses statuiert hat.⁵⁴ Anderenorts lässt man demgegenüber eine hoheitliche Beauftragung für § 299 StGB genügen und verlangt nicht, dass sie privatvertraglicher Natur sein muss.⁵⁵ Interessanterweise bemüht man dafür ebenfalls § 266 StGB. Schließlich kennt er einen „behördlichen Auftrag“ und damit eine hoheitliche Beauftragung.⁵⁶ Teilweise verknüpft man den Aspekt mit einem teleologischen Argument. Angesichts des von § 299 StGB angestrebten Wettbewerbsschutzes soll es ohne qualitativen Unterschied sein, ob die zu verhindernde Wettbewerbsstörung unter Ausnutzung einer rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründeten Befugnis erreicht werden soll.⁵⁷ Zu teleologischen Argumenten gilt aber das bereits Gesagte.⁵⁸ Überdies

bemüht man, dass der vom Gericht eingesetzte Insolvenzverwalter schon als „Beauftragter“ im Sinne von § 299 StGB angesehen worden ist.⁵⁹ Einmal abgesehen davon, dass schon die Parallele falsch entschieden worden sein kann, soll Verschleifungsverbot als Stichwort dafür genügen, die bloße Argumentation mit Parallelen nicht genügen zu lassen.

a) Freiberuflichkeit und Selbständigkeit des Vertragsarztes

Eng mit der Frage, welche rechtliche Qualität die Beauftragung haben muss (rechtsgeschäftlich vs. hoheitlich), verknüpft ist ein weiteres Argumentationsmuster. Gegen eine Beauftragten-Eigenschaft des Kassenarztes wird ferner noch seine Eigenständigkeit und Freiberuflichkeit vorgetragen.⁶⁰ Anderenorts wird dieser Umstand als für § 299 StGB unbeachtlich angesehen,⁶¹ wobei das Argument von der gebotenen weiten Auslegung des § 299 StGB insofern nicht trägt, ohne sich wiederholen zu müssen. Wenn in diesem Zusammenhang gerne angeführt wird, dass bereits andere Freiberufler als Beauftragte im Sinne von § 299 StGB klassifiziert worden sind,⁶² ist dies im vorliegenden Zusammenhang aus mehreren Gründen irrelevant. Im Ergebnis ist die Frage von der Rechtsprechung bloß für den Insolvenzverwalter entschieden worden, der im zugrunde liegenden Fall – ausnahmsweise einmal – nicht Rechtsanwalt war, sondern vielmehr Diplom-Betriebswirt. Darüber hinaus setzt sich das LG Magdeburg nicht einmal ansatzweise damit auseinander, ob eine (möglicherweise) freiberufliche Tätigkeit dem Beauftragten-Begriff des § 299 StGB entgegensteht. Von daher greift die Parallele viel zu kurz, sodass man etwas tiefer schürfen muss.

Insofern fällt geradezu zwangsläufig der Blick auf den Angestellten-Begriff des § 299 StGB. Darunter versteht man Personen, die – ohne Rücksicht auf die genaue arbeitsrechtliche Abgrenzung – in einem Dienst-, Werks- oder Auftragsverhältnis zum Inhaber eines Geschäftsbetriebs stehen und dessen Weisungen unterworfen sind.⁶³ Angesichts der Tatsa-

⁵² Krüger, NStZ 2011, 369 (374).

⁵³ Vgl. zum Folgenden etwa Geis, wistra 2005, 369 (370); ders., GesR 2006, 345 (347); ders., wistra 2007, 361 (362); ders., wistra 2010, 280; Reese, PharmR 2006, 92 (97); Sahan, ZIS 2007, 69 (71 ff.); Sahan/Urban, ZIS 2011, 23 (24 ff.); Klötzer, NStZ 2008, 12 (13); Wittmann, MedR 2008, 716 (718); Nestler, JZ 2009, 984 (986); Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (419); Dieners, PharmR 2010, 232 (233); Schneider, HRRS 2010, 241 (246); Wostry, JR 2011, 165; Beukelmann, NJW-Spezial 2010, 312.

⁵⁴ Dieners, PharmR 2010, 613 (617); Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (420); Sahan/Urban, ZIS 2011, 23 (25); Wostry, JR 2011, 165 (166).

⁵⁵ Dannecker, GesR 2010, 281 (284); Schmidt, NStZ 2010, 393 (394); Frister/Lindemann/Peters (Fn. 28), S. 302; Frister (Fn. 28), S. 99 (S. 104) sowie, wenngleich die Strafbarkeit von Vertragsärzten aus § 299 StGB im Ergebnis verneinend, noch Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, 2011, § 299 StGB Rn. 21 ff. Vgl. allg. dazu BGHSt 2, 396 (401).

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 67 unter Bezugnahme auf Tiedemann (Fn. 47), § 299 Rn. 17.

⁵⁷ Vgl. dafür etwa BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 548/10, Rn. 68, sowie Kölbel, NStZ 2011, 195 (196 m.w.N. in Fn. 18) und Frister (Fn. 28), S. 99 (S. 105).

⁵⁸ S. bei Fn. 46.

⁵⁹ LG Magdeburg wistra 2002, 156 (157).

⁶⁰ In diesem Sinne etwa Taschke, StV 2005, 406 (410); Bernsmann/Schoß, GesR 2005, 193 (196); Reese, PharmR 2006, 92 (97); Klötzer, NStZ 2008, 12 (13); Schneider/Gottschaldt, wistra 2009, 133 (136); Dieners, PharmR 2010, 232 (233); ders., PharmR 2010, 613 (618); Kraus, PharmR 2010, 513 (516); Schroth/Joost (Fn. 15), S. 179 (S. 204); Sobotta, GesR 2010, 471 (474); Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (422); Dahm, MedR 2010, 597 (612); Beukelmann, NJW-Spezial 2010, 312.

⁶¹ Dannecker, GesR 2010, 281 (282); Schmidt, NStZ 2010, 393 (394); Frister/Lindemann/Peters (Fn. 28), S. 302; Schuhr (Fn. 55), § 299 Rn. 12 mit Rn. 17.

⁶² BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 64 (mit Rn. 41 für § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) m.w.N.

⁶³ Heine (Fn. 23), § 298 Rn. 7; Dannecker (Fn. 47), § 299 Rn. 19; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 299 Rn. 2; Bannenberg, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 299 Rn. 9. Die Hervorhebung des Auftragsverhältnisses findet sich jeweils nicht im Original, erfolgt

che, dass Angestellter und Beauftragter in einem Atemzug genannt werden, scheint man für den Beauftragten im Sinne von § 299 StGB ebenfalls eine vergleichbare Weisungsgebundenheit verlangen zu können, womit der Kassenarzt aus dem Anwendungsbereich der Norm herausfallen würde.

Aber Achtung: Zum einen sind, wie schon ausgeführt, solche Rück- und Umkehrschlüsse bei aller Beliebtheit mit Vorsicht zu genießen und durch weitere Argumente zu unterfüttern und zu untermauern. Zum anderen, und darin liegt der entscheidende Einwand, könnte man im Hinblick auf die Angestellten-Definition zum genau gegenteiligen Schluss kommen. Wenn sie ohnehin weisungsgebundene Auftragsverhältnisse erfasst, und davon geht man, wie soeben ausgeführt, in Teilen des Schrifttums aus, muss es sich beim „Beauftragten“ im Sinne von § 299 StGB in Abgrenzung zum „Angestellten“ gerade um weitestgehend weisungsfrei handelnde Personen handeln.⁶⁴ Schon diese Janusköpfigkeit der Argumentation mit der Selbständigkeit bzw. Freiberuflichkeit im Rahmen von § 299 StGB spricht dafür, dass sie nicht den entscheidenden Ausschlag geben kann.

b) Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als rechtsgeschäftliche Grundlage

Gleichfalls nicht weiter hilft es, dass man die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als rechtsgeschäftliche Grundlage heranzieht, wie es vereinzelt getan,⁶⁵ überwiegend aber abgelehnt wird.⁶⁶ Der Punkt gehört in den sozialversicherungsrechtlichen Kontext eingebettet und ist eventuell für §§ 331 ff. StGB von Relevanz, führt ansonsten aber eher in die Irre. Die Zulassung ist nämlich keinesfalls ein Rechtsgeschäft. Vielmehr ergeht sie, worauf der 3. Strafsenat explizit hinweist, „in Form eines Verwaltungsakts und damit als hoheitliche Maßnahme“.⁶⁷ Mit dem Ausweichen auf die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung ist damit für § 299 StGB nichts gewonnen.

Im Übrigen bewirkt die Zulassung, dass man dadurch, wenn sie für § 299 StGB von Relevanz sein sollte, als Kassen- bzw. Vertragsarzt automatisch zum Beauftragten sämtlicher gesetzlicher Krankenkassen wird – und damit zum Diener aller Herren. Der 3. Strafsenat sieht dies ebenfalls und wischt es – im Rahmen von §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB – als denkbaren Gegeneinwand mit der historischen Entwicklung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung

vorliegend aber wegen der sogleich oben im Text angestellten Überlegungen.

⁶⁴ Schmidt, NStZ 2010, 393 (395). Vgl. in dieser Richtung noch BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 64 sowie Frister (Fn. 28), S. 99 (S. 104).

⁶⁵ Vgl. in diesem Sinne etwa Schmidt, NStZ 2010, 393 (395) unter Berufung auf Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (13).

⁶⁶ Geis, wistra 2007, 361 (362); Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (420); Sahan/Urban, ZIS 2011, 23 (25); Wostry, JR 2011, 165 (166).

⁶⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 29 und aus dem sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum bloß Joussen, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 95 Rn. 3.

zung vom Tisch.⁶⁸ Ursprünglich schlossen die gesetzlichen Krankenkassen mit den Ärzten nämlich einzelne privatrechtliche Verträge. Es wäre interessant zu erfahren, ob es Urteile aus der Weimarer Zeit gibt, die damalige Ärzte als Beauftragte der Krankenkassen qualifiziert haben. Eine andere Frage ist, ob mit dem Systemwechsel strafrechtliche Implikationen verbunden sind. Ohne ausdrücklichen Rückgriff auf die Geschichte nimmt man sie jedenfalls an, wenn man eine hoheitliche Beauftragung nicht für § 299 StGB genügen lässt.

c) Argumente pro und contra hoheitliche Beauftragung im Rahmen von § 299 StGB

Das Fazit in diesem Punkt, um das Ergebnis vorwegzunehmen, ist ambivalent: Guten Argumenten für ein Erfordernis rechtsgeschäftlicher Beauftragung stehen kaum schlechtere für einen Verzicht auf dasselbe gegenüber. Dabei ist völlig irrelevant, dass die Rechtsprechung schon kraft hoheitlichen Akts bestellte Personen als „Beauftragte“ im Sinne von § 299 StGB angesehen hat.⁶⁹ Dies folgt schlicht aus dem Umstand, dass sich dabei überhaupt nicht näher damit auseinandergesetzt wird, ob eine rechtsgeschäftliche Beauftragung für § 299 StGB erforderlich ist, sondern mehr oder minder apodiktisch apostrophiert wird, dass ein Tätigwerden kraft Gesetzes ebenfalls reicht. Daneben ist Folgendes zu bedenken: Die Forderung nach einer Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Auftragskonstellationen ist vielleicht sogar etwas kontraproduktiv, weil man dadurch fast unweigerlich schlafende Hunde weckt. Man könnte nämlich auf die Idee verfallen, dass, wenn es sich in diesem Sinne verhalten würde, die Vorschriften der §§ 331 ff. StGB in die Bresche springen (müssten). Insofern hätte man Kassenärzten mit der geschilderten Argumentation einen Bärendienst erwiesen. Ebenso wenig hilft es weiter, wenn die h.M. gegen eine Beschränkung auf Fälle der rechtsgeschäftlichen Beauftragung die gebotene weite Auslegung des Beauftragten-Begriffs des § 299 StGB in Stellung bringt. Dazu ist bereits alles gesagt worden. Der geschilderte Umkehrschluss zu § 266 geht gleichfalls fehl. Es ist schon ausgeführt worden, dass Straftatbestände grundsätzlich je für sich zu würdigen sind.⁷⁰ Damit soll nicht der Anfang vom Ende eines methodischen Interpretationsmittels eingeläutet werden. Das BVerfG selbst betont, dass die Normexegese „mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes und durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs“ zu erfolgen hat,⁷¹ womit systematische Auslegung ein zulässiges Interpretationsmittel bleibt. Man sollte aber jedenfalls vor Augen haben, dass die – beliebte – Argumentation mit Parallelen schon immer gefährlich war und vor

⁶⁸ S. hierzu und zum Folgenden BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 39 mit Nachw. zur Entstehungsgeschichte des heutigen Systems der gesetzlichen Krankenversicherung.

⁶⁹ Wie Fn. 59.

⁷⁰ In einem vergleichbaren Sinne bereits Kölbl, NStZ 2011, 195 (196 in Fn. 14).

⁷¹ BVerfG NJW 2009, 2370 Rn. 21 (Kammerbeschluss zur schadensgleichen Vermögensgefährdung – Hervorhebung nicht im Original).

dem Hintergrund der neueren BVerfG-Rechtsprechung nicht gerade ungefährlicher geworden ist. Insofern sollte man sich nicht mit Anleihen bei bzw. Umkehrschlüssen zu anderen Strafvorschriften begnügen, sondern sich um weitere Argumentations- und Auslegungsmuster bemühen.

Daraus speist sich zugleich die Kritik gegen *Schmidt*, wenn er aus § 14 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB den Schluss ziehen will, dass eine hoheitliche Beauftragung „nicht außerhalb des Sprachgebrauchs des StGB liegt“⁷² – und damit bei § 299 StGB ebenfalls möglich sein soll. Es bestreitet niemand, dass unser Strafrecht eine hoheitliche Beauftragung kennt. Inwiefern diese Möglichkeit bei anderen Strafnormen aber Rückschlüsse für § 299 StGB zulässt, steht auf einem anderen Blatt und ist mit dem vorstehend herausgearbeiteten Vorbehalt zu versehen. Im Übrigen liefern die genannten Vorschriften sogar eher Argumente gegen die Annahme von der hoheitlichen Beauftragung im Rahmen des § 299 StGB. *Schmidt* spielt ersichtlich auf § 14 Abs. 2 S. 3 StGB an. Danach ist § 14 Abs. 2 S. 1 StGB sinngemäß anzuwenden, wenn „jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrags für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“, handelt. Dass es überhaupt der Anordnung der sinngemäßen Anwendbarkeit von § 14 Abs. 2 S. 1 StGB auf hoheitliche Auftragskonstellationen bedarf, zeigt aber gerade, dass der darin verankerte primäre Begriff des Auftrags in einem ausschließlich rechtsgeschäftlichen Sinne zu verstehen ist. Völlig in die Irre geht der Verweis auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Er führt zu §§ 331 ff. StGB, worauf noch zu sprechen kommen sein wird. Wenn diese einschlägig sind, ist zugleich § 299 StGB, wie schon erwähnt,⁷³ außen vor. Von daher führt der Hinweis von *Schmidt* auf § 14 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB nicht weiter.

Im Übrigen gilt es Folgendes zu bedenken: Stimmen, die sich für eine Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Vertragsärzte aussprechen, bemühen dafür deren Schlüsselrolle bei der Arzneimittelverordnung.⁷⁴ Sie wird wiederum aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung abgeleitet, das gleich noch näher zu Wort kommen wird. Insofern nennt BGHSt 49, 17 (19) im Zusammenhang mit der Untreuestrafbarkeit von Kassenärzten, auf die man im vorliegenden Zusammenhang – wie geschildert⁷⁵ – zu Unrecht rekurriert, die Vorschriften der §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V. Dem entsprechenden Kapitel vorangestellt ist § 69 SGB V. Er trifft eine Aussage über das auf „Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten [...] und sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden“ anzuwendende Recht. § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V ordnet dabei die Anwendbarkeit der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf diese Rechtsbe-

ziehungen an, „soweit sie mit [...] den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten [...] vereinbar sind“. Insofern muss die Stellung der Vertragsärzte im System der gesetzlichen Krankenversicherung vielleicht in einem gespaltenen Sinne betrachtet werden. Insofern könnte man die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als öffentlich-rechtlich und damit hoheitlich qualifizieren, wohingegen Tätigkeiten in Ausführung derselben und damit die Arzneimittelverordnung von § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V eher den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugeschlagen wird. Wozu in diesem Zusammenhang der Vorbehalt („soweit“) führt, bleibt freilich abzuwarten und wäre vom *Großen Strafsenat* zu untersuchen. Eines ist aber gewiss: Die Würfel im Streit um die Täterqualität von Vertragsärzten gemäß § 299 StGB fallen offensichtlich im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.

5. Sozialversicherungs- und wettbewerbsrechtlicher Kontext

Damit ist man beim wahrscheinlich neuralgischen Punkt der Strafrechtsfrage angelangt, nämlich dem sozialversicherungsrechtlichen Kontext. Er wird allenthalben betont, wenn der „Vertragsarzt als ‚Schlüsselfigur‘ der Arzneimittelversorgung“ rubrifiziert wird, wie etwa von *Manthey* im gleichnamigen Beitrag zur Entscheidung des OLG Braunschweig.⁷⁶ Man hat sich derart hoffnungslos festgefahren in dieser Frage, dass man eine andere Norm aus dem Sozialversicherungsrecht zu übersehen scheint, die vielleicht die Lösung im Streit um die Täterqualität von Kassenärzten im Korruptionsstrafrecht liefert. In jedem Falle hat man sich des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung anzunehmen.

a) Vertragsarzt als Schlüsselfigur im sozialversicherungsrechtlichen Kontext

Damit muss man in einem ersten Schritt das schwer durchschaubare Konstrukt und Geflecht oder, um im Duktus des Beitragstitels zu bleiben, Gestrüpp des gesetzlichen Sozialversicherungssystems lichten. Hierzu liegen die Argumente auf den Tisch.⁷⁷ Aber selbst wenn der Vertragsarzt in der Tat zur Schlüsselfigur in der Arzneimittelversorgung wird, handelt es sich dabei, wie es *Sobotta* formuliert hat,⁷⁸ „zunächst um eine sozialrechtliche Bewertung, die nicht zwingend zur Folge hat, dass auch die strafrechtliche Beurteilung im Rahmen des § 299 StGB daran auszurichten wäre“. Jedenfalls ist das Bild vom Vertragsarzt als „Schlüsselfigur“ zunächst von

⁷² *Schmidt*, NStZ 2010, 393 (394). Vgl. ferner noch *Köbel*, NStZ 2011, 195 (196 in Fn. 16).

⁷³ Vgl. dazu bei und in Fn. 23.

⁷⁴ Vgl. dafür etwa BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 34 ff. sowie in weiten Teilen die vorliegend ausgewertete Literatur. OLG Braunschweig NStZ 2010, 392 (393) bringt sie – neben der Parallele zu § 266 StGB – als einziges Argument pro § 299 StGB.

⁷⁵ S. dazu näher unter V.1.

⁷⁶ *Manthey*, GesR 2010, 601. Sie geht zugleich auf die Ende 2009 geänderte Rechtsprechung des BSG zur Rolle des Vertragsarztes bei der Arzneimittelverordnung und die diesbezüglichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten (Arzt, Apotheker, Kasse, Patient) ein, die vorliegend aus den sogleich oben im Text ausgeführten Gründen nicht näher untersucht wird.

⁷⁷ Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 32 ff., 35 ff. (für §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) und Rn. 58 ff. (für § 299 StGB) – jeweils m.w.N. – sowie nahezu durchweg die vorliegend ausgewertete Literatur.

⁷⁸ *Sobotta*, GesR 2010, 471 (473).

Sozialgerichten gezeichnet worden,⁷⁹ ohne dass es deshalb vielleicht von Strafgerichten später einfach kopiert werden durfte.⁸⁰ Mit der sozialversicherungsrechtlichen Aussage ist nämlich noch nicht zwangsläufig gesagt, dass dies ohne weiteren methodisch-argumentativen Zwischenschritt dazu führt, Kassenärzte im strafrechtlichen Kontext als Beauftragte und/oder Amtsträger anzusehen. Dies berührt den alten Streit zwischen Einheit der Rechtsordnung einerseits und Strafrecht als ultima ratio andererseits. Man ist sich dabei einigermaßen einig, dass sich das Strafrecht nicht in Widerspruch zum sonstigen Recht setzen sollte, wenn es dadurch strafbarkeitsbegründend oder -schärfend wirken würde. Eine vergleichbare Zwangsläufigkeit gibt es dagegen nicht im umgekehrten Fall. Vielmehr kann sich das Strafrecht zum Zwecke der Straffreistellung über Wertungen anderer Rechtsgebiete hinwegsetzen. Hierfür kann man – neben seiner ultima-ratio-Funktion – eventuell das vom BVerfG im Untreue-Beschluss kreierte Verschleifungsverbot in Stellung bringen. Es kann vielleicht nicht schlicht einzig und allein aus dem Umstand, dass ein Verhalten in einem Rechtsgebiet unlauter ist, auf dessen Strafbarkeit geschlossen werden. Dies wird der *Große Senat* für Strafsachen neben der sozialversicherungsrechtlichen Subsumtion zu beachten haben.

b) Gesetzliche Krankenkassen im Wettbewerbsrecht

Durch die Fokussierung auf die Rolle des Vertragsarztes bei der Arzneimittelverschreibung und seine Schlüsselrolle, -figur und -stellung in diesem Zusammenhang übersieht man einen anderen Punkt, der möglicherweise die Lösung im Streit um die Tätertauglichkeit von Kassenärzten nach § 299 StGB liefert. Es handelt sich dabei um die Rolle von gesetzlichen Krankenkassen im Wettbewerbsrecht. Dafür muss man nicht einmal das europäische Recht bemühen.⁸¹ Es genügt vielmehr ein Blick in die deutsche Rechtsordnung, wengleich man im UWG vergebens suchen würde. Vielmehr ist der Blick auf eine andere vorliegend bereits erwähnte,⁸² sonst aber bislang weitgehend vernachlässigte Regelung zu lenken. Aber der Reihe nach.

Bei § 299 StGB handelt es sich anerkanntermaßen um einen Tatbestand, der aufgrund seiner Vorläuferregelung im § 12 UWG a.F. im Kontext des Wettbewerbsrechts gesehen und interpretiert werden muss. Dies ist unstrittig.⁸³ Der Transfer ins Kernstrafrecht sollte daran nichts ändern, wie es die entsprechenden Gesetzesmotive unmissverständlich betonen.⁸⁴ Von daher müssen im Wettbewerbsrecht anderenorts getroffene Wertentscheidungen bei der (teleologischen) Auslegung von § 299 StGB berücksichtigt werden.

Eine solche Wertentscheidung wiederum trifft § 69 Abs. 1 SGB V. Danach regelt das entsprechende Kapitel im SGB V „abschließend“ die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu anderen Akteuren des Gesundheitswesens, u.a. den „Leistungserbringern und ihren Verbänden“. Hintergrund der – zum 1.1.2000 neugefassten⁸⁵ – Regelung ist, dass bis dahin umstritten war, ob und in welchem Maße gesetzliche Krankenkassen ausschließlich unter das öffentliche Recht oder daneben noch unter das Privatrecht, einschließlich des Rechts des unlauteren Wettbewerbs fallen.⁸⁶ Dieser Streit sollte durch die Neufassung von § 69 SGB V erledigt werden. Dabei sprechen seine Motive eine ebenso deutliche wie unmissverständliche Sprache:⁸⁷

„Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen [zu Leistungserbringern] ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts.“

Das Schrifttum ist anschließend schnell auf die Linie des Gesetzgebers eingeschwenkt.⁸⁸ Der BGH hat sie sich in einer Zivilsache ebenfalls zu Eigen gemacht.⁸⁹ Danach trifft § 69 Abs. 1 SGB V „eine materiell-rechtliche Regelung“, die es in einem weiten – und gemäß § 69 Abs. 1 S. 4 SGB V Dritte, etwa Pharmaunternehmen erfassenden⁹⁰ – Sinne ausschließt, „Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungserbringer, die der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags dienen sollen, nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beurteilen“. Die Vorschrift verfolgt das Ziel, „die Tätigkeiten der Krankenkassen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags stehen, dem Privatrecht und insbesondere dem Wettbewerbs- und Kartellrecht *vollständig* zu entziehen“. Zugleich wird noch betont, dass der gegenteiligen früheren Rechtsprechung – des *Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte*⁹¹ – durch die Neufassung des § 69 SGB V zum Jahre 2000 die Grundlage entzogen werden sollte. Das BSG sah es bereits im Jahre 2001 im selben Sinne,⁹² woran es in der Folgezeit festgehalten hat.⁹³ Dies nimmt man zum Anlass, von einer „ständigen Rechtspre-

⁷⁹ Vgl. dazu etwa BSGE 73, 271; 77, 194 sowie im Übrigen noch die Nachw. in BGHSt 49, 17 (19).

⁸⁰ Beginnend mit BGHSt 49, 17 (24) und nunmehr in beidem Vorlagebeschlüssen.

⁸¹ S. dazu bloß *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, 249 (251) m.w.N.

⁸² Vgl. unter V.4.c) a. E.

⁸³ S. dazu im vorliegenden Zusammenhang bloß *Dieners*, PharmR 2010, 613 (617 ff.).

⁸⁴ BT-Drs. 13/5584, S. 15.

⁸⁵ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) v. 22.12. 1999 (BGBl. I 1999, S. 2626).

⁸⁶ Vgl. dazu bloß BGHZ 102, 280 (GmS-OGB).

⁸⁷ BT-Drs. 14/1425, S. 68.

⁸⁸ *Kingreen*, MedR 2004, 188 (192).

⁸⁹ Vgl. zum Folgenden BGH NJW-RR 2006, 1046 und vorhergehend im selben Sinne bereits OLG Düsseldorf GRUR-RR 2003, 378 sowie schon BGH MedR 2004, 325 (326) und ferner noch BGHZ 175, 333 (336 Rn. 18 [*Hervorhebung* nicht im Original]).

⁹⁰ In diesem Sinne etwa *Engelmann*, NZS 2000, 213 (219).

⁹¹ Wie Fn. 86.

⁹² BSG NJW-RR 2002, 1691 mit zahlreichen gleichlautenden Nachw. zu Rspr. und Schrifttum aus dem Sozialversicherungsrecht.

⁹³ Nachw. hierzu in BGH NJW-RR 2006, 1046 (1047).

chung“ dergestalt zu sprechen,⁹⁴ dass gesetzliche Krankenkassen bei der Erfüllung des gesetzlichen Versorgungsauftrags vom Recht des unlauteren Wettbewerbs ausgenommen sind.

Später wurde § 69 SGB V um einen Abs. 2 erweitert.⁹⁵ Er regelt die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die in § 69 Abs. 1 SGB V genannten Rechtsbeziehungen. § 69 Abs. 1 SGB V bleibt davon aber in seinem originären Anwendungs- und Regelungsbereich unberührt, wie es die Materialien zur Einführung des § 69 Abs. 2 SGB V expressis verbis betonen.⁹⁶ Dass § 69 SGB V erst zum 1.1.2011 wieder novelliert wurde, ist ebenfalls ohne Belang, weil sich die Änderungen durch das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG) bloß auf § 69 Abs. 2 SGB V beziehen,⁹⁷ der wiederum – wie soeben ausgeführt – im vorliegenden Zusammenhang irrelevant ist. Von daher bleibt es dabei, dass gesetzliche Krankenkassen nicht dem Wettbewerbsrecht unterliegen. Dass Gerichte dies zuweilen anders sehen,⁹⁸ kann dabei vorliegend außer Betracht bleiben, weil es jeweils um das Verhältnis der Krankenkassen zu den eigenen Mitgliedern ging, das vorliegend gerade nicht in Rede steht. Ebenso wenig ohne Relevanz ist, dass im Verhältnis der Leistungserbringer untereinander das Wettbewerbsrecht ohne Einschränkung gilt.⁹⁹ § 69 Abs. 1 SGB V gilt nicht auf der Ebene zwischen den Leistungserbringern. Erst wenn Kostenträger, etwa gesetzliche Krankenkassen, auf einer Seite handeln, greift § 69 Abs. 1 SGB V. Dies gilt sogar für den Fall, dass durch eine Rechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ein anderer Leistungserbringer mittelbar betroffen ist, § 69 Abs. 1 Satz 4 SGB V.¹⁰⁰ Es bleibt dabei: Bei der Erfüllung des gesetzlichen Versorgungsauftrags werden gesetzliche Krankenkassen vom Wettbewerbsrecht ausgenommen.

Dies muss, will man nicht die These, dass § 299 StGB im wettbewerbsrechtlichen Kontext interpretiert werden muss,¹⁰¹ ad absurdum führen, im vorliegenden Zusammenhang beachtet werden. Eine andere Frage ist, wie dies zu erfolgen hat. Vielleicht sollte einmal überdacht werden, gesetzliche Krankenkassen als „geschäftliche Betriebe“ zu qualifizieren, wie es unisono getan wird, selbst von erklärten Gegnern einer

⁹⁴ *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, 249 (252).

⁹⁵ Eingeführt durch das sog. GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz v. 15.12.2008 (BGBl. I 2008, S. 2426).

⁹⁶ BT-Drs. 16/4247, S. 35: „Die Änderung führt nicht dazu, dass die Krankenkassen beim Abschluss von Einzelverträgen als Unternehmen zu qualifizieren wären.“

⁹⁷ BGBl. I 2010, S. 2262 und dazu *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, 249; *Baier*, MedR 2011, 345.

⁹⁸ OLG Braunschweig, Urt. v. 16.12.2008 – 2 U 9/08 = BeckRS 2009, 03956 sowie OLG Celle, Urt. v. 9.9.2010 – 13 U 173/09 = BeckRS 2010, 22124.

⁹⁹ Vgl. zum Folgenden etwa BGHZ 175, 333 (335 Rn. 17) sowie BGH MedR 2008, 659; OLG Düsseldorf MedR 2009, 664 (667); *Makoski*, MedR 2009, 376 (380); *Krafczyk/Lietz*, ZMGR 2010, 24 (29).

¹⁰⁰ BGH MedR 2004, 325 (326).

¹⁰¹ Vgl. hierzu bei und in Fn. 83.

Strafbarkeit des Pharma-Marketings nach § 299 StGB.¹⁰² Möglicherweise fehlt es bei der Ausführung des gesetzlichen Versorgungsauftrags – und damit bei der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten – am „geschäftlichen Verkehr“ im Sinne des Tatbestands. Oder es ist zu hinterfragen, ob die Beteiligten „zu Zwecken des Wettbewerbs“ handeln, wie von § 299 Abs. 2 StGB vorausgesetzt. Unter Umständen hilft erst eine teleologische Reduktion. Dabei handelt es sich freilich bloß um einen sekundären Aspekt. Auf primärer Ebene stellt sich aber die Frage, ob die wettbewerbsrechtliche Behandlung gesetzlicher Krankenkassen gemäß § 69 Abs. 1 SGB V zum Ausschluss der Strafbarkeit von Kassenärzten nach § 299 StGB führt.

6. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Hierfür sprechen eventuell noch verfassungsrechtliche Überlegungen. In der Tat gibt es Stimmen, die meinen, dass eine Subsumtion von Kassenärzten unter § 299 StGB einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhält.¹⁰³ Von anderer Seite wird dieser Einwand sofort wieder zu zerstreuen versucht.¹⁰⁴ In jedem Falle muss man, wie es das LG Hamburg getan hat,¹⁰⁵ den Punkt aus der (neuen) verfassungsgerichtlichen Perspektive des Untreue-Beschlusses des BVerfG vom 23.6.2010 angehen. Dabei ist völlig klar, dass der Beschluss für andere Straftatbestände ebenfalls gilt.¹⁰⁶ Wozu er wiederum im vorliegenden Zusammenhang führt, bleibt abzuwarten.

¹⁰² *Reese*, PharmR 2006, 92 (95); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (70); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (247 in Fn. 49) – jeweils m.w.N.

¹⁰³ *Reese*, PharmR 2006, 92 (98); *Schneider*, StV 2010, 366; *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420). Dabei genügt es freilich nicht, mit *Sobotta*, GesR 2010, 471 (474) „die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 299 StGB mitnichten als gefestigt anzusehen“. Wenn dies für Verfassungswidrigkeit genügen würde, wäre die Revision gegen eine Verurteilung in einer Frage, die sich erstmals höchstrichterlich stellt, oder bei einer – vielleicht unbestimmten – neuen Strafvorschrift allein schon aus diesem Grund und im Übrigen auf alle Zeit begründet. Dies kann aber nicht sein. Solche Formulierungen sind freilich der These des BVerfG geschuldet, wonach verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG „durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entkräftet werden“ können (BVerfG NStZ 2010, 626 [627 Rn. 2] und zuvor bereits BVerfG NJW 2009, 2370 [Rn. 21] – jeweils m.w.N.). Die These trägt aber allenfalls bei klassischen, nicht aber bei neuen Strafvorschriften (vgl. dazu bereits *Krüger*, NStZ 2011, 369 [371] und zuvor schon *ders./Höffler* [Fn. 48], S. 15]). *Böse*, Jura 2011, 617 (620) hält die Aussage des BVerfG für „bedenklich“.

¹⁰⁴ *Dannecker*, GesR 2010, 281 (284). Soweit er dabei darauf abstellt, „dass eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung unbestimmte Strafgesetze konkretisiert“, gilt das soeben in Fn. 103 Gesagte.

¹⁰⁵ LG Hamburg GesR 2011, 164 (171).

¹⁰⁶ *Wittig*, ZIS 2011, 660 (664 ff., 666 ff.) für die Steuerhinterziehung sowie *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255) für den Betrugstatbestand.

Es geht jedenfalls nicht an, dass der 3. Strafsenat bloß an einer Stelle auf Art. 103 Abs. 2 GG hinweist.¹⁰⁷ Der *Große Senat für Strafsachen* wird dies nachzuholen haben und sollte dabei, wie schon angedeutet,¹⁰⁸ auf das Verhältnis zwischen Angestellten- und Beauftragten-Begriff eingehen, um es in einem über den Einzelfall hinausgehenden Sinne dogmatisch zu klären, sowie eventuell Fallgruppen zum Beauftragten-Begriff bilden und dafür die Rechtsprechung zu § 299 StGB und – mehr noch – zum früheren § 12 UWG durchforsten. Die Fallgruppenbildung und deren Konsequenzen für die Vorlegungsfrage könnte der *Große Senat* zwar den vorliegenden *Senaten* aufgeben. Im Sinne einer endgültigen Entscheidung der Frage sollte er sich aber selbst dieser Kärnerarbeit annehmen. In jedem Falle müssen noch verfassungsrechtliche Überlegungen beim BGH angestellt werden. Es ist nicht auszuschließen, dass gerade sie den (endgültigen) Ausschlag dafür geben, vertragsärztliche Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich von § 299 StGB herauszunehmen.

7. Pharma-Marketing als Korruption im öffentlichen Sektor (§§ 331 ff. StGB)

Darüber hinaus ist noch von Interesse, ob Pharma-Marketing, soweit Kassenärzte beteiligt sind, unter §§ 331 ff. StGB fällt, weil dadurch § 299 StGB verdrängt wäre.¹⁰⁹ Ohne dass damit zu rechnen war, weil im Schrifttum bislang eher stiefmütterlich behandelt,¹¹⁰ setzt der 3. Strafsenat darauf den Schwerpunkt.¹¹¹ Wenn man seinen Standpunkt zugrunde legt, dass sie – für den Fall der Straflosigkeit nach §§ 331 ff. StGB – „jedenfalls als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB tätig“ werden,¹¹² könnte man, nachdem dieser Standpunkt in den vorherigen Überlegungen ins Wanken gebracht wurde, die Aussage des 3. Strafsenats dahingehend ummünzen, dass sie erst Recht nicht „Amtsträger“ sein können. Freilich würde man sich damit in Widerspruch zu eigenen Ausführungen setzen,¹¹³ sodass der Punkt näher zu untersuchen ist.

a) Besonders schwere Fälle der Vertragsarztuntreue bzw. des Abrechnungsbetrugs

¹⁰⁷ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 67. Dabei geht der Hinweis an dieser Stelle eher fehl und verträgt sich kaum mit dem vom BVerfG im Untreue-Beschluss propagierten Verschleifungsverbot, weil der *Senat* dafür, dass eine gesetzliche oder sonst hoheitliche Beauftragung für § 299 StGB genügen soll, auf § 266 StGB verweist, vgl. dazu bereits unter V. 1.

¹⁰⁸ Vgl. unter V. 2. und V. 4.

¹⁰⁹ Wie Fn. 23.

¹¹⁰ S. dazu bloß *Taschke*, StV 2005, 406 (409); *Geis*, GesR 2006, 345 (350 in Fn. 60); *ders.*, wistra 2007, 361 (363); *Neupert*, NJW 2006, 2811; *Klötzer*, NSTZ 2008, 12 (16).

¹¹¹ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 20 ff.

¹¹² BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 55 (*Hervorhebung* nicht im Original)

¹¹³ Vgl. unter V. 1.

Es wurde schon eingangs der strafrechtlichen Überlegungen darauf aufmerksam gemacht, dass es einen Fall gab, in dem zugelassene Augenärzte für die Verordnung von Augenlinsen und Medikamenten umsatzbezogene Rückvergütungen, sog. kick-backs, vom Lieferanten bekamen.¹¹⁴ Es bleibt unklar, warum insofern nicht an „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ gemäß § 299 StGB bzw. § 12 UWG a.F. gedacht worden ist. Wenn man Vertragsärzte als „Amtsträger“ qualifiziert, hätte man sogar schon damals auf §§ 331 ff. StGB kommen können. Warum beides nicht getan worden ist, lässt sich nicht abschließend klären. Es mag revisionsrechtliche Gründe haben, weil die Beschwerdeführer mangels entsprechender Verurteilung nicht beschwert waren.

In anderer Hinsicht sind (frühere) Verurteilungen wegen Vertragsarztuntreue bzw. Abrechnungsbetrug aber von Interesse. Obwohl die zugrunde liegenden Taten – zumindest teilweise¹¹⁵ – nach dem 1.4.1998 verübt wurden, verfiel man scheinbar nicht auf die Idee, einen besonders schweren Fall des (Abrechnungs-)Betrugs gemäß § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB bzw. einen solchen der (Vertragsarzt-)Untreue gemäß § 266 Abs. 2 StGB anzunehmen. Wenn man einen Vertragsarzt aber als „Amtsträger“ qualifiziert, muss man darüber nachdenken, ob er insofern nicht „seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht“ hat. Vielleicht waren es (wieder) revisionsrechtliche Gründe, warum man nicht darauf eingegangen ist. Es kann jedenfalls richtig sein, die Regelbeispiele auszublenden, wie es ebenso falsch sein kann, Vertragsärzte unter §§ 331 ff. StGB zu subsumieren – und umgekehrt. Von daher kann es mit dem Hinweis nicht sein Bewenden haben. Vielmehr ist tiefer zu schürfen.

b) Vertragsärzte und haftungsrechtlicher Beamtenbegriff des § 839 BGB

Bevor insofern (wieder) das Strafrecht zur Sprache kommen soll, sei noch ein kurzer Exkurs in das Privatrecht gestattet. Wenn man Vertragsärzte als „Amtsträger“ qualifiziert, stellt sich die Frage, ob sie für Behandlungs- und Aufklärungsfehler nicht nach § 839 BGB einzustehen haben und diese Haftung wiederum nach Art. 34 GG nicht auf die gesetzlichen Krankenkassen – als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V) – überzuleiten wäre. Dies wiederum hätte die Konsequenz, dass gesetzliche Krankenkassen die Kosten für Folgebehandlungen wegen ärztlicher Kunstfehler nicht nach § 116 SGB X liquidieren könnten, weil nach dem soeben Gesagten insofern Konfusion eintreten würde. Dass daran nicht einmal ansatzweise gedacht wird, spricht dafür, dass die Ausgangsthese falsch ist. Sie ist es in der Tat.

Wenngleich man den Beamtenbegriff bei § 839 BGB sehr weit versteht, nämlich nicht im statusrechtlichen, sondern

¹¹⁴ BGH NSTZ 2004, 568.

¹¹⁵ In BGHSt 49, 17 (18) ist die Rede davon, dass nicht medizinisch indizierte Medikamentenverschreibungen „ab dem 9. Februar 1998“ erfolgt sind. Unzweifelhaft unter das 6. Strafrechtsreformgesetz fallen BGH NSTZ 2003, 313 und OLG Hamm NSTZ-RR 2006, 13.

vielmehr im haftungsrechtlichen Sinne,¹¹⁶ ist man bislang noch nicht auf die Idee verfallen, Kassenärzte darunter zu subsumieren, wie man es aber vielleicht könnte, wenn der 3. Strafsenat mit seiner Ansicht beim Großen Strafsenat durchdringt, ohne dass er sich bei der anstehenden Plenarentscheidung zwangsläufig von solchen (Rechts- bzw. Gesetzes-) Folgenabschätzungen leiten lassen müsste. Dass Vertragsärzte nicht kraft staatshaftungsrechtlicher Regeln für ärztliche Kunstfehler haften, folgt schlicht aus § 76 Abs. 4 SGB V. Danach verpflichten sich Ärzte mit der Übernahme der Behandlung „dem Versicherten gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts“. Erst wenn sie außerhalb der vertragsärztlichen Tätigkeit für den Staat auf dessen Veranlassung aktiv werden, kann man darüber hinaus an § 839 BGB denken. Ansonsten werden Kassenärzte bei der schlichten vertragsärztlichen Versorgung von GKV-Patienten nicht als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne tätig.¹¹⁷ Selbst verbeamtete Krankenhausärzte werden bei der ambulanten Behandlung von Kassenpatienten nicht unter § 839 BGB subsumiert.¹¹⁸ Damit ist (noch) nicht gesagt, dass daraus eine Konsequenz für den strafrechtlichen Amtsträgerbegriff folgt. Die Gedanken von der Einheit der Rechtsordnung und der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts sprechen aber eventuell dafür, solche Aspekte bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von Pharma-Marketing vielleicht nicht völlig auszublenden.

c) Vertragsärzte als Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB

Damit ist sich dem strafrechtlichen Amtsträgerbegriff zu widmen. Weil Vertragsärzte weder statusrechtliche Beamte sind noch in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, bleibt insofern einzig und allein § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Von daher ist zu klären, ob ein Kassenarzt „sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“, wobei es in den folgenden kursorischen Überlegungen primär um neue Denkanstöße gehen soll.

aa) Gesetzliche Krankenkassen als „sonstige Stellen“

Der 3. Strafsenat klassifiziert gesetzliche Krankenkassen als sonstige Stellen im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, weil sie gemäß § 4 Abs. 1 SGB V als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind. Dabei schreibt er dieser Organisationsform im strafrechtlichen Kontext zwar nicht eine allein ausschlaggebende Aussagekraft zu,

wohl aber eine erhebliche indizielle Bedeutung.¹¹⁹ Dieser Zusatz wird den Großen Senat für Strafsachen zwingen, sich etwas mehr der Frage zu widmen. Anderenorts – und durchaus in einem inhaltlich vergleichbaren Sinne (Bayerisches Rotes Kreuz)¹²⁰ – hat man es nicht genügen lassen, dass man unmittelbar für eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in herausgehobener Stellung tätig war. Wenngleich man dies im vorliegenden Zusammenhang anders sehen kann, sollte der Große Strafsenat dazu ein paar Ausführungen (mehr) tätigen.

bb) Vertragsärztliche Versorgung als „Aufgabe der öffentlichen Verwaltung“

Mehr noch gilt dies für die Frage, ob gesetzliche Krankenkassen und Leistungserbringer „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnehmen. Dagegen könnten die Ausführungen zu § 839 BGB sprechen. Dass der strafrechtliche Begriff in Rechtsprechung und Schrifttum unisono weit verstanden wird,¹²¹ genügt dabei als (Gegen-)Argument nicht. Hierzu kann auf die entsprechende Kritik zum weiten Verständnis des Beauftragten-Begriffs verwiesen werden.¹²² Zudem betont (noch) BGHSt 43, 96 (105), dass die Rechtsprechung nicht, um (vermeintliche) kriminalpolitische Lücken zu schließen, zur weiten Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB berechtigt ist. Von daher tat der 3. Strafsenat gut daran, das Argument gänzlich unerwähnt zu lassen. Vielmehr hat er insofern die Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung, „die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern“, gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 SGB V bemüht. Schlagwortartig hat dies der 3. Strafsenat mit Gesundheitsfürsorge umschrieben.¹²³ Damit hat es im Vorlagebeschluss sein Bewenden, aber nicht haben dürfen. Denn schließlich sieht es der 1. Strafsenat in BGHSt 46, 310 (313) etwas differenzierter. Danach stellt zwar die Gesundheitsfürsorge eine öffentliche Aufgabe dar. Dies bedeutet aber nicht, dass jeder Rechtsakt, der diesem Zweck im Ergebnis dient, als Teil einer vom Staat zu leistenden Da-

¹¹⁹ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 23.

¹²⁰ BGHSt 46, 310 (314). Es sei jedenfalls bemerkt, dass das Reichsgericht Krankenkassen „in ständiger Rechtsprechung“ nicht als Behörden angesehen hat, RG JW 1935, 1861 m.w.N. Der strafrechtliche Beamtenbegriff hat aber seither eine Wandlung erfahren, vgl. zur Entstehungsgeschichte des Amtsträgerbegriffs ausführlich Heinrich, Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 61 ff., 91 ff. Dass das Reichsgericht Krankenkassen zugleich unter § 12 UWG a.F. als Vorläufer des § 299 StGB subsumiert hat (RG JW 1935, 1861), ändert übrigens nichts am zu § 299 StGB gefundenen Ergebnis. Denn schließlich sprechen dafür wettbewerbsrechtliche Hintergründe, die sich seither geändert haben, vgl. unter V. 5. b).

¹²¹ Vgl. dazu bloß die Nachw. bei Hilgendorf, in: Laufhütte/Lissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 11 Rn. 42 m.w.N. sowie umfassend Heinrich (Fn. 120), S. 391 ff.

¹²² S. unter V. 2.

¹²³ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 24. Vgl. im selben Sinne zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB bereits OLG Hamburg StV 2001, 277 (278).

¹¹⁶ Vgl. dazu bloß Papier, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 130 ff. m.w.N.

¹¹⁷ Expressis verbis in diesem Sinne etwa Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 54. Lfg., Stand: Januar 2009, Art. 34 Rn. 140; ders. (Fn. 116), § 839 Rn. 165.

¹¹⁸ BGHZ 120, 376.

seinsvorsorge bewertet werden müsste. Selbst wenn es dem Staat obliegt, eine effektive Gesundheitsfürsorge zu gewährleisten, wird nicht jedes zivilrechtliche Geschäft, das in diesem Zusammenhang geschlossen wird, als eine dem staatliche Bereich zugeordnete Tätigkeit zu behandeln sein. Mit dieser – freilich eher beiläufig geäußerten – Sichtweise wird sich der *Große Senat* für Strafsachen auseinanderzusetzen haben. Überhaupt wird er sich – angesichts der Untreue-Entscheidung des BVerfG¹²⁴ – zum Zwecke einer fallgruppenspezifischen Obersatzbildung der Kasuistik des Amtsträger-Begriffs anzunehmen oder aber die vorliegenden *Strafsenate* entsprechend anzuweisen haben.

Einem weiteren Punkt sollte er Aufmerksamkeit schenken. Es dürfte nicht von der Hand zu weisen sein, schon weil der *Große Strafsenat* angerufen wurde, dass es sich um eine Grenzfrage handelt, ob Vertragsärzte unter den strafrechtlichen Amtsträgerbegriff fallen. Insofern sollte Folgendes bedacht werden: Ein vielleicht vergleichbarer Grenzfall lag der Entscheidung BGHSt 46, 310 zugrunde. Darin wurde vom *1. Strafsenat* der Geschäftsführer eines als GmbH organisierten Blutspendedienstes, deren einziger Gesellschafter das Bayerische Rote Kreuz (BRK) als Körperschaft des öffentlichen Rechts war, nicht als Amtsträger qualifiziert. Selbst der Umstand, dass das BRK der staatlichen Aufsicht unterliegt, änderte daran nichts. Denn schließlich handelt es sich bloß um eine Rechts- und nicht um eine Fachaufsicht. Die Rechtsaufsicht kann aber gerade „nicht als Lenkung durch den Staat oder seine Behörden verstanden werden, was wiederum nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB Voraussetzung für die Gleichstellung mit staatlicher Tätigkeit wäre“.¹²⁵ Die Aufsicht über (Vertrags-)Ärzte obliegt aber gerade nicht den gesetzlichen Krankenkassen. Vielmehr unterliegen Ärzte dem Berufs- und Standesrecht und damit der Aufsicht durch die Landesärztekammern. Soweit es wiederum die vertragsärztliche Versorgung betrifft, obliegen Aufsichtsbefugnisse den Kassenärztlichen Vereinigungen, §§ 75 Abs. 1 Satz 2, 136 Abs. 2 S. 1 SGB V. Gerade weil es sich um einen Grenzfall handelt, könnten solche Aspekte zum „Zünglein an der Waage“ werden.

Vielleicht sollte Folgendes ebenfalls nicht völlig außer Betracht bleiben. Während BGHSt 43, 96 noch gewisse Skrupel hatte, § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB allzu weit zu verstehen, hat der *3. Strafsenat* scheinbar weniger Probleme damit. Selbst wenn dies im Ergebnis nicht unzutreffend sein muss, sollte bei einer Aufweichung und Lockerung des Amtsträger-Begriffs bedacht werden, dass sie nicht ohne Konsequenzen für die Versuchsstrafbarkeit ist. Wenn sich etwa jemand vor dem Hintergrund einer mehr oder minder konturenlosen Rechtsprechung zum Amtsträger-Begriff zu Unrecht für einen solchen hält, entfällt zwar die Vollendungs-, nicht aber zwangsläufig eine entsprechende Versuchsstrafbarkeit. Selbst wenn man in solchen Fällen noch an ein Wahndelikt denken könnte, ist darauf aufmerksam zu machen, dass nicht ganz klar ist, ob es sich dabei nicht eben-

so um einen untauglichen Versuch handeln könnte.¹²⁶ Solche Konsequenzen sollten von der höchstrichterlichen Rechtsprechung – jedenfalls bei einer Plenarentscheidung – durchaus bedacht werden.

Eventuell ist sogar der Gesetzgeber aufgerufen, entsprechende (Abgrenzungs-)Fragen zu lösen. Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass sich vergleichbare Differenzierungsprobleme beim „für den öffentlich Dienst besonders Verpflichteten“ nicht stellen. Vielleicht muss darauf schon *de lege lata* bei der Auslegung des Amtsträger-Begriffs geachtet werden. Denn schließlich sind beide Personenkreise taugliche Täter gemäß §§ 331 ff. StGB. Die Formalisierung nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB hält man dabei wegen der strafrechtlichen Folgen der Verpflichtung aus rechtsstaatlichen Gründen für geboten.¹²⁷ Vielleicht ist eine solche Klarheit beim Amtsträger-Begriff ebenfalls geboten und im Wege verfassungskonformer Auslegung – oder infolge des Strafgerichten seit dem BVerfG-Beschluss zur Untreue obliegenden Präzisionsgebots¹²⁸ – herzustellen. Wenn man *de lege lata* nicht derart weit gehen will, erscheint es jedenfalls *de lege ferenda* aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, den Amtsträger-Begriff in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB aufzuheben und in § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB aufgehen zu lassen. Dadurch würde man übrigens die geschilderte Irrtums- und Versuchsproblematik auflösen, nicht aber Strafbarkeitslücken entstehen lassen, jedenfalls nicht zwangsläufig. Der *Große Strafsenat* hat es durch eine restriktive Handhabung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB in der Hand, den Strafgesetzgeber insofern auf den Plan zu rufen.

VI. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass wohl kaum bestritten werden kann, dass – im Duktus des § 261 StPO – nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete, sondern vielmehr durchaus vernünftige Zweifel verbleiben, wenn man Vertragsärzte unter §§ 299, 331 ff. StGB subsumiert. Gleichwohl gilt nicht „in dubio pro reo“, vielleicht aber „in dubio pro libertate“. In jedem Fall sollte der *Große Senat für Strafsachen* den Blick stärker auf die BVerfG-Rechtsprechung ausrichten. Dies kommt in der Diskussion um Pharma-Marketing und Korruption bislang zu kurz.

Im Übrigen sollten Befürworter einer weitgehenden Straflöslichkeit von Kassenärzten wegen Korruption nicht allzu früh frohlocken, wenn der *Große Strafsenat* dies ebenso sieht. Einmal abgesehen davon, dass der Strafgesetzgeber aktiv werden kann,¹²⁹ wäre es jedenfalls verfehlt, den Beteiligten trotz – unterstellter – Straflöslichkeit *de lege lata* anzuraten, mit der geübten Praxis fortzufahren. Denn Pharma-Marketing ist,

¹²⁴ Vgl. hierzu bereits die parallelen Überlegungen zum Beauftragten-Begriff unter V. 3.

¹²⁵ BGHSt 46, 310 (315).

¹²⁶ Vgl. zum Streit über die Untauglichkeit des Subjekts bloß die Nachw. bei *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23), § 22 Rn. 75.

¹²⁷ S. dazu bloß *Hilgendorf* (Fn. 121), § 11 Rn. 71 m.w.N.

¹²⁸ Vgl. zum Verhältnis beider Argumentationsfiguren zueinander bei und in Fn. 48.

¹²⁹ Ein entsprechender Antrag liegt mit BT-Drs. 17/3685 vor, vgl. dazu *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (27).

wie aufgezeigt,¹³⁰ im Einzelfall standeswidrig. Hierin liegt übrigens zugleich eine Krux von Compliance im Gesundheitswesen. Es ist keinesfalls damit getan, Ärzte und sonstige Leistungserbringer vor Strafbarkeit zu bewahren. Nicht minder sind sie anzuhalten, das Berufs- und Standesrecht einzuhalten. Dies aber sind Konsequenzen, die eingehender erst nach dem Plenarbeschluss zu diskutieren sind.¹³¹ Einstweilen bleibt – mit den vorliegenden *Senaten* – zu hoffen, dass es „im Bereich des Pharmamarketings zu einer einheitlichen, sich an entsprechenden Vorgaben des *Großen Senats für Strafsachen* orientierenden Handhabung der Praxis“ kommt.¹³² Anderenfalls ist es mit *Michalke* zu halten:¹³³ „Mit (noch) einer lediglich einzelfallbezogenen Entscheidung über die Voraussetzungen von Korruption wäre niemandem gedient.“

¹³⁰ Vgl. unter IV.

¹³¹ S. aber bereits *Dieters*, PharmR 2010, 232 (233); *Warntjen/Schelling*, PharmR 2010, 509 (513) sowie *Krais*, PharmR 2010, 513 (516) – jeweils mit Hinweis auf zu beachtende Verbandskodizes und entsprechende Selbstverpflichtungen. Vgl. näher zu aktuellen „Entwicklungen und Tendenzen im Bereich Health Care Compliance“ den gleichnamigen Beitrag von *Passarge*, PharmR 2011, 80 (unter Einschluss der Vertragsarzt-Problematik).

¹³² BGH, Beschl. v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rn. 22 a.E. und BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 52 a.E.

¹³³ *Michalke*, StV 2011, 492 (496).

Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

Von Prof. Dr. Axel Dessecker, M.A., Wiesbaden/Göttingen

Am 4.5.2011 hat der 2. Senat des BVerfG aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2011 sein Urteil in Sachen „Sicherungsverwahrung“ verkündet. Nachdem der Senat die Vereinbarkeit der rückwirkenden Entfristung der ersten Sicherungsverwahrung durch § 67d Abs. 2 und 3 StGB i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998¹ mit dem Urteil vom 5.2.2004² für mit dem GG vereinbar erklärt und mit dem Urteil vom 10.2.2004³ eine nachträgliche Sicherungsverwahrung aufgrund landesrechtlicher Unterbringungsgesetze allein wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Länder für mit dem GG unvereinbar erklärt, aufgrund eines Bundesgesetzes aber zugelassen hatte, hat der EGMR bekanntlich in beiden Fällen Verstöße gegen die MRK angenommen.⁴

Nun hatte das BVerfG zum einen erneut die Verfassungskonformität des Vollzugs der ersten Sicherungsverwahrung über die frühere Höchstgrenze von 10 Jahren hinaus zu prüfen, weiterhin aber auch jene verschiedener Varianten der nachträglichen Sicherungsverwahrung gem. § 66b StGB und § 7 Abs. 2 JGG. Der Senat hat diese Fälle zum Anlass genommen, das bisherige System der Sicherungsverwahrung insgesamt für verfassungswidrig zu erklären.

I. Frühere Rechtsprechung

1. Entscheidungen aus der Zeit bis 1995

Das BVerfG hat sich seit 1953 mehrfach mit Fragen der Sicherungsverwahrung beschäftigt. Die Vereinbarkeit der Sanktion als solcher mit dem Grundgesetz wurde jedoch erst in einem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahr 1995 erörtert.⁵ Die 2. Kammer des 2. Senats betonte, § 66 StGB erfülle die Anforderungen einer materiell-rechtlichen Grundlage für Freiheitsbeschränkungen (Art. 104 Abs. 1 GG) ebenso wie die des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG) und des Verbots doppelter Bestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG). Das zweispurige Sanktionensystem des StGB sei insgesamt verfassungsgemäß. Wegen der Vorkehrungen des Vollstreckungsrechts, insbesondere der obligatorischen Erforderlichkeitsprüfung zum Ende der Strafverbüßung (§ 67c Abs. 1 StGB), der damals noch geltenden Höchstfrist von zehn Jahren bei der ersten Anordnung einer Sicherungsverwahrung und der regelmäßigen Überprüfung der Fortdauer (§ 67e StGB), sei wie

bei lebenslangen Freiheitsstrafen eine realisierbare Chance gegeben, zu einem späteren Zeitpunkt in die Freiheit entlassen zu werden.⁶

Darüber hinaus betrafen mehrere Entscheidungen des BVerfG Vollstreckung und Vollzug der Sicherungsverwahrung. Nach einem frühen Beschluss aus dem Jahr 1953 verstieß ein Vollzug der Sicherungsverwahrung, der weitgehend mit demjenigen der damaligen Zuchthausstrafe übereinstimmte, nicht gegen das Grundgesetz.⁷ Eine Entscheidung aus dem Jahr 1976 betraf die für die Gerichts- und Vollzugspraxis wichtige Frage, ob die Sicherungsverwahrung nach Verbüßung der Strafe auch dann vollzogen werden darf, wenn ein Beschluss der Strafvollstreckungskammer nach § 67c Abs. 1 StGB bei Strafende noch aussteht. Die Mehrheit des 2. Senats entschied, Verzögerungen im Verfahren der Strafvollstreckungskammer seien aus verfassungsrechtlicher Sicht hinzunehmen.⁸ Uneinheitliche Kammerbeschlüsse über die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verfahren nach § 67c StGB⁹ sind wegen der mittlerweile eingeführten Begutachtungspflicht (§§ 463 Abs. 3 S. 3, 454 Abs. 2 StPO) überholt.

Schließlich wurde eine Korrektur der gesetzlichen Regelung, die eine Überweisung aus dem psychiatrischen Maßregelvollzug in den Vollzug der Sicherungsverwahrung verbietet (§ 67a Abs. 1 und 2 StGB), in einem ausführlich begründeten Nichtannahmebeschluss verworfen.¹⁰

2. Die Entscheidungen aus dem Jahr 2004

Das erste im Jahr 2004 abgeschlossene Verfahren ging auf eine Verfassungsbeschwerde jenes hessischen Sicherungsverwahrten zurück, der mit seinem Begehren, keine rückwirkende Verlängerung der Vollzugsdauer über die Grenze von zehn Jahren hinaus zuzulassen, erst sechs Jahre später vor dem EGMR Erfolg hatte. Das BVerfG folgte aus der Garantie der Menschenwürde, dass wie bei langfristigen Freiheitsstrafen auch im Vollzug der Sicherungsverwahrung auf Resozialisierung hinzuwirken ist. Diesem Maßstab genügten die Vollzugsvorschriften der §§ 129 ff. StVollzG ebenso wie die Vollzugspraxis, in der Sicherungsverwahrten „im Rahmen des Möglichen [...] gegenüber dem regulären Strafvoll-

* Zugleich Besprechung von BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. (= NJW 2011, 1931). Der Beitrag wurde im Juli 2011 fertiggestellt; später erschienene Aufsätze konnten nur punktuell in den Fußnoten berücksichtigt werden.

¹ BGBI I 1998, S. 160.

² BVerfGE 109, 133.

³ BVerfGE 109, 190.

⁴ EGMR EuGRZ 2010, 25 (M. v. Deutschland); EGMR, Kammerurt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland). Zur Bedeutung dieser Rechtsprechung zusammenfassend Renzikowski, ZIS 2011, 531.

⁵ BVerfG NSTZ-RR 1996, 122.

⁶ Damit wurde zugleich angeknüpft an die Leitentscheidungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe (BVerfGE 45, 187 [228 f. und 245]), zur kriminalrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB (BVerfGE 70, 297 [307 ff.]) und zur Suchtbehandlung nach § 64 StGB (BVerfGE 91, 1 [28 ff.]).

⁷ BVerfGE 2, 118 (119 f.).

⁸ BVerfGE 42, 1 (9 f.) mit abweichender Meinung des Richters Hirsch (11 ff.).

⁹ BVerfG, Beschl. v. 15.3.1993 – 2 BvR 2062/92 (juris); BVerfG NJW 1994, 510.

¹⁰ BVerfG NJW 1995, 772.

zug größere Freiheiten gewährt“ würden.¹¹ Die Wahrung des gebotenen Abstands zwischen dem Vollzug der Freiheitsstrafe und dem der Sicherungsverwahrung blieb allerdings letztlich von den „Belangen der Justizvollzugsanstalten“ abhängig.¹²

Auch die abgestufte Regelung zur Bestimmung der tatsächlichen Vollzugsdauer, nach der in der Praxis ein Entlassungszeitpunkt während des größten Teils der Vollzugsdauer nicht konkret vorherzusehen ist, wurde aus dieser Sicht nicht beanstandet. Doch wurde auf die besondere Bedeutung vollzugsöffnender Maßnahmen für die Entlassungsvorbereitung und die Begründung von Gefährlichkeitsprognosen hingewiesen – einschließlich der Pflicht der Vollstreckungsgerichte, auf solche Maßnahmen hinzuwirken, wenn keine konkreten Anhaltspunkte erkennbar sind, die Vollzugslockerungen ausschließen.¹³

Der Wegfall der Höchstfrist für eine erstmalig angeordnete Sicherungsverwahrung und dessen umfassende Anwendung auf alle noch nicht abgeschlossenen Vollstreckungsverfahren wurde schließlich weder als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG gewertet noch als Verletzung des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebots (Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Da die Sicherungsverwahrung als Maßregel der Besserung und Sicherung im Wesentlichen andere Ziele verfolge als eine Strafe, werde sie vom Geltungsanspruch des Rückwirkungsverbots als besonderer Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips gerade nicht erfasst.¹⁴ Im Hinblick auf das allgemeine Gebot des Vertrauensschutzes liege lediglich ein Fall der tatbestandlichen Rückanknüpfung vor, bei dem das Anliegen des Gesetzgebers nicht zurückstehen müsse. Dieser könne sich vielmehr auf eine staatliche Schutzpflicht zugunsten potentieller Opfer schwerer Straftaten berufen.¹⁵

Das zweite Urteil aus dem Jahr 2004 beschäftigte sich, was die tragenden Entscheidungsgründe betrifft, allein mit Fragen der Gesetzgebungskompetenz. Im Zusammenhang mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der als verfassungswidrig beurteilten Landesgesetze entwickelte das BVerfG zugleich erste verfassungsrechtliche Maßstäbe für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung.¹⁶ Die Erfahrung zeige, dass es eine kleine Gruppe besonders gefährlicher Straftäter gebe, für die eine solche Sanktion zu rechtfertigen sei. Von Verfassungen wegen sei zu fordern, dass einzelne Gesichtspunkte wie die Verweigerung von Resozialisierungs- und Therapiemaßnahmen in eine Gesamtwürdigung der Verurteilten, ihrer Taten, ihres Verhaltens und ihrer

Entwicklung im Strafvollzug eingebettet werden. Darüber hinaus wurde die Möglichkeit einer nachträglichen Verlegung in eine Einrichtung des psychiatrischen Maßregelvollzugs oder eine Suchtfachklinik gefordert.¹⁷

II. Das aktuelle Urteil vom 4.5.2011

1. Sachverhalt

Der *Senat* hat insgesamt fünf Verfassungsbeschwerden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden, wobei sich zwei Fälle auf die Problematik der unbefristeten Verlängerung einer ersten Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bezogen und sich drei weitere Verfahren zweier Beschwerdeführer gegen die nachträgliche Anordnung der Maßregel richteten.

Der 1955 geborene erste Beschwerdeführer (2 BvR 2365/09) wandte sich gegen Beschlüsse des OLG Nürnberg und des LG Regensburg – auswärtige StVK in Straubing –, die es abgelehnt hatten, die Maßregel nach Ablauf von zehn Jahren gem. § 67d Abs. 3 StGB für erledigt zu erklären. Er war 1995 vom LG Augsburg wegen Diebstahls in zwei Fällen unter Einbeziehung einer weiteren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren sowie wegen eines weiteren Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr vier Monaten verurteilt worden. Die zugleich angeordnete Sicherungsverwahrung wurde auf einen Hang gestützt, erhebliche Vermögensdelikte zu begehen, wobei es sich mehrfach um nächtliche Einbrüche in Wohnungen alleinstehender Frauen gehandelt hatte. Der Beschwerdeführer war bereits früher mehrfach wegen ähnlicher Delikte bestraft worden, zweimal auch wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung. Er befand sich seit 1994 ununterbrochen im Straf- und Maßregelvollzug, vorübergehend auch in einem psychiatrischen Krankenhaus. Die Unterbringung wurde durch Beschluss der Strafvollstreckungskammer gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB mit Wirkung vom 17.5.2011 für erledigt erklärt.

Der 1957 geborene zweite Beschwerdeführer (2 BvR 740/10) wandte sich gegen Beschlüsse des OLG Köln und des LG Aachen, die es abgelehnt hatten, die Maßregel nach Ablauf von zehn Jahren gem. § 67d Abs. 3 StGB für erledigt zu erklären oder deren weitere Vollstreckung gem. § 67d Abs. 2 StGB zur Bewährung auszusetzen. Er war 1991 vom LG Köln wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit schwerem Raub und sexueller Nötigung, wegen einer weiteren Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung sowie einer dritten sexuellen Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt worden. Die zugleich angeordnete Sicherungsverwahrung wurde darauf gestützt, dass der Beschwerdeführer mehrfach Frauen über Stunden in seine Gewalt brachte und dabei eine in seiner Persönlichkeit tief verankerte Lust an der Angst und Ohnmacht seiner Opfer empfand. Neben diversen weiteren Vorstrafen war er bereits 1984 wegen ähnlicher Delikte bestraft worden. Er befand sich seit 1990 ununterbrochen in Haft, daran anschließend in der Sicherungsverwahrung.

¹¹ BVerfGE 109, 133 (150 ff., 154 f.). Hierzu *Kinzig*, Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter, 2. Aufl. 2010, S. 40 ff.; *Mushoff*, KritV 2004, 137; *Passek*, GA 152 (2005), 96 (105 ff.).

¹² BVerfGE 109, 133 (167).

¹³ BVerfGE 109, 133 (162 ff.).

¹⁴ BVerfGE 109, 133 (167 ff., 173 ff.).

¹⁵ BVerfGE 109, 133 (182 ff., 186 f.).

¹⁶ BVerfGE 109, 190 (236 ff.). Zu dieser Entscheidung etwa *Baier*, Jura 2004, 552; *Kinzig* (Fn. 11), S. 46 ff.; *Passek*, GA 152 (2005), 96 (108 ff.).

¹⁷ BVerfGE 109, 190 (241 ff.).

Eine Verfassungsbeschwerde des 1978 geborenen dritten Beschwerdeführers (2 BvR 2333/08) richtete sich gegen Beschlüsse des OLG Nürnberg und des LG Regensburg – Jugendkammer –, mit denen die einstweilige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet wurde (§ 275a Abs. 5 StPO). Der zuvor strafrechtlich nicht in Erscheinung getretene Beschwerdeführer war 1999 wegen Mordes an einer Frau, die er auf einem Waldweg getroffen hatte, als Heranwachsender zu einer Jugendstrafe von zehn Jahren verurteilt worden. Der Unterbringungsbefehl wurde auf die Erwartung gestützt, gegen den Beschwerdeführer werde aufgrund des wenige Tage zuvor in Kraft getretenen § 7 Abs. 2 JGG die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet, was dann tatsächlich auch geschah. Der BGH hat die Revision gegen das Urteil des LG Regensburg verworfen.¹⁸ Gegen diese Urteile wandte sich der Beschwerdeführer mit einer weiteren Verfassungsbeschwerde (2 BvR 1152/10).

Der 1947 geborene vierte Beschwerdeführer (2 BvR 571/10) wandte sich gegen einen Beschluss des BGH, mit dem seine Revision gegen die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66b Abs. 2 StGB) durch das LG Baden-Baden verworfen wurde.¹⁹ Der Beschwerdeführer, der wegen mehrfacher schwerer Sexualdelikte gegen Mädchen und junge Frauen vorbestraft war, war 1990 wegen Mordes und versuchter Vergewaltigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt worden; zugleich war (erneut) die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) angeordnet worden. Die Schwurgerichtskammer war von einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB) ausgegangen, weil es dem Beschwerdeführer gelungen war, den psychiatrischen Sachverständigen über seine Biographie und insbesondere die Sexualanamnese zu täuschen. Die psychiatrische Unterbringung wurde von der Strafvollstreckungskammer bereits 1993 für erledigt erklärt. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung wurde darauf gestützt, dass eine Therapieunfähigkeit des Verurteilten sich erst im Verlauf des Maßregel- und Strafvollzugs herausgestellt habe. Er befand sich seit 1973 fast ununterbrochen im Justiz- oder im psychiatrischen Maßregelvollzug.

2. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung hatte sich der *Senat* neben der Frage der Rechtswegerschöpfung im Fall einer Verfassungsbeschwerde, die sich gegen einen Beschluss über die Aufrechterhaltung eines Unterbringungsbefehls (§ 275a Abs. 5 StPO) richtete, vor allem mit den Grenzen der Rechtskraft der *Senats*entscheidung BVerfGE 109, 133 zu befassen, die ausdrücklich die Verfassungsmäßigkeit des § 67d Abs. 3 StGB bestätigt hatte (Abs. 81 f.). Hier unternimmt der *Senat* einen ersten Schritt zur Bereinigung des Konflikts mit dem EGMR: er gesteht den Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs unter Rückgriff auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG grundsätzlich das Potential zu,

¹⁸ BGH, NJW 2010, 1539 m. Anm. von Eisenberg, JR 2010, 314; Kinzig, JZ 2010, 689; Kreuzer, NStZ 2010, 473.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 14.1.2010 – 1 StR 595/09 (juris).

die maßgebliche Sach- und Rechtslage erheblich zu verändern.

3. Freiheit der Person, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Gewährleistungen der MRK

Prüfungsmaßstab für die Begründetheitsprüfung bleibt allein das GG, konkret das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG und das Vertrauensschutzgebot des Art. 20 Abs. 3 GG. Doch ungeachtet des Hinweises auf den Rang der MRK in der Normenhierarchie des deutschen Rechts, wo sie traditionell auf der Stufe eines einfachen Bundesgesetzes verortet wird, betont der *Senat* die Bedeutung der MRK und der Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des GG (Abs. 88 ff.). Unter Berufung auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG, aber auch den „internationalen und europäischen Dialog der Gerichte“ (Abs. 89) wendet er sich gegen – auch in der bisherigen Rechtsprechung der Strafgerichte zu den Fernwirkungen der Straßburger Entscheidung im Fall M. v. Deutschland immer wieder aufscheinende²⁰ – Bedenken, der EGMR treffe letztlich nur Einzelfallentscheidungen. Im Gegenteil komme dessen Entscheidungen jedenfalls faktisch eine „Orientierungs- und Leitfunktion“ (Abs. 89) zu. Ersichtlich geht es dem *Senat* auch darum, künftige Verurteilungen der Bundesrepublik durch den EGMR zu vermeiden. Deswegen werden die innerstaatlichen Gerichte ein besonderes Augenmerk auf solche Entscheidungen des EGMR zu richten haben, in denen eine Konventionsverletzung durch Deutschland angenommen wird.

Die Grenzen der Leitfunktion des europäischen Menschenrechtsschutzes liegen zunächst dort, wo das Schutzniveau des Grundrechtskatalogs des GG höher liegt als dasjenige der MRK (Abs. 93 f.). Der in der bisherigen Diskussion über die Reichweite der Straßburger Kammerurteile häufiger problematisierte Gesichtspunkt der Mehrpoligkeit von Grundrechtsverhältnissen²¹ nimmt in den Entscheidungsgründen bemerkenswert wenig Raum ein. Der *Senat* wendet sich jedoch gegen „eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe“ und plädiert stattdessen für eine schonende Rezeption durch das „dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem“ (Abs. 94). Das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit wird lediglich als Interesse angesprochen, das in den Abwägungsentscheidungen der Strafgerichte im Einzelfall berücksichtigt werden muss (Abs. 98). Damit schließt sich der *Senat* unausgesprochen der nach seiner mündlichen Verhandlung ergangenen Kammerentscheidung des EGMR im Fall Jendrowiak an, mit der eine rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung aufgrund einer staatlichen Pflicht zum Schutz vor Straftaten abgelehnt wird.²²

²⁰ OLG Celle NStZ-RR 2010, 322; OLG Nürnberg OLGSt StGB § 2 Nr. 6; OLG Stuttgart R&P 2010, 157 (159).

²¹ Siehe etwa OLG Nürnberg OLGSt StGB § 2 Nr. 6; Hörnle, NStZ 2011, 488 (489).

²² EGMR, Kammerurt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 36 ff. Zur Reichweite staatlicher Schutzpflichten Renzikowski, ZIS 2011, 531 (538 f.).

Die Maßstäbe, die daraus für die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung entwickelt werden, lesen sich zunächst wenig spektakulär, weil der *Senat* ausdrücklich an seiner bisherigen Rechtsprechung zu den unbefristeten freiheitsentziehenden Maßregeln festhält.²³ Zunächst werden sie ausdrücklich auf das Jugendstrafrecht erstreckt, wozu vor der Einführung von § 7 Abs. 2 JGG kein Anlass bestanden hatte (Abs. 99). Vor allem wird das bisher wenig elaborierte Abstandsgebot für das Verhältnis der Sicherungsverwahrung als freiheitsentziehender Maßregel zur Freiheitsstrafe ausdifferenziert (Abs. 101 ff.). Ausgangspunkt ist die Interpretation des EGMR, dass die Sicherungsverwahrung aus der Sicht des Gesetzlichkeitsprinzips nach Art. 7 Abs. 1 MRK eine Strafe darstellt.²⁴ Das BVerfG hält auch für das Verfassungsrecht an der traditionellen Unterscheidung von Strafen und Maßregeln in einem zweispurigen System des Kriminalrechts fest. Danach besteht der Zweck einer Maßregel bekanntlich „allein in der zukünftigen Sicherung der Gesellschaft“, der einer Strafe in repressiver Übelzufügung als Vergeltung vorwerfbarer Unrechts.²⁵

Die Folgerungen für die Sicherungsverwahrung konzentrieren sich auf ihren Vollzug und seine Dauer. Zum einen muss der Aufenthalt im Maßregelvollzug beendet werden, sobald „die Schutzinteressen der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Untergebrachten nicht länger überwiegen“ (Abs. 107). Zum anderen darf das Leben im Vollzug nur solchen Restriktionen unterworfen werden, die „zur Reduzierung der Gefährlichkeit erforderlich“ sind. Trotz des Abstandsgebots zwischen Straf- und Maßregelvollzug gilt das verfassungsrechtlich abgesicherte Resozialisierungsgebot, das bisweilen auch als Vollzugsziel der sozialen Integration bezeichnet wird,²⁶ für beide Sanktionsformen. Bei einer unbefristeten freiheitsentziehenden Maßregel verdichtet es sich zu der staatlichen Verpflichtung, Gefährlichkeit möglichst zu reduzieren und eine realistische „Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit“ zu schaffen (Abs. 108).

Daraus wird die Forderung nach einem gesetzgeberischen Gesamtkonzept für die Sicherungsverwahrung entwickelt, das so detailliert sein muss, dass Vollzugsverwaltung und Strafgerichten keine für die Verwirklichung des Freiheitsrechts der Untergebrachten maßgeblichen Fragen überlassen bleiben, sondern der Gesetzgeber selbst „deren Handeln in

allen wesentlichen Bereichen wirksam determiniert“²⁷ (Abs. 110). Der *Senat* formuliert dafür sieben Prinzipien:

Nach dem ultima-ratio-Prinzip (Abs. 112) darf die Sicherungsverwahrung nur dann angeordnet werden, wenn sie zum Schutz des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit erforderlich ist. Das ist – trotz vielfacher Kritik an der konkreten Ausgestaltung der Maßregel – schon bisher allgemein anerkannt.²⁸

Nach dem Individualisierungs- und Intensivierungsgebot (Abs. 113) ist auf der Grundlage einer umfassenden Behandlungsuntersuchung ein ständig fortzuentwickelnder Vollzugsplan aufzustellen, der vor allem bei Verurteilten, die sich nach längerem Vollzugaufenthalt für das Standardangebot einer Einrichtung unzugänglich zeigen, auf ihre individuellen Bedürfnisse zugeschnitten werden muss. Darin ist eine Konkretisierung des Resozialisierungsgebots zu sehen.

Das Motivierungsgebot (Abs. 114) bedeutet, dass die Vollzugseinrichtung sich nicht damit begnügen darf, einem Verurteilten Behandlungsangebote zu unterbreiten, solange er diese nicht annimmt. Damit betont der *Senat* die aktive Rolle von Therapie im Vollzug und wendet sich deutlich gegen die Annahme, die Klientel der Sicherungsverwahrung sei „untherapierbar“.

Mit dem Trennungsgebot (Abs. 115) bewegt sich der *Senat* im Rahmen etablierter Grundsätze des Strafvollzugsrechts.²⁹ Allerdings wird es nun verfassungsrechtlich abgesichert.

Das Minimierungsgebot (Abs. 116) betont den Nutzen vollzugsöffnender Maßnahmen, insbesondere der Vollzugslockerungen, gerade zur Minimierung des Eingriffs in das Grundrecht der Freiheit der Person. Der *Senat* schließt hier an die Verfassungsrechtsprechung zur Pflicht einer frühzeitigen und angemessenen Entlassungsvorbereitung und Nachsorge an.³⁰ Er warnt in diesem Zusammenhang ausdrücklich vor der „Gefahr übervorsichtiger oder voreingenommener Beurteilungen“.

Das Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot (Abs. 117) unterstreicht die Bedeutung effektiven Rechtsschutzes während des Vollzugs der Sicherungsverwahrung.

Das Kontrollgebot (Abs. 118) nimmt die Strafvollstreckungsgerichte in die Pflicht, die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung mindestens jährlich und bei fortschreitender Vollzugsdauer häufiger und intensiver zu über-

²³ BVerfGE 70, 297 (311); BVerfGE 109, 133 (157 ff.).

²⁴ EGMR EuGRZ 2010, 25 (39 f.).

²⁵ Zur Abgrenzung von Strafen und Maßregeln etwa *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor § 38 Rn. 68 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, S. 96 ff.; zur begrenzten Tragweite der Unterscheidung etwa *Schüler-Springorum*, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1021.

²⁶ BVerfGE 64, 261 (276); 98, 169 (200); 116, 69 (85).

²⁷ Die Entscheidung bezieht sich auf BVerfGE 83, 130 (142) zum Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften („Josefine Mutzenbacher“).

²⁸ *Böllinger/Pollähne*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 66 Rn. 30; *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, Eine Untersuchung zum Maßregelrecht, 2004, S. 205; *Kaiser*, in: Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl. 2002, S. 426; *Rissing-van Saan/Peglau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 66 Rn. 3, jew. m.w.N.

²⁹ Siehe z.B. *Böhm*, Strafvollzug, 3. Aufl. 2002, S. 70 ff.; *Laubenthal*, Strafvollzug, 6. Aufl. 2011, S. 34.

³⁰ BVerfGE 109, 133 (166); 117, 71 (108).

prüfen. Auch hier schließt der *Senat* an seine bisherige Rechtsprechung an.³¹

4. Die Verfassungswidrigkeit der vorhandenen Regelungen über die Sicherungsverwahrung

Der *Senat* bemängelt, dass der Gesetzgeber trotz zahlreicher Ausweitungen der Sicherungsverwahrung seit 1998³² kein „freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept“ (Abs. 120) vorgelegt habe, das dem Abstandsgebot und diesen Grundsätzen entspreche. Lediglich in der Vorschrift des § 2 ThUG, welche die Anforderungen an für die Therapieunterbringung geeignete geschlossene Einrichtungen beschreibt, erblickt der *Senat* einen ersten Ansatz.

Die bisherigen Sondervorschriften der Strafvollzugsgesetze des Bundes und der Länder enthielten über den Vollzug der Sicherungsverwahrung nur „rudimentäre Regelungen“, die das für den Vollzug der Freiheitsstrafe geltende Recht unwesentlich modifizierten und der Verwaltung in Kernbereichen zu weite Beurteilungs- und Ermessensspielräume überließen (Abs. 121). Damit werden normative Defizite angesprochen, auf die in der Literatur zum Strafvollzugsrecht schon seit langem hingewiesen wurde.³³ Über diese gängige Kritik geht der *Senat* aber noch hinaus. Er erklärt nicht nur die Zwei-Jahres-Frist für die Regelüberprüfungen der Fortdauer (§ 67e Abs. 2 StGB) für zu lang, sondern fordert ausdrücklich Regelungen zur Vermeidung der Sicherungsverwahrung während des vorgeschalteten Vollzugs der Freiheitsstrafe. Das vorliegende *Senatsurteil* reiht sich in die Serie der grundlegenden Entscheidungen des BVerfG ein, die sich wesentlich auf empirische Erkenntnisse zur Rechtspraxis stützen (Abs. 122 ff.).

Misverständlich erscheint allenfalls die Kritik am Fehlen eines Trennungsgebots auf der Ebene des einfachen Rechts (§§ 123, 140 Abs. 1 StVollzG, für das Landesrecht etwa § 70 Abs. 3 und 4 HStVollzG). Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang weniger eine gesetzgeberische Abstinenz als die Abhängigkeit der Vollzugsverwaltung von den baulichen und finanziellen Rahmenbedingungen, denen auch durch die neuere Gesetzgebung der Länder Vorrang eingeräumt wird (z.B. § 70 Abs. 5 HStVollzG).

Schließlich versucht der *Senat* die mit der Föderalismusreform eingetretene Kluft zwischen den Gesetzgebungskompetenzen für das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und den Strafvollzug (Art. 70 Abs. 1 GG) zu überbrücken. Der Gesetzgeber, der eine so einschneidende freiheitsentziehende Sanktion wie die Sicherungsverwahrung vorsieht, muss auch die Leitlinien ihres Vollzugs regeln. Daraus folgt ein besonderes Kooperationsgebot für Bund und Länder, die ihre Ge-

setzung im Sanktionenrecht aufeinander abstimmen müssen (Abs. 129 f.).

Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit, das der *Senat* mit einem Stimmenverhältnis von 7:1 fällt, ergreift das geltende Sanktionenrecht der Sicherungsverwahrung fast flächendeckend. Ausgespart bleiben die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften der Überweisung von Verurteilten mit Sicherungsverwahrung in den psychiatrischen Maßregelvollzug und Suchtkliniken (§ 67a Abs. 2 StGB), die besondere gerichtliche Überprüfungspflicht vor dem Beginn des Vollzugs der Sicherungsverwahrung (§ 67c StGB), das Eintreten der Führungsaufsicht mit einer Aussetzung oder Erledigung der Sicherungsverwahrung (§ 67d Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 StGB), die Regelungen über den Widerruf der Aussetzung (§ 67g StGB) sowie die Übergangsvorschrift über die Erledigung von Unterbringungen, deren Anordnung nach dem an sich seit Januar 2011 geltenden Recht nicht mehr zulässig gewesen wäre (Art. 316e Abs. 3 EGStGB). Die gesetzliche Überprüfungsfrist von zwei Jahren während der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung (§ 67e Abs. 2 Alt. 3 StGB) wird zwar in den Entscheidungsgründen als verfassungswidrig charakterisiert (Abs. 121), nicht aber im Urteilstenor aufgeführt.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die nachträgliche Entfristung der Sicherungsverwahrung für Verurteilte, deren Anlasstaten vor dem 31.1.1998 begangen wurden, und die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, auf die sich alle verfahrensgegenständlichen Verfassungsbeschwerden konzentrierten. Die mittelbar angegriffenen Vorschriften der §§ 67d Abs. 3 S. 1, 66b Abs. 2 StGB und § 7 Abs. 2 JGG hat der *Senat* einstimmig für verfassungswidrig erklärt. Dabei stützt er sich nicht wie der EGMR auf das Rückwirkungsverbot als Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips, sondern auf das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das verfassungsrechtliche Vertrauensschutzgebot (Art. 20 Abs. 3 GG). Unter dem Einfluss der jüngsten einschlägigen Entscheidungen des EGMR wird das Gewicht der vom Vertrauensschutz erfassten Belange wesentlich höher eingestuft als noch 2004. Der *Senat* stellt darauf ab, dass die Anordnung oder Verlängerung einer unbefristeten Freiheitsentziehung möglicherweise den schwersten denkbaren Eingriff in das geschützte Grundrecht darstellt und das Abstandsgebot weder durch die gesetzlichen Vorschriften noch durch die Praxis der Sicherungsverwahrung erfüllt wird. Er lässt nun sogar offen, ob es sich um einen Fall der echten Rückwirkung im Sinne der Rückbewirkung von Rechtsfolgen oder der unechten Rückwirkung als tatbestandlicher Rückanknüpfung handelt (Abs. 131 ff.).

Im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR geht der *Senat* davon aus, dass eine rückwirkende Anordnung oder Verlängerung der Sicherungsverwahrung mit dem GG nur unter drei Voraussetzungen vereinbar ist, die kumulativ erfüllt sein müssen:

Das Abstandsgebot der Maßregel zur Freiheitsstrafe muss gewahrt sein.

Es muss eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten vorliegen, die sich aus konkreten Um-

³¹ BVerfGE 109, 133 (162).

³² Siehe als Überblick *Bartsch*, Sicherungsverwahrung, Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010, S. 36 ff.; *Elz*, Gefährliche Sexualstraftäter, Karriereverläufe und strafrechtliche Reaktionen, 2011, S. 19 ff.; *Kinzig* (Fn. 11), S. 9 ff.

³³ *Bartsch* (Fn. 32), S. 119 ff.; *Calliess/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 129 Rn. 1 ff.; *Feest/Köhne*, in: Feest (Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl. 2006, Vor § 129 Rn. 7, § 130 Rn. 1 ff.

ständen in Person oder Verhalten ergibt. Insoweit schließt das BVerfG an Kriterien an, die der 5. Strafsenat des BGH entwickelt hat.³⁴

Schließlich muss eine andauernde psychische Störung zuverlässig nachgewiesen werden, die gerade eine solche weitere zwangsweise Unterbringung erfordert (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e MRK).

Eine verfassungskonforme Auslegung der angegriffenen Vorschriften lehnt der Senat ab, weil diese ohne umfangreiche weitere gesetzliche Regelungen den zuständigen Gerichten nicht das normative Instrumentarium liefern könnten, eine die grundsätzliche Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Beibehaltung oder Abschaffung einer Sanktionsform respektierende Rechtsfolgenentscheidung im Einzelfall zu treffen (Abs. 162 f.). Auch die Vorschrift des § 2 Abs. 6 StGB gestatte keine Auslegung, mit der die MRK als völkerrechtlicher Vertrag einem deutschen Strafgesetz gleichgestellt werde.³⁵

III. Folgerungen

Es besteht eine Tradition des BVerfG, das normative Gerüst einer vom Gesetzgeber für erforderlich gehaltenen kriminalrechtlichen Sanktion aus der Sicht der Verfassung nur in seltenen Fällen in Frage zu stellen. Für die aktuelle Grundsatzentscheidung zur Sicherungsverwahrung finden sich nur wenige Vorbilder, vor allem die Urteile zur lebenslangen Freiheitsstrafe,³⁶ zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt³⁷ und zur Vermögensstrafe.³⁸ Schon heute lässt sich absehen, dass sie weitreichende Folgen haben wird.

1. Beschwerdeführer und „Parallelfälle“

Die Rechtssachen aller Beschwerdeführer wurden an die Fachgerichte zurückverwiesen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG). Während der Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 2365/09 mit seiner Freilassung noch im Mai 2011 rechnen konnte, hängt die Situation der anderen drei Verurteilten von den weiteren Entscheidungen der Strafgerichte ab.

Da der Senat zur Vermeidung der sofortigen Freilassung aller gegenwärtig inhaftierten Sicherungsverwahrten³⁹ die von der Verfassungswidrigkeit betroffenen Vorschriften des Sanktionenrechts nicht für nichtig erklärt, sondern deren Weitergeltung längstens bis zum 31.5.2013 angeordnet hat,

³⁴ BGH NJW 2011, 240 (243 f.).

³⁵ Diese Frage ist in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur umstritten. Wie der Senat etwa BGH NStZ 2010, 565 (566); BGH NJW 2011, 240 (243). Zur Gegenauffassung BGH NStZ 2010, 567 (568); Gaede, HRRS 2010, 329 (332 ff.); Grabenwarter, JZ 2010, 857 (865 ff.).

³⁶ BVerfGE 45, 187.

³⁷ BVerfGE 91, 1; hierzu etwa Dessecker (Fn. 28), S. 203 ff.

³⁸ BVerfGE 105, 135. Zu dieser Entscheidung Park, StV 2002, 395.

³⁹ Am 31.3.2011 waren nach der Bestandsstatistik 487 Personen im Vollzug der Sicherungsverwahrung. Siehe Statistisches Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten, 2011, S. 7.

gilt eine auf § 35 BVerfGG gestützte Übergangsregelung. Diese unterscheidet danach, ob sich die Verfassungswidrigkeit der konkreten Vorschrift allein aus der Unvereinbarkeit mit dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG ergibt oder darüber hinaus aus einem Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Während die Vollstreckungsanordnung für die meisten Vorschriften über die Sicherungsverwahrung allgemein auf die Entscheidungsgründe verweist, wird eine Anordnung oder Fortdauer in den Fallgruppen der rückwirkenden Entfristung der Maßregel bei Anlasstaten aus der Zeit vor dem 31.1.1998 und der nachträglichen Sicherungsverwahrung an zwei konkrete Voraussetzungen geknüpft: eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten, die aus konkreten Umständen in Person oder Verhalten der untergebrachten Person abgeleitet werden muss, und eine psychische Störung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG).

Die ersten der beiden Voraussetzungen entspricht den Kriterien, die der 5. Strafsenat des BGH im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR bereits in seinem Anfragebeschluss an die anderen Strafsenate formuliert und anhand der von ihm zu beurteilenden Divergenzvorlagen mehrerer Oberlandesgerichte erläutert hat.⁴⁰ Weithin ungeklärt ist bisher der Begriff der psychischen Störung, der von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG als Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt wird; anders als in § 20 StGB werden hier Diagnosen zu juristischen Kategorien erklärt. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich höchstens, dass die psychische Störung zu einem Leiden der verurteilten Person führen und des Weiteren geeignet sein muss, eine Gefährlichkeitsprognose zu begründen.

Zum Begriff der psychischen Störung verweist die Begründung des Gesetzentwurfs auf die eher spärliche Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e MRK⁴¹ und auf die in der Psychiatrie eingeführten Klassifikationssysteme ICD-10 und DSM-IV. Als Beispiele genannt werden dort dissoziale Persönlichkeitsstörungen und Störungen der Sexualpräferenz wie Pädophilie oder Sodomasochismus.⁴² Die Rezeption des psychiatrischen Konzepts bringt es mit sich, dass das Spektrum „forensisch relevanter“ psychischer Zustände eine erhebliche Bandbreite aufweist; es umfasst über die genannten Beispiele hinaus etwa psychische Abhängigkeit oder schädlichen Gebrauch von Suchtmitteln, dissoziative und autistische Störungen, posttraumatische Belastungsstörungen und Anpassungsstörungen sowie Zwangs- und Angststörungen, aber auch klassische psychische Krankheiten wie Schizophrenien und affektive Störungen.⁴³ Im Hin-

⁴⁰ BGH NJW 2011, 240 (243 f.). Zustimmung Hörnle, NStZ 2011, 488 (490).

⁴¹ Zusammenfassend Renzikowski, ZIS 2011, 531 (536 ff.).

⁴² Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, BT-Drs. 17/3403 v. 26.10.2010, S. 85 f.

⁴³ Hoff/Saß, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Saß (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Bd. 2, 2010, S. 1 (S. 52 ff.); Schepker, in: Häbeler/Kinze/Nedopil (Hrsg.), Praxishand-

blick auf die Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB und die Konkurrenzregel des § 72 Abs. 1 StGB ist davon auszugehen, dass gegen Personen mit Störungen, die zumindest zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit zur Zeit einer Anlasstat führen, in der Regel nicht die Sicherungsverwahrung verhängt werden wird. Gleichwohl lassen sich einige Gegenbeispiele von Sicherungsverwahrten finden, bei denen auch psychische Störungen diagnostiziert wurden.⁴⁴

Doch könnte der weiteren Voraussetzung, dass die verurteilte Person an einer psychischen Störung „leidet“, eine tatbestandsbegrenzende Funktion zukommen. Zwar ist das für die Sexualmedizin ein Gesichtspunkt, der bereits Bestandteil der Diagnose ist; eine Paraphilie wird erst angenommen, wenn die betroffene Person unter ihren normabweichenden sexuellen Impulsen leidet.⁴⁵ Anders ist es etwa im Bereich der Persönlichkeitsstörungen, wo nachhaltige Beeinträchtigungen der sozialen Anpassung nicht notwendig mit erheblichen subjektiven Beschwerden einhergehen.⁴⁶ Für die Annahme, dass dem Merkmal des „Leidens“ in § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG eigenständige Bedeutung zukommt, spricht im Übrigen nicht nur der Wortlaut der Vorschrift, sondern auch ein systematischer Vergleich mit den Normen der Landesgesetze über die Unterbringung psychisch Kranker. Diese knüpfen eine Unterbringung an das objektive Vorliegen der Diagnose einer psychischen Krankheit, Sucht oder Behinderung, an eine daraus resultierende Gefahr sowie an das Merkmal der Erforderlichkeit. Auf den subjektiven Aspekt des Leidens nehmen sie nicht durchgängig Bezug; soweit dies der Fall ist, dann eher im Zusammenhang mit Hilfen für psychisch Kranke, nur ausnahmsweise als Voraussetzung einer Zwangsunterbringung.⁴⁷

2. Auswirkungen auf das Maßregelrecht

Weniger strikt als für die Fallgruppen, in denen das verfassungsrechtliche Vertrauensschutzgebot verletzt ist, sind die Vorgaben der Vollstreckungsanordnung für die übrigen Fallgruppen, nämlich für Entscheidungen über die Anordnung der Sicherungsverwahrung durch das erkennende Gericht und Vollstreckungsentscheidungen, in denen es weder um eine

buch Forensische Psychiatrie des Kindes-, Jugend- und Erwachsenenalters, 2011, S. 77 (S. 93 f.). Kritisch zum Anwendungsbereich des ThUG *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn*, FPPK 2011, 197 (199 ff.).

⁴⁴ *Elz* (Fn. 32), S. 154 ff.; *Habermeyer*, Die Maßregel der Sicherungsverwahrung, Forensisch-psychiatrische Bedeutung, Untersuchungsbefunde und Abgrenzung zur Maßregel gemäß § 63 StGB, 2008, S. 54 ff.; *Kinzig* (Fn. 11), S. 237 ff.

⁴⁵ *Beier*, in: Häbeler/Kinze/Nedopil (Fn. 43), S. 271 (S. 273).

⁴⁶ *Nedopil*, Forensische Psychiatrie, Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht, 3. Aufl. 2007, S. 186; *Saß*, Psychopathie, Soziopathie, Dissozialität, Zur Differentialtypologie der Persönlichkeitsstörungen, 1987, S. 82 f.; *Schneider*, Klinische Psychopathologie, 8. Aufl. 1967, S. 9.

⁴⁷ Als Überblick *Marschner*, in *Marschner/Volckart/Lesting*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5. Aufl. 2010, Rn. B 104 ff.

rückwirkende Entfristung noch um eine nachträgliche Sicherungsverwahrung geht. Hier muss keine psychische Störung vorliegen.

Bei Sanktionsentscheidungen im Erkenntnisverfahren müssen die Gerichte berücksichtigen, dass die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung verfassungswidrig und nur unerlässliche Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen sind.⁴⁸ Im Hinblick auf die dem Gesetzgeber bleibende Frist von zwei Jahren und die zu erwartende Vollstreckungsdauer einer langen Freiheitsstrafe dürfte die Anordnung einer traditionellen Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) damit nicht mehr in Betracht kommen, da ein Vorbehalt der Unterbringung (§ 66a StGB) ausreicht. Ein solcher Vorbehalt wird indes an Voraussetzungen zu knüpfen sein, die strenger sind als in der seit Januar 2011 geltenden Fassung vorgesehen. Es kann insbesondere nicht ausreichen, dass ein Hang zur Begehung erheblicher Straftaten nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar (§ 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist.⁴⁹ Das BVerfG fordert vielmehr ausdrücklich, „dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist“ (Abs. 172).

Dieser Satz ist auch in allen laufenden Vollstreckungsverfahren zu beachten. Zunächst darf der Vollzug der Sicherungsverwahrung erst beginnen, wenn seine Zulässigkeit gem. § 67c StGB gerichtlich festgestellt ist. Regelüberprüfungen über die Fortdauer des Maßregelvollzugs sind von Amts wegen spätestens nach einem Jahr durchzuführen.⁵⁰ Eine einseitig an sicherer Unterbringung orientierte Vollzugsgestaltung ist zu vermeiden. Verlegungen in sozialtherapeutische Einrichtungen sind verstärkt zu fördern. Je länger die Sicherungsverwahrung bereits andauert, desto gründlicher ist zu prüfen, ob vollzugsöffnende Maßnahmen zur Vorbereitung einer Entlassung angezeigt sind. Ohnehin gilt, dass Verurteilte, die nicht wegen schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten verurteilt sind, nach Art. 316e Abs. 3 EGStGB in der Regel bis zum 1.7.2011 zu entlassen waren.⁵¹

Es ist zweifelhaft, ob der etablierte Begriff der „Sicherungsverwahrung“ für eine therapeutisch ausgerichtete Form der Unterbringung von Straftätern angemessen ist, die das BVerfG vorschreibt. Historisch war die Maßregel seit ihrer Einführung im Jahr 1933 an den Begriff des „gefährlichen Gewohnheitsverbrechers“ gebunden, der mit der Strafrechtsreform von 1969 durch den Typus des „Hangtäters“ ersetzt wurde. Dem entsprach jahrzehntelang ein Verwahrvollzug, in dem der Sicherung durch langfristige Freiheitsentziehung absolute Priorität eingeräumt wurde. Dies galt vielfach auch noch nach Inkrafttreten des StVollzG.⁵²

⁴⁸ Ausführlich *Mosbacher*, HRRS 2011, 229; abweichend *Peglau*, NJW 2011, 1924 (1926).

⁴⁹ Hierzu bereits *Kinzig*, in: *Dessecker/Egg* (Hrsg.), Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat, 2011, S. 51 (61 ff.) (im Erscheinen).

⁵⁰ Anders *Mosbacher*, HRRS 2011, 229 (240).

⁵¹ Hierzu *Pollähne*, ZJS 2011, 216.

⁵² *Bartsch* (Fn. 32), S. 219 ff.

Für das geforderte „freiheitsorientierte und therapiegerichtete Gesamtkonzept“ einer Sicherungsunterbringung, die von dem ebenfalls am Gebot der Resozialisierung ausgerichteten Strafvollzug einen gebührenden Abstand einzuhalten hat, wird der Gesetzgeber auf Erfahrungen zurückgreifen müssen, die andernorts gesammelt wurden. Was den deutschen Justizvollzug betrifft, ist hierbei insbesondere an sozialtherapeutische Einrichtungen zu denken. Im Hinblick auf die künftige Klientel kommen des Weiteren die Einrichtungen des psychiatrischen Maßregelvollzugs in Betracht. Schließlich sollte darauf geachtet werden, dass das deutsche Kriminalrecht nicht hinter den Stand geeigneter Therapien zurückfällt, die im europäischen Ausland erprobt worden sind.

Habeas Mentem? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken

Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Christoph Bublitz**, Hamburg

Psychiatrische Zwangsbehandlungen greifen intensiv in die Grundrechte Betroffener ein. Anlässlich einer jüngeren Entscheidung des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit von Zwangsmedikationen von im Maßregelvollzug Untergebrachten nach dem RP-MVollzG, anstehenden Entscheidungen und gesetzgeberischen Aktivitäten, soll die grundsätzliche Legitimität derartiger Interventionen untersucht werden. Im Vordergrund stehen dabei Fragen des grundrechtlichen Schutzes der psychischen Integrität sowie paternalistischer Eingriffsrechtfertigungen.

I. Einleitung

Zwangseingriffe in Körper und Geist zählen zu den intensivsten Grundrechtseingriffen und sind seit jeher verfassungsrechtlich und rechtspolitisch umstritten.¹ Dies gilt erst recht, wenn der Betroffene im Maßregelvollzug untergebracht ist. Mit Beschluss vom 23.3.2011 erklärte das BVerfG § 6 Rheinland-Pfälzisches Maßregelvollzugsgesetz (MVollzG) für nichtig und die medikamentöse Zwangsbehandlung eines Maßregelpatienten für verfassungswidrig.² Zwar hält das BVerfG solche Eingriffe für prinzipiell zulässig, stellt aber verschärfte materielle und verfahrensrechtliche Anforderungen auf. Diesen dürften auch andere landesrechtliche Eingriffsermächtigungen kaum genügen, eine weitere Beschwerde gegen Zwangsbehandlungen nach dem UBG Baden-Württembergs hat das BVerfG bereits angenommen.³ So wird sich in naher Zukunft manch Gesetzgeber mit einer Neuregelung dieses konfliktträchtigen Gebiets beschäftigen müssen.

¹ Vgl. die drastischen Worte von Betroffenenverbänden (die sich mitunter als „Überlebende“ bezeichnen), z.B. dem im Verfahren als sachkundiger Dritter beteiligten Verein Psychiatrie-Erfahrener (<http://www.psychiatrie-erfahrene.de>). Auch bei den noch zu schaffenden VollzugsG für die Therapieunterbringung dürften Zwangsbehandlungen eine Rolle spielen. In der jur. Literatur werden sie unter verschiedenen Bedingungen überwiegend für zulässig erachtet, etwa *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; *Popp*, Zwangsbehandlungen im Betreuungsrecht, 2003; *Lipp*, JZ 2006, 661 (664); zögerlich *Heide*, Medizinische Zwangsbehandlung: Rechtsgrundlage und Verfassungsrechtliche Grenzen, 2001; kritisch *Neumann*, KritV 1993, 276; *Wagner*, in: Kammeier (Hrsg.), Maßregelvollzugsrecht, 3. Aufl. 2010, S. 153; *Rinke*, NStZ 1988, 10; *Marschner* R&P 2011, 160.

² BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09. Die Angaben beziehen sich auf die unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110323_2bvr0882_09.html veröffentlichte Fassung. Die vorherige Entscheidung zur einstweiligen Untersagung der Behandlung ist abgedruckt in NJW 2009, 2804.

³ BVerfG, Beschl. v. 21.4.2011 – 2 BvR 633/11.

Dies gibt Anlass für eine grundlegende Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit psychiatrischer Zwangsinterventionen.

Der Beschluss des BVerfG ist in vielerlei Hinsicht zu begrüßen. Jedoch bleibt er an entscheidenden Stellen unscharf und lässt einige Kernfragen offen: Inwiefern unterscheiden sich Eingriffe in Geist und Psyche von solchen in den Körper, wie wirkt sich die Unterbringung im Maßregelvollzug auf die Eingriffsrechtfertigung aus, wo liegen die Grenzen zwangsweiser Veränderungen von Denken und Persönlichkeit? Diese Fragen haben vielschichtige Auswirkungen, weswegen in der folgenden Darstellung eine kritische Auseinandersetzung mit der Entscheidung (und Ansichten des Schrifttums) bereits auf der jeweiligen „Ebene“ der Verfassungsmäßigkeitsprüfung erfolgt. Im Einzelnen: Nach Blick auf die Rechtsgrundlagen für psychiatrische Zwangsbehandlungen (III.) und der durch sie betroffenen Grundrechte wird die Frage untersucht, ob sie sich anhand des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit überhaupt angemessen beurteilen lassen, und die Anerkennung grundrechtlichen Schutzes der psychischen Integrität vorgeschlagen (IV.). Im Rahmen der Rechtfertigung wird der Frage nachgegangen, ob aus Grundrechten Eingriffsrechtfertigungen gegen ihren Träger erwachsen können und welche weiteren Anforderungen an die Zulässigkeit paternalistischer Zwangsmaßnahmen daraus folgen (V.). Nach Darstellung neuer verfahrensrechtlicher Vorgaben durch das BVerfG (VI.) werden die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellenden Erwägungen beleuchtet (VII.). Abschließend wird dafür plädiert, Interventionen in Gehirn und forum internum im Grundsatz als absolute Eingriffsgrenzen anzusehen (VIII.).

II. Zum Sachverhalt

Der Verfassungsbeschwerde lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer ist aufgrund einer im Zustand der Schuldunfähigkeit (paranoide Psychose) begangenen gefährlichen Körperverletzung seit über zehn Jahren in einer psychiatrischen Klinik gem. § 63 StGB untergebracht. Seine Beschwerde richtete sich gegen die Anordnung der Zwangsmedikation mit einem Neuroleptikum. Aus Sicht des Klinikums war die Behandlung die einzige Möglichkeit zur positiven Beeinflussung der Anlasserkrankung, zur Korrektur von Wahnvorstellungen und zur Resozialisierung des Untergebrachten. Dieser habe keine Krankheitseinsicht gezeigt und in unkorrigierbarer Weise an paranoiden Beziehungs- und Beeinträchtigungsideen festgehalten. Der Beschwerdeführer wurde bereits in der Vergangenheit mit ähnlichen Substanzen behandelt und fürchtete u.a., sie würden seine Fähigkeiten zum Selbstschutz beeinträchtigen. Gegen die angekündigte Verabreichung durch unmittelbaren Zwang wehrte er sich zuletzt vor dem OLG Zweibrücken erfolglos.

III. Rechtsgrundlagen für Zwangsmedikationen

Die Vergabe rein körperlich wirkender wie psychoaktiver Medikamente gegen den Willen Betroffener kann auf verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen,⁴ zum einen betreuungsrechtlich auf §§ 1904, 1906 BGB, zum anderen öffentlich-rechtlich, entweder auf landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen (UBG, in einigen Ländern PsychKG) oder auf Vorschriften zum Maßregelvollzug. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war das RP-MVollzG. Grundsätzlich sind betreuungs- und öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlagen für Zwangsmedikationen strikt zu unterscheiden.⁵ Doch da auch Betreuer im Innenverhältnis zu Betreuten öffentlich-rechtliche Befugnisse wahrnehmen,⁶ betreffen beide die Frage nach den Grenzen hoheitlicher Gewalt bei Eingriffen in Körper und Geist. Zur besseren Einordnung der Entscheidung des BVerfG ist ein Blick in die jüngere Rspr. zu betreuungsrechtlichen Zwangsmedikationen hilfreich.

1. Entwicklungen im Betreuungsrecht

Grundsätzlich kann ein zur Gesundheitsfürsorge bestellter Betreuer in notwendige ärztliche Maßnahmen beim Betreuten einwilligen (bei Gefahr des Todes oder schwerer gesundheitlicher Schäden bedürfen sie gerichtlicher Genehmigung, § 1904 BGB). Dabei sind Betreuer in ihrem Handeln allein dem Wohl des Betreuten verpflichtet. Deshalb stehen drohende Selbstschädigungen des Betreuten (durch ausbleibende Behandlung) im Vordergrund betreuungsrechtlicher Zwangsmedikationen. Das im Jahre 1990 geschaffene Betreuungsrecht regelt Zwangsbefugnisse des Betreuers nicht ausdrücklich. In einer überraschenden Grundsatzentscheidung stellte der BGH fest, dass Betreuer auch notwendige ärztliche Maßnahmen nicht mit Zwang gegen den Willen Betreuer durchführen (lassen) können, da es an einer Ermächtigungsgrundlage für Zwangsbefugnisse im Betreuungsrecht fehle.⁷ Zwangsbehandlungen seien ausschließlich und nur „ausnahmsweise“ im Rahmen einer vormundschaftlich genehmigten freiheitsentziehenden Unterbringung gem. § 1906 BGB möglich.⁸ Dabei muss die Unterbringung *ihrerseits* therapeu-

tisch-praktisch erforderlich und nicht nur der Behandlungsunwilligkeit oder „non-compliance“ des Betreuten geschuldet sein. Somit besteht eine doppelte Notwendigkeit: Der Betreute muss an einer gravierenden Störung leiden und diese muss stationärer Behandlung bedürfen.

In einer Reihe von Entscheidungen hat der BGH diese restriktive Linie ausgebaut. So sind etwa ambulante psychiatrische Eingriffe durch Vergabe von sog. Depotspritzen unzulässig.⁹ Praktisch dürfte diese zurückhaltende Linie zwar zu einem in grosso angemesseneren Ausmaß der nach Einführung des Betreuungsrechts deutlich angestiegenen Fallzahlen von Zwangsmedikationen führen,¹⁰ rechtspolitisch ist sie allerdings wenig überzeugend. Die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen hängt derzeit von der Erforderlichkeit einer stationären Unterbringung und damit auch vom Stand psychiatrischer Möglichkeiten ab, mit paradoxen Folgen: Je bessere, eingriffssärmere Mittel zur Verfügung stehen (z.B. neue Psychopharmaka), desto weniger ist eine stationäre Unterbringung erforderlich und umso weniger liegen die Voraussetzungen ihrer zwangsweisen Durchsetzung vor. Das ist weder therapeutisch sinnvoll noch wird es den schutzwürdigen Interessen der Betroffenen gerecht. Dies räumt auch der BGH ausdrücklich ein, überlässt es aber dem Gesetzgeber, fehlende Rechtsgrundlagen zu schaffen (entsprechende Gesetzesinitiativen hat es bereits gegeben).¹¹ Da das letzte Wort zu betreuungsrechtlichen Zwangsmedikationen noch nicht gesprochen scheint, dürfte sich die Entscheidung auch auf diese Debatte auswirken.¹²

⁴ „Zwangsbehandlung“ meint Eingriffe gegen den (natürlichen) Willen des Betroffenen, unabhängig von seiner Einsichtsfähigkeit, anders BayObLG R&P 2003, 33 m. abl. Anm. Volckart. Zur im Verfahren vorgebrachten These, dass Einwilligungen aufgrund der Zwangssituation in der Unterbringung stets unfreiwillig seien, zu Recht abl. Amelung, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin, 2005, S. 81 (S. 86).

⁵ Bei Behandlungseinwilligungen durch Betreuer ist ihre Unabhängigkeit umstritten, einerseits: KG Berlin FamRZ 2008, 301 (303); andererseits: OLG München NJW-RR 2009, 1451. Vgl. Wernecke, in: Hammerstein/Kröber/Möllhoff-Mylius (Hrsg.), Medizinrechtliche Probleme des Maßregelvollzugs, 2010, S. 85; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, 7. Aufl. 2009, S. 235.

⁶ BVerfGE 10, 302; a.A. Lipp, JZ 2006, 661 (664).

⁷ BGHZ 145, 297 (307); krit. Lipp, JZ 2001, 825.

⁸ BGHZ 166, 141 (151).

⁹ Auch dürfen Patienten nicht kurzzeitig zur zwangsweisen Verabreichung von Psychopharmaka untergebracht werden: BGH MedR 2008, 737. Zur Kritik Schwab, in Sacker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 5. Aufl. 2008, § 1904 Rn. 18 ff.; Müller, LMK 2008, 267404. Die rechtlichen Rahmenbedingungen dürften ihren Teil zum Phänomen der „Drehtürpsychiatrie“ beitragen. Patienten werden erst in akuten Situationen behandelt, Symptome schnell, aber wenig nachhaltig pharmakologisch unterdrückt und Patienten mangels Notwendigkeit entlassen, woraufhin Störungen nicht selten rezidivieren.

¹⁰ Zwangseinweisungen haben sich in den ersten zehn Jahren nach Einführung des Betreuungsrechts verdreifacht: Müller, DÄBl. 2004, 2794-2798; Unterbringungen im Maßregelvollzug haben sich in den letzten zehn Jahren in Westdeutschland auf knapp 10.000 verdoppelt (siehe: Statistisches Bundesamt, Stand: 8.10.2010 [einsehbar unter <http://www.destatis.de>]).

¹¹ BGHZ 145, 297 (310). Der Bundestag beschäftigte sich in der 15. Wahlperiode mit der Einführung von § 1906a BGB, der die ambulante Zwangsbehandlung bei Einsichtsunfähigkeit mit vormundschaftlicher Genehmigung erlaubt hätte (BT-Drs. 15/2494, S. 7. Die derzeitige Regelung sei „nicht hinnehmbar“, S. 23; krit. Stellungnahme der Bundesregierung auf S. 47 ff.). Bremen diskutierte die Schaffung landesrechtlicher Grundlagen für ambulante Zwangsbehandlungen: Marschner, R&P 2005, 47.

¹² Marschner, R&P 2007, 180; ders., R & P 2011, 160 (163).

2. PsychKG/UBG

Auf öffentlich-rechtlicher Schiene bestehen Ermächtigungen für Unterbringungen in den divergierenden landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen,¹³ die eine Fremd- oder Selbstgefährdung voraussetzen. Zweck der Unterbringung ist die Sicherung, in einigen Ländern auch die fürsorgerische Heilbehandlung. Unter mehr oder weniger engen Voraussetzungen erlauben sie Zwangsbehandlungen, v.a. in akuten Krisensituationen.

3. Maßregelvollzugsgesetze

Im Maßregelvollzug werden Zwangsmaßnahmen auf entsprechende Vollzugsgesetze gestützt (MVollzG, ggf. i.Vm. obigen landesrechtlichen Vorschriften). Hinsichtlich ihrer Zwangsbehandlungsbefugnisse lassen sie sich grob unterteilen in einwilligungsabhängige, die eine Einwilligung des Untergebrachten oder seines Betreuers in die Behandlung für grundsätzlich erforderlich halten, und einwilligungsunabhängige, die unter verschiedenen Voraussetzungen Eingriffe ohne Einwilligung ermöglichen.¹⁴ In die letzte Gruppe fällt das RP-MVollzG, dessen § 6 Zwangsbehandlungen folgendermaßen regelt:

„(1) Operative Eingriffe, Behandlungen [...] die mit einem wesentlichen gesundheitlichen Risiko oder einer Gefahr für das Leben des untergebrachten Patienten verbunden sind, sind nur mit seiner Einwilligung zulässig; sonstige operative Eingriffe, Behandlungen [...] sind ohne Einwilligung [...] zulässig bei Lebensgefahr, bei schwerwiegender Gefahr für die Gesundheit des untergebrachten Patienten oder [...] anderer Personen. Im Übrigen können Behandlungen und Untersuchungen zur Erreichung des Vollzugsziels ohne Einwilligung des untergebrachten Patienten durchgeführt werden[...].

(4) Ist der untergebrachte Patient nicht in der Lage, Grund, Bedeutung und Tragweite der Maßnahmen einzusehen oder seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, so ist die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters maßgebend. [...]

(5) Die Maßnahmen müssen für den untergebrachten Patienten zumutbar sein und dürfen nicht außer Verhältnis zu dem zu erwartenden Erfolg stehen [...].“

§ 6 Abs. 1 S. 2 RP-MVollzG („Im Übrigen“) erlaubt also psychiatrische Behandlungen gegen den Willen des Betroffenen. Mit Ausnahme wesentlicher Gesundheitsrisiken kommt es weder auf seine Einwilligung noch auf entsprechende Fähigkeiten an. Auch der Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters bedarf es nicht. Somit ermächtigt die Vorschrift zu einwilligungsunabhängigen Behandlungen der Anlasserkrankung, die nur durch die die Verhältnismäßigkeit i.S.d Abs. 5

¹³ Eine Übersicht bei Heide (Fn. 1), Teil 1.

¹⁴ Insbesondere: § 8 Abs. 1 Nds MaßRVZG; § 8 Abs. 1 SachsenAn MVollzG („hat die Behandlung zu dulden und zu unterstützen“); § 8 Abs. 2 BW-UBG („zu dulden“); § 7 Abs. 1 Hess MVollzG: („einer Einwilligung [...] bedarf es nicht“); vgl. Wernecke (Fn. 5), S. 81.

(„zumutbar und nicht außer Verhältnis“) begrenzt sind.¹⁵ Hingegen sind rein körperliche Zwangsbehandlungen wie im regulären Strafvollzug nur bei Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahren zulässig (vgl. § 101 StVollzG).

Schon hier zeigt sich, dass die Eingriffsbefugnisse im RP-MVollzG deutlich weitreichender als im Betreuungsrecht sind. Während im letzteren Maßnahmen immer die Einsichtsunfähigkeit des Betroffenen voraussetzen (§ 1896 BGB)¹⁶ und grundsätzlich am Wohl des Betreuten zu orientieren sind, erlaubt das RP-MVollzG dem Vollzugsziel dienliche Behandlungen auch gegen den Willen einsichtsfähiger Untergebrachter. Immerhin „ist“ ihnen die Behandlung zu erläutern und bei Einsichtsfähigkeit „soll“ versucht werden, ihre Zustimmung zu erreichen (§ 5 Abs. 2 RP-MVollzG). Da ohne Einwilligungserfordernis Mängel in der Aufklärung jedoch keine rechtlichen Konsequenzen haben, dürfte sie den ansonsten gebotenen Anforderungen häufig nicht entsprechen.¹⁷ Die vergleichsweise weiten Eingriffsbefugnisse werfen die Frage nach ihrer Verfassungsmäßigkeit auf. Welche Grundrechte sind durch psychiatrische Zwangsmaßnahmen betroffen?

IV. Grundrechtseingriffe

1. Körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)

Zwangsbehandlungen greifen in die körperliche Unversehrtheit ein. Neben der Vergabe („intramuskuläre Spritze“) können die Nebenwirkungen, je nach Medikation und körperlicher Verfassung des Betroffenen, die Gesundheit schädigen (Veränderungen von Blutbild, Leberwerten, Libido, Herzrasen, etc.). Schon ihretwegen verweigern einige Betroffene die Einnahme. Doch nicht selten, so auch im vorliegenden Fall, werden die Nebenwirkungen bei ärztlicher Aufsicht für nicht besonders gefährlich gehalten, so dass Behandlungen i.d.R. als zumutbar und verhältnismäßig gelten und keiner gerichtlichen Genehmigung bedürfen.¹⁸

2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Das OLG Zweibrücken erkennt zudem eine im RP-MVollzG nicht aufgeführte, den Vorschriften anderer Länder entnommene und schon verfassungsrechtlich gebotene Obergrenze für Zwangsmedikationen an: Behandlungen dürften nicht zu einer „Veränderung der Persönlichkeit im Kernbereich“ füh-

¹⁵ § 6 Abs. 4 bezieht sich nur auf die mit wesentlichen Risiken verbundenen Eingriffe gem. Abs. 1 S. 1. Die genaue Auslegung des § 6 Abs. 1 war im Verfahren umstritten, BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 10.

¹⁶ Es herrsche „Einigkeit, dass gegen den einwilligungsfähigen Betreuten keine Zwangsmaßnahmen angewendet werden dürfen“, Schwab (Fn. 9), § 1904 Rn. 18.

¹⁷ Dazu Rinke, NSTZ 1988, 10 (14).

¹⁸ So im vorliegenden Fall das OLG Zweibrücken, Beschl. v. 18.3. 2009 – 1 Ws 365/08. Zu dieser Ansicht neigen auch viele Vormundschaftsgerichte i.R.d. § 1904 BGB.

ren.¹⁹ Leider bleibt diese Beschränkung inhaltlich unbestimmt und praktisch ohne Bedeutung. Soweit ersichtlich ist ihretwegen noch keine betreuungs- oder maßregelrechtliche Zwangsbehandlung für unzulässig erklärt worden. Der vorliegende Fall dürfte für den Umgang mit dem Kernbereich exemplarisch sein. Die Instanzgerichte stellten einerseits eine „Chronifizierung“ des seit zehn Jahren unveränderten psychischen Zustandes des Untergebrachten fest, konnten andererseits aber „keine Anhaltspunkte“ dafür erkennen, dass diesen Zustand beseitigende Maßnahmen eine „Veränderung der Persönlichkeit im Kernbereich“ bewirken könnten. Schon in diesen Aussagen ist ein latenter Widerspruch verborgen. Vor allem aber setzen sie halbwegs konkrete Vorstellungen voraus über das, was den Kern der Persönlichkeit ausmacht. Doch darüber finden sich weder in diesem noch in vergleichbaren Verfahren nähere Ausführungen.

Die Metapher des Persönlichkeitskerns, das, was eine Person im Inneren zusammenhält, ließe sich entgegen manch zweifelnder Stimme schon konkretisieren. Es liegt nahe, darunter stabile, über längere Zeit anhaltende und einigermaßen kohärente Eigenschaften zu verstehen, die wesentliche Züge der Person in ihrer Selbst- und Fremdwahrnehmung ausmachen. Sofern bestimmte Verhaltensweisen und Denkmuster über ein Jahrzehnt andauern und in der Wahrnehmung von Gerichten und Gutachtern so charakteristisch für die Person sind, dass ihretwegen Maßregeln verhängt werden dürfen, und wenn sie zudem in der Selbstwahrnehmung des Betroffenen eine so zentrale Rolle spielen, dass er sie nicht aufgeben möchte – auch nicht für die Entlassung aus dem Maßregelvollzug –, spricht einiges dafür, dass es sich um Kernbereiche der Persönlichkeit handelt. Eine Chronifizierung, die Verfestigung dieser Eigenschaften und ihr künftiger Bestand, bekräftigt diese Vermutung, die vor einer Zwangsbehandlung zu widerlegen wäre.

Die medizinisch-psychiatrische Bewertung von Persönlichkeitseigenschaften als krankhaft vermag daran wenig zu ändern. Je nach Krankheitsbegriff beruht sie auf dem Abweichen von einem Normalmaß, dem durch sie hervorgebrachten Leid, ihrer Dysfunktionalität oder ähnlichem. Dass kranke Eigenschaften keine wesentlichen Persönlichkeitszüge ausmachen können, widerlegen schon zahlreiche von Krankheiten geprägte Lebensgeschichten. Bei psychischen Störungen gilt dies umso mehr. Während man körperliche Krankheiten zumindest gedanklich irgendwie von der Person trennen kann, indem man ihren Körper z.B. ohne Viren- oder Krebsbefall zum Maße nimmt, ist dies bei psychischen Eigenschaften kaum möglich. Was bleibt von der Person, wenn man ihre (krankhaften) Denkstrukturen, emotionale und Verhaltensdispositionen wegdenkt? Nicht selten dürfte es sich dann um eine in wesentlichen Zügen *andere* Persönlichkeit handeln,

was die konstitutive Bedeutung der krankhaften Eigenschaften für die alte bestätigt.

Wer das anders sieht mag romantische, christliche oder essentialistische Vorstellungen über einen wahren, guten, unkorruptierbaren, auf jeden Fall nicht-kranken Persönlichkeitskern hegen. Doch solche idealisierenden Vorstellungen können kaum das Fundament für Zwangsmaßnahmen bilden. Vor allem aber verkennt jede normativierende Sicht auf den Persönlichkeitskern Grundrechtsgefährdungen durch aufgezwungene „Verbesserungs“-Eingriffe. Wird die Eingriffsgrenze in einer Weise wertend verbogen, dass sie nicht die konkret vorhandenen Eigenschaften der zu schützenden Person, sondern nur die sozial-adäquaten, gesetzestreu, nicht-krankhaften, also die qua Eingriff erst herbeizuführenden, erfasst, „weil das Grundgesetz auch die Persönlichkeit schützt, die die Person [...] sein könnte“²⁰ (aber eben nicht *ist*), verkommt sie zur Floskel.

Bedenkt man, dass das BVerfG schon die Möglichkeit des unbeobachteten *Ausdrucks* „innerer Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art“ zum Kernbereich zählt,²¹ spricht doch einiges dafür, dass er durch zwangsweise *Veränderungen* solcher Zustände erst recht berührt wird. Erstaunlicherweise finden sich weder in betreuungs- noch maßregelvollzugsrechtlichen Entscheidungen diesbezügliche Ausführungen. Stattdessen werden die Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit wie in die Persönlichkeit regelmäßig für nicht so schwerwiegend erachtet, als dass sie Zwangsmedikationen entgegenstünden.

3. Die Entscheidung des BVerfG

Dieser Unbekümmertheit entgegenzutreten ist das Verdienst der Entscheidung des BVerfG. Es stellt zunächst fest, dass die „medizinische Zwangsbehandlung eines Untergebrachten in *schwerwiegender* Weise in [...] das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1“, d.h. in die körperliche Unversehrtheit, eingreife.²² Dieses Grundrecht schütze „die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche *Selbstbestimmungsrecht*“.²³ Der Betroffene werde genötigt, „eine Maßnahme zu dulden, die den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt und normalerweise nur mit Einwilligung zulässig ist“. Zudem widerspricht das BVerfG der häufig anzutreffenden Verharmlosung von Nebenwirkungen. Während etwa das OLG Zweibrücken vorgelegten empirischen Studien über medikamentöse Nebenwirkungen „keine Aussagekraft für den Einzelfall“ beimessen wollte, da sie lediglich „die Bandbreite der allgemeinen Diskussion über Vor- und Nachteile dieser Medikamente“ spiegeln würden, betont das BVerfG, dass gerade wegen der erheblichen Unterschiede in Studien „die nicht auszuschließende Möglichkeit schwerer

¹⁹ OLG Zweibrücken, Beschl. v. 18.3.2009 – 1 WS 365/08. So dürfen z.B. in Niedersachsen „wesentliche“ oder „auf Dauer nachteilige“ Veränderungen der Persönlichkeit nur mit Einwilligung vorgenommen werden (§ 8 Abs. 3), Kernbereichsveränderungen sind grundsätzlich unzulässig (§ 8 Abs. 4). *Volckart/Grünebaum* kritisieren die Unklarheit dieser Bestimmungen (siehe *dies.* [Fn. 5], S. 238).

²⁰ *Volckart/Grünebaum* (Fn. 5), S. 229.

²¹ BVerfGE 109, 279; BGHSt 5, 332 sprach vom menschenwürdewidrigen „Einblick in die Seele“ (Lügendetektor I).

²² BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 36. *Hervorhebung v. Verf.*

²³ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 39. *Hervorhebung v. Verf.*

[...] Nebenwirkungen“ bestünde.²⁴ In dieser Hinsicht ist dem BVerfG beizupflichten. Dem Eingriff in die Persönlichkeit hingegen widmet es nur zwei, umso brisantere Sätze: „Psychopharmaka sind zudem auf die Veränderung *seelischer Abläufe* gerichtet. Ihre Verabreichung [...] berührt daher [...] in besonderem Maße den Kern der Persönlichkeit.“²⁵ Damit, so könnte man denken, ist das Thema eigentlich geklärt. Der Kern der Persönlichkeit ist eine absolute verfassungsrechtliche Grenze, die Eingriffe ausnahmslos verbietet.²⁶ Doch ohne weitere Erläuterung fährt das BVerfG fort:

„Ungeachtet der Schwere des Eingriffs [...] ist es dem Gesetzgeber nicht prinzipiell verwehrt, solche Eingriffe zuzulassen. Dies gilt auch für eine Behandlung, die der Erreichung des Vollzugsziels [...] dient, also darauf gerichtet ist, den Untergebrachten entlassungsfähig zu machen.“²⁷

Anschließend setzt sich das Gericht eingehend mit möglichen Rechtfertigungsgründen, Verhältnismäßigkeitserwägungen und verfahrensrechtlichen Sicherungen auseinander. Schon auf Eingriffsebene bestehen daher dogmatische Unklarheiten. Ein Klärungsversuch:

4. Kritik

a) Der fehlende Schutz der Psyche

Psychiatrische Zwangsbehandlungen sind offenbar nicht immer von der Intensität, dass sie den Kern der Persönlichkeit berühren. Doch leider wird die Schwelle, deren Übersteigen Eingriffe unzulässig macht, nicht genauer bestimmt. Berühren alle „Veränderungen seelischer Abläufe“ den Kern der Persönlichkeit? Für welche Eingriffe sollen dann die im Weiteren detailliert aufgestellten Anforderungen gelten? Auch überrascht, dass Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) – das allgemeine Persönlichkeitsrecht – in der gesamten Entscheidung keine Erwähnung findet, obwohl die Behandlung doch in dessen Kernbereich eingreife. Das Gericht stellt ausschließlich auf die körperliche Unversehrtheit ab und spricht durchgängig von einem „schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG“. Hierdurch bleibt die Entscheidung hinsichtlich des (im doppelten Sinne) Kernproblems unterbestimmt und lässt Gesetzgebern und Rechtsanwendern sachlich unklare und schwer eingrenzbarere Interpretationsräume.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 44. Das OLG missversteht das Wesen erfahrungswissenschaftlicher Forschung, durch Messung von Verträglichkeit/Wirkksamkeit bei einer möglichst großen Probandenzahl statistische Werte zu ermitteln und diese auf Einzelfälle zu übertragen. Sofern diese Methode nicht genügend Bezug zum Einzelfall aufweist, dürfte dies keine empirische Wissenschaft tun. Mit gleicher Argumentation ließe sich dann umgekehrt die Geeignetheit jeder Medikation bestreiten.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 44 am Ende. *Hervorhebung v. Verf.*

²⁶ BVerfGE 6, 32; 32, 373; 34, 238; 80, 376; 103, 21; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 1 Rn. 88.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 45.

Diese Unklarheiten gehen auf ein tieferes Problem der Rechtssystematik zurück: den fehlenden oder bestenfalls fragmentarischen Schutz der Psyche. Für die Rechtswissenschaft ist die Psyche weitgehend eine terra incognita, ihre Bedeutung kaum systematisch untersucht.²⁸ Das BVerfG hat bisher ausdrücklich offengelassen, ob die Psyche vom Schutz der körperlichen Unversehrtheit durch Art. 2 Abs. 2 GG umfasst wird.²⁹ Der fehlende Schutz der Psyche bereitet solange wenig praktische Probleme, wie Eingriffe in die Psyche gleichzeitig und in vergleichbarer Intensität auch zu körperlichen Verletzungen führen. Dann schützt die Garantie der körperlichen Unversehrtheit vor Eingriffen ins Gehirn und somit indirekt auch die Psyche. Doch offenbart ein solcher vom Körper abgeleiteter Schutz der Psyche zumindest in zwei Konstellationen Lücken: Wenn die körperlichen Nebenwirkungen eines primär auf psychische Phänomene abzielenden Eingriffs vergleichsweise gering oder aus anderen Gründen rechtlich zulässig, die psychischen Auswirkungen aber von beträchtlicher Intensität sind, fallen Schutz der körperlichen und psychischen Unversehrtheit auseinander. Unweigerlich stellt sich dann die Frage nach einem eigenständigen Schutz der Psyche.³⁰ Um eine solche Konstellation handelt es sich bei psychiatrischen Zwangsbehandlungen.

Die Gabe geringer Mengen körperlich harmloser psychoaktiver Substanzen kann gravierende psychische Effekte zeigen, die Intensität des körperlichen Eingriffs steht in keinem zwingenden Zusammenhang mit ihren psychischen Auswirkungen. So zutreffend das BVerfG zu mehr Aufmerksamkeit und risikobewussterem Umgang in der Bewertung statistisch seltener, aber schwerer körperlicher Nebenwirkungen mahnt, so wenig sind körperliche Gefahren und Symptome *prinzipiell* geeignet, die Schwere psychiatrischer Eingriffe angemessen zu taxieren. Psychopharmaka modifizieren auf verschiedene Weise die Signalübermittlung zwischen

²⁸ Bublitz, RW 2011, 28. Hier sei angenommen, dass das BVerfG mit „seelischen Abläufen“ das meint, was gemeinhin als Psyche bezeichnet wird, also die bewusst erlebte Innenwelt sowie unbewusste Vorgänge. Der Begriff der Seele eignet sich für Auseinandersetzungen mit psychiatrischen Eingriffen kaum. Klassisch wird die Seele gerade als der immaterielle (ggf. unsterbliche) Teil des menschlichen Wesens verstanden, der durch körperliche, pharmazeutische Eingriffe nicht veränderbar ist. Im Folgenden seien Psyche, Geist und Seele synonym verwendet.

²⁹ BVerfGE 56, 54 (75); BVerfG NVwZ 2009, 1494. Entgegen dieser Aussage finden sich in der Judikatur des BVerfG regelmäßig die Psyche miteinschließende Formulierungen wie „leiblich-seelische Integrität“ oder „Einheit aus Physis und Psyche“, etwa BVerfGE 52, 131 (135).

³⁰ Neue neurowissenschaftliche Interventionsformen ins Gehirn ermöglichen zunehmend derartige „minimal-invasive“ Eingriffe, weshalb der Umgang mit ihnen feinere rechtliche (und ethische) Antworten zum Schutz der Psyche erfordern wird: Merkel, ZStW 121 (2009), 919; Merkel u.a. (Hrsg.), *Intervening in the Brain: Changing Psyche and Society*, 2007; Deutscher Ethikrat: *Der steuerbare Mensch*, 2009; Bublitz, RW 2011, 28.

Nervenzellen in synaptischen Spalten.³¹ Die Veränderung solcher Prozesse allein lässt sich normativ kaum als Verletzung des Körpers bezeichnen.³² Auch sei an andere, nicht körperlich schädigende Psychotechniken erinnert, etwa die in *Stanley Kubricks* Film „Clockwork Orange“ zur Rehabilitation von Gewaltverbrechern eingesetzten Konditionierungstechniken.³³ Sicher berühren auch sie grundrechtlich geschützte Interessen, und ebenso sicher lässt sich ihre Intensität nicht anhand körperlicher Auswirkungen ermessen.

Eine strikte dualistische Unterscheidung von Körper und Geist im Rahmen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Person führt prima facie zur Nicht-Berücksichtigung psychischer Auswirkungen. Folgerichtig ist dann die bisherige Spruchpraxis der Gerichte. Zwar berücksichtigen sie die Eingriffe in die körperliche Integrität, messen ihnen aber angesichts ihrer tendenziellen Geringfügigkeit (Spritze, Tabletten, Nebenwirkungen) häufig keine große Bedeutung bei. Auch das vom BVerfG betonte, aus der körperlichen Integrität fließende „diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht“ führt zu keiner anderen Beurteilung. Sofern Medikamente keine motorischen Einschränkungen hervorrufen, kann der Betroffene – von der kurzzeitigen Zwangsverabreichung abgesehen – über seinen Körper frei verfügen. Aus diesen Gründen wird der in der Unterbringung liegende Eingriff in die Freiheit als wesentlich schwerwiegender als der in die Selbstbestimmung erachtet, was im Rahmen der Verhältnismäßigkeit entscheidende Bedeutung erlangt.

Das fehlende Anerkenntnis, dass das verletzte Interesse des Betroffenen eben nicht (nur) im Eingriff in seinen Körper liegt, sondern zugleich in der Veränderung seiner Psyche, in der gezielten Intervention in sein Denken und Fühlen, ist das Grundversäumnis der juristischen Auseinandersetzung mit psychiatrischen Zwangsbehandlungen. Sie entfalten sich in der Innenwelt des Betroffenen und sind – anders als Eingriffe in die körperliche Integrität – von außen unsichtbar, und gerade deswegen ist ihre abstrakte Betonung unverzichtbar. Der Schutz der Person kann sich nicht auf Phänotypik beschränken. Wenn das BVerfG dennoch „schwerwiegende Grundrechtsverletzungen“ konstatiert, heißt das weniger, dass die bisher mit Zwangsmedikationen befassten Gerichte falsch

subsumiert hätten, sondern eher, dass das BVerfG den fehlenden Schutz der Psyche durch Überbetonung des körperlichen Eingriffs auszugleichen versucht. Diese Vermutung wecken jedenfalls einige Formulierungen des BVerfG, etwa wenn es von „Schrecken“, „Angst“ und der „Beiseitesetzung des Willens“ spricht oder vom „subjektiven Empfinden“, welches bei der Beurteilung des Eingriffs zu berücksichtigen sei, und nicht zuletzt die bereits erwähnte Veränderung „seelischer Abläufe“.³⁴ Obwohl es ihm also förmlich auf der Zunge liegt, kann sich das Gericht nicht dazu durchringen, einen eigenständigen grundrechtlichen Schutz der psychischen Integrität auszusprechen. In Unterbringungsfällen wäre seine Erörterung schon aufgrund Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG („seelische Misshandlung“) geboten.³⁵ Ohne Schutz der Psyche verbleibt zur angemessenen Beurteilung intensiver psychiatrischer Eingriffe bei geringen körperlichen Nebenwirkungen dann nur noch der vom BVerfG vollzogene argumentative Sprung in den Kernbereich der Persönlichkeit. Doch dieser wirft ebenfalls Probleme auf:

b) Problem Kernbereich

Zunächst sollte man konsequent bleiben. Eingriffe in den Kernbereich der Persönlichkeit, daran scheint auch das BVerfG nichts ändern zu wollen, sind nicht rechtfertigbar. Wenn ihn die zwangsweise „Veränderung seelischer Abläufe“ berührt, sind sie schlechterdings unzulässig. Und: Da *alle* Zwangsmedikationen im Maßregelvollzug zur Erreichung des Vollzugszieles und Behandlung der Anlasserkrankung die Veränderung psychischer Krankheiten und damit „seelischer Abläufe“ beabsichtigen, bleibt völlig unklar, welche Eingriffe „ungeachtet“ ihrer Schwere dem Gesetzgeber eigentlich nicht prinzipiell verwehrt bleiben sollen.

Gäbe es aber Eingriffe in die Psyche, die den Kernbereich der Persönlichkeit nicht berühren – wovon das BVerfG ja auszugehen scheint – stellt sich erneut die Frage, welcher rechtliche Schutz den zu verändernden psychischen Phänomenen (einzelne Gedanken oder Gefühle?) eigentlich zukommt – rechtliches Niemandsland, der Manipulation freigegeben? Eine solche Struktur absolut geschützter Kern- und gänzlich schutzloser Nicht-Kerneigenschaften ist auffallend merkwürdig. Sollte Letzteren nicht zumindest abgestufter Schutz zukommen?

Darüber hinaus stellen sich Probleme im Zusammenspiel mit einigen landesrechtlichen Vorschriften, denen zufolge der Persönlichkeitskern nicht nur die Grenze unfreiwilliger Behandlungen, sondern einen aufgrund der besonderen Drucksituation in der Unterbringung auch bei Einwilligung unantastbaren Bereich markiert.³⁶ Wäre die Behandlung mit Psycho-

³¹ (Siehe unten VII. 2.)

³² U.a., weil sonst jede triviale Aktivität, die solche Prozesse bei anderen auslöst (lautes Anschreien), den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen würde: *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919 (948).

³³ Die dort dargestellte Aversionstherapie ist eine Form der Konditionierung mit negativen Verstärkern. Ob sich sadistisches Verhalten weg-konditionieren lässt, ist fraglich. Grundsätzlich lässt sich nicht leugnen, dass Konditionierungsmechanismen eine große Rolle beim Erlernen von Verhaltensweisen spielen, *Gerrig/Zimbardo*, Psychologie, 18. Aufl. 2008, S. 208 ff. Fraglich ist nur, inwieweit sie von Staats wegen gezielt eingesetzt werden dürfen. Wohin das führen kann zeigt sich bei *Skinner*, *Beyond Freedom & Dignity*, 2002, dessen Techniken die Menschenwürde verletzen dürften, *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Abs. 1 Rn. 9.

³⁴ Alle zit. bei BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 4.

³⁵ Sicher ließe sich in Parallele zu § 223 StGB darüber streiten, ob ärztliche Eingriffe begrifflich „Misshandlungen“ darstellen können. Aus Sicht des Zwangsbehandelten dürfte dies nicht fernliegen.

³⁶ § 30 Abs. 4 Berlin PsychKG („Behandlungen, die die Persönlichkeit [...] in ihrem Kernbereich ändern würden, sind unzulässig“), ebenso: § 8 Abs. 4 SachsenAn MVollzG; § 23

pharmaka eine Kernbereichsverletzung, müsste in diesen Ländern jede *freiwillige* Einnahme psychoaktiver Medikamente gestoppt werden. Auch therapiewillige und veränderungssuchende Betroffene würden dann mit Aussicht auf dauerhafte Maßregelverwahrung bedroht – zum Schutz ihrer Persönlichkeit! Sachlich angemessen ist es daher, die Grenzen von Zwangs- und konsentierten Behandlungen de lege ferenda voneinander zu entkoppeln.³⁷ Dies sollten Landesgesetzgeber bei den anstehenden Reformen beachten. Zugegeben, dies sind Fehler im einfachen Landesrecht, die das BVerfG nicht berücksichtigen musste. Indes ist es schwer zu leugnen, dass sie aus der Unklarheit über den Kern der Persönlichkeit folgen, und jene wiederum aus dem fehlenden Schutz der Psyche.

So bleibt festzustellen: Da die körperliche Ebene prinzipiell ungeeignet und der Kern der Persönlichkeit unantastbar ist, fehlt bei ausbleibendem Anerkenntnis des sachlich implizit bereits vorgenommenen Schutzes der psychischen Integrität jeglicher Differenzierungsspielraum für Eingriffe in die Psyche. Hält man diesen für notwendig, weil man Zwangsbehandlungen nicht für kategorisch unzulässig erklären möchte (dann übrigens auch im Betreuungsrecht), bleibt eigentlich kein anderer Ausweg, als die Psyche zu schützen. Die Kluft zwischen Verletzungen des Körpers und dem Persönlichkeitskern ist zu groß und die Bedeutung der Psyche zu gewichtig, als dass sie sich durch Konstruktionen überbrücken ließe.

Dass ein Schutz der Psyche alles andere als ein abwegiger Gedanke ist, zeigt sich sowohl in der Judikatur des EGMR, der die psychische Integrität durch eine weite Auslegung von Art. 8 EMRK („private life“) schützt, als auch an Art. 3 Abs. 1 EU Grundrechtecharta („mental integrity“).³⁸ Umgekehrt fordern diese Vorschriften zu einem angemessenen inner-

Abs. 3 MeVo PsychKG; § 22 Abs. 5 Bremen PsychKG; § 12 Abs. 4 Thür PsychKG (unzulässig sind Bhdg., die die „Persönlichkeit tiefgreifend und auf Dauer schädigen“); § 10 Abs. 4 Hamb MVollzG („eine operative Bhdg., die den Kernbereich [...] verändern würde“); § 8 Abs. 3/Abs. 4 Nds MVollzG (differenziert zwischen Eingriffen in den Kernbereich und anderen persönlichkeitsverändernden Maßnahmen, auch § 8 SachsenAn).

³⁷ Die häufig kritisierte Regelung des BayUB, nach der Kernveränderungen möglich, aber genehmigungsbedürftig sind, ist richtig und sollte von anderen Ländern übernommen werden. Ähnlich § 7 Hessen MVollzG; § 8 Abs. 3 Nds MVollzG (differenziert zwischen Eingriffen in den Kernbereich und anderen persönlichkeitsverändernden Maßnahmen). In diesem Sinne auch BT-Drs. 11/4528, S. 141.

³⁸ Der Umfang des Psycheschutzes ist auch auf supranationaler Ebene unklar und stieß bei Beratungen über die GRCH auf leichtes Unverständnis: *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 7; *Höfling*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar EU-GRCH, 2006, Art. 3 Rn. 8; zur EMRK: *Heringa/Zwaak*, in: van Dijk/Arai/Bleichrodt (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 6. Aufl. 2009, S. 687.

staatlichen Schutz der Psyche geradezu auf. Und da sich, wie das BVerfG treffend ausführt, in einem Integritätsschutz ein Selbstbestimmungsrecht ausdrückt, bedarf es eines Grundrechts auf psychische oder mentale Selbstbestimmung, welches den geistigen Innenraum des Menschen vor Eingriffen schützt.³⁹

Der vom BVerfG offengelassenen Frage, welche Eingriffe in die Psyche stets unzulässig sind, entgeht man durch ein Recht auf mentale Selbstbestimmung nicht. Doch schafft es analytische Klarheit. Etwa, um nicht dem Missverständnis zu erliegen, dass nur die Angst vor der zwangsweisen *Verabreichung* psychoaktiver Stoffe die psychische Integrität verletzt. Möglicherweise ließe sich ihr Schrecken durch die mancherorts wohl praktizierte heimliche Vergabe umgehen.⁴⁰ Im Kern geht es um etwas anderes: Darf der Staat Gedanken und Denkstrukturen, Gefühle, Verhaltensdispositionen und die Wahrnehmung von sich und der Außenwelt, kurz: die geistige Innenwelt, durch direkte Interventionen ins Gehirn verändern? Es ist schon bemerkenswert, dass diese Frage in der Entscheidung des BVerfG nicht einmal auftaucht. Gesetzgeber künftiger Rechtsgrundlagen sollten sie sich stellen.

5. „Freiheit zur Krankheit“?

Erkennt man die psychische Integrität als eigentlich betroffenes Rechtsgut, erkennt man zugleich die Fragwürdigkeit der im Zusammenhang mit psychiatrischen Zwangsmedikationen stets auftauchenden, zumeist in Anführungszeichen gesetzten und zu Missverständnissen einladenden „Freiheit zur (psychischen) Krankheit“. Sie hat ihren Ursprung in der Feststellung, dass „im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit bei weniger gewichtigen Fällen [einschneidende] Maßnahmen unterbleiben“ müssen.⁴¹ Die Freiheit zur Krankheit ist also *das Ergebnis* einer Verhältnismäßigkeitsprüfung: Sofern Krankheiten nicht mit verhältnismäßigen Mitteln behandelt werden können, verbleibt ein eingriffsfreies Refugium, die „Freiheit zur Krankheit“.

Gleichwohl heißt es häufig, der Freiheit zur Krankheit sei *bei* oder „im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Rech-

³⁹ Für strafrechtlichen Schutz der mentalen Selbstbestimmung *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919. Für das Verfassungsrecht *Bublitz*, RW 2011, 28 (59); *Lindner*, MedR 2010, 463. Offen bleiben muss hier, wie es in die gängige Grundrechtsdogmatik eingebettet werden kann. Vieles spricht dafür, die mentale Selbstbestimmung als bereichsspezifische Konkretisierung des APR anzusehen. Die allgemeine *Handlungsfreiheit* ist aufgrund ihres Schutzes aktiver Entfaltung kaum geeignet, die passive Seite der psychischen Konstitution, das So-Sein ohne direkten Außenbezug zu erfassen, auch muss das Schutzniveau deutlich höher liegen. Das BVerfG hat die Entwicklungsoffenheit des APR stets betont, z.B. BVerfGE 54, 148 (153).

⁴⁰ Z.B. durch Beimischen in Speisen oder Getränken oder Täuschung (Vitaminspritze), *Rinke*, NStZ 1988, 10; BGH MedR 2008, 737.

⁴¹ So das BVerfGE 58, 208 zur Unterbringung nach dem BadWürt UBG.

nung zu tragen“.⁴² Wie eigentlich – als eigenes und gegen andere abwägbares (Quasi-)Recht? Auch wenn es sich bloß um sprachliche Ungenauigkeit handeln dürfte, zeigt sie das diffuse Verständnis der betroffenen Rechtspositionen. Die rechtlich geschützte Freiheit besteht nicht darin, krank zu sein, sondern von Eingriffen in Denk- und Hirnstrukturen verschont zu bleiben.⁴³ Und dieses Recht besteht völlig unabhängig davon, ob Denk- oder emotionale Muster bzw. aus ihnen folgendes Verhalten psychiatrische Krankheitsdefinitionen erfüllen. Die Frage ist vielmehr, ob aus ihrer Beurteilung als krankhaft eine *Rechtfertigung* für (heilende) Eingriffe in die mentale Selbstbestimmung erwachsen kann.

Kurzum: Das Grundproblem der Entscheidung des BVerfG besteht darin, die Besonderheiten von Eingriffen in die Psyche nicht zu thematisieren. Bis auf einen kurzen Verweis auf „seelische Abläufe“ lassen sich sämtliche Ausführungen auf andere, rein körperliche medizinische Behandlungen übertragen. Der Eingriff in die Persönlichkeit scheint ohne Konsequenzen zu bleiben. Mit dem Kunstgriff, den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als besonders schwerwiegend zu bezeichnen, gelingt es dem BVerfG immerhin, die Intensität des Eingriffs *grosso modo* angemessen zu würdigen. Wie ließe er sich rechtfertigen?

V. Rechtfertigungsgründe

Im Rahmen der Rechtfertigung sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:⁴⁴ Erstens, Interventionen in akuten Krisensituationen. Das BVerfG hielt in einer früheren Entscheidung die *Unterbringung* nach dem Baden-Württembergischen UBG auch zum ausschließlichen Schutz des Betroffenen vor sich selbst für aus dem Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt, sofern sie „sich als unumgänglich erweist, um eine drohende gewichtige Schädigung von dem Kranken abzuwenden.“⁴⁵ Die Urteilsbegründung bezieht sich nur auf den Freiheitsentzug durch die Unterbringung, nicht auf die (auch damals vorgenommene) Zwangsmedikation. Dabei hatte das BVerfG offenkundig eine sich akut selbstschädigende und in ihrer Einsichtsfähigkeit beeinträchtigte Person vor Augen. Diesem Urteil lässt sich nicht mehr entnehmen als die grundsätzliche staatliche Befugnis, einsichts unfähige Menschen in akuten Krisensituationen zu ihrem eigenen Wohl zu schützen. Vergleichbare Befugnisse bei unaufschiebbaren schwerwiegenden gesundheitlichen Gefahren finden sich in Maßregelvollzugsgesetzen.

⁴² BGHZ 166, 141 (146). In BGHZ 145, 297 (305) leitet der BGH die Freiheit zur Krankheit aus dem „Recht auf persönliche Freiheit“ (Art. 2 Abs. 2 GG) ab.

⁴³ Zum Vergleich: Bei Zwangseingriffen in den Körper (z.B. Bluttransfusion) käme niemand auf die Idee, nach einer Freiheit des Patienten zur Krankheit zu fragen, sondern nach Rechtfertigungen für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit.

⁴⁴ Von der Rechtmäßigkeit der Unterbringung und der therapeutischen Geeignetheit der Behandlung sei im Folgenden ausgegangen.

⁴⁵ BVerfGE 58, 208, (210); BVerfG NJW 1998, 1774.

Zweitens ist der Staat selbstredend schon aus allgemeinen polizeirechtlichen Erwägungen befugt, zum Schutz der Allgemeinheit in die Selbstbestimmung von Störern, etwa durch eine Beruhigungsspritze, einzugreifen. Bei drohenden Fremd- oder (schweren) Selbstschädigungen sind kurzzeitige Interventionen in die Psyche somit unstrittig zulässig und sollen im Weiteren unbeachtet bleiben. Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug betreffen hingegen regelmäßig eine dritte Konstellation. Die längerfristig Untergebrachten stellen keine akute Gefährdung für sich oder andere dar, die medikamentösen Behandlungen dauern Monate, nicht selten Jahre an (im vorliegenden Fall mehr als zehn). Welche Rechtfertigungen kommen in diesen Fällen in Betracht?

1. Pflicht zur Ungefährlichkeit?

Zunächst der Blick auf eine rechtstheoretische Frage, aus der sich möglicherweise eine Rechtfertigung für Zwangsbehandlungen gewinnen ließe und die in Zeiten präventiver Sicherheitsmaßnahmen, strafrechtlicher Vorverlagerungen und wissenschaftlich-technischer Neuerungen zur „Früherkennung“ devianter Verhaltensmuster in Genom, Hirnstruktur und Verhalten, des „screen and intervene“, angesprochen werden sollte:⁴⁶ Besteht so etwas wie eine staatsbürgerliche Pflicht zur Ungefährlichkeit? Die Besonderheit des Maßregelrechts liegt ja in der (vermuteten) Gefährlichkeit der Untergebrachten. Gäbe es eine gegenteilige Pflicht, könnte in ihrer Durchsetzung die Rechtfertigung für Eingriffe in die psychische Integrität liegen.

Rechtsprinzipiell besteht sicherlich die Pflicht, andere nicht zu verletzen. Sie umfasst auch das Verbot, andere zu gefährden, zumindest über die anerkannten sozial-adäquaten, erlaubten Risiken hinaus. Regelmäßig stellen Maßregelpatienten allerdings keine derart konkrete Gefahr dar, sondern lediglich eine indirektere, abstrakte Dauer Gefahr. Trotzdem darf der Staat angesichts der Schwere der drohenden Verletzungen (und der Anlasstat) auch gegen diese vorgehen.

a) Ist die Unterbringung ein Sonderopfer?

Diese Feststellung hat Konsequenzen für die Einordnung des Maßregelvollzuges. Wenn, wie es v.a. im Schrifttum heißt, Maßregelpatienten durch die Unterbringung ein Sonderopfer abverlangt würde, wären zusätzliche Eingriffe wie Zwangsmedikationen weitere Sonderopfer, deren Erbringung grund-

⁴⁶ So benennt der britische Soziologe *Rose* die Tendenz, durch Biomarker wie dem MAO-A Gen delinquente Neigungen frühzeitig zu erkennen und, anders als in Zeiten, in denen Biologie als Schicksal galt, auf vielfältige Weise zu intervenieren: *Rose*, *History of the Human Sciences* 1/2010, 79. Vgl. auch die internationale Diskussion zur pharmazeutischen Verbesserung moralischer Eigenschaften Straffälliger („moral enhancement“), die wesentlich effektivere Formen der Resozialisierung ermöglichen könnte als traditionelle Strafen: *Douglas*, *Journal Applied Philosophy* 2008, 228; *Shaw*, in: *Berg/Klaming* (Hrsg.), *Technologies on the Stand*, 2011, S. 177.

sätzlich nicht zu verlangen wäre.⁴⁷ Doch wird der Begriff des Sonderopfers in diesem Zusammenhang nicht weiter expliziert. Ausgangspunkt kann nur der allgemeine Rechtsgrundsatz sein, dass demjenigen, dem durch hoheitlichen Zwang unter Durchbrechung des Gleichheitssatzes und zum Wohle der Allgemeinheit ein Sonderopfer abverlangt wird, ein Anspruch auf Entschädigung zusteht.⁴⁸ Wiewohl die Unterbringung zweifelsohne eine besondere Last für den Betroffenen darstellt, ist doch fraglich, ob sie eine (überobligatorische) Aufopferung für das Allgemeinwohl darstellt. Die Pflicht, andere nicht zu gefährden, trifft alle Personen in gleichem Maße, wer sie nicht erfüllt oder erfüllen kann, wird *allein deshalb* anders behandelt. Das Recht verlangt von ihnen nicht mehr als von anderen, sondern dasselbe aufgrund eines allgemeinen Rechtssatzes: *neminem laedere*. Nur dieses Verletzungsverbot begründet die Unterbringung, die unterschiedlichen *faktischen* Begebenheiten (die Gefährlichkeit) können nun einmal nicht unberücksichtigt bleiben.

Soweit die Maßnahme rechtmäßig ist, sind es die Unterbrachten selbst, die den Anlass für sie schaffen. Es fällt in den genuinen Verantwortungsbereich eines jeden, andere nicht zu gefährden. Aus welchen Gründen bzw. Ursachen Maßregelnde weniger als allgemein verlangt erbringen können, ob sie dafür im strafrechtlichen Sinne Schuld tragen oder auf die Zurechenbarkeit von „Ursachen“ bzw. „personaler Verantwortung“ kann es dabei ebenso wenig wie auf einen in der Unterbringung liegenden, über „das Lebensrisiko hinausgehenden“ Schaden ankommen. Denn bei rechtmäßigem hoheitlichen Handeln erfordert ein Aufopferungs(gleicher)anspruch Schäden, die über die bloße Durchsetzung der Pflicht hinausreichen. Die Unterbringung ist jedoch gerade das notwendige Mittel zur Sicherung der Allgemeinheit. Vergleichbar mit Eingriffen im Polizeirecht und Defensivnotstand sind Sicherungsfolgen bei Nichterfüllung einer jedermann treffenden Pflicht – entschädigungslos – hinzunehmen.⁴⁹ Die Rede vom Sonderopfer suggeriert anderes und sollte vermieden werden. Nur bei *fälschlich* Unterbrachten („falsche positive“) dürfte dies anders zu beurteilen sein.

b) Weiterreichende Pflicht zur Ungefährlichkeit?

Doch daraus folgt für die Zulässigkeit von Zwangsmedikationen erst einmal nichts. Die Gefahr für die Allgemeinheit ist durch die Unterbringung regelmäßig gebannt. Eine Pflicht

zur Ungefährlichkeit wäre noch weitreichender. Sie würde nicht nur präventives Vorgehen gegen (latente) Gefahren erlauben, sondern eine Pflicht statuieren, schon keinen Anlass zur Gefahrenprognose zu schaffen: eben eine Pflicht, nicht gefährlich zu sein. Mit ihr ließen sich Zwangsmedikationen vergleichsweise einfach begründen. Die in den Vollzugsgesetzen häufig „Duldungspflichten“ genannten Behandlungsbefugnisse würden dann nur die „Ersatzvornahme“ dieser höheren Pflicht sichern. Doch sollte man sich die Bedeutung einer derartigen Pflicht vor Augen führen: Bürger müssen die Veränderung ihrer Psyche mit Zwangsmitteln dulden, weil sie der Pflicht, ihre Vorstellungen, Ansichten und emotionalen Einstellungen zu sich und der Welt so auszugestalten, dass daraus keine Gefährdungen für andere entstehen, nicht nachkommen. Nicht als moralischer Appell, sondern als Rechtspflicht. Das wäre der Rechtszwang zur geistigen Konformität.

Ob sich auf innere Haltungen gerichtete Rechtspflichten überhaupt begründen lassen, kann man mit guten Gründen bestreiten, etwa im Anschluss an den Rechtsbegriff *Kants*, nach dem das Recht allein äußerlich gesetzmäßiges Handeln fordern und erzwingen könne.⁵⁰ Zwar mag es davon Ausnahmen geben (etwa die Zeugenpflicht des Sich-Erinnerns) und der Verlauf der Grenze zwischen inneren und äußeren Handlungen weiterer Erörterung bedürfen.⁵¹ Dennoch markiert sie eine fundamentale Trennlinie zwischen Staat und Bürger. Eine Art Sozialpflichtigkeit des Geistes dürfte allemal in engen Ausnahmen begründbar sein. Das Recht muss grundsätzlich an das Verhalten in der Außenwelt, dort, wo Handlungen „als facta aufeinandertreffen“ und dadurch ein sozialer Bezug besteht, anknüpfen.

Eine generelle Pflicht zur Ungefährlichkeit kann es daher nicht geben. Im Gegenteil: Das Hegen verwerflichster Motive und eine durchweg „anti-soziale“ Persönlichkeit gehören zur grundrechtlich geschützten Freiheit. Wenn psychische Eigenschaften zur Grundlage maßregelrechtlicher Sanktionen gemacht werden, überlagern Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit die Innenwelt des Einzelnen bereits zu einem erheblichen Maße. Folglich kann auch im regulären Strafvollzug die Resozialisierung, die Beseitigung kriminogener psychischer Faktoren, nur Ziel, aber nie durchsetzbare Pflicht sein.⁵²

⁴⁷ Von einem Sonderopfer sprechen etwa *Volckart/Grünebaum* (Fn. 5), S. 222; *Pollähne*, in: Kammeier (Fn. 1), S. 34.

⁴⁸ *Papier*, in: Maunz / Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 60. Lfg. 2010, Art. 14 Rn. 671; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 135.

⁴⁹ Auch der in Gewahrsam genommene Sturztrunkene erbringt kein Sonderopfer - eine Entschädigung wäre unangebracht. Für einen „sozialen Entschädigungsanspruch“ in Form therapeutischer Angebote *Pollähne*, (Fn. 48), S. 35 m.w.N. Tatsächlich und ganz im Gegensatz zur Sonderopfer-These müssen Maßregelpatienten die Kosten gem. §§ 464a, 465 StPO, § 138 II StVollzG tragen, dazu *Baur*, in: Kammeier (Fn. 1), S. 97 ff. Therapieansprüche lassen sich auch ohne Sonderopfer begründen.

⁵⁰ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797; auch *Enders*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 2000, Art. 1 Abs. 1 Rn. 9; *Köhler*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1997, S. 11.

⁵¹ Die Trennung ist schon bei Kant nicht eindeutig, *von der Pfordten*, *Kant-Studien* 98 (2007), 431.

⁵² Anders der Entwurf von § 139 Abs. 2 Nr. 2 AE-StrafvollzG 1973, der Zwangsbehandlungen von Resozialisierungshinderlichen Krankheiten vorsah; *Podlech*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Hrsg.), *Alternativkommentar Grundgesetz*, Bd. 1, 3. Aufl. 2002, Art. 1 Abs. 1 Rn. 37 hält Personen für berechtigt, „ihre Identität, aus der sozialschädliches Verhalten folgt – bei Inkaufnahme der sich daraus ergebenden Konsequenzen wie Unterbringung – nicht aufgrund staatlicher Maßnahmen aufgeben zu müssen.“

Richtigerweise stellt das BVerfG dann auch klar, dass drittgeschützende Gesichtspunkte als Rechtfertigungsgrund ausscheiden. Der Schutz der Allgemeinheit könne auch „dadurch gewährleistet werden, dass der Untergebrachte unbehindert im Maßregelvollzug verbleibt. [Seine] Weigerung, sich behandeln zu lassen, ist nicht der Sicherheit der Allgemeinheit, [...] sondern seiner Entlassungsperspektive abträglich.“⁵³ Somit, und das ist richtungsweisend, verbleiben als legitime Zwecke der Behandlung allein die Interessen des Betroffenen.

2. Krankheitsheilung: Paternalismus vs. Patientenautonomie

Ins Zentrum der Rechtfertigung für Zwangsmedikationen rückt dann die Heilung der psychischen Störung, und, rechtsphilosophisch, die Paternalismusfrage. Ohne Blick auf die medizin- und rechtsethischen Debatten zur Patientenautonomie der vergangenen Jahre lässt sich die rechtfertigende Wirkung therapeutischer Eingriffe nicht beurteilen. In ihr hat sich vor allem eines herauskristallisiert: Auch noch so vernünftige Gründe eines benevolenten Entscheiders vermögen gegenüber der Selbstbestimmung des einsichtsfähigen Patienten nicht zu überwiegen, jedenfalls keine Eingriffsbefugnisse gegen seinen Willen begründen. Die Patientenautonomie wurde durch die Patientenverfügung und zuletzt durch das Urteil des BGH zum (zulässigen) Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen sukzessiv gestärkt. Dort heißt es: „Das aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht [legitimiert] die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit“ – sogar wenn diese Abwehr den Tod der Person sicher zur Folge hat.⁵⁴ Auch wohlwollender und medizinisch indizierter Zwang bleibt Zwang und ist rechtswidrig.

Räumt man der psychischen Selbstbestimmung ähnliches Gewicht wie der körperlichen ein, lassen sich die Grundsätze von Autonomie und Paternalismus auf Eingriffe in die Psyche übertragen. Maßnahmen gegen den Willen einsichtsfähiger Untergebrachter sind dann grundsätzlich ausgeschlossen. Infolgedessen müsste zwischen einsichts- und einsichtsunfähigen Patienten unterschieden werden – doch genau diese Differenzierung sehen einwilligungsunabhängige Befugnisse wie das RP-MVollzG grundsätzlich nicht vor. Da sie Eingriffe ohne Einwilligung erlauben, sind entsprechende Fähigkeiten unbeachtlich.

Hiergegen richtet sich das BVerfG mit scharfen Worten: „Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer medizinischen Zwangsbehandlung [...] hat strikt [die] krankheitsbedingte Unfähigkeit zu verhaltenswirksamer Einsicht – kurz: krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit – zur Voraussetzung.“⁵⁵ Bezüglich § 6 RP-MVollzG stellt es fest: Es „fehlt insbesondere an einer gesetzlichen Regelung des bei Zwangsbehandlungen zur Erreichung des Vollzugszieles unabdingbaren Erfordernisses krankheitsbedingt fehlender Einsichtsfähigkeit.“⁵⁶ Da diesen (und weiteren verfahrensrechtlichen) Män-

geln im Wege verfassungskonformer Auslegung nicht abgeholfen werden könne, ist § 6 RP-MVollzG für nichtig erklärt worden.⁵⁷ Dieses Verdikt dürfte auch die einwilligungsunabhängig ausgestalteten Maßregelvollzugsgesetze anderer Länder treffen. Folglich, ein sicherlich wichtiges Ergebnis: Zwangsbehandlungen von Einsichtsfähigen sind strikt unzulässig.

3. Eingriffe bei Einsichtsunfähigen

Im Weiteren setzt sich das BVerfG mit Zwangsbehandlungen Einsichtsunfähiger auseinander. Zu ihrer Rechtfertigung wird die Freiheit der Person herangezogen: „Zur Rechtfertigung des Eingriffs kann aber das grundrechtlich geschützte Freiheitsinteresse des Untergebrachten selbst (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) geeignet sein, sofern der Untergebrachte zur Wahrnehmung dieses Interesses infolge krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit nicht in der Lage ist.“⁵⁸

Die ohne die Behandlung drohende langfristige Verwahrung rechtfertigt also den Eingriff in die Selbstbestimmung. Dies ist die tragende und weitverbreitete Erwägung zur Legitimierung von Zwangsbehandlungen.⁵⁹ Schon bei den Instanzgerichten heißt es: „Die ohne Behandlung sicher weiter fortschreitende Chronifizierung [...] läuft auf eine dauerhafte Verwahrung im Maßregelvollzug hinaus.“ Die Behandlung sei „das letzte Mittel [...] eine längerdauernde Verwahrung bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit zu vermeiden.“⁶⁰ Und, so möchte man ergänzen, da die Psychopharmakotherapie zumindest die Aussicht auf Entlassungsreife und Verkürzung der Unterbringung erhöhe, sei der Staat gehalten, sie einzusetzen.

a) Grundrechte zur Rechtfertigung von Eingriffen bei ihrem Träger?

Allerdings klingt dies fast, als sei die Behandlung erforderlich, um die Unterbringung nicht unverhältnismäßig erscheinen zu lassen. Das wäre ein Fehlschluss. Zumindest missverständlich ist auch die Formulierung des BVerfG, wenn es eine Abwägung der Selbstbestimmung mit der Freiheit der Person vornimmt, als ob es sich um eine Kollision von Grundrechten unterschiedlicher Träger handelte („das dem eingeschränkten Grundrecht in der Abwägung mit denjenigen grundrechtlichen Belangen zukommt, die durch den Eingriff in dieses Recht gewahrt werden sollen“). So ließe sich in mehrpoligen Verhältnissen reden. Hier, das verschleiern die wohlklingenden Worte, liegt ein strukturell anderer Fall vor: Kein Dreiecksverhältnis, in dem der Staat kollidierende Abwehrrechte und Schutzpflichten ausbalancieren muss, sondern ein rein bipolares: *ein* von zwei Eingriffen bedrohter Grundrechtsträger.⁶¹ Läge die Legitimation für die Behand-

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 46.

⁵⁴ BGHSt 55, 191.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 54.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 77.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 80.

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 47.

⁵⁹ So auch der BayVerfGH NJW 1993, 1520 (1522).

⁶⁰ LG Landau, Beschl. v. 16.10.2008 – 2 StVK 255/06.

⁶¹ Vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 116; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 214.

lung in der Verhältnismäßigkeit der Unterbringung, geriete man in eine „zirkuläre Legitimation“. ⁶² So einfach kann man es sich bei der dogmatischen Konstruktion paternalistischer Eingriffsrechtfertigungen nicht machen. ⁶³

Die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung muss sich aus anderen Erwägungen ergeben (denen der §§ 60 ff. StGB). In ihnen darf die Zwangsbehandlung keine Rolle spielen, erst recht nicht, indem sie die Unterbringung durch gesteigerte Entlassungsaussichten in einem abgemilderten Licht erscheinen lässt. Zwar trifft es zu, dass die Unterbringung auch in zeitlicher Hinsicht so eingriffsarm wie möglich auszugestaltet ist, doch kann sich daraus nur eine Pflicht des Staates zur Bereitstellung therapeutischer Möglichkeiten, nicht aber eine des Betroffenen zu ihrer Wahrnehmung ergeben. So begrüßenswert es ist, dass das BVerfG den Verwahrsvollzug vermeiden möchte – gerade vor dem Hintergrund populistischer Forderungen nach langwierigem „Wegsperrn“ psychisch kranker Straftäter einerseits und den Bedenken des EGMR gegen nicht-therapieorientierte Präventivhaft andererseits –, kann doch in der Abschwächung des einen keine Rechtfertigung für einen gänzlich anderen Eingriff liegen. ⁶⁴ Wenn Grundrechte derselben Person gegeneinander abwägbar sind, werden aus Abwehrrechten Eingriffsrechtfertigungen, geradezu eine „Umkehrung der Grundrechtsidee“, die Schutzprinzipien zu Duldungspflichten macht. ⁶⁵ Der Staat darf zur Sicherung der Allgemeinheit in die Freiheit des Unterzubringenden eingreifen, aber doch nicht *deshalb* auch in die mentale Selbstbestimmung. Es ist eine schiefe Grundrechtsarithmetik, die, wenn zu einem Eingriff ein weiterer hinzukommt, im Ergebnis nur *einen* abgeschwächten erblicken kann.

⁶² Böllinger/Pollähne, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 61 Rn. 35; ähnlich Heide (Fn. 1), S. 227.

⁶³ Verglichen mit der ethischen Debatte sind juristische Beiträge zum Paternalismus jenseits der Frage, ob selbstschädigendes Verhalten (strafrechtlich) sanktioniert werden darf, eher rar. Die früher herangezogene „objektive Werteordnung“ bzw. ein Grundrechtsverzicht können Eingriffe nicht rechtfertigen, Hillgruber (Fn. 1), Kap. 4; Möller (Fn. 61), S. 134; Heide (Fn. 1), S. 228. Aus medizinethischer Sicht z.B. Schöne-Seifert, Jahrbuch Wissenschaft & Ethik 2009, 108.

⁶⁴ Die Zwangsbehandlung ist nicht bloß ein milderes Mittel als die Unterbringung. Der BGH mochte nicht einmal in einer ambulanten Zwangsbehandlung ein milderes Mittel (sondern ein aliud) zur stationären erblicken (vgl. BGHZ 145, 297 [302]).

⁶⁵ Münch, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen, Hamburg – Deutschland – Europa, 1977, S. 113 (S. 114). Schöch warnt davor, durch „falsch verstandene Humanität“ den Eingriffscharakter von Maßnahmen herunterzuspielen (in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, Vor § 61 Rn. 34).

b) Konstruktion: Paternalistische Rechtfertigung qua künftiger Erleichterung

Sachlich trifft die Abwägung des BVerfG dennoch zu. Nur müsste sie mit einer anderen argumentativen Struktur untermauert werden. Ein Vorschlag: Selbstredend sind zwei Eingriffe zunächst zwei Eingriffe. Die Abschwächung des einen Eingriffs (Unterbringung) erfolgt erst später, und zwar im Moment der vorgezogenen Entlassung. Die Besonderheit dieser Art paternalistischer Eingriffe liegt in ihrer zeitlichen Dimension, ihre rechtfertigende Kraft für heutige Eingriffe beziehen sie aus der Vermeidung künftiger. ⁶⁶ Sofern eine derartige Konstruktion ex futuris überhaupt tragfähig ist, ergeben sich aus ihr gewisse Anforderungen: Der heute betroffenen Person müssen die künftigen Erleichterungen zugutekommen, d.h., dass sie diese überhaupt erleben wird. Die heute betroffene Person muss mit der künftigen in einem bestimmten Verhältnis stehen, sie muss *dieselbe* sein. Eine rege philosophische Debatte betrifft die Frage, unter welchen Bedingungen Personen über die Zeit hinweg „diachron“ identisch bleiben. ⁶⁷ Sofern Interventionen alle psychischen Verbindungen einer Person zu ihrer Vergangenheit kappen (etwa durch eine retrograde Amnesie) ließe sich ihre Kontinuität bestreiten. Rechtlich erlangt die diachrone Identität in verschiedenen Bereichen Bedeutung, etwa bei der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen. ⁶⁸ Diese Debatte soll hier nicht verfolgt werden, ihr Grundgedanke ist aber auch für hiesige Zwecke erhellend: Je tiefgreifender und nachhaltiger psychiatrische Eingriffe die Person verändern und umso stärker sich die künftige Person von der jetzigen unterscheidet, desto dünner wird das verbindende Band in die Zukunft, welches die Grundlage für die Rechtfertigung des heutigen Eingriffs bildet.

Schon diese Überlegung zeigt, wie bedeutsam der Schutz des Persönlichkeitskerns ist. Unter der Annahme, dass die Person sie selbst bleibt, dürfte das wichtigste Kriterium für Rechtfertigungen qua künftiger Erleichterung darin liegen, dass die künftige Person den herbeizuführenden Zustand auch tatsächlich als Erleichterung bewertet. Täte sie dies nicht, dann kann die (ausbleibende) künftige Erleichterung keinen heutigen Eingriff rechtfertigen. Vorstellbar ist dies etwa bei religiös motivierter Ablehnung von Psychopharmaka, deren Einnahme das künftige Seelenheil beeinträchtigt.

Das Erfordernis einer nachträglichen Einwilligung oder Zustimmung kann aber nur eine Minimalbedingung darstellen. Die durch „Gehirnwäsche“ u.ä. Begriffe ausgedrückten Bedenken liegen ja gerade darin, dass Personen dermaßen verändert werden, dass sie von ihrem neuen Standpunkt aus (fast) alles nachträglich gutheißen. Die retrospektive Zustimmung kann daher eine Einwilligung zum Eingriffszeitpunkt nicht ersetzen. Nur sofern sie vom Einsichtsunfähigen

⁶⁶ Hierin unterscheiden sie sich von anderen paternalistischen Konstellationen (Selbstmord, Gurtspflicht).

⁶⁷ Parfit, Philosophical Review 1971, 3; deGrazia, Human Identity and Bioethics, 2005.

⁶⁸ Vgl. Bericht der Enquete-Kom. des Bundestages „Ethik & Recht der modernen Medizin“, BT-Drs. 15/3700, S. 60 ff.; Merkel, JZ 1999, 502.

nicht selbst gegeben werden kann, muss der Stellvertreter die Wahrscheinlichkeit der nachträglichen Zustimmung als zusätzliche Anforderung bei seiner Entscheidung berücksichtigen. Hinsichtlich dieser Frage wären empirische Untersuchungen hilfreich. Eine britische Metastudie zeigt etwa, dass nur etwas mehr als die Hälfte psychiatrisch Zwangsbehandelter die Maßnahme retrospektiv befürwortet.⁶⁹ Das stimmt bedenklich.

Über den gesamten Zeitraum betrachtet ließe sich sagen, dass mehrere Eingriffsmittel zur Verfügung stehen – die langwierige Unterbringung ohne Behandlung vs. die vermeintlich kürzere mit –, aus denen das mildeste zu wählen ist. Bei zwei hochrangigen Rechtsgütern – der Freiheit des Körpers und des Geistes – muss sich die Wahl nach den Präferenzen des Grundrechtsträgers richten.⁷⁰ Sofern dieser einsichtsfähig ist und seine psychische Unversehrtheit der Freiheit und die „longstay“-Verwahrung der Behandlung vorzieht, wozu es in der Praxis immer wieder zu kommen scheint, ist dies als Ausdruck seiner grundrechtlichen Freiheiten ohne Weiteres zu akzeptieren. Aus dieser Gewichtung der Interessen, das betont auch das BVerfG, lässt sich auch nicht auf seine Einsichtsunfähigkeit schließen. Schließlich mag es dafür viele Gründe geben, nicht zuletzt, dass in einer unent-rinnbaren, als feindlich empfundenen intramuralen Umgebung der letzte Rest an Selbstbehauptung auch darin liegen kann, seine Gedanken und Gefühle nicht preiszugeben.⁷¹

Allerdings beruht bei den hier allein noch in Frage stehenden Behandlungen Einsichtsunfähiger die Weigerung auf einem Willen, der aufgrund defizitärer Willensbildungsfähigkeiten nicht von der Qualität ist, dass ihm die Rechtsordnung unbedingte Verbindlichkeit zusprechen muss.⁷² Daraus folgt die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen noch nicht. Vielmehr muss eine andere Instanz das mildere Mittel unter Berücksichtigung des natürlichen Willens des Betroffenen bestimmen. In diesem Zusammenhang hat das BVerfG nun eine Reihe strenger Anforderungen aufgestellt:

⁶⁹ Jarret/Bowers/Simpson, *Journal of Advanced Nursing* 64 (2008), 538.

⁷⁰ So auch Pollähne (Fn. 47), S. 44. Unter Einwilligungsgesichtspunkten ebenso Amelung (Fn. 4), S.86.

⁷¹ Zu den Beweggründen einer Therapieverweigerung (im Betreuungsrecht) etwa Bienwald, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 4, 14. Aufl. 2006, § 1906 Rn. 30.

⁷² Der überaus bedeutsamen Frage, wo die Grenzen der Einsichts(un)fähigkeit liegen, kann hier nicht nachgegangen werden. Da Übergänge fließend sind, wird der Grad an Einsichtsunfähigkeit bei der Gewichtung des natürlichen Willens berücksichtigt werden müssen. Ein Mindestmaß an Fähigkeiten zur kritischen Reflektion und zum Entwurf eines Lebensplans wird erforderlich sein. Zum überraschenden Ergebnis, dass auch schwerwiegende psychische Probleme die Entscheidungsfähigkeit im Vergleich zur „normalen“ Population häufig nicht deutlich beeinträchtigen, kommt die großangelegte US-Studie von Grisso/Appelbaum, *Law and Human Behaviour* 1995, 149.

VI. Verfahrensrechtliche Vorgaben

1. Rechtsschutzgarantien

Zwangsbehandlungen müssen in einer Weise angekündigt werden, die dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, Rechtsschutz zu suchen, auch bei Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter.⁷³ Aufgrund der besonderen Situation in der Unterbringungseinrichtung sei es zudem unabdingbar, „dass dem Eingriff eine von der Unterbringungseinrichtung unabhängige Prüfung vorausgeht.“⁷⁴ Dabei lässt das BVerfG offen, wie diese externe Prüfung auszugestaltet ist, etwa durch Bestellung eines Betreuers, Richtervorbehalt oder unabhängige Fachleute. Jedenfalls sei eine sich „nicht in Schreibtischroutine erschöpfende Prüfung“ durch den Gesetzgeber sicher zu stellen.⁷⁵ Auch diesen Anforderungen genügen § 6 RP-MVollzG und andere landesrechtliche Vorschriften nicht. So entschied das OLG München jüngst: „Ob die Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung i.S. des Art. 13 Abs. 2 UnterbrG vorliegen, entscheidet der behandelnde Arzt, eine gerichtliche Genehmigung ist nicht vorgesehen.“⁷⁶

2. Zur Rolle der Ärzte

Damit ist eine weitere wichtige Neuerung angesprochen: Die Rolle der Ärzte. Das BVerfG kritisiert die weitreichenden ärztlichen Beurteilungsspielräume, deretwegen Maßnahmen in der Praxis häufig nur eingeschränkter gerichtlicher Überprüfung unterliegen. Tatsächlich irritieren Formulierungen in einschlägigen Entscheidungen, der Arzt entscheide in „alleiniger Verantwortung“, Art und Umfang von Zwangsmedikationen seien ins „freie ärztliche Ermessen“ gestellt, die der Prüfung bis zur Grenze „erkennbar sachwidriger oder objektiv willkürlicher Gründe“ entzogen sei.⁷⁷ Exemplarisch das Berliner KG: „Sofern ärztliches Ermessen besteht, ist ein Untergebrachter durch eine ärztliche Maßnahme nur dann in seinen Rechten verletzt, wenn sie sich durch keinen sachlichen Gesichtspunkt rechtfertigen lässt und sich damit als Missbrauch ärztlichen Ermessens darstellen würde.“⁷⁸

Allerdings kann Eigenverantwortlichkeit nur dort herrschen, wo die Freiheit zur Entscheidung mit dem Tragen ihrer Konsequenzen zusammenfällt. Hier ist das Gegenteil der Fall. Der Untergebrachte trägt die faktischen Konsequenzen, während der Arzt der rechtlichen Konsequenzen durch die eingeschränkte Überprüfbarkeit gerade entoben wird. Dass ärztliche Entscheidungen unter keinem sachlichen Gesichtspunkt vertretbar erscheinen, trifft nur auf krasse Fehlbehandlungen zu. Bezüglich einer ärztlichen Strafbarkeit mag dies der richtige Maßstab sein, aber warum soll der Schutz

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 63 f.

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 70.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 71.

⁷⁶ OLG München NJW-RR 2009, 1451 (1452).

⁷⁷ LG Heidelberg, Urt. v. 20.4.2001 – 7 StVK 79/04. Krit. Pollähne (Fn. 47); Gericke, in: Kammeier (Fn. 1), S. 393.

⁷⁸ So das Berliner KG NStZ-RR 2008, 92 (94).

des Patienten vor Maßnahmen der öffentlichen Gewalt auf derartige Ausnahmen verengt sein?⁷⁹

Auch diese Praxis rügt das BVerfG: Zwar seien Einzelheiten der Medikation zunächst eine Sache ärztlicher Beurteilung, dies „ändert aber nichts an der Notwendigkeit einer effektiven Rechtsschutz sichernden Verfahrensgestaltung. Wenn ärztliche Maßnahmen zwangsweise ergriffen werden, ist der damit verbundene schwerwiegende Grundrechtseingriff der grundrechtlich gewährleisteten gerichtlichen Überprüfung – auch der gerichtlichen Überprüfung auf seine Verhältnismäßigkeit, die von der näheren Ausgestaltung der Maßnahme abhängen kann – nicht deshalb entzogen, weil die Angemessenheit der Maßnahme nur auf der Grundlage ärztlichen Sachverständes beurteilt werden kann. Soweit die gerichtliche Überprüfung nur auf der Grundlage ärztlichen Sachverständes möglich ist, gehört es zur [...] Aufklärungspflicht der Gerichte, sich solchen Sachverständes zu bedienen.“⁸⁰ Folglich müssen Ermessensentscheidungen – gerade auch im Vorwege – gerichtlich voll überprüfbar sein.

VII. Verhältnismäßigkeitserwägungen

Doch auch die besten verfahrensrechtlichen Sicherungen helfen bei Unklarheiten über die zu schützenden Rechtspositionen wenig. Welche Aspekte müssen beachtet werden?

1. Medizinische und rechtliche Abwägungen

Die Behandlung muss Aussicht auf Erfolg versprechen und als letztes Mittel eingesetzt werden. Zudem legt das BVerfG Wert darauf, dass auch bei Einsichtsunfähigen ernsthaft versucht wird, ihre Zustimmung zu gewinnen. Die Zahl der kontroversen Fälle wird dadurch kaum spürbar sinken, da sie vielfach auf einer ähnlichen tatsächlichen Grundlage beruhen dürften: Die Anlasserkrankung eines die Behandlung verweigernden Untergebrachten kann durch psychotherapeutische, sozialpädagogische o.a. nicht-pharmakologische Mittel nicht zufriedenstellend behandelt werden, so dass zur längerfristigen Unterbringung nur die Alternative der Zwangsbehandlung verbleibt. Dann muss der Eingriff in die mentale Selbstbestimmung gegen das künftige Wohl des Betroffenen abgewogen werden.

Bemerkenswert ist, dass die Schwere des Eingriffs in die Selbstbestimmung schon bisher von Rechtsprechung, Litera-

tur und Gesetzgebern unisono herausgestellt wurde. So heißt es beim BGH: „Nicht nur die Unterbringung, [...] auch der mit der Zwangsbehandlung verbundene Eingriff“ sei in die Güterabwägung einzubeziehen,⁸¹ und im vorliegenden Fall bescheinigt das BVerfG den Fachgerichten, erkannt zu haben „dass eine Zwangsbehandlung einen schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen darstellt.“⁸² Warum dann so abweichende Ergebnisse?

Wiederum: Wenn das Ziel des Eingriffs nicht der sichtbare Körper, sondern die von außen unsichtbare Innenwelt ist, geraten die betroffenen Grundrechtspositionen spätestens bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Vergessenheit. So beschränkt sich die Abwägung auf die medizinischen Vor- und Nachteile des Eingriffs. Dabei wird verkannt, dass diese Aspekte nur eine Seite der Medaille bilden. In der grundlegenden Entscheidung zur betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlung heißt es etwa beim BGH: „Der mögliche therapeutische Nutzen der Behandlung [muss] gegen die Gesundheitsschäden abgewogen werden, die ohne die Behandlung entstehen würden.“⁸³ So auch das BVerfG: „der zu erwartende Nutzen der Behandlung [muss] den möglichen Schaden der Nichtbehandlung überwiegen.“⁸⁴

Wörtlich genommen ist das falsch. Nutzen überwiegen Schäden per definitionem. Der therapeutische Nutzen ergibt sich aus dem Vergleich der Zustände ohne und mit Behandlung. Er kann schon logisch nicht sinnvoll gegen einen die Vergleichsbasis bildenden Zustand – der Schaden durch Nichtbehandlung – abgewogen werden. Vielmehr muss (und wird in der Praxis hoffentlich auch) der Nutzen des Eingriffs, um die Wahrscheinlichkeit seines Ausbleibens gemindert, gegen die anderen Risiken des Eingriffs abgewogen werden (der Schaden *durch* die Behandlung).

Stellt man in diese Abwägung nun die Gesundheitsrisiken und – Vorteile ein, folgt daraus aber zunächst nur die *medizinische* Indikation der Maßnahme. Überstiegen Nebenwirkungen die positiven Effekte, wäre die Maßnahme gewiss medizinisch kontraindiziert, *contra legem arte*. In einer rechtlichen Abwägung muss irgendwo auch die in abstracto stets betonte Bedeutung der (psychischen) Selbstbestimmung auftauchen. Nach ihr sucht man in vielen Entscheidungen vergebens, und ihre Abwesenheit schlägt sich dann im für die Judikatur typischen Abwägungsergebnis nieder: Der kurzzeitige und unangenehme Eingriff (auch z.B. durch Zwangs-Injektion) stelle trotz seiner Nebenwirkungen wegen der Aussicht auf Krankheitsheilung und Entlassung ein zwar bedauerliches, aber zumutbares Übel dar. Gegen diese Abwägung ist nichts einzuwenden, sie entspricht genau derjenigen, die wir alle im täglichen Umgang mit Risiken, vom Straßenverkehr bis zur statistisch immer risikobehafteten ärztlichen Behandlung,

⁷⁹ Der Arzt tritt dem Patienten im Maßregelvollzug in Ausübung öffentlicher Ämter gegenüber, vgl. *Volckart/Grünebaum* (Fn. 5), S. 221; zur Problematik der ärztlichen Doppelfunktion im Strafvollzug *Hillenkamp*, in: *Hillenkamp/Tag* (Fn. 4), S. 10; zur besonderen Situation im MVollzug *Gericke* (Fn. 77), S. 388. Grundsätzlich sind Beurteilungen und Ermessenentscheidungen verwaltungsgerichtlich überprüfbar, im Grundrechtsbereich bis zur Grenze der Funktionsfähigkeit der Rspr.: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, S. 133 ff.; *Gericke* (Fn. 77), S. 392. Einer Vorgabe des BGHZ 166, 141 (154) zur Vorabfestlegung von Art und Dosierung haben sich einige OLGs wegen „praxisferne“ widersetzt, krit. *Dodegje*, NJW 2006, 1627.

⁸⁰ BVerfG Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 64.

⁸¹ BGHZ 166, 141 (146) zur in diesem Punkt vergleichbaren Abwägung.

⁸² BVerfG NJW 2009, 2804.

⁸³ BGHZ 166, 141 (146); OLG Stuttgart R&P 2010, 93 (94); OLG Hamm R&P 2009, 97 (98). Auch will der BGH die psychischen Auswirkungen der Unterbringung berücksichtigt wissen, übergeht aber die der Behandlung.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 61.

vornehmen. Doch in ihr fehlt das entscheidende Element: die Berücksichtigung der *Hauptwirkung* – die „Veränderung seelischer Abläufe“. In dieser systematischen Blindheit gegenüber dem eigentlichen Eingriff liegt die Merkwürdigkeit betreuungs- und maßregelrechtlicher Entscheidungen. Richtigerweise muss die primäre Frage lauten, ob die Veränderungen der Psyche verhältnismäßig sind. Das beinhaltet, auch bizarre Erscheinungsformen psychischer Krankheiten *prima facie* als rechtlich geschützt anzusehen.

2. Pharmazeutische (Neben-)Wirkungen

Der Schaden durch die Behandlung liegt aber nicht nur in der Beseitigung der für krankhaft erachteten Symptome, sondern im gesamten Eingriff in die psychische Integrität. An diesem Punkt muss der Wirkweise von Psychopharmaka Rechnung getragen werden. Keineswegs beseitigen sie nur bestimmte psychische Störungen, sie lassen sich hinsichtlich ihrer psychischen Auswirkungen auch nur bedingt in Analogie zu rein körperlich wirkenden Medikamenten verstehen. Jedenfalls sind Psychopharmaka nicht so etwas wie Antagonisten oder „Gegengifte“ zu (psychischen) Krankheiten, wie es weitverbreitete, aber verkürzte Vorstellungen über jene als chemische Ungleichgewichte (etwa die Serotonin-Hypothese der Depression oder Dopamin-Hypothese der Schizophrenie) nahe legen mögen. Psychopharmaka wirken wesentlicher indirekter. Sie modifizieren Vorgänge in Neurotransmittersystemen, welche wiederum an einer Vielzahl psychischer Phänomene beteiligt sind. Derzeit sind die Neurowissenschaften und Psychopharmakologie weit davon entfernt, die psychischen Funktionen einzelner Substanzen oder Transmittersysteme (gar Rezeptorklassen) abschließend zu bestimmen. Wie (eng) neuronale Eigenschaften mit psychischen verbunden sind, ist eine weitgehend offene Frage vor dem Hintergrund des ungelösten Verhältnisses von Geist und Gehirn. Derzeit gibt es keine *spezifischen* Psychopharmaka in einem hier relevanten Sinne, d.h. solche, die nur die Symptome der Anlasskrankheit, nicht aber weitere psychische Phänomene tangieren und deren Folgen sich abschließend bestimmen lassen.⁸⁵

Rechtlich muss man daher auch moderne Psychopharmaka als grobe Eingriffe in multifunktionale Systeme ansehen. Man verändert vielfältige psychische Eigenschaften in der – empirisch fundierten – Hoffnung, dass dadurch die Krankheitssymptome verschwinden. All diese Auswirkungen sind bei Abwägungen zu berücksichtigen. Dies zieht weitere Prob-

⁸⁵ Soweit ersichtlich wird die abschließende Funktionszuweisung einzelner (Rezeptor-)Systeme (noch) nicht einmal erörtert. Bei „selektiven“ Psychopharmaka bezieht sich diese nur auf *physiologische* Vorgänge: Pharmakologische Selektivität ist keine funktionale Spezifität, siehe Holsboer/Gründer/Benkert (Hrsg.), Handbuch Psychopharmakotherapie, 2008, S. 40. Solche Gleichsetzungen sind derzeit nur Forschungshypothesen: „The hope [!] is that the diversity of receptor subtypes is matched by diversity of function in the brain, so that subtype selective drugs may provide means for selective therapy of brain disorders“ (vgl. Webster, Neurotransmitters, Drugs and Brain Function, 2001, S. 61).

leme nach sich. Schon die Beschreibung psychischer Auswirkungen ist praktisch kaum möglich, da sie sich in der Innenwelt des Betroffenen entfalten und von außen weder messbar noch kategorisierbar, sondern allein durch Mitteilung des Betroffenen erfahrbar sind. Somit durchlaufen sie zunächst die häufig ja als gestört angesehenen psychischen „Filter“ des Betroffenen, weswegen den Berichten Betroffener wenig Relevanz beigemessen werden dürfte. Wissenschaftstheoretisch ist der Rang so erhobener Daten selbst bei aufrichtigen und gesunden Personen mangels intersubjektiver Zugänglichkeit, dem Kern empirischer Forschung, umstritten.⁸⁶ Auch wenn man sie für grundsätzlich geeignet hielte, müssen die Grenzen introspektiver Zugänge zu psychischen Prozessen bedacht werden. Der Blick nach innen ist eben ein sehr vager, viele subtile und unbewusste Veränderungen, die mit Veränderungen neuronaler Hintergrundprozesse einhergehen, sind kaum einsichtig und beschreibbar. Hinzu kommt die bekannte Schwierigkeit, dass sich über Inneres so schlecht und kaum intersubjektiv verbindlich sprechen lässt.

Bei der Beurteilung psychischer Auswirkungen von Eingriffen ins Gehirn berührt das Recht also Grundlagenprobleme der Neurowissenschaften: Wie verhalten sich Gehirnzustände zu psychischen Phänomenen, kann es überhaupt eine „harte“, empirische Wissenschaft aus der dritten-Person-Perspektive geben, sind phänomenale Erlebnisse auf neuronale reduzierbar? In diesen ungelösten Fragen klingt an, welche Schwierigkeiten Interventionen in die Psyche bereiten. Zumindest eines sollte klar sein: Wer, wie es wohl in der Praxis mitunter geschieht, Psychopharmaka hinsichtlich ihrer *psychischen* Folgen Unbedenklichkeitsbescheinigungen ausstellt, scheint die theoretischen Voraussetzungen und die Reichweite von Aussagen empirischer Wissenschaften über Gehirn und Geist zu verkennen.⁸⁷

3. Psychische Integrität ...

Von diesen grundsätzlichen Schwierigkeiten abgesehen muss der Eingriff in die psychische Integrität ins Verhältnis zum künftigen Wohl des Patienten gesetzt werden. Dabei ist zunächst die Eingriffsintensität zu bemessen, was die gewiss nicht leichte Aufgabe birgt, die Signifikanz der zu verändernden, „krankhaften“ psychischen Phänomene und die Folgen ihrer Beseitigung zu bewerten. Auch muss die Gefahr von durch Zwangsbehandlungen ausgelösten Traumatisierungen bedacht werden.

Bekräftigt sei hier, dass die Bewertung psychischer Phänomene nicht aus der medizinisch-psychiatrischen Perspektive, sondern der des Betroffenen erfolgen muss. Krankheiten

⁸⁶ Sog. Heterophänomenologie, dazu Dennett, Sweet Dreams, Philosophical Obstacles to a Science of Consciousness, 2005, Kap. 2.

⁸⁷ Welche Folgen etwa Eingriffe in das an einer Unmenge psychischer Phänomene beteiligte dopaminerge System haben können, ist kaum abzuschätzen. Dies zeigt sich u.a. am großen Spektrum der mit entsprechenden Einwirkungen behandelten Symptome, z.B. Sibley/Hanin/Kuhar/Skolnick (Hrsg.), Handbook of Contemporary Neuropharmacology, Bd. 1, 2007, Kap. 2.

sind keine in der Natur auffindbare Entitäten, sondern Urteile, die Wertungen über das Nicht-Sein-Sollen eines Zustandes beinhalten. Gerade bei psychischen Krankheiten und symptomorientierten Krankheitsklassifikationen wie dem ICD oder DSM beruhen diese Wertungen auf vielerlei Faktoren, zu denen u.a. auch Verhaltens- und soziale Probleme gehören. Sofern der Betroffene die Gültigkeit der zugrundeliegenden Werte bestreitet, lassen sich an ihrer Hand kaum Zwangsmaßnahmen gegenüber ihm begründen. Der Einwand, diese Uneinsichtigkeit in Wertungen sei krankheitsbedingt und somit unbeachtlich, verfängt nicht. Er beruht auf der anspruchsvollen Voraussetzung, dass übergeordnete, objektiv gültige Maßstäbe existierten, die nur der Betroffene nicht erkennen könne.⁸⁸ Doch dass medizinische Krankheitswertungen allgemeine (gar universelle oder historische) Gültigkeit beanspruchen können, ist eine These, die auch viele Medizintheoretiker nicht teilen dürften. Krankheitsurteile hängen von kontingenten sozialen Bedingungen und kulturellen Vorstellungen ab, psychiatrische Probleme sind auch immer solche in der Auseinandersetzung mit der Lebenswelt, deren Ursachen nicht allein in internen (gar chemischen) „Mängeln“ des Betroffenen zu finden sind.⁸⁹ Daher können medizinische Wertungen allein keine innere Begründung für das Nicht-Sein-Sollen solcher Zustände liefern.

In abgeschwächter Form gilt ähnliches auch für fehlende Realitätsbezüge. Knapp: Es gibt kein unbedingt richtiges Denken, und keine solche Sicht der Wirklichkeit. Jeder Versuch, allgemeingültige Richtigkeits-, gar Wahrheitsansprüche im ernsthaften Glauben zu formulieren, dabei über das hinauszugelangen, worüber sich intersubjektiv Übereinstimmung erzielen lässt, übersieht erkenntnistheoretische Grenzen. Es ist müßig darüber zu streiten, wie die Dinge-an-sich wirklich sind.

Skeptizismus und Solipsismus lassen sich nicht widerlegen, sondern nur mit einer gehörigen Prise Pragmatismus ausblenden. In einer durchweg (selbst in den Naturwissenschaften) beobachterabhängigen Welt lässt sich tragfähiger Grund für Zwangsmaßnahmen gegenüber dem anders-Denkenden durch Verweis auf absolut Richtiges nur schwer gewinnen. Und auch wenn sich im weiten Spektrum psychischer Abnormitäten Zustände finden, die man nicht anders als irrig bezeichnen kann (der Glaube, Napoleon zu sein), folgt daraus ohne weiteren normativen Satz der Art, an Irriges nicht glauben zu dürfen, nicht viel. Zu seiner Begründung mag man das „grundgesetzliche Bild des Menschen als Ver-

nunftwesen“ heranziehen.⁹⁰ Aber das wäre unehrlich und vielleicht auch falsch: Immerhin sind Pluralität und Diversität von, im Wortsinne, *Weltanschauungen* ein hohes Gut, insbesondere in einer Verfassung, die das Subjekt und die Subjektivität zu ihren konstituierenden Prinzipien zählt. Verdeckte Normierungen des Wahren oder Richtigen führen letztlich nur dazu, dass Souverän ist, wer über geistige Normalität entscheidet.

Zugespitzt heißt dies, dass auch einem halluzinierenden Betroffenen, der seine Visionen für sinnstiftend und wertvoll erachtet (z.B. imaginierte Gefährte), seine Vorstellungen nicht deshalb genommen werden dürfen, weil sie psychiatrisch krankhaft oder „irreal“ sind. Irgendwie klingen entsprechende Überlegungen auch in der Beteuerung des BVerfG an, eine „Vernunftlosigkeit“ dürfe es nicht geben. Und das heißt, dem Unvernünftigen, Irrationalen, Phantastischen und Bizarren ein Gewicht in der Abwägung einzuräumen.

4. ... versus: Das künftige Wohl des Betroffenen

Ob der „Unvernünftige“ behandelt werden darf, entscheidet sich allein danach, ob sein künftiges Leben ohne Krankheit wirklich ein deutlich besseres ist. Auch auf dieser Seite der Abwägung tauchen obige Aspekte auf. Ist nur ein psychisch gesundes ein gutes Leben? In Ansehung so manch hochgradig „Verrückter“ in Geschichte und Geisteswelt lässt sich kaum behaupten, ein Leben mit psychischer Krankheit sei notwendig ein schlechtes. Andersherum sollten psychische Krankheiten keinesfalls romantisiert werden. Nur einige wenige Betroffene dürften wie ein Salvador Dalí leben, der mit seiner paranoisch-kritischen Methode die „systematische Erkundung wahnhafter Erfahrungen“ zur Grundlage einer das 20. Jahrhundert prägenden Kunstrichtung erhob. Gleichwohl ist die medizinisch-psychiatrische Rationalität nur ein Zugang zur Welt. Ob ein herbeizuführender Zustand ein guter ist, kann eben nicht ohne Blick auf das Wohl des Betroffenen dekreditiert werden.

Dieses in den Mittelpunkt zu rücken heißt, Entscheidungen nach den Werten, Lebensvorstellungen, Identitätskonzepten und Wünschen des Betroffenen auszurichten. Dabei darf sich der entscheidende Dritte durchaus vom natürlichen Willen des Betroffenen lösen und z.B. irrationale und inkohärente Ansichten wohlverstanden umdeuten. Möglicherweise ließe sich ein Gerüst individueller Präferenzen eruieren, nach dem eine Verweigerung der Behandlung kaum begründbar, gar widersprüchlich wäre, ohne dabei fremde Werte aufzuktroyieren. Patientenverfügungen sind dabei zu berücksichtigen.

Unter dem Gesichtspunkt des künftigen Wohls lassen sich dann auch kontingente Faktoren berücksichtigen, schließlich geht es um ein gutes Leben in dieser (unvollkommenen) Welt. In einer wohlorientierten Perspektive entziehen sich Wertungen nicht jeglicher Abstufung als besser oder schlechter. Deswegen ist zum einen die Verkürzung der Unterbringung zu beachten, denn ein Leben in ihr ist prima facie kein

⁸⁸ Keineswegs setzt die Betonung der Wertgebundenheit psychischer Krankheitsbegriffe eine Position voraus, die ihre Wissenschaftlichkeit bezweifelt („Myth of mental illness“, Szasz). Schon begrifflich kann es Störungen und Dysfunktionen nur im Gegensatz zu „normalen“ Zuständen geben, deren Sein-Sollen sich nicht allein aus ihrer Beschreibung ergeben kann. Zu diesen die Psychiatriegeschichte durchziehenden Grundlagenprobleme etwa Wakefield, *World Psychiatry* 2007, 149; Schramme, *Psychische Krankheiten aus philosophischer Sicht*, 2003; Horwitz, *Creating Mental Illness*, 2002.

⁸⁹ Böllinger/Pollähne (Fn. 62), § 61 Rn. 28.

⁹⁰ Der BayVerfGH argumentierte früher mit dem „Urbild des Menschen“ VerwRSpr 10, 390 (396), krit. Neumann, *KritV* 1993, 276 (283); Heide (Fn. 1), S. 187.

gutes.⁹¹ Zum anderen, und unabhängig von medizinischen Wertungen, dürften die spezifischen *Symptome* der Krankheit dem Wohl des Betroffenen in dieser Welt häufig abträglich sein. Darüber hinaus wird man normativ die Fähigkeiten zur mentalen Selbstbestimmung als zum Wohl gehörend verstehen müssen.

5. Leitidee: Mentale Selbstbestimmung

Die Idee der mentalen Selbstbestimmung vermag bei der Bewertung von Eingriffen Orientierung bieten. Sie findet sich auch beim BVerfG, für das Eingriffe darauf zielen sollen, die „tatsächlichen Voraussetzungen freier Selbstbestimmung“ herzustellen.⁹² Bei psychisch Kranken muss das vorrangig mentale Fähigkeiten meinen. Im Lichte der mentalen Selbstbestimmung erscheinen Behandlungsmethoden als besonders bedenklich, die Patienten ruhig stellen (z.B. aus anstaltsbezogenen Erwägungen), das Nachdenken oder „klare Gedanken fassen“ erschweren („Gedanken- und Sprachverarmung“), das Erinnerungsvermögen beeinträchtigen, die Bandbreite emotionaler Erfahrungen (Empfindungsfähigkeit) reduzieren oder schwer kontrollierbare Emotionen wie Ängste, Apathie, innere Leere oder Gefühle des In-sich-ingesperrt-seins oder einen Verlust an „Ich“-Qualität hervorrufen. Tendenziell positiv zu beurteilen sind Eingriffe, die rationale Denkstörungen und Täuschungen (Wahnvorstellungen) beseitigen, die Bewusstwerdung von Konflikten und Verhaltensmustern und damit Selbstreflexion ermöglichen, kognitive Fähigkeiten, Willensstärke oder Motivation steigern oder selbstbestimmungsdienliche Eigenschaften anderweitig fördern. Vermutlich stehen die meisten Therapieformen mit diesen Ideen im Einklang.

Folglich: Die Unterbringung ohne Behandlung darf nicht von vornherein abgelehnt, sondern muss als Option ernsthaft in Betracht gezogen werden. Für Zwangsbehandlungen reicht nicht aus, dass keine anderen Mittel zur Verfügung stehen. Vielmehr muss der Eingriff ein deutlich besseres Leben für und eine nachträgliche Zustimmung durch Betroffene erwarten lassen. Es ist vorstellbar, dass es manchmal in ihrem Wohl liegen könnte, in einem glückseligen Zustand der Uneinsichtigkeit untergebracht zu sein, als ungefährlich, aber von für sie bedeutsamen psychischen Eigenschaften „geheilt“, schneller entlassen zu werden. Auch sollte man bedenken, dass man denjenigen, die den Veränderungen ihrer Innenwelt nachträglich nicht zustimmen, zumindest in einer ex-post Betrachtung Unrecht zugefügt hat.⁹³

⁹¹ Zudem ist auch die Zeitspanne zu berücksichtigen, um welche die Nichtbehandlung die Unterbringung tatsächlich verlängern würde. Auch erfolgsversprechende Zwangsbehandlungen können Jahre dauern, während mit zunehmender Unterbringungslänge die Begründungslast für ihre Fortführung steigt (vgl. BVerfGE 70, 297).

⁹² BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 51.

⁹³ D.h. nicht, dass die Maßnahme deshalb, trotz richtiger Prognose ex-ante, rechtswidrig war.

VIII. Gehirn und *forum internum* als absolute Eingriffsgrenze?

Die bisherigen Ausführungen standen unter der Prämisse, dass die psychische Integrität grundrechtlichen Schutz genießt, dieser aber nicht absolut gewährleistet ist. Unbeantwortet blieb die Frage, auf die eine Formulierung des BVerfG hinweist („Berührung des Kernbereichs in ‚besonderem Maße‘“) und die auch von Betroffenen vorgebracht wird: Stehen Interventionen ins Gehirn, ins *forum internum*, den „Sitz der Seele“, nicht letzte, unüberwindbare Hürden staatlichen Handelns entgegen? Auch fürsorgliches Handeln setzt die Zulässigkeit der eingesetzten Mittel voraus, d.h., und das wird in der medizinethische Diskussion nicht immer in der gebotenen Schärfe gesehen, paternalistische Eingriffe und Hilfspflichten finden ihre Grenzen in absoluten Verboten.⁹⁴

Schon nach *Dürigs* Formel verbietet der Grundrechtssatz der Menschenwürde etwa die „Gehirnwäsche“, die Anwendung psychischen Zwangs und chemischer oder psychotechnischer Mittel, die die Willensfreiheit der Person beeinträchtigen. Art. 1 GG gewähre eine ureigene biologische und geistig-seelische Intimsphäre.⁹⁵ Im Schrifttum wird v.a. die Psychochirurgie für würdewidrig gehalten⁹⁶, und zwar offensichtlich nicht allein aufgrund des chirurgischen Eingriffs, sondern der tiefgreifenden Veränderungen der psychischen Welt. Nun mag man chirurgische Gehirn-Interventionen oder die Elektrokrampftherapien schon wegen ihrer Grobheit für würdewidrig erachten.⁹⁷ Pharmakologische Interventionen kommen, minimal invasiv als Spritze oder Tablette verabreicht, deutlich humaner daher und dürften in ihrer Intensität der Psychochirurgie nicht immer gleichstehen. Dennoch bestehen hinsichtlich zentraler Topoi der Menschenwürde, der Subjektivität und ihren speziellen Ausformungen, Gemeinsamkeiten. Wenn sie nicht bloß dekorative Formel sein soll, sind psychiatrische Zwangsbehandlungen ihr Lackmusktest. Sowohl das verfolgte Ziel – die Veränderung geistiger Phänomene – als auch die eingesetzten Mittel in Form direkter Zugriffe auf ihre neuro-biologischen Entstehungsbedingungen wecken Zweifel an ihrer Legitimierbarkeit.

⁹⁴ *Neumann*, KritV 1993, 276 (286).

⁹⁵ *Dürig*, AöR 1956, 117 (127), *Hervorhebung v. Verf.*

⁹⁶ *Volckart/Grünebaum* (Fn. 5), S. 238. Die stereotaktische Psychochirurgie wird heute nicht mehr verwendet (ein warnendes Beispiel, wie bis in die 90iger Jahre schwere Eingriffe halbwissenschaftlich gerechtfertigt wurden!). Mit der Tiefenhirnstimulation, bei der fest im Gehirn installierte Elektroden Hirnareale hemmen oder stimulieren, gibt es neuartige erfolgsversprechende chirurgische Verfahren. *Mit* Einwilligung des Betroffenen sollte ihr Einsatz nicht kategorisch ausgeschlossen werden.

⁹⁷ A.A. bzgl. der unilateralen (eine Gehirnhälfte betreffenden) Elektronenkrampftherapie *Volckart/Grünebaum* (Fn. 5), S. 230; LG Hamburg FamRZ 1994, 1204 (nicht einmal genehmigungspflichtig).

1. *Schutzbereich forum internum: Gedankenfreiheit*

Ausdrückliches Ziel psychiatrischer Zwangsbehandlungen ist die „Korrektur“, also die Veränderung von Vorstellungen und Ideen. Die geistige Innenwelt, in der Gedanken und Überzeugungen gebildet werden, das *forum internum*, fällt in den Schutzbereich spezieller Gewährleistungen. Zumindest bei religiösen oder Gewissensbezügen ist es von Art. 4 Abs. 1 GG erfasst. Einiges spricht dafür, dass der rein *innere* Teil ohne Bezug zur Außenwelt und ohne Handlungscharakter, nicht nur vorbehaltlos gewährleistet, sondern auch unbeschränkbar ist.⁹⁸ Was aber ist mit all den anderen geistigen Vorgängen, die weder religiöser Natur sind noch an die Schwere einer Gewissensentscheidung heranreichen?⁹⁹ Auf europa- und völkerrechtlicher Ebene wird die Gewissens- und Religionsfreiheit stets von einem weiteren Recht begleitet: der Gedankenfreiheit (Art. 9 EMRK, Art. 10 GRCH, Art. 18 AEMR, Art. 19 ICPPR). Zwar spielt sie auch international keine bedeutende Rolle, doch besteht Einigkeit darüber, dass sie das *forum internum* jenseits religiöser oder Gewissensbezüge schützt, und zwar absolut. Nur Manifestationen in der Außenwelt sind etwa gem. Art. 9 Abs. 2 EMRK einschränkbar gewährleistet.¹⁰⁰

Auch hierzulande scheint trotz der Abwesenheit der Gedankenfreiheit im Verfassungstext kein ernster Zweifel über den Schutz des *forum internum* in toto zu bestehen.¹⁰¹ So findet sich im Schrifttum häufig der Verweis, nicht *nur* das *forum internum*, sondern auch darüberhinausgehende Bereiche müssten (absoluten) Schutz genießen.¹⁰² Einige Verfas-

⁹⁸ Und zwar, weil der einzige Grund für Beschränkungen des vorbehaltlos gewährten Art. 4 Abs. 1 kollidierendes Verfassungsrecht sein kann, was voraussetzt, dass Rechtssphären anderer Personen berührt werden. Rein innere Zustände tun dies gerade nicht. I.E. auch *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 61. Lfg., 2011, Art. 4 Rn. 145; nicht eindeutig *Starck* (Fn. 33), Art. 4 Abs. 1 Rn. 34, 84; a.A. *Morlok*, in: Dreier (Fn. 26), Art. 4 Rn. 144.

⁹⁹ Ein auf religiöse Bereiche beschränkter Schutz des *forum internum* ließe sich bei psychotischen Störungen ad absurdum führen: Ihre Symptomatik beinhaltet nicht selten religiöse Vorstellungen, göttliche Eingaben, Allmachtphantasien, Erleuchtungserlebnisse. Sollen sie deswegen *anderem* Schutz unterliegen als weltliche Visionen?

¹⁰⁰ Die innere Seite von Art. 9 EMRK, Art. 10 GRCH wird als absolut gewährleistet angesehen, etwa *Vermeulen*, in: van Dijk (Fn. 38), S. 752; *Bernsdorff*, in: Meyer (Fn. 38), Art. 10 Rn. 14; *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 29; UN High Comm. HR, General Comment Nr. 22 v. 30.7.1993.

¹⁰¹ Konstruktiv z.B. durch Ausweitung von Art. 4; über Art. 1 GG bzw. den Kernbereich der Persönlichkeit. Siehe *Herzog* (Fn. 98), Art. 4 Rn. 6 ff.; *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 4 Rn. 79; *Stern*, Staatsrecht Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/1, 2006, § 99 VIII 2, S. 266: Gedanken und Gefühlswelt gehören zur Intimsphäre.

¹⁰² Exemplarisch: Würde nur noch das „Reich der nicht extrovertierten Gedanken“ in den Kernbereich einbezogen,

sungsrichter erkennen die Gedankenfreiheit in der abweichenden Meinung zum „Tagebuch“-Urteil *expressis verbis* als Verfassungsgrundsatz an: Gewiss sei, „dass die Gedanken frei sind – und deshalb frei bleiben müssen von staatlichem Zwang und Zugriff, wenn nicht der Mensch im Kernbereich seiner Persönlichkeit getroffen werden soll“.¹⁰³

Über den grundrechtlichen Schutz der Gedankenfreiheit dürfte kaum Dissens bestehen und ihr Gewährleistungsinhalt lässt sich kaum anders als Freiheit vor manipulativen Zugriffen auf Denkprozesse verstehen. Damit verbietet sie geradezu paradigmatisch sämtliche Bestrebungen, Ideen und Vorstellungen zu „korrigieren“, den Geist zu disziplinieren und das Denken in andere Bahnen zu lenken.¹⁰⁴ *Starck* spricht unter dem Titel „Gedankenfreiheit“ i.R.d. Art. 4 GG vom grundgesetzlichen Verbot einer „Gedankenmedizin“, für *Vermeulen* garantiert Art. 9 EMRK „that one cannot be subjected to treatment intended to change the process of thinking.“¹⁰⁵

Vorsorglich sei der Einwand entkräftet, dass nur die Gedankenwelt einsichtsfähiger Personen geschützt sei. Die EMRK trifft solche Unterscheidungen nicht. Auch inhaltlich wäre die Behauptung, Gedanken psychisch kranker oder einsichtsunfähiger Personen wären „unfrei“, zumindest in hohem Maße begründungsbedürftig. Alle Gedanken, ob des Kranken oder Gesunden, beruhen auf neurobiologischen Grundlagen und hängen von unbewussten psychischen Vorgängen ab. Würde man in der Willensfreiheitsdebatte vorgebrachte Kriterien wie „unverursacht“ auf Gedanken übertragen, wären sie allesamt unfrei. Jedoch wäre die Annahme, nur spontane und zufällige Gedanken wären freie, wenig plausibel. Solche unverbundenen Gedankenströme sind wahrlich kein Ausdruck freien Denkens. Und ohnehin dürften derlei metaphysische Kriterien keine notwendigen Bedingungen für rechtliche Freiheitsgewährleistungen bilden. Das Recht muss den Menschen in seiner konkreten Konstitution, mit und gerade wegen all seiner Anfälligkeiten und Verletzlichkeiten schützen. Vielleicht ließen sich Phänomene wie

schütze Art. 1 Abs. 1 GG faktisch nur noch vor Gehirnwäsche. Der Kernbereichsschutz dürfte nicht auf das *forum internum* beschränkt werden, so *Geis*, JZ 1991, 112 (115).

¹⁰³ BVerfGE 80, 367 (381).

¹⁰⁴ Der EGMR hat psychiatrische Zwangsbehandlungen bisher nicht an Art. 9, sondern an Art. 8 gemessen, z.B. *Storck v. Germany* (App: 61603/00) = NJW-RR 2006, 308; *Patoux v. France* (App: 35079/06) Y.F. v. *Turkey* (App: 24209/94). Zudem beziehen sich Beschwerden größtenteils auf Unterbringungen, es erfolgt keine eigenständige Prüfung der Behandlung. Eine Gesamtdarstellung der EGMR Judikatur zum „psychiatric commitment“ bei *Niveau/Materi*, *European Psychiatry* 22 (2007), 59. Immerhin hält der EGMR psychologisches „Deprogrammieren“ von Sektenangehörigen für eine mögliche Verletzung der Gedankenfreiheit, *Blume v. Spain* (App: 37680/97).

¹⁰⁵ *Starck* (Fn. 33), Art. 4 Abs. 1 Rn. 35. *Vermeulen* (Fn. 100), S. 752; Vgl. *Taylor*, *Freedom of Religion*, 2005, Kap. 3; *Blum*, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK, 1990, S. 166; *Nowak*, U.N. CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, S. 413.

„Zwangsgedanken“ als unfrei bezeichnen. Gleichwohl dürften Differenzierungen zwischen freien und unfreien Gedanken anhand ihrer Qualität, Rationalität oder ihres Inhalts deskriptiv schwierig und wegen der Verengung des Schutzbereichs normativ hoch bedenklich sein.¹⁰⁶

Die Gedankenwelt unterliegt also einem verstärkten Schutz, der sich dogmatisch als Teilbereich der mentalen Selbstbestimmung verstehen ließe.¹⁰⁷ Angesichts des weiten Schutzbereichs ist allerdings fraglich, ob schon jede aufgezwungene Einwirkung auf die Gedankenwelt einen absolut unzulässigen Eingriff in ihre Freiheit darstellt. Immerhin ist es im Straf- und Maßregelrecht angelegt, Betroffene zu verändern, zu disziplinieren, zu verbessern, abzuschrecken oder zu resozialisieren. (Straf-)Recht dient der Verhaltenskontrolle durch Motivation durch Normen und setzt daher Auswirkungen auf Psyche und Gehirn der Rechtsadressaten schon seinem Wesen gemäß voraus. Damit, so *Hassemer*, ergreife es nicht nur den Körper, sondern auch die *Seele*.¹⁰⁸ Folglich kann nicht jede Veränderung „seelischer Abläufe“ eo ipso verfassungswidrig sein. Und grundsätzlich: Ständig, mit jedem noch so harmlosen kommunikativen Kontakt, wirken wir auf die Geisteswelt anderer Personen ein. Auch weniger problematisch erscheinende Interventionen wie psychotherapeutische Verfahren hinterlassen „Spuren“ auf neuronaler Ebene.¹⁰⁹ Daher wird man die Gedankenwelt nicht als gegen jederlei Einwirkung absolut geschützt ansehen können, sondern muss feinere Differenzierungen i.R.d. des Eingriffs treffen.

2. Eingriff: Direkte vs. indirekte Interventionen

Es sei vorgeschlagen, Mittel zur Veränderungen der psychischen Welt anderer Personen grob in direkte und indirekte Interventionen zu unterscheiden.¹¹⁰ Indirekte Einwirkungen durchlaufen die Wahrnehmung des Betroffenen und werden von ihm (nicht notwendig bewusst) wahrgenommen und psychisch verarbeitet, etwa ein Gespräch. Direkte Eingriffe hingegen verändern die neuro-biologischen Grundlagen psy-

chischer Prozesse und der Subjektivität auf einem anderen, die Wahrnehmung des Betroffenen umgehenden Wege und wirken direkt im Gehirn. Folglich unterscheiden sich die Interventionsformen in der Ebene, auf der der anderen Person begegnet wird. Die eine liegt in der Welt der Sinnhaftigkeit, der Gründe, Vorlieben und persönlichen Eigenheiten, die andere in naturwissenschaftlichen, elektro-chemischen Ursachen. Indirekte Einwirkungen versuchen zu überzeugen oder überreden unter Einbeziehung der subjektiven Sicht, der Ersten-Person-Perspektive des Gegenüber. Damit respektieren sie die prinzipielle Hoheit des anderen über seine Innenwelt und belassen ihm zumindest eine gewisse Kontrolle. Direkte Interventionen hingegen berücksichtigen die Inhalte der Vorstellungen, die Art der Vorlieben, das Selbstverständnis und die psychischen Phänomene des Betroffenen als solche gerade nicht. Sie widerlegen sie nicht, versetzen sich nicht in die Sicht des Betroffenen hinein und nicht mit ihr auseinander, sondern strukturieren seine neurobiologischen Grundlagen um. Ob verändernde Impulse wirksam sind, ist eine Frage ihrer Dosierung und elektro-chemischer Gesetze, nicht der Kraft ihres Inhalts. Dadurch wird die ohnehin beschränkte Kontrolle von Personen über ihre Geisteswelt unterlaufen. Und genau diese Negierung ist die Intention von Zwangsbehandlungen. Ein solcher Umgang reduziert den Geist auf seine konstituierenden körperlichen Bedingungen, behandelt den anderen aus der „objektiven“ Dritten-Person-Perspektive, als Naturobjekt statt als Subjekt und, wenn man will, *verdinglicht* ihn.

Das BVerfG beschreibt dies als die „Beiseitesetzung des Willens“.¹¹¹ Ist es nicht genau das, was die Wahrung der Subjektivität verbietet? Kein Verständnis des Subjekts kommt ohne die Idee der Urheberschaft aus. Der Einzelne muss als Urheber seiner Handlungen und mentalen Zustände verstanden werden können. Doch daran lassen auf neuronaler Ebene induzierte Gedanken und Gefühle wie wenig anderes Zweifel aufkommen. Das „Beiseitesetzen“ des Willens ist nichts anderes als die Umgehung der Selbststeuerung der Person und erschüttert die ureigene Verbindung des Individuums zu sich selbst. An ihre Stelle treten Phänomene, die sich von Programmierung, Konditionierung und Fremdsteuerung schwerlich unterscheiden lassen. Und in diesem Sinne ist die Besorgnis Betroffener vor Verlust ihrer Fähigkeiten zur Abwehr schädlicher Einwirkungen nur allzu verständlich. In elementarem Sinne sind sie nicht mehr Herr über sich selbst. Das Gebot, die Subjektqualität der Person zu respektieren, muss das Verbot beinhalten, die Kontrolle über ihre Geisteswelt zu untergraben.

Hier liegt der Unterschied zu körperlichen Zwangsmaßnahmen: Letztere brechen die „Einheit aus Physis und Psyche“ nicht auf. Sperrt man Personen ein oder fesselt sie, dann beschneidet man ihre Handlungsfreiheit – wahrt aber ihre Willensbildungsfreiheit. Dies übersieht das BVerfG, wenn es feststellt, dass Freiheitsentziehungen u.U. zulässige Grundrechtseingriffe darstellten und für Zwangsbehandlungen „nichts grundsätzlich Anderes“ gelten könne.¹¹² Doch: Direk-

¹⁰⁶ Das zeigt sich schon an den umfangreichen Kriterienkatalogen psychischer Krankheiten. Auch Figuren wie Grundrechts- oder Selbstbestimmungsfähigkeit passen schlecht, denn psychisch Kranke denken, fühlen, träumen, etc. Sind diese Phänomene nur geschützt, wenn sie zu einem insgesamt nicht-krankhaften oder selbstbestimmten Verhalten führen?

¹⁰⁷ Das hieße z.B., dass die Vergabe eines Stimmungsaufhellers leichter zu rechtfertigen ist als die von den Inhalt von Gedanken direkt ändernden Substanzen. Eine strikte Unterscheidung emotionaler und kognitiver psychischer Prozesse dürfte allerdings nicht einfach sein.

¹⁰⁸ *Hassemer*, Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 292.

¹⁰⁹ Dennoch können auch psychotherapeutische Verfahren Kernbereiche verändern, *Jäger*, ZRP 2001, 28 (31).

¹¹⁰ Der Psychiatrie sind solche Unterscheidungen nur allzu bekannt („Verstehen vs. Erklären“), nur die normative Bedeutung der unterschiedlichen Eingriffsebenen ist weder rechtlich noch ethisch geklärt. *Bublitz*, RW 2011, 28 (49); *ders.*, in: *Berg/Klaming* (Fn. 46), S. 115.

¹¹¹ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 44.

¹¹² BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, Abs. 50.

te Eingriffe ins forum internum berühren unantastbare Bereiche. Das Brechen eines verweigernden Willens durch Gewalt ist geradezu der Inbegriff einer Würdeverletzung.¹¹³ Liegt ein kategorialer Unterschied darin, ob dies durch Schläge oder Zwangsinjektion geschieht?

Die Besonderheit direkter Interventionen erkennt das Recht zumindest implizit andernorts an. Man denke an die Verbote gem. § 136a StPO, die Menschenwürdeverletzung durch den Willen beiseiteschiebende „Plauderdrogen“, und nicht zuletzt an strafbewehrte Verbote des eigenverantwortlichen Umgangs mit AMG und BtMG. Und was ist ein Wahrheitsserum, das Personen dazu verleitet, über ihre Gedanken zu sprechen, verglichen mit dem Verändern ihres Denkens; das Mithören eines Selbstgesprächs gegen die Manipulation seines Inhaltes; das Lesen eines Tagebuches gegen die Beeinträchtigung der Erinnerungsfähigkeit?¹¹⁴

Bildhaft gesprochen ist das Gehirn die Klaviatur des Geistes. Jede Vorstellung eines „Ichs“ und das Bewusstsein entspringt ihr, sie konstituiert das Selbst, konstruiert die Wahrnehmung der Welt und ist Grundlage jedes Gedankens oder Gefühls. Wer sie bespielt, ihre Tasten oder ihren Klang verstellt, verändert die Voraussetzungen all jener Phänomene, denen höchster rechtlicher Schutz zukommt: Meinungen, Gewissen, dem Willen und all das, aus dem sich Identität und Persönlichkeit des Menschen bilden.

Selbst wenn man also Abstufungen im Schutz der Psyche anerkennt, zählen Interventionen mit dem Ziel der nachhaltigen Veränderung des Denkens durch Mittel, die die personale Selbststeuerung umgehen, zu den schwersten denkbaren Eingriffen. Direkte Interventionen ins Gehirn zur Veränderung der biologischen Grundlagen der geistigen Welt können keiner Abwägung wie andere Eingriffe unterliegen. So vage Menschenwürde und Subjektqualität auch sind, nahezu alle zu ihrer Ausfüllung bemühten Bilder dürften auf sie zutreffen. Diese Eingriffsebene muss dem Staat – ohne Einwilligung, außerhalb akuter Kriseninterventionen oder Fremdgefährdung – grundsätzlich verschlossen bleiben.

3. „Ausnahmsweise“ Zwangsbehandlung?

Daraus ergibt sich zumindest ein prinzipieller Vorrang indirekter Behandlungsmethoden, v.a. psychotherapeutischer Verfahren. Während bei einer zehnjährigen Unterbringung vermutlich indirekte Mittel hinlänglich und erfolglos eingesetzt wurden, könnte dieser Vorrang im Betreuungsrecht Bedeutung erlangen. Denn dort dürfte nicht zuletzt aus Kosten- und Kapazitätsgründen eine schnelle pharmazeutische

Behandlung regelmäßig das erste Mittel sein. Auch jenseits kurzzeitiger Stabilisierung scheinen pharmakologische Zwangsbehandlungen aufgrund ihrer Effektivität kaum durch zeit- und personalintensivere Verfahren ersetzbar. Doch nötigenfalls gebietet die Menschenwürde auch Ineffizienz. Jedenfalls ist der wenig zögerliche Einsatz von Psychopharmaka eher fiskalischen als grundrechtlichen Erwägungen geschuldet und sollte überdacht werden.¹¹⁵

Freilich stoßen auch Verstehen, Sinnggebung und darauf ausgerichtete Behandlungsmethoden an ihre Grenzen. Dann sind neurobiologische Interventionen alternativlos. Hier tritt wahre Tragik psychiatrischer Zwangsbehandlungen hervor. Sie erfordern Eingriffe, die für andere Zwecke strikt unzulässig sein müssen. Dieser Tragik entgeht man nicht, indem man die betroffenen Rechtsgüter und die Eingriffsintensität hinter Andeutungen verschleiert. Der einzige Grund für die Zulässigkeit direkter Interventionen ist, dass ihr Gegenteil noch schwerer zu ertragen wäre. Auch eine humane, transparente und wohlwollende Psychiatrie scheint auf Zwangsbehandlungen nicht verzichten zu können. Oder: natürlich könnte sie es, aber es mutet unangemessen an, kategorisch auf therapeutische Möglichkeiten zu verzichten, die mit der Aussicht verbunden sind, dass Betroffene ein besseres Leben führen und der Behandlung nachträglich zustimmen.

Psychiatrische Zwangsbehandlungen führen so in einen vielleicht unlösbaren Zwiespalt.¹¹⁶ Die Persönlichkeit zu verändern, dies aber nur oberflächlich zu dürfen; die Hoheit über den Geist zu schützen, aber eben diese umgehen zu müssen; das Denken in andere Bahnen zu lenken und die Gedankenfreiheit zu wahren – der Zielkonflikt ist bestenfalls abschwächbar. Wenn, dann sind Zwangsbehandlungen nur unter konsequentialistischen Prämissen begründbar. Möglicherweise greifen entsprechende Einwände nur in geringerem Maße, wenn, wie hier, Begünstigter und Betroffener identisch sind. Doch auch wenn bei Einsichtsunfähigen „Eingriffe erlaubt sind, vor denen bei Gesunden Halt geboten ist“, wäre ausführlich zu begründen, warum absolute Grenzen nicht gelten und welche Obergrenzen an ihre Stelle treten sollten.¹¹⁷ Die Konstruktion von kollidierenden Rechten der jetzigen und zukünftigen Person würde dann nicht nur ermöglichen, Grundrechte gegeneinander abzuwägen, sondern auch Eingriffsmöglichkeiten auf ansonsten unantastbare Bereiche zu erstrecken.

¹¹⁵ In diesem Zusammenhang sollen auch die Kosten der Unterbringung nicht unerwähnt bleiben, die auf jährlich 90.000 € geschätzt werden (vgl. Entorf, Evaluation des Maßregelvollzugs: Grundsätze einer Kosten-Nutzen-Analyse, 2007). Auch wenn er zu Behandlungen drängen mag, ist dies der Preis, den die Gemeinschaft für ihre Sicherheit zahlen muss.

¹¹⁶ Ähnlich Dreier (Fn. 26), Art. 1 Abs. 1 Rn. 65: Fürsorgemaßnahmen stellen genau jene Objektsituation her, die Menschenwürdeverletzungen kennzeichnet; auch Neumann, KritV 1993, 276 (287).

¹¹⁷ Dass es Obergrenzen geben muss, ist unbestritten; wo sie liegen, unklar; vgl. Marschner R&P 2011, 160 (166); Heide (Fn. 1), S. 235.

¹¹³ Stern (Fn. 101), § 97 II 4; Starck (Fn. 33), Art. 1 Abs. 1, Rn. 9: „Programmieren des Verhaltens und die Gehirnwäsche“. Podlech (Fn. 52), Art. 1 Abs. 1 Rn. 47: „Würdewidrig ist der Versuch, durch Verfügung über den Körper unter Ausschluß der Selbstbestimmung Zugang zum Bewusstsein oder die Beugung des Willens zu erreichen.“

¹¹⁴ Diesen recht offenkundigen Wertungswiderspruch übersehen Volckart/Grünebaum (Fn. 5), S. 213, die die verpflichtende Teilnahme an therapeutischen (Gruppen-)Gesprächen für menschenwürdevidrig erachten, Zwangsmedikationen aber nicht.

Im Allgemeinen, das hat die jüngere Debatte um Rettungsfolter bestätigt, heiligt der Zweck die Mittel nicht. Wer die Würdewidrigkeit von Handlungen nicht anhand ihrer Zwecke beurteilen und damit in gewisser Weise, ja, Abwägungen, vornehmen möchte, wird bis auf einige harmlose keine psychiatrischen Zwangsbehandlungen für zulässig erachten können. Dies mag die prominent von *Herdegen* formulierte Kritik an einer die Finalität von Eingriffen nicht berücksichtigenden Dogmatik des Art. 1 Abs. 1 GG unterstützen.¹¹⁸ Der Grund für die vermeintlichen „Relativierungstendenzen“ trägt jedenfalls auch hier. Ein anspruchsvolles, sich nicht auf Grausamkeiten beschränkendes Würdeverständnis muss kontextspezifische Differenzierungen erlauben. Ansonsten, und hierin liegt die Gefahr, führt das „Dogma der Unantastbarkeit“ in Verbindung mit der Einsicht in die praktische Notwendigkeit von Zwangsbehandlungen zur Verharmlosung von intensiven Grundrechtseingriffen wie direkten Interventionen ins Gehirn.¹¹⁹ Das Interesse an diesen dürfte schon heute hoch sein (etwa für Sicherheitsbelange¹²⁰) und mit neuartigen Interventionstechniken weiter steigen. Tendenzen zur Relativierung der Schwere von Eingriffen in die Psyche sollte das BVerfG deutlicher entgegenreten, in dem es das forum internum für grundsätzlich unantastbar erklärt und Ausnahmen, wenn überhaupt, auf Fälle akuter Fremd- oder Selbstschädigung und paternalistische Eingriffe mit antizipierter nachträglicher Zustimmung des Betroffenen beschränkt.

IX. Zusammenfassung

Interventionen in Gehirn und Psyche lassen sich nur unter Berücksichtigung ihrer psychischen Auswirkungen beurteilen. Wer psychische Phänomene per Zwang zu verändern sucht, muss sich zunächst auf sie einlassen. Bei Einsichtsfähigen sind psychiatrische Zwangsbehandlungen grundsätzlich verboten. Auch bei Einsichtsunfähigen stellen sie intensive Eingriffe in die psychische Integrität dar, die sich nur durch eine Konstruktion der Vermeidung künftiger Eingriffe rechtfertigen lassen. Dies stellt Behandlungen unter die Bedingung, dass der Betroffene der Maßnahme bei wiedererlangter Einsichtsfähigkeit voraussichtlich zustimmen wird. Nur dann beruhte die mit natürlichem Willen ausgedrückte Weigerung auf krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit. Erscheint eine nachträgliche Zustimmung unwahrscheinlich, haben Eingriffe zu unterbleiben. Darüber hinaus muss die Verletzung der psychischen Integrität zur angestrebten Besserung ins Verhältnis gesetzt werden. Dem brüchigen Fundament medizinischer Krankheitswertungen und objektiver Wahrheitsansprüche lässt sich nur durch einen Perspektivwechsel entkommen:

¹¹⁸ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 98), Art. 1 Abs. 1 Rn. 46.

¹¹⁹ Siehe Gröschner/Lembcke (Hrsg.), *Dogma der Unantastbarkeit*, 2009.

¹²⁰ Bestrebungen v.a. US-amerikanischer Behörden neurowissenschaftliche Technologien für nationale Sicherheitszwecke zu entwickeln und einzusetzen sorgen für Besorgnis unter Wissenschaftlern, vgl. *Moreno*, *Mind Wars: Brain Research and National Security*, 2006; *Marks*, *American Journal of Bioethics – Neuroscience* 2/2010, 4.

von der psychiatrischen Sicht zum künftigen Wohl des Betroffenen. Normativ umfasst dies die zur Selbstbestimmung notwendigen kognitiven und psychischen Fähigkeiten. Doch muss es sich nicht zwangsläufig mit der Entlassungsreife decken.

Auch die jüngste Entscheidung des BVerfG dürfte die Debatte um psychiatrische Zwangsbehandlungen nicht beenden. Seit Hunderten von Jahren wird die körperliche Freiheit durch Habeas Corpus-Garantien geschützt. Im Zeitalter der Neurowissenschaften müssen sie um vergleichbaren Schutz der geistigen Freiheit ergänzt werden. Einer Täuschung sollten sich Recht und Gesellschaft nicht hingeben.¹²¹ Kein Mensch könne sie wissen, kein Jäger erschießen, kein Kerker verschließen – solange sie per Zwangsinterventionen verändert werden, sind nicht alle Gedanken frei. Gerade aus der letzten Hoffnung, dass, was auch immer geschehe, die Gedanken nicht genommen werden können, speist sich die Kraft ihrer Freiheit. Wer sie nicht geben möchte, möge das offen bekennen.

¹²¹ Die Gedanken mögen in „tatsächlicher Hinsicht frei sein“, so etwa *Morlok* (Fn. 98), Art. 4 Rn. 58.

Aktuelle Entwicklungen bei der strafrechtlichen Bewertung sogenannter „Ehrenmorde“ in der Türkei

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Erol Pohlreich, Berlin

I. Einleitung

Auf Druck der Europäischen Union wie auch der türkischen Zivilgesellschaft führte der türkische Gesetzgeber im Jahr 2005 strafrechtliche Vorschriften ein, um eine strenge Bestrafung sogenannter „Ehrenmorde“¹ zu ermöglichen. Deren effektive strafrechtliche Verfolgung hat aus europäischer Sicht darüber hinaus insoweit Bedeutung, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Urteil im Verfahren *Opuz v. Türkei* vom 9.6.2009 zum ersten Mal ein Konventionsmitglied wegen unzureichenden Schutzes einer Frau aus der südostanatolischen Stadt Diyarbakır vor häuslicher Gewalt verurteilte.² Der Gerichtshof berücksichtigte in seiner Entscheidung Berichte türkischer und internationaler Menschenrechtsorganisationen, welche in Bezug auf die Stadt Diyarbakır von einer „Kultur der Gewalt gegen Frauen“ sprechen, und forderte die Türkei auf, die Bedrohung von Frauen künftig ernster zu nehmen und nicht als bloße Familienangelegenheit abzutun. Die Folgen von Gewalt gegen Frauen für diese erforderten vielmehr ein strenges strafrechtliches Vorgehen gegen die Täter.

Wie das türkische Recht „Ehrenmorde“ bewertet, ist für deutsche Strafrechtler auch deshalb aufschlussreich, weil sich die türkische Rechtslage bei türkischen oder türkischstämmigen Tätern auf die Prüfung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe auswirken kann, sofern deutsches Strafrecht auf die Tat anwendbar ist. Zwar stellt der BGH die Niedrigkeit des Beweggrundes nach hiesigen Maßstäben fest,³ lehnt

dieses Mordmerkmal bei Tötungen mit fremdkulturellem Hintergrund jedoch ausnahmsweise ab, wenn dem Täter bei der Tat die niedrigkeitsbegründenden Umstände nicht bewusst waren, oder wenn es ihm nicht möglich war, seine gefühlsmäßigen Regungen, die sein Handeln bestimmen, gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern.⁴ Als Anhaltspunkt für die Würdigung dieser Aspekte zieht der BGH neuerdings zuweilen auch das Heimatstrafrecht des Täters heran,⁵ wenngleich sich die hinter „Ehrenmorden“ stehenden Wertvorstellungen gerade in Vielvölkerstaaten wie der Türkei nicht zwingend mit denjenigen der Mehrheitsgesellschaft decken, welche sich in der Strafgesetzgebung und -rechtsprechung durchzusetzen vermochte. Auch im Übrigen ist zu betonen, dass die Berücksichtigung fremdkultureller Wertvorstellungen bei der Prüfung der niedrigen Beweggründe durch den BGH zu einer Kasuistik geführt hat⁶ und auch führen musste,⁷ die vor dem Hintergrund der im Bereich

2003, 237 (238); *Trück*, NStZ 2004, 497; *Nehm*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 419 (S. 426 ff.); *Küper*, JZ 2006, 608 (610); *Valerius*, JZ 2008, 912 (915 f.); *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 (141); *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (3); *Jähnke*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 37; *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 2003, § 211 Rn. 94; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 29; *Sinn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 125. Lfg, Stand: Oktober 2010, § 211 Rn. 27; *Küpper*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 41; *Krey/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 14. Aufl. 2008; *Mau-rach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 37.

⁴ Der von seinen heimatlichen Vorstellungen stark beherrschte Täter, der sich von ihnen zur Tatzeit aufgrund seiner Persönlichkeit und seiner Lebensumstände nicht lösen konnte, kann also trotz objektiver Niedrigkeit seiner Beweggründe ausnahmsweise wegen Totschlags verurteilt werden, vgl. BGH NStZ 1995, 79 m.w.N. Gleiches gilt für den noch ganz in seinem heimatlichen Kulturkreis verhafteten Täter, der die Bedeutung der niedrigkeitsbegründenden Umstände nicht nachvollziehen konnte, vgl. BGH NJW 2006, 1008 (1012).

⁵ Vgl. BGH NStZ-RR 2004, 361; BGH NStZ-RR 2007, 86.

⁶ Eingehend hierzu *Pohlreich*, „Ehrenmorde“ im Wandel des Strafrechts, 2009, S. 236 ff.

⁷ Dies liegt daran, dass sich das Verhaftetsein des Täters in fremdkulturellen Wertvorstellungen insbesondere für Außenstehende schwer beurteilen lässt. Ob bestimmte Anschauungen tatsächlich in der Sozialisation des Täters eine nennenswerte Rolle gespielt haben, ob diese Anschauungen in der Heimatkultur nicht bloß von Sektierern vertreten werden, wie die Heimatkultur zu bestimmen und einzugrenzen ist, ob

¹ Der Begriff „Ehrenmord“ ist eine unglückliche Bezeichnung, weil er eine nicht unbedingt zwingende strafrechtliche Bewertung nahelegt und die vorsätzliche Tötung eines Menschen wohl kaum ehrenhaft zu nennen ist. Er hat sich allerdings im allgemeinen Sprachgebrauch durchgesetzt und wird deshalb hier verwendet. Um dennoch die Fragwürdigkeit des Begriffs zu betonen, wird er in diesem Beitrag stets in Anführungszeichen gesetzt.

² EGMR, *Urt. v. 9.6.2009 – 33401/02 (Opuz v. Türkei)*: Der Ex-Ehemann der Beschwerdeführerin hatte diese mehrfach verprügelt, einmal mit dem Messer verletzt und ein anderes Mal sie und ihre Mutter mit dem Auto angefahren. Jede Strafanzeige der Beschwerdeführerin endete entweder mit einem Freispruch oder mit der Verurteilung des Mannes zu einer geringfügigen Geldstrafe. Als die Beschwerdeführerin mit ihrer Mutter aus der Stadt fliehen wollte, erschoss der Mann die Mutter, weil diese ihm seine frühere Frau und seine Kinder genommen und seine frühere Frau zu einem unmoralischen Lebensstil verführt habe. Die Beschwerdeführerin hatte sich im Vorfeld der Tötung mehrfach vergeblich an die türkischen Behörden gewandt und um Schutz gebeten.

³ BGH NStZ 2006, 284; BGH NStZ 2002, 369; BGH NStZ 1995, 79; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedr. Beweggr. 41; BGH NJW 2004, 1466; BGH NStZ-RR 2004, 361 f. Das Abstellen auf hiesige Maßstäbe stößt in der Literatur zu Recht auf zunehmende Zustimmung, vgl. *Momsen*, NStZ

der Höchststrafe in besonderem Maße geforderten Rechtssicherheit und des Gebots gleichförmiger Rechtsanwendung nur schwer hinnehmbar sein kann. Vorzugswürdig erscheint daher, auf die Berücksichtigung fremdkultureller Wertvorstellungen als solche im Rahmen der Prüfung der niedrigen Beweggründe zu verzichten. Ein dahingehender Richtungswechsel des BGH ist jedoch nicht absehbar, so dass vor dem Hintergrund der derzeitigen BGH-Rechtsprechung die Rechtslage in der Türkei bei türkischen beziehungsweise türkischstämmigen Tätern von „Ehrenmorden“ im Rahmen der Prüfung der niedrigen Beweggründe Relevanz erlangen kann.

Aus diesen Gründen untersucht der Beitrag, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Türkei derzeit mit „Ehrenmorden“ umgeht und den neuen gesetzlichen Rahmen umsetzt (III.).⁸ Zuvor soll aber erörtert werden, was unter dem Begriff „Ehrenmord“ eigentlich zu verstehen ist und welche Rolle die Familie und der Islam bei „Ehrenmorden“ spielen (II.).

II. Was sind „Ehrenmorde“?

Es fällt schwer, den Begriff „Ehrenmord“ präzise und trennscharf zu definieren. Eine Negativdefinition des Begriffs fällt noch relativ leicht, stimmen doch die bereits unternommenen Versuche einer Inhaltsbestimmung⁹ dahingehend überein, dass nicht jede Tötung aus Gründen der Ehre schon allein deshalb als „Ehrenmord“ zu bezeichnen ist.¹⁰ Probleme bereitet demgegenüber die Formulierung einer abschließenden Positivdefinition. Man wird vereinfachend unter „Ehrenmord“ eine vorsätzliche Tötung zur Abwendung einer dem Täter oder seiner Familie drohenden oder (vermeintlich) eingetretenen gesellschaftlichen Herabsetzung aufgrund der Verletzung sexueller Verhaltensregeln durch ein Familienmitglied zu verstehen haben. Ab wann eine solche Ehrverletzung anzunehmen ist, entzieht sich einer auf eine Formel

hinter der Tat nicht vielmehr individuelle beziehungsweise psychische Gründe und weniger kultur- beziehungsweise sozialisationsbedingte Gründe standen, ob das Tatverhalten überhaupt zwanghaft zu nennen sein kann, ob der Täter sich bereits integriert hat und ab wann eine Person als hinreichend integriert zu betrachten ist, ob sich die in der Tat ausdrückende Anschauung auch wirklich diametral von den deutschen Anschauungen unterscheidet – dies sind nur einige Fragen, die sich hier stellen. Hinzu kommt die Frage, was eigentlich den fremdkulturell geprägten Täter – begreift man eine Kultur als auch von ethnischen Gemeinsamkeiten der Angehörigen abhängig – vom subkulturell geprägten Menschen unterscheidet – oder anders ausgedrückt: Warum stellt sich die Frage der Berücksichtigung abweichender Anschauungen nicht auch bei Subkulturen oder Sektenmitgliedern?

⁸ Die hier ausgewerteten Quellen entsprechen dem Stand vom 21.3.2011.

⁹ Vgl. etwa Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, BT-Drs. 15/5826, S. 300; BKA, Presseinformation „Ehrenmorde in Deutschland“, 2006, S. 3; Dietz, NJW 2006, 1385.

¹⁰ Aus diesem Grund irreführend BGH NSTZ 2006, 284.

verkürzten Darlegung¹¹ und bildet den Kern der Schwierigkeit bei der Formulierung einer Positivdefinition. „Ehrenmorde“ werden beispielsweise begangen wegen eines Verlustes der Jungfräulichkeit vor der Ehe, einer vorehelichen Beziehung zu einem Mann ohne Einverständnis der Familie, im Fall ehelicher Untreue, wegen Verlassens des Ehepartners, ja sogar wegen der Eigenschaft als Opfer einer Vergewaltigung.¹² Auch Männer können Opfer eines „Ehrenmordes“ sein. Betroffen sind nicht nur offen homosexuell lebende Männer,¹³ sondern auch diejenigen Männer, welche an der Verletzung sexueller Verhaltensregeln durch ein weibliches Familienmitglied des Täters mitgewirkt haben, also etwa der Liebhaber einer verheirateten oder der von der Familie missbilligte Lebensgefährtin einer ledigen Frau.¹⁴ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dem Begriff des „Ehrenmordes“ eine soziale Zuschreibung aus dem Umfeld des Täters immanent ist: Nicht vom Täter hängt es ab, ob seine Tat als „Ehrenmord“ gilt, sondern von der gesellschaftlichen Billigung der Tat und des in ihr ausgedrückten sexuellen Ehrverständnisses.

Auch die Blutrache ist von Ehrmotiven geleitet. Bei ihr steht jedoch der Gedanke der Vergeltung einer als Ehrverletzung empfundenen vorherigen Tötung einer Person aus dem persönlichen Umfeld des Blutracheübenden im Vordergrund.¹⁵ Außerdem spielen sich Blutrachetötungen – anders als „Ehrenmorde“ – nie innerhalb eines Familienverbandes ab.¹⁶ Im Übrigen liegt Blutrachetötungen kein sexuelles Ehrverständnis zugrunde.

Die in der medialen Debatte um „Ehrenmorde“ zuweilen vermutete Verknüpfung mit dem Islam¹⁷ lässt sich so nicht halten. Der Koran enthält insoweit keine besondere Bestimmung, sondern ordnet für unzüchtiges Verhalten – übrigens ohne Ansehung des Geschlechts des Betroffenen – drakonische Strafen, nicht jedoch den Tod des Täters an.¹⁸ Im Übrigen erfordert die Verurteilung wegen Unzucht belastende

¹¹ Eingehend zu der Verletzung von sexuellen Verhaltenserwartungen, deretwegen „Ehrenmorde“ begangen werden, Pohlreich (Fn. 6), S. 28 ff.

¹² Vgl. Pohlreich (Fn. 6), S. 30 m.w.N.

¹³ Vgl. Schirmacher, Rechtspolitisches Forum Nr. 37 (2006), S. 18 ff.

¹⁴ Kritisch in Bezug auf die weitgehende Beschränkung des Opferkreises auf weibliche Familienmitglieder des Täters Cöster, Ehrenmord in Deutschland, 2009, S. 180 ff.

¹⁵ Kudlich/Tepe, GA 2008, 92 (94); Çakir-Ceylan, Gewalt im Namen der Ehre, 2011, S. 86 ff.

¹⁶ Grünwald, NSTZ 2010, 1.

¹⁷ „Hinter jedem getöteten Mädchen steht die Fatwa eines lokalen Religionsgelehrten“, so die türkische Frauenrechtlerin Jülide Aral in der FAZ v. 18.5.2006, S. 3. Vgl. auch die Nachweise bei Cöster (Fn. 14), S. 275 Fn. 881.

¹⁸ Vgl. 24. Sure, Vers 2: „Wenn eine Frau und ein Mann Unzucht begangen haben, dann gebt jedem von ihnen hundert Schläge! Keine Milde für sie soll euch ergreifen in Gottes Religion, falls ihr an Gott und an den Jüngsten Tag glaubt. Bei ihrer Bestrafung soll eine Gruppe der Gläubigen als Zeuge anwesend sein.“

Aussagen durch vier Zeugen.¹⁹ Angesichts ihrer Eindeutigkeit lässt eine solche Bestimmung hinsichtlich ihrer Rechtsfolge keine Interpretation zu,²⁰ so dass aus dem darin zum Ausdruck gebrachten Unwerturteil nicht der Schluss gezogen werden kann, die Bestimmung lasse auch die Tötung unzüchtiger Personen zu.

Dieser Befund dürfte den Leser erstaunen, den die Medienberichterstattung zuweilen über Steinigungen von Ehebrecherinnen in einigen muslimischen Staaten unterrichtet. Steinigungen lassen sich mit dem Koran jedoch nicht vereinbaren. Ihr Hintergrund ist vielmehr die Überlieferung, dass der zweite Kalif *Ömer ibn el-Chattab* (634-644 n.Chr.) sich nach eigenen Angaben an einen Koranvers erinnern konnte, in dem verheirateten oder ehemals verheirateten Unzüchtigen die Steinigung angedroht wurde. Um nicht in den Verdacht der Fälschung des Korans zu geraten, sah dieser Kalif aber davon ab, auf einer Einfügung des Steinigungsverses im Rahmen der schriftlichen Fixierung des Korans zu bestehen, so dass der Vers in dem rezipierten Text fehlt. Für einige Muslime ändert das Fehlen dieses Koranverses im überlieferten Koran jedoch nichts an seiner Geltung.²¹ Doch an der Unzulässigkeit von „Ehrenmorden“ dürfte auch dies nichts ändern, weil diesen anders als den Steinigungsstrafen kein Richterspruch zugrunde liegt.

Damit sind „Ehrenmorde“ mit dem Islam nach keiner Betrachtungsweise vereinbar, also unabhängig von der religiösen Richtung der in die Tat involvierten Personen. Andererseits erleichtert eine Kenntnis der Scharia das Verständnis einiger Besonderheiten, die mit „Ehrenmorden“ zusammenhängen. Zum Beispiel lässt sich hieran verdeutlichen, warum „Ehrenmorden“ zuweilen ein Familienratsbeschluss vorangeht. Der Hintergrund hierfür dürfte in der Tatsache zu suchen sein, dass vorsätzliche Tötungsdelikte in der Scharia zwar mit der Talionsstrafe durch die Erben des Opfers oder die Zahlung von „Blutgeld“ an diese bestraft werden können,²² der Scharia ist indes eine öffentliche Klage fremd,²³ so dass die Strafverfolgung wegen eines Tötungsdelikts im Einzelfall vom Strafverfolgungswillen der Angehörigen des Opfers abhängt. Bei Tötungsdelikten steht aber den Angehörigen eines Toten das Recht zu, dem Täter zu verzeihen und

von einer Strafverfolgung abzusehen.²⁴ Wenn nun die Angehörigen des Opfers dessen Tötung, etwa im Familienrat, beschlossen und den Täter ausgewählt haben, liegt es fern, dass diese Angehörigen den Täter hierfür strafrechtlich zur Rechenschaft ziehen werden. Möglicherweise ist dies der Grund, warum in islamischen Gesellschaften meist nur weibliche Ehebrecher getötet werden, die zur eigenen Familie gehören, nicht aber der am Ehebruch oder sonst unzüchtigem Verhalten beteiligte Dritte. Die Scharia ermöglicht der Familie des Opfers die freie Entscheidung über die Einleitung eines Strafverfahrens, weswegen die Tötung weiblicher Familienangehöriger unter Umständen folgenlos bleibt. Tötet die Familie dagegen den am unzüchtigen Verhalten beteiligten Dritten, setzt sie sich der Gefahr aus, dass dessen Hinterbliebene ein Strafverfahren oder gar eine Blutracheserie einleiten.

Das Fortbestehen von Familienratsbeschlüssen in modernen Gesellschaften wie der Türkei, in denen die strafrechtliche Verfolgung von Tötungsdelikten durch den Staat erfolgt, mag zunächst erstaunen. Es erklärt sich hier aber vor dem Hintergrund des Zeugnisverweigerungsrechts der Hinterbliebenen, die mit dem Opfer verwandt sind. Wer im Familienrat die Tötung des Opfers mitbeschlossen hat, wird vor Gericht wohl kaum gegen den Täter aussagen. Der Familienrat dürfte somit weniger als eine „Tradition“ im herkömmlichen Wortsinne erscheinen, sondern vielmehr als ein Mittel zur Sicherstellung des „Dichthaltens“ aller Familienmitglieder gegenüber den staatlichen Strafverfolgungsorganen.

III. Bestrafung von „Ehrenmorden“ nach türkischem Recht

Im Rahmen der türkischen Bestrebungen nach einem Beitritt zur Europäischen Union wurde auf Druck von Seiten der Europäischen Kommission im Jahr 2003 Art. 462 des damaligen türkischen Strafgesetzbuchs außer Kraft gesetzt,²⁵ wel-

¹⁹ 24. Sure, Vers 4. Scheitert der Nachweis der Unzucht an dem Erfordernis von vier Zeugen, so droht jedem eine schwere Strafe, der die betroffene Frau der Unzucht bezichtigt hatte.

²⁰ Vgl. *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, 2002, S. 110.

²¹ Eingehend zur Steinigungsstrafe und ihrer juristischen Rechtfertigung siehe *Gräf*, *Bustan* Heft 1/1965, 9 f., der mit überzeugender Argumentation davon ausgeht, dass es sich bei dem Vorgang um einen „bedenklichen Versuch handelte, für die Steinigung einen koranischen Beleg zu schaffen.“

²² 2. Sure, Vers 178; 5. Sure, Vers 45; 17. Sure, Vers 33.

²³ Vgl. *Üçok/Mumcu/Bozkurt*, *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Aufl. 2006, S. 345; *Kürşat*, *Der Verwestlichungsprozeß des Osmanischen Reiches im 18. und 19. Jahrhundert*, Bd. 2, 2003, S. 182.

²⁴ *Cin/Akyılmaz*, *Türk Hukuk Tarihi*, 2003, S. 219; *Udeh*, *Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk*, Bd. 1, 1990, S. 320 ff.; *Aydın*, *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Aufl. 2005, S. 194 f.

²⁵ Gesetz Nr. 4928 v. 15.7.2003, *Resmî Gazete* v. 19.7.2003, S. 25173. Mit Art. 462 rezipierte der türkische Gesetzgeber den erst mit Gesetz Nr. 441 v. 5.8.1981 außer Kraft gesetzten Art. 587 des italienischen Strafgesetzbuchs, wonach Tötungs- und Körperverletzungsdelikte erheblich milder bestraft wurden, wenn das Opfer die Frau, die Tochter oder die Schwester des Täters war, er diese bei unerlaubtem Geschlechtsverkehr entdeckte und er die Tat aufgrund der stark provozierenden Wirkung dieser Verletzung seiner Ehre oder der seiner Familie ausführte. Art. 462 des damaligen türkischen Strafgesetzbuchs lautete in seiner letzten Fassung: „Sind die in den vorhergehenden beiden Abschnitten angeführten Taten [gemeint sind Tötungs- und Körperverletzungsdelikte, Anm. d. Verf.] von der Ehefrau, dem Ehemann, einem Verwandten aufsteigender Linie, von dem Bruder oder der Schwester gegenüber dem Ehemann, der Ehefrau, der Schwester, einem Abkömmling, an den Mittätern oder an beiden bei Ertappen auf frischer Tat des Ehebruchs oder des widerrechtlichen Geschlechtsverkehrs oder bei Ertappen in einem Zustand began-

cher eine erhebliche Strafmilderung für Körperverletzungs- und Tötungsdelikte gestattete, wenn der Täter einen ihm nahe stehenden Verwandten beim Ehebruch oder beim widerrechtlichen Geschlechtsverkehr ertappte und unter diesem Eindruck seine Tat beging.²⁶ Am 1.6.2005 trat in der Türkei ein neues Strafgesetzbuch (Türk Ceza Kanunu, TCK) in Kraft,²⁷ welches Forderungen der türkischen Zivilgesellschaft folgend²⁸ in Art. 82 lit. k dem Täter einer Tötung aus Gründen der Tradition mit erschwerter lebenslanger Freiheitsstrafe die Höchststrafe androht.²⁹ Hierunter können auch „Ehrenmorde“ fallen. Ergänzend führte der Gesetzgeber Strafschärfungsvorschriften für Familienratsmitglieder ein, die sich zur Tatbegehung eines unter 12 Jahre alten Kindes bedienen.³⁰ Daneben verschärft Art. 38 Abs. 2 TCK die Strafe für Anstiftungen unter Verwandten beziehungsweise die Anstiftung eines nicht unbedingt mit dem Anstifter verwandten Kindes.³¹ Außerdem verdient Art. 84 TCK in diesem Kontext Beachtung, der das Verleiten eines anderen zum Selbstmord

gen worden, der zweifelsfrei auf die beabsichtigte oder bereits begangene Ausübung des Ehebruchs oder des widerrechtlichen Geschlechtsverkehrs schließen lässt, so wird die festgestellte Strafe auf ein Achtel herabgesetzt, wobei die Zuchthausstrafe in eine Gefängnisstrafe umgewandelt wird.“

²⁶ Starker Kritik war die Vorschrift bereits zuvor seitens der türkischen Strafrechtslehre ausgesetzt, beispielhaft insoweit *Soyaslan*, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1999, S. 111; *Erem*, *Türk Ceza Kanunu Şerh*, Bd. 3, 1993, S. 2132; *Demirbaş*, *Türk Ceza Kanununda Özel Tahrik Halleri*, 1985, S. 110. Zu den Voraussetzungen der Vorschrift und der Kritik daran eingehend *Pohlreich* (Fn. 6), S. 158 ff.

²⁷ Gesetz Nr. 5237 v. 26.9.2004, Resmî Gazete Nr. 25611 v. 11.10.2004.

²⁸ Vgl. *Women for Women's Human Rights, New Ways: Gender Discrimination in the Turkish Penal Code Draft Law. An Analysis of the Draft Law from a Gender Perspective and Proposed Amendments by the Women's Platform on the Penal Code*, 2003, S. 7.

²⁹ „Wird die vorsätzliche Tötung [...] aus Gründen der Tradition begangen, wird der Täter mit erschwerter lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“ Während die lebenslange Freiheitsstrafe nach Art. 48 TCK eine Freiheitsstrafe für die Dauer des Lebens des Täters bedeutet, unterliegt der Vollzug der „erschweren lebenslangen Freiheitsstrafe“ gemäß Art. 47 TCK einem strengen Sicherheitssystem. Bezüglich der Notwendigkeit einer Erschwerung kritisch *Roxin/Isfen*, GA 2005, 228 (241).

³⁰ Art. 37 Abs. 2 TCK: „Wer einen anderen zur Tatbegehung als Werkzeug einsetzt, wird als Täter bestraft. Wer einen Schuldunfähigen als Werkzeug benutzt, dessen Strafe wird um ein Drittel bis um die Hälfte angehoben.“

³¹ „Wer die Verwandtschaftsbeziehung zu einem Vorfahren oder Abkömmling dazu ausnutzt, diesen zur Begehung einer Straftat anzustiften, dessen Strafe wird um ein Drittel bis um die Hälfte angehoben. Wird ein Kind zur Begehung einer Straftat angestiftet, kommt es auf die Feststellung einer Verwandtschaftsbeziehung zur Strafanhebung im Sinne dieser Vorschrift nicht an.“

unter Strafe stellt.³² Denn zuweilen werden „Ehrenmorde“ dadurch begangen, dass das Opfer von seiner Familie wochenlang ohne Nahrung in ein Zimmer mit einem Stuhl und einem Strick eingesperrt und zum Selbstmord genötigt wird, um seinen Tod als Unglücksfall erscheinen zu lassen.³³ Dass die in Art. 82 lit. k TCK angedrohte Höchststrafe dadurch umgangen werden kann, dass das Opfer zum Suizid gezwungen wird, ist ungeachtet der Strafandrohung in Art. 84 TCK rechtspolitisch höchst bedenklich und kann erklären, warum infolge des Inkrafttretens des neuen Strafgesetzbuchs in der Türkei die Suizidrate von 16.701 Suizidversuchen im Jahr 2005 auf 23.689 Suizidversuche im Jahr 2006 gestiegen ist.³⁴ Es erscheint rechtspolitisch sinnvoller, auch in Art. 84 Abs. 4 TCK die Höchststrafe anzudrohen. Zudem demonstriert die massive Steigerung der Suizidrate die Grenzen der Effektivität strafrechtlicher und die Notwendigkeit wirkungsvoller präventiver Maßnahmen bei der Bekämpfung von „Ehrenmorden“.

Problematisch erscheint auch, dass das neue Strafgesetzbuch in Art. 29 TCK³⁵ eine milde Bestrafung für eine infolge unerlaubter Provokation begangene Tat ermöglicht. Diese Vorschrift unterscheidet sich nur geringfügig von Art. 51 des alten türkischen Strafgesetzbuchs, der eine Strafmilderung ermöglichte, wenn der Täter durch eine „unerlaubte Provokation“ aus dem seelischen Gleichgewicht gebracht wurde und

³² „(1) Wer einen anderen zum Selbstmord anstiftet oder ermutigt, den Entschluss eines anderen zum Selbstmord bestärkt oder einem anderen bei seinem Selbstmord in irgendeiner Weise Hilfe leistet, wird mit zwei bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft.

(2) Wird der Selbstmord begangen, so wird die Person [d.h. der Verleitende] mit vier bis zu zehn Jahren Gefängnis bestraft.

(3) Wer andere öffentlich zum Selbstmord ermutigt, wird mit drei bis zu acht Jahren Gefängnis bestraft.

(4) Wer Personen zum Selbstmord verleitet, deren Einsichtsvermögen in die Bedeutung und die Folgen der Tat nicht entwickelt oder verloren gegangen ist, oder wer Personen mit Gewalt oder Drohung zum Selbstmord zwingt, wird wegen vorsätzlicher Tötung zur Verantwortung gezogen.“

³³ *Böhmecke*, Studie: Ehrenmord, 2005, S. 3; *Schirrmacher*, Rechtspolitisches Forum Nr. 37 (2006), S. 5. Im Durchschnitt begehen Männer in der Türkei doppelt so oft Selbstmord wie Frauen. In von Ehrenmorden besonders betroffenen Regionen wie Diyarbakir ist die Selbstmordrate bei Frauen demgegenüber doppelt so hoch wie bei Männern, *Hakeri*, *Kasten Öldürme Suçlar*, 2006, S. 253 m.w.N. Eingehend zur Situation in der Türkei auch *Çakir-Ceylan* (Fn. 15), S. 22 ff.

³⁴ Näher *Çakir-Ceylan* (Fn. 15), S. 22 f.

³⁵ „Wer eine Straftat unter dem Eindruck einer Zorn oder heftiges Leid auslösenden unerlaubten Handlung begeht, wird anstelle von erschwerter lebenslanger Freiheitsstrafe mit einer Haftstrafe von siebzehn bis vierundzwanzig Jahren und anstelle von lebenslanger Freiheitsstrafe mit einer Haftstrafe von zwölf bis achtzehn Jahren bestraft. In den übrigen Fällen wird die Strafe von einem Viertel bis zu drei Vierteln gemildert.“

in der darauf folgenden Zornesaufwallung oder infolge schweren seelischen Schmerzes seine Straftat beging.³⁶ Die Vorgängervorschrift ermöglichte der Rechtsprechung in einer Vielzahl von Fällen eine Strafmilderung für Täter eines „Ehrenmordes“ auch dann, wenn die Voraussetzungen der oben genannten besonderen Strafmilderungsvorschrift in Art. 462 des alten türkischen Strafgesetzbuchs nicht erfüllt waren.³⁷ Für die Unerlaubtheit der Provokation ließ die Rechtsprechung nämlich auch Verstöße gegen bloß sittliche, das heißt außerrechtliche Normen genügen³⁸ und verneinte eine Anwendung der Vorschrift immerhin für den Fall der Vergewaltigung einer Frau, welche der Täter als Provokation und damit als hinreichenden Grund zur Tötung der Vergewaltigten angesehen hatte.³⁹ Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob Art. 29 TCK ebenso auszulegen ist und in welchem Verhältnis diese Vorschrift zu Art. 82 lit. k TCK steht. Hiervon hängt es maßgeblich ab, ob „Ehrenmorde“ künftig eher streng oder weiterhin milde bestraft werden. Die zweite Frage lässt sich relativ kurz beantworten: Nach der Gesetzesbegründung zu Art. 82 lit. k TCK ist eine Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen, sobald die Voraussetzungen von Art. 29 TCK erfüllt sind. Zwar wird in der Literatur unter Hinweis auf den Umstand, nur das Gesetz selbst, nicht aber seine Begründung binde den Richter, vereinzelt vertreten, Art. 82 lit. k TCK und Art. 29 TCK seien gleichzeitig anwendbar.⁴⁰ Dieser Auffassung ist die Rechtsprechung jedoch nicht gefolgt. Soweit ersichtlich hat der Kassationshof bislang nur in einer Entscheidung ausdrücklich zu der Frage Stellung ge-

³⁶ „(1) Wer in durch unerlaubte Provokation hervorgerufenem Zornausbruch oder heftigem Schmerz eine Straftat begeht, wird, falls diese Straftat mit dem Tode bedroht ist, zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt, und wenn sie mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist, zu 24 Jahren Zuchthaus verurteilt. In den übrigen Fällen wird die Strafe für die begangene Straftat um ein Viertel ermäßigt.

(2) War die Provokation schwer und gewaltig, so wird anstatt auf Todesstrafe zu Zuchthaus nicht unter 24 Jahren und anstatt auf lebenslanges Zuchthaus zu Zuchthaus nicht unter 15 Jahren erkannt.“

³⁷ Vgl. hierzu die Übersicht bei Pohlreich (Fn. 6), S. 169 ff.

³⁸ Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 1.4.1980 – 41/1453, bei: Tutumlu, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1999, S. 24.

³⁹ Kassationshof (Großer Senat für Strafsachen), Urt. v. 23.3.1987 – 1-536/133, bei: Hakeri (Fn. 33), S. 254; Kassationshof (5. Strafkammer), Urt. v. 29.3.2006 – 403/2577, bei: Kaçak, Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu, 2007, S. 128; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 12.3.2002 – 146/766, bei: Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Aufl. 2007, S. 157. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Eigenschaft weiblicher Familienmitglieder als Opfer einer Vergewaltigung in bestimmten Kreisen in der Türkei als Schande für die Familienehre und als Provokation durch das Opfer selbst aufgefasst wird, vgl. Pohlreich (Fn. 6), S. 30 m.w.N.

⁴⁰ Vgl. Aydın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, 225 (246).

nommen.⁴¹ Zwar waren in dem dort entschiedenen Fall die Voraussetzungen von Art. 29 TCK nicht erfüllt; weil aber das Ausgangsgericht rechtsirrig Art. 29 TCK bejaht hatte, ging der Kassationshof auf das Verhältnis dieser Vorschrift zu Art. 82 lit. k TCK ein und sprach sich gegen eine gleichzeitige Anwendbarkeit beider Vorschriften aus; er folgte damit der Gesetzesbegründung.⁴² Schwieriger zu beantworten ist dagegen die Frage nach den Voraussetzungen von Art. 29 TCK.

1. Strafmilderungsmöglichkeit nach Art. 29 TCK

In ihrem jüngsten Fortschrittsbericht hat die Europäische Kommission deutlich gemacht, dass die Frage der Beitrittsreife der Türkei unter anderem von der Auslegung des Art. 29 TCK im Fall von „Ehrenmorden“ abhängt. Die Kommission hat darin die wenig effiziente und uneinheitliche Umsetzung des neuen Rechtsrahmens beklagt und insbesondere eine mangelhafte Umsetzung der neuen Vorschriften kritisiert, weil der Kassationshof in einem „Ehrenmord“-Verfahren Art. 29 TCK angewandt hatte.⁴³

Art. 29 TCK sieht eine milde Bestrafung für eine Tat vor, die der Täter unter dem Eindruck einer Zorn oder heftiges Leid auslösenden unerlaubten Handlung begangen hat. Der Gesetzgeber verwendet anders als bei Art. 51 des alten türkischen Strafgesetzbuchs die dem zivilrechtlichen Deliktsrecht entlehnte Formulierung „haksız fiil“ (unerlaubte Handlung), um das vom Opfer ausgehende provozierende Verhalten zu beschreiben. Ungeachtet dieser neuen Formulierung greift ein großer Teil der Literatur bei der Kommentierung der Vorschrift auf die frühere Rechtsprechung zu Art. 51 exTCK zurück.⁴⁴ Hiervon ausgehend wäre Art. 29 TCK ein Einfall-

⁴¹ Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.6.2009 – E 2008/248 K 2009/3287.

⁴² Die Entscheidung ist insoweit eindeutig, weil der Kassationshof hervorhebt, dass das Tatgericht nicht nur infolge falscher Rechtsanwendung Art. 29 TCK bejaht hatte, sondern auch unberücksichtigt gelassen hatte, dass Art. 29 TCK und Art. 82 lit. k TCK einander ausschließen: „Sanığın annesi Yeter ile maktul Abdullah'ın yaşam tarzlarının sanığa yönelik haksız fiil oluşturmuyacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında [Hervorhebung durch den Verf.] haksız tahrik hükümlerinin sanık hakkında uygulanamayacağı düşünülmeyen, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, yasaya aykırıdır.“ Hätte der Kassationshof allein auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen von Art. 29 TCK abgestellt, wäre die ergänzende Formulierung „töre saikiyle öldürme olayında“ entbehrlich gewesen.

⁴³ Europäische Kommission, Turkey 2010 Progress Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges, Com (2010) 660, S. 26.

⁴⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Aufl. 2007, S. 394; Demirbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Aufl. 2007, S. 392; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Bd. 1, 2. Aufl. 2006, S. 688; Malkoç, Açıklamalı

tor für die Privilegierung von solchen Delikten, für die es – wie bei „Ehrenmorden“ aufgrund von Art. 462 des alten türkischen Strafgesetzbuchs der Fall – ehemals einen Privilegierungsgrund gab und die der Gesetzgeber nunmehr eigentlich nicht milde bestraft wissen will.

Der Kassationshof verlangt aber für die Annahme unrechtmäßiger Provokation im Sinne von Art. 29 TCK, dass das provozierende Verhalten gegen eine Rechtsvorschrift verstößt. Ein Verstoß gegen bloß außerrechtliche Normen genügt ihm zufolge für eine Anwendung von Art. 29 TCK nicht.⁴⁵ Diese Rechtsvorschrift müsse darüber hinaus gerade den Täter schützen. So könne sich etwa nur der Ehepartner auf einen Verstoß gegen die in Art. 185 Abs. 2 TMK (Türk Medeni Kanunu, das türkische Zivilgesetzbuch) normierte eheliche Treuepflicht berufen.⁴⁶ Ausgehend von diesem Verständnis kann ein rechtlich zulässiges Verhalten nicht unter Art. 29 TCK fallen. Beispielsweise erlaubt Art. 197 Abs. 1 TMK jedem, die eheliche Wohnung zu verlassen, wenn und solange das Zusammenleben mit dem Ehepartner die eigene Persönlichkeit, wirtschaftliche Sicherheit oder den Familienfrieden ernsthaft gefährdet. Dieses Recht gilt unabhängig vom eigenen Verhalten des verlassenden Ehepartners.⁴⁷ Des-

wegen fällt das Verlassen des Ehepartners jedenfalls unter den Voraussetzungen von Art. 197 Abs. 1 TMK nicht in den Anwendungsbereich des Art. 29 TCK.

Dem ist zuzustimmen. Die herrschende Literatur verkennt die Gesetzesbegründung zu Art. 29 TCK, der zufolge der Gesetzgeber mit der Verwendung der Formulierung „unerlaubte Handlung“ in Art. 29 TCK im Gegensatz zur „unerlaubten Provokation“ in der früheren Vorschrift bezweckt, der fehlerhaften Anwendung einer Strafmilderung für Tötungen aus Gründen der Ehre oder der Tradition entgegenzuwirken. Er lehnt ausweislich der Begründung ausdrücklich eine Strafmilderung ab, wenn sich die Tat gegen das Opfer einer Straftat richtet, und nennt als Beispiel die Tötung einer vergewaltigten Frau durch ihren Vater oder Bruder. Der Gesetzgeber erklärt jedoch darüber hinaus, dass der Begriff der unerlaubten Handlung nach Art. 29 TCK ein nach rechtlichen Maßstäben unerlaubtes Verhalten bezeichnet. Für diese Sichtweise spricht auch das vom Gesetzgeber für die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift ausdrücklich genannte Beispiel der vergewaltigten Frau, dessen es an sich nicht bedurft hätte, weil die Rechtsprechung seit je für diesen Fall eine Strafmilderung abgelehnt hat.⁴⁸ Wenn der Gesetzgeber eine zu weitgehende Anwendung der Vorschrift durch die Rechtsprechung moniert und zur Klarstellung seiner Reformbestrebungen auf das von ihm gewählte Beispiel rekurriert, erscheint dies zunächst widersprüchlich. Das Beispiel ergibt jedoch dann Sinn, wenn der Gesetzgeber auch weitere Fälle nicht mehr milde bestraft wissen will, nämlich solche, in denen das als provozierend empfundene Verhalten des Opfers nicht gegen das Recht verstößt.

Ist die vom Kassationshof vorgenommene Beschränkung auf rechtliche Maßstäbe bei der Prüfung von Art. 29 TCK an sich zu begrüßen, so besteht gleichwohl ein Problem, denn betrachtet man die zeitliche Reichweite ehelicher Pflichten im türkischen Zivilrecht, ergibt sich ein durchaus besorgniserregendes Bild. Die ehelichen Pflichten gelten für die Ehe-

– İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Bd. 1, 2007, S. 177 ff.; *Parlar/Hatipoğlu*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Bd. 1, 2007, S. 307 ff.

⁴⁵ Vgl. Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.6.2009 – E 2008/248 K 2009/3287; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 28.6.2010 – E 2009/9808 K 210/4917; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 12.10.2010 – E 2009/10191 K 2010/6617; ebenso *Malkoç* (Fn. 44), S. 178 ff., insbesondere S. 180; *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Aufl. 2005, S. 447; *Parlar/Hatipoğlu* (Fn. 44), S. 307 f.; *Demirbaş* (Fn. 44), S. 392 unter Hinweis auf Kassationshof (Großer Senat für Strafsachen), Urt. v. 19.3.1996 – 1-37/ K. 47; zust. *Artuk/Gökçen/Yenidünya* (Fn. 44), S. 690; *Aydın*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, 225 (234 f.).

⁴⁶ Vgl. Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.6.2009 – E 2008/248 K 2009/3287: Keine Anwendung von Art. 29 TCK zugunsten des Täters, der einen Freund seiner verheirateten Mutter erstach, den er gemeinsam mit dieser im Park angetroffen hatte; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 7.6.2010 – E 2009/8804 K 2010/4214; vgl. auch Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 12.10.2010 – E 2009/10191 K 2010/6617: Keine Anwendung von Art. 29 TCK zugunsten des Täters, der auf seine Schwägerin und deren Geliebten schoss, weil die außereheliche Beziehung der Schwägerin Schande über seine Familienehre gebracht habe.

⁴⁷ Der Kassationshof machte zwar in einer Entscheidung (2. Zivilkammer, Urt. v. 14.1.2010 – E 2009/19762 K 2010/582) die Verurteilung zu Unterhaltszahlungen für die Dauer des Getrenntlebens unter anderem davon abhängig, dass den verlassenden Ehepartner keine schwerer wiegende Verletzung der ehelichen Pflichten trifft als den verlassenen Ehepartner. Von dieser Verschuldensfrage macht Art. 175 TMK die Frage der Unterhaltszahlungen abhängig; ein ver-

gleichbares Kriterium enthält Art. 197 Abs. 1 TMK indes nicht.

⁴⁸ Kassationshof (Großer Senat für Strafsachen), Urt. v. 23.3.1987 – 1-536/133, bei: *Hakeri* (Fn. 33), S. 254. *Göztepe* befürchtet aufgrund dieses Beispiels, dass die Gerichte in allen in der Gesetzesbegründung nicht genannten Fällen außerrechtliche Normverstöße unter Art. 29 TCK subsumieren werden. Wenn beispielsweise eine Frau entgegen dem Willen ihrer Familie eine einverständliche sexuelle Beziehung mit einem Mann aufnehme, ihn heirate, mit einem männlichen Freund ins Kino oder spazieren gehe oder sich ähnlich verhalte, gehe es um das sittliche Verhalten der jeweiligen Frau, nicht dasjenige eines Dritten; die Gesetzesbegründung schließe jedoch ausdrücklich nur den Fall für eine Anwendung von Art. 29 TCK aus, bei dem ein Dritter einen Normverstoß – nämlich die Vergewaltigung – begeht, vgl. *Göztepe*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2005, 29 (44); *dies.*, EuGRZ 2008, 16 (20). *Göztepe* ist zweifellos darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber klarer hätte ausdrücken sollen, dass kein außerrechtlicher Normverstoß für eine Anwendung von Art. 29 TCK genügt.

leute ausweislich höchstrichterlicher Rechtsprechung nämlich bis zur rechtskräftigen Scheidung einer Ehe, ohne dass bereits die Einreichung einer Scheidung insoweit eine Lockerung der ehelichen Pflichten mit sich brächte.⁴⁹ Dies soll sogar dann gelten, wenn jeder Ehepartner seine ehelichen Pflichten verletzt.⁵⁰ Damit könnte sich sogar ein untreuer Ehemann auf Art. 29 TCK berufen, wenn er seine Frau tötet, weil diese nach Einreichung der Scheidung eine Beziehung mit einem anderen Mann aufgenommen hat. Rechtspolitisch gesehen ist es fragwürdig, ob ein Mann in dieser Situation, das heißt nach Einreichung der Scheidung, von seiner Frau eine Beachtung der in Art. 185 Abs. 3 TMK vorgesehenen Treuepflicht in unverändertem Umfang einfordern kann. Es bleibt abzuwarten, ob die Strafkammern des Kassationshofs sich dessen Zivilrechtsprechung zur ehelichen Treuepflicht vollumfänglich zu eigen machen oder insoweit eine eigene Bewertung vornehmen werden.

2. Qualifizierung nach Art. 82 lit. k TCK

Art. 82 TCK erschwert die Strafe für Tötungen aus Gründen der Tradition ohne Ansehung des Geschlechts des Täters oder seiner verwandtschaftlichen Beziehung zum Opfer, was zu begrüßen ist.⁵¹ Demgegenüber bereitet die Vorschrift dadurch Probleme, weil sie auf den inhaltlich schwer bestimmbar Begriff der Tradition zurückgreift, ohne dass der Gesetzgeber irgendeinen Anhaltspunkt für eine Inhaltsbestimmung gibt. Selbst die Gesetzesbegründung schweigt zum Traditionsbegriff und beschränkt sich auf den Hinweis, dass dieses Qualifikationsmerkmal nur dann zu bejahen ist, wenn kein Fall des Art. 29 TCK vorliegt.⁵² Die Frage, wann „Ehrenmorde“ unter Art. 82 lit. k TCK fallen, ist übrigens keineswegs akademischer Natur. Zwar könnte man einwenden, dass die meisten „Ehrenmorde“ schon unter Art. 82 lit. d TCK fallen, dem an die enge Verwandtschaftsbeziehung zwischen dem Täter und seinem Opfer anknüpfenden qualifizierten Tatbestand für die Tötung eines Verwandten auf- und absteigender Linie, des Ehepartners oder der Geschwister. Es käme bei einem solchen Verständnis auf Art. 82 lit. k TCK nur dann an, wenn die Verwandtschaftsbeziehung zwischen dem Täter und dem Opfer eines „Ehrenmordes“ nicht von Art. 82 lit. d TCK

erfasst ist.⁵³ Tatsächlich kommt Art. 82 lit. k TCK aber in allen Verwandtschaftsbeziehungen Bedeutung zu, auch in den in Art. 82 lit. d TCK genannten Fällen. Der Kassationshof geht davon aus, dass die in Art. 82 TCK genannten Fälle einer qualifizierten Tötung auch kumulativ erfüllt sein können.⁵⁴ Darüber hinaus ist zu beachten, dass der türkische Gesetzgeber nur hinsichtlich Art. 82 lit. k TCK eine gleichzeitige Anwendung von Art. 29 TCK ausgeschlossen hat, nicht aber hinsichtlich Art. 82 lit. d TCK.

Die Literatur ist der Auffassung, dass nicht jede Tötung aus Gründen der Ehre in den Anwendungsbereich der Qualifizierungsnorm falle, weil es dann im Wortlaut „namus saikiyle“ (aus Gründen der sexuellen Ehre) heißen müsste.⁵⁵ Überwiegend leitet sie aus dem Merkmal „Tradition“ ab, Art. 82 lit. k TCK erfordere einen der Tötung zugrunde liegenden Familienratsbeschluss.⁵⁶

Freilich ist dieser Meinung entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber zwar eine strengere Sanktionierung von „Ehrenmorden“ im Blick gehabt haben mag, der Wortlaut aber hierüber hinausgeht. Der Gesetzgeber spricht nicht ausdrücklich allein von Tötungen aus Gründen der türkischen Tradition. Die fehlende regionale Beschränkung im Wortlaut ermöglicht daher auch Tötungen aus Gründen einer der türkischen Kultur fremden Tradition. Ausgehend von der Überlegung, dass es in einigen Kulturen durchaus Tötungen aus Gründen der Tradition geben mag, denen nach der jeweiligen Kultur kein Familienratsbeschluss zugrunde liegt, erscheint das Erfordernis eines Familienratsbeschlusses für eine Anwendung der Qualifikation keineswegs zwingend. Insofern ist dem Normverständnis in der überwiegenden Literatur entgegenzuhalten,

⁴⁹ Vgl. Kassationshof (2. Zivilkammer), Urt. v. 15.6.2006 – 2006/3327 K 2006/9534; Kassationshof (2. Zivilkammer), Urt. v. 15.11.2007 – E 2007/2103 K 2007/15844; Kassationshof (2. Zivilkammer), Urt. v. 14.1.2010 – E 2008/18052 K 2010/572; Kassationshof (2. Zivilkammer), Urt. v. 3.5.2010 – E 2009/5707 K 2010/8831; Kassationshof (Großer Senat für Zivilsachen), Urt. v. 22.12.2010 – E 2010/2-636 K 210/680.

⁵⁰ Vgl. Kassationshof (2. Zivilkammer), Urt. v. 15.11.2007 – E 2007/2103 K 2007/15844; Kassationshof (2. Zivilkammer), Urt. v. 14.1.2010 – E 2008/18052 K 2010/572.

⁵¹ So auch *Meran*, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, 2005, S. 56; *Göztepe*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2005, 29 (41).

⁵² Wegen dieser Knappheit zu Recht kritisch *Göztepe*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2005, 29 (44); vgl. *dies.*, *EuGRZ* 2008, 16 (21).

⁵³ So wohl *Çakir-Ceylan* (Fn. 15), S. 176, die als Beispiele, in denen es auf Art. 82 lit. k TCK ankommen soll, die Tötung der von Art. 82 lit. d TCK nicht erfassten Imam-Ehefrau oder anderer, dort nicht genannter Verwandter nennt.

⁵⁴ Vgl. Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 30.1.2009 – E 2008/10901 K 2009/293; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 22.1.2010 – E 2009/1759 K 2010/246; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 1.2.2010 – E 2009/8861 K 2010/605; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 13.10.2010 – E 2009/10191 K 2010/6617.

⁵⁵ Insoweit krit. *Parlar/Hatipoğlu* (Fn. 44), S. 682 f.; *Tezcan/Erdem/Önok* (Fn. 39), S. 157; *Hakeri* (Fn. 33), S. 254; vgl. auch *Sarhan*, *TCK Kadınlara Neler Getiriyor?*, 2005, S. 32 f.; *Centel/Zafer/Çakmut*, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2005, S. 57.

⁵⁶ *Malkoç* (Fn. 44), S. 537; *Tezcan/Erdem/Önok* (Fn. 39), S. 157; *Hakeri* (Fn. 33), S. 254; *Parlar/Hatipoğlu* (Fn. 44), S. 682; vgl. auch *Soyaslan* (Fn. 26), S. 107; *Sözürer ZStW* 119 (2007), 717 (744). Teilweise lassen Stimmen in der Literatur auch Tötungsbeschlüsse anderer Personengemeinschaften oder eines Teils solcher Personengemeinschaften genügen, denen sich der Täter so verbunden fühlt, dass er den Beschluss als für sich zwingend empfindet, vgl. *Meran* (Fn. 51), S. 56; *Arslan/Azizağaoğlu*, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 2005, S. 364; *Centel/Zafer/Çakmut* (Fn. 55), S. 57. A.A. *Soyaslan* (Fn. 26), S. 107; *Topaloğlu*, *İstanbul Barosu Dergisi* 83 (2009), 133 (137 f.).

dass sie den Anwendungsbereich der Vorschrift ohne nähere Begründung einseitig auf Tötungen begrenzt, die vor dem Hintergrund türkischer Traditionen stehen. Das Erfordernis eines Familienratsbeschlusses wirft zudem das Problem der Beweisbarkeit solcher Beschlüsse auf. Mit dem Angeklagten verwandte Zeugen haben ein Zeugnisverweigerungsrecht und werden hiervon Gebrauch machen, wenn sie die Ehrvorstellungen des Täters teilen und ihr Interesse an seinem Freispruch entsprechend groß ist. Andere Zeugen werden aus Furcht nicht aussagen. Mit diesen Beweisschwierigkeiten erklärte der Richter am Kassationshof *Surulu* die wenigen Bestrafungen von Familienratsmitgliedern unter Geltung des alten Strafgesetzbuchs. Gelang jedoch der Nachweis, waren sie als Anstifter gleich dem Haupttäter zu bestrafen.⁵⁷ Diese Beweisprobleme sind auch mit dem neuen Strafgesetzbuch nicht aus der Welt geschafft.⁵⁸ Zu ihrer Lösung wird vorgeschlagen, einen Verzicht der Hinterbliebenen auf eine Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gegen den Haupttäter als Indiz für das Vorliegen eines Familienratsbeschlusses zu werten.⁵⁹ Ob damit aber das Beweisproblem gelöst ist, erscheint durchaus fraglich. Denn immerhin können die Hinterbliebenen auf Entschädigungszahlungen auch aus Furcht verzichten, dass deren Geltendmachung eine bereits eingetretene soziale Marginalisierung vertiefen würde. Bei einer realistischen Prognose wird es kaum zu Verurteilungen nach Art. 82 lit. k TCK kommen können, wenn man hierzu einen Familienratsbeschluss fordert. Es ist aber fraglich, ob dem türkischen Gesetzgeber unterstellt werden kann, eine Strafvorschrift ohne nennenswerten praktischen Anwendungsbereich zu wünschen.

Zwei frühe Entscheidungen des Kassationshofes zu Art. 82 lit. k TCK ließen durchaus vermuten, die Vorschrift erfordere einen Familienratsbeschluss. In einer Entscheidung bezüglich der vorsätzlichen Tötung der schwangeren Schwester beider Angeklagter ging der Kassationshof davon aus, eine Verurteilung wegen Art. 82 lit. k TCK setze den sicheren Nachweis eines Familienratsbeschlusses voraus.⁶⁰ Eine andere Entscheidung⁶¹ betraf die Tötung einer Frau durch ihren Vater und ihren Bruder. Wegen des in der Entscheidung nicht näher beschriebenen Lebensstils der Frau gab es im Umfeld der Familie Gerede darüber, sie verhalte sich nicht wie eine anständige Frau. Als ihr Bruder sie daraufhin zur Rede stellte, kam es zu einem Streit. In dessen Verlauf sagte die Schwester „Spielst du dich als Mann auf?“, stellte also die Männlichkeit ihres Bruders in Frage, welcher in derselben Nacht die Tötung der Frau beschloss. Er wartete nachts, bis seine Schwester eingeschlafen war, und erdrosselte sie ge-

meinsam mit dem Vater daraufhin mit einem Stromkabel. Der Kassationshof verneinte einstimmig für beide Angeklagte, den Bruder und den Vater, eine Tötung mit Überlegung, welche nach Art. 82 lit. a TCK mit der Höchststrafe zu bestrafen ist. Er entschied darüber hinaus mehrheitlich zugunsten einer Anwendung von Art. 29 TCK, ohne näher zu erörtern, gegen welche Vorschriften die Frau verstoßen haben soll. Das abweichende Votum zweier Richter der Kammer, darunter der Vorsitzende, lehnte eine Anwendung von Art. 29 TCK kategorisch ab. Das der Frau vorgeworfene unsittliche Verhalten sei nur Gegenstand von Gerüchten gewesen und keineswegs sicher nachgewiesen, und auch ihre Äußerung gegenüber ihrem drei Jahre jüngeren Bruder in der Streitsituation habe diesen nicht nennenswert vor den Kopf stoßen können. Jedenfalls aber habe die Frau mit keinem Verhalten gegen Rechtsvorschriften verstoßen. Nachdem das Verfahren an das Ausgangsgericht erneut zur Entscheidung übermittelt worden war, entschied dieses im Sinne des Kassationshofes unter Anwendung von Art. 82 lit. d TCK und Art. 29 TCK für beide Angeklagte. Der hierauf wiederum angerufene Kassationshof billigte dieses Urteil.⁶² Diese Entscheidung stieß seitens der Europäischen Kommission in ihrem oben bereits erwähnten Fortschrittsbericht über die Türkei auf Kritik.⁶³ In der Tat ist schon die Anwendung von Art. 29 TCK nicht nachvollziehbar, kommt doch allenfalls ein Verstoß des Opfers gegen außerrechtliche Normen in Betracht, die aber von der Vorschrift des Art. 29 TCK nicht erfasst sind. Darüber hinaus hätte der Kassationshof durchaus Art. 82 lit. k TCK bejahen können, zumal es angesichts des öffentlichen Geredes im Vorfeld der Tat nahelag, dass die Angeklagten ihre Familienehre retten wollten.

Der Anwendungsbereich von Art. 82 lit. k TCK beschränkt sich nach neuerer Auffassung des Kassationshofes jedoch nicht allein auf Tötungen aus Gründen der Ehre, denen ein Familienratsbeschluss zugrunde liegt. Vielmehr ist jenseits des Anwendungsbereichs von Art. 29 TCK⁶⁴ jede vorsätzliche Tötung, die der Wiederherstellung der sexuellen Familienehre dient, ein Fall von Art. 82 lit. k TCK.⁶⁵ Der

⁵⁷ *Gülşen*, Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliği, 103 (111).

⁵⁸ *Malkoç* (Fn. 44), S. 537; *Meran* (Fn. 51), S. 55.

⁵⁹ *Güllüoğlu*, in: Atalay/Ulug (Hrsg.), Sosyolojik ve hukuksal boyutlar yla töre ve namus cinayetleri uluslar aras sempoyumu, 2003, S. 97 (S. 100); *Hakeri* (Fn. 33), S. 254.

⁶⁰ Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 14.3.2008 – E 2007/6700 K 2008/1986.

⁶¹ Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 5.3.2008 – E 2006/5263 K 2008/1668, nicht veröffentlicht.

⁶² Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 9.12.2009 – E 2009/2558 K 2009/7567, nicht veröffentlicht.

⁶³ Die Kommission äußerte in dem Fortschrittsbericht Kritik an einer bestimmten, jedoch nicht näher benannten Entscheidung in einem „Ehrenmord“-Fall, in der Art. 29 TCK angewandt worden war. Es ist davon auszugehen, dass sich die Kritik auf die hier dargestellte Entscheidung bezog, weil im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine andere Entscheidung in einem „Ehrenmord“-Fall zu einer Bejahung von Art. 29 TCK gelangte.

⁶⁴ Vgl. Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.6.2009 – E 2008/248 K 2009/3287.

⁶⁵ Vgl. Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 30.1.2009 – E 2008/10901 K 2009/293: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK wegen Tötung der verheirateten Schwester des Täters, weil sie ein außereheliches Kind erwartete; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.4.2009 – E 2009/2339 K 2009/1937: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der Tötung eines Mannes, mit dem die Schwägerin beider Täter eine

Kassationshof benutzt den Begriff der Tradition (töre) und den der sexuellen Ehre (namus) oftmals ausdrücklich synonym und stellt sie somit strafrechtlich einander gleich.⁶⁶

zwei- bis dreimonatige außereheliche Beziehung geführt hatte; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.6.2009 – E 2008/248 K 2009/3287: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der Tötung eines Mannes, mit dem die verheiratete Mutter des Täters platonisch befreundet war und sich in einem Park getroffen hatte; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 22.1.2010 – E 2009/1759 K 2010/246: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der Tötung einer ledigen und volljährigen Frau durch ihre Cousins, weil sie eine voreheliche sexuelle Beziehung unterhalten hatte; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 1.2.2010 – E 2009/8861 K 2010/605: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der Tötung einer ledigen Frau, die ihren Heimatort mit ihrem Freund verlassen hatte und in eine andere Stadt gezogen war, und hierdurch aus Sicht der Täter Schande auf die Familienehre gebracht habe; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 7.6.2010 – E 2009/8804 K 2010/4214: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der Tötung eines Mannes, den die noch verheiratete Schwester des Angeklagten im Rahmen einer staatlich nicht anerkannten, religiösen Zeremonie heiratete (sog. Imam-Ehe), nachdem sie wegen ihrer ersten, rechtlich anerkannten Ehe die Scheidung eingereicht hatte; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 28.6.2010 – E 2009/9808 K 2010/4917: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der Tötung eines Mannes, mit dem die Schwester des Angeklagten ohne Zustimmung der Familie eine Woche vor der Tat gemeinsam zu leben begann; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 13.10.2010 – E 2009/10191 K 2010/6617: Bejahung von Art. 82 lit. k TCK im Fall der versuchten Tötung der Schwägerin des Täters und der vollendeten Tötung ihres Geliebten, welche etwa drei Monate lang zusammengelebt hatten und aus Furcht vor einem „Ehrenmord“ aus der Stadt geflohen und auch in der folgenden Zeit oft umgezogen waren, um die Spuren zu verwischen; die Schwägerin und ihr Geliebter erhielten gleichwohl Drohanrufe und erstatteten deswegen Strafanzeige; als die Schwägerin dem Angeklagten am Telefon erklärte, sie wolle in Ruhe gelassen werden und werde die Scheidung einreichen, erklärte er ihr, wenn sie etwas unternähme, würde sie Schwierigkeiten bekommen; der Täter hatte etwa sieben Jahre zuvor seine Schwester wegen einer Beziehung mit einem Mann getötet, weswegen er zu einer Haftstrafe auf Bewährung verurteilt worden war, und missbilligte auch die außereheliche Beziehung seiner Schwägerin; nachdem er sie ausfindig gemacht hatte, schoss er auf sie und ihren Geliebten, der an den Folgen des Schusses starb; auf der Flucht rief der Täter laut: „Dies ist eine Angelegenheit der Ehre!“.

⁶⁶ Vgl. Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.4.2009 – E 2009/2339 K 2009/1937; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 30.1.2009 – E 2008/10901 K 2009/293; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 8.6.2009 – E 2008/248 K 2009/3287; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 7.6.2010 – E 2009/8804 K 2010/4214; Kassationshof (1. Strafkammer), Urt. v. 28.6.2010 – E 2009/9808 K 2010/4917; Kassationshof

Eine nähere Begründung dieser Gleichsetzung von Tradition und sexueller Ehre bleibt der Kassationshof dem Leser der einschlägigen Entscheidungen indessen stets schuldig. Begründen lässt sich die Gleichsetzung jedoch mit dem von der herrschenden Meinung durchweg außer Acht gelassenen Umstand, dass die Vorschrift auf einen Beweggrund und damit auf ein subjektives Merkmal abstellt. Der herrschenden Meinung wäre zuzustimmen, wenn der Gesetzeswortlaut fordern würde, dass der Täter in traditioneller Weise gehandelt haben muss. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr für ein subjektives Merkmal entschieden, das nicht auf eine besondere Begehungsweise, sondern auf das Täterinnere abstellt. Entscheidend ist deshalb, ob der Täter mit der Tötung den von ihm empfundenen Handlungsimperativen der Tradition gehorchen wollte. Bei einem solchen Verständnis erfasst Art. 82 lit. k TCK alle Tötungen aus solchen Gründen, bei denen ein Familienrat traditionellerweise die Tötung des Opfers beschließen würde, also die oben genannten Verstöße gegen sexuelle Verhaltensnormen. Die Ausgestaltung des Merkmals als Bestandteil des subjektiven Tatbestandes bewirkt, dass es für die Anwendung von Art. 82 lit. k TCK einerlei ist, ob der Täter aus Gründen der Tradition oder aus Gründen der sexuellen Ehre gehandelt hat.

III. Fazit

Abgesehen von vereinzelt gebliebenen, durchaus kritikwürdigen Entscheidungen hat der Kassationshof in jüngerer Zeit demonstriert, dass „Ehrenmorde“ im türkischen Strafrecht grundsätzlich streng bestraft werden. Demgegenüber erscheint der gesetzliche Rahmen insoweit bedenklich, als Art. 84 Abs. 4 TCK eine mildere Strafe androht als Art. 82 lit. k TCK und auf diese Weise gewissermaßen ein Anreiz bestehen könnte, gegen sexuelle Verhaltensnormen verstoßende Frauen zum Selbstmord zu drängen. Bedenklich erscheint auch die zeitliche Geltung der ehelichen Treuepflicht nach Art. 185 TMK bis zur rechtskräftigen Scheidung der Eheleute, die es dem Täter wohl ermöglichen wird, sich auch nach Einreichen der Scheidung auf Art. 29 TCK zu berufen, wenn er seine untreue Frau und/oder deren neuen Lebensgefährten tötet.

(1. Strafkammer), Urt. v. 13.10.2010 – E 2009/10191 K 2010/6617.

Das deutsche und türkische Betäubungsmittelstrafrecht im Vergleich – und was man alles voneinander lernen kann

Von Wiss. Mitarbeiter **Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu**, Erlangen*

I. Hinführung

Der Betäubungsmittelumsatz ist eine der wichtigsten Bezugsquellen der Organisierten Kriminalität und somit eine Erscheinung, deren effektive Bekämpfung nur durch supranationale Zusammenarbeit gelingen kann. Schwere Betäubungsmitteldelinquenz zeichnet sich durch das länderübergreifende Operieren von Organisationen und Banden aus,¹ deren Mitglieder in verschiedenen Ländern ihren Sitz haben und jedes strukturelle Defizit des jeweiligen Ortes, an dem sie sich befinden, planend für einen möglichst effizienten Betäubungsmittelumlauf nutzen (Armut, geringe/käufliche Polizeipräsenz, gute Produktionsbedingungen für BtM, hohe Nachfrage in einem Nichtherstellungsland). Bereits die „Grundlage“ der Drogenprohibition – das Haager Abkommen vom 23.1.1912² – hatte daher als völkerrechtliches Bündnis eine supranationale Dimension. Jene „Internationalisierung“ der Rauschgiftmissbrauchsbekämpfung war erst der Grund dafür, dass insbesondere die Drogenkriminalpolitik der Vereinigten Staaten auf Europa „überschwappte“ und zumindest für Deutschland (bzw. damals das Deutsche Reich) den hauptsächlichsten Anstoß für eine Kriminalisierung des Opium-, Morphin- und Kokainumlaufs bildete.³ Mit der Ratifizierung weiterer internationaler Suchtstoffübereinkommen (von 1961, 1977, 1988⁴) sollte nach und nach zumindest ein rechtlich einheitliches Grundkonzept – sozusagen eine gemeinsame „Idee“ – geformt werden, ohne zugleich allzu intensiv in die Souveränität der Einzelstaaten einzugreifen (was die konkrete Ausgestaltung der Tatbestände und die Drogenpolitik in concreto betrifft).⁵ Methodisch ist es daher schon aus diesem Grund interessant zu beobachten, auf welche Art und Weise die verschiedenen Länder die in den Übereinkommen normierten „Richtlinien“ verarbeiten und umsetzen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung – im Fol-

genden zwischen Deutschland als typisches Einfuhrland einerseits – und Türkei⁶ als Ausfuhrland andererseits⁷ – soll aber im Folgenden insbesondere dazu genutzt werden, die Stärken und Schwächen bestimmter gesetzgeberischer Modelle an zwei real existierenden Beispielen herauszustellen, um ggf. auch Impulse für die zukünftige Gesetzgebung im Bereich der Betäubungsmittelstrafrechts zu setzen. Gerade aus diesem Grund erscheint es daher zweckmäßig, die Untersuchung auf die gesetzestechnischen Grundkonzepte zu beschränken, also positivistisch und streng am Wortlaut orientiert zu arbeiten. Etwaige Feinjustierungen mittels Auslegung, Detailfragen in der Rechtsprechung und diskutierte Problemstellungen gilt es hingegen soweit wie möglich auszublenden.

II. Kernstrafrecht contra Nebenstrafrecht

Dass sich hier zwei grundsätzlich verschiedene Konzepte gegenüberstehen, deutet sich bereits „äußerlich“ an, da die Betäubungsmittelstraftatbestände des deutschen und türkischen Rechts an unterschiedlichen Orten lokalisiert sind. Während das deutsche Betäubungsmittelstrafrecht am Ende eines Verwaltungsgesetzes seinen Platz findet (§§ 29 ff. BtMG) und somit als „Nebenstrafrechtsmaterie“ konzipiert ist, sind die zentralen Betäubungsmitteldelikte des türkischen Strafrechts im Besonderen Teil des türkischen Strafgesetzbuchs (also im „Kernstrafrecht“⁸) zu finden, Art. 188-192

* Der *Autor* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Hans Kudlich.

¹ Zu diesen Aspekten, die auch den Gesetzgeber zu einer Verschärfung des Betäubungsmittelstrafrechts veranlassten, ausführlich *Rahlf*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2007, Vor § 29a ff. Rn. 2 ff.

² Vgl. hierzu *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2007, Einl. Rn. 15.

³ So basiert das erste deutsche Opiumgesetz von 1920 auf einer von den USA initiierten ersten internationalen Opiumkonferenz; zur Geschichte des BtMG ausführlich *Weber*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2009, Einl. Rn. 3.

⁴ Abgedruckt bei *Weber* (Fn. 3), Anlage A 1-A 3.

⁵ Das letzte Suchtstoffübereinkommen ist von 87 Ländern unterzeichnet und von 183 Staaten ratifiziert, vgl.

http://www.unodc.org/documents/treaties/treaty_adherence_convention_1988.pdf.

⁶ Das türkische Strafgesetzbuch hatte ursprünglich das italienische Strafgesetzbuch von 1889 („Codice Zanardelli“) als Vorbild. Als nach der Jahrhundertwende die Diskussion rund um einen EU-Beitritt der Türkei wieder aufgenommen wurde, hat man die Arbeiten an einer Novellierung, sprich großen Strafrechtsreform, wieder intensiv aufgenommen. Das neue Strafgesetzbuch mit der Nummer 5237 wurde am 26.9.2004 verabschiedet und ist am 1.6.2005 in Kraft getreten. Zur Gesetzgebungsgeschichte ausführlicher *Tellenbach*, Das türkische Strafgesetzbuch, Übersetzung, 2008, S. 1 ff.; *dies.*, Einführung in das türkische Strafrecht, 2003, S. 6 f.

⁷ *Akkaya*, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları, 2010, S. 129.

⁸ Das Kernstrafrecht steht also im Unterschied zum Nebenstrafrecht für die Aufzählung der Deliktstatbestände eines Strafgesetzbuchs, denen (als Allgemeiner Teil bezeichnet) Vorschriften „vor die Klammer gezogen“ sind, die für alle Deliktstatbestände gleichsam gelten. Auch das türkische Recht verwendet dieses System: Dem Besonderen Teil („Özel Hükümler“) ab Art. 76 TCK ist ein Allgemeiner Teil vorangestellt, Art. 1-75 TCK, der sich – ähnlich wie im deutschen Strafrecht – in die drei Abschnitte Definitionen, Grundlagen der Strafbarkeit und Sanktionen gliedern lässt; zum Allgemeinen Teil des türkischen StGB vgl. *Roxin/Isfen*, GA 2005, 228.

TCK.⁹ Zur Erläuterung: Als Nebenstrafrecht werden Strafvorschriften bezeichnet, die in engem Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen stehen und daher nicht im StGB zu finden sind, sondern direkt neben ihrer „Hauptmaterie“ (oftmals verwaltungsrechtliche Regelungen) platziert werden.¹⁰ Vorteil an dieser Vorgehensweise ist zum einen, dass die Auslegung der Vorschriften „gebietsakzessorisch“¹¹ vorgenommen werden kann und man zum anderen einer „Überfrachtung“ des StGB entgegenwirkt wird.¹² Gerade in Bereichen, in denen der Gesetzgeber häufiger tätig werden muss (und dies ist im deutschen BtMG-Modell aufgrund des Systems der Positivliste der Fall, vgl. noch weiter unten), erscheint eine Regelung außerhalb des StGB zweckmäßig, da somit dessen ständige Novellierung vermieden wird.¹³ Natur-

⁹ Als weiteres Delikt mit betäubungsmittelrechtlichem „Bezug“ sei Art. 297 TCK genannt, der das Einschmuggeln verbotener Gegenstände – u.a. auch Betäubungsmittel – unter Strafe stellt, um den störungsfreien Ablauf des Justizvollzugs zu gewährleisten, vgl. hierzu *Arslan/Azizağaoğlu*, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, S. 1201 f. Auf diesen Tatbestand wurde deswegen aufmerksam gemacht, weil beim deutschen Gesetzgeber etwa vor einem Jahr der Vorschlag eingereicht wurde, den Betäubungsmittelschmuggel in Justizvollzugsanstalten als benannten schweren Fall des § 29 Abs. 1 BtMG auszugestalten, vgl. BT-Drs. 17/429. Das türkische Modell zeigt, dass auch eine komplett eigenständige Vorschrift denkbar wäre, die den Schmuggel gefährlicher Gegenstände jeder Art unter Strafe stellt, etwa in einem § 122 StGB n.F. Diesbezüglich sei angemerkt, dass das türkische Strafrecht bzgl. verwerflicher Vorgänge rund um die JVA wesentlich ausgeprägter ist. Während das StGB hierzu „nur“ die Straftatbestände der Gefangenenbefreiung und Meuterei kennt, §§ 120, 121 StGB, bietet das TCK einerseits mehr Schutz für den Gefangenen, indem es den Amtsmissbrauch der Vollzugsmitarbeiter sowie die Verhinderung von Rechten im Vollzug unter Strafe stellt, Art. 295, 298 TCK, gerät aber andererseits in eine besonders krasse Kollision mit dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ und damit der EMRK, wenn bereits das „gewaltlose“ Entweichen aus der Strafanstalt als Deliktstatbestand konzipiert ist, Art. 292. Im Gegensatz hierzu verlangt die Gefangenenmeuterei ein gewalttätiges Zusammenrotten und speist ihre Legitimität somit nicht nur aus der Gewalthandlungen gegen Vollstreckungsbeamte, die für sich gesehen bereits strafbar wären, sondern aus dem Umstand, dass der Inhaftierte andere Insassen (Stichwort „Gruppendynamik“) durch sein Verhalten mitreißt, sein Verhalten also erheblich über einen einfachen Fluchtversuch hinausgeht, vgl. nur BGHSt 4, 396.

¹⁰ *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einl. Rn.18.

¹¹ Zu dieser „Akzessorität“ des Nebenstrafrechts *Kudlich/Oğlakcioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Rn. 1 ff.

¹² *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 8 Rn. 26.

¹³ *Naucke*, Strafrecht, Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 4 Rn. 15; Eine ständige Veränderung im Kernbereich des staat-

lich hat die konkrete Positionierung eines Strafgesetzes (ob nun außerhalb oder innerhalb des StGB) keine Auswirkungen auf ihre „Gültigkeit“ oder Anwendung. Nach Art. 1 EGStGB gelten die allgemeinen Regelungen des StGB auch für Strafnormen außerhalb des StGB.

In der Literatur wird aber schon seit längerer Zeit beklagt, dass nebenstrafrechtliche Normen stets Gefahr laufen, zumindest faktisch auch nur als „Nebensache“ empfunden zu werden (dieses Prädikat kann dem deutschen Betäubungsmittelstrafrecht nicht aufgedrückt werden, wenn es laut PKS 3,9 % der Gesamtkriminalität ausmacht).¹⁴ Gerade diese Wahrnehmung führe auch dazu, dass sich die Dogmatik des Nebenstrafrechts mehr und mehr von der allgemeinen Verbrechenlehre entferne, ja sogar „verderblich isoliert“ sei.¹⁵ Diese Entwicklung ist aber nicht vorrangig der konkreten Positionierung einer Norm geschuldet, sondern hängt mit der tatbestandlichen Ausgestaltung des Delikts zusammen. Insofern hat sich schlicht das klassische Bild, das man von einem Straftatbestand (und seiner Legitimation) hat, grundsätzlich gewandelt, sodass sich auch im StGB Straftatbestände häufen, die als „modernes Präventionsstrafrecht“¹⁶ nicht oder nur schwer mit der traditionellen Verbrechenlehre in Einklang zu bringen sind.

Eine ganz andere Frage bleibt aber, ob und in welchem Umfang eine Positionierung im Kernstrafrecht eine bessere „Signalwirkung“ ausstrahlen könnte. Dies wäre wohl nur dann anzunehmen, wenn es sich um ein Verbot handelte, das nicht bereits fest im Bewusstsein der Bevölkerung verankert ist. Grundsätzlich dürfte aber jeder wissen (wenn auch nicht unbedingt akzeptieren), dass auch der Umgang mit sog. „weichen“ Drogen wie Cannabis in der Bundesrepublik Deutschland verboten ist. Insofern kann man wohl kaum davon ausgehen, dass eine Verschiebung der §§ 29 ff. BtMG in das deutsche StGB, ohne diese Vorschriften grundlegend zu modifizieren, Auswirkungen auf die Verwirklichung, Verfolgung oder Auslegung der Betäubungsmitteldelikte hätte. Abgesehen davon müsste man sich dann mit der Frage auseinandersetzen, ob es nicht auch weitere Delikte im Nebenstrafrecht gibt, die eine Verschiebung in das StGB „verdient“ hätten, wie etwa der unerlaubte Erwerb und Besitz von Waffen gem. § 51 WaffG, das Fahren ohne Fahrerlaubnis gem. § 21 StVG oder der Besitz von Dopingsubstanzen, strafbar gem. §§ 95, 96 AMG. Solch eine Verschiebung wäre nicht möglich, ohne das Gesetz „unhandlich“ zu machen, da das Verständnis der Vorschriften nach wie vor die Hinzuziehung des Verwaltungsgesetzes sowie seiner Anlagen und in

lichen Strafverfolgungsapparats kann die negative Nebenwirkung haben, dass gesetzgeberische Akte von der Rechtsgemeinschaft nicht mehr ernst genommen werden, da sie ohnehin keinen langen Bestand haben.

¹⁴ PKS 2008 IMK Kurzbericht, S.17 im Internet abrufbar unter der Adresse http://www.bka.de/pks/pks2008/download/pks2008_imk_kurzbericht.pdf.

¹⁵ *Köhler*, MDR 1992, 739.

¹⁶ Zu diesem Terminus und den Ursachen dieser Entwicklung *Wohlbers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 29 ff.

diesem Kontext erlassenen Verordnungen notwendig machte.¹⁷ Denkbar wäre auch eine partielle Aufhebung der Akzessorietät und die überwiegende Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale, dazu siehe noch weiter unten.

Letztlich kommt auch das türkische StGB nicht vollständig um ein „Umblättern“ – sprich Verweis auf ein anderes Regelwerk – herum, wenn die Tatbestände auf ein „unerlaubtes“ Verhalten abstellen, d.h. die Strafbarkeit des Verhaltens von einer behördlichen Genehmigung abhängt. Das Genehmigungsverfahren, die inhaltlichen Schranken und die zuständige Behörde für die Erlaubnis sind in anderen Gesetzen geregelt.¹⁸ Das türkische Modell genießt den Komfort, zumindest die Strafvorschriften als „Gruppe“, also in ihrem Gesamtzusammenhang in das StGB stellen zu können. Diese Zusammenstellung erfolgt orientiert an ihrer Stoßrichtung bzw. am geschützten Rechtsgut (was grundsätzlich im deutschen StGB ebenfalls das maßgebliche Einteilungskriterium ist). Unter dem dritten Teil „Straftaten gegen die Gesellschaft“ (Topluma karşı suçlar) und dessen drittem Abschnitt „Delikte gegen die öffentliche Gesundheit“¹⁹ („Kamunun sağlığına karşı suçlar“) werden hier Straftaten zusammengezogen, die im deutschen Recht allesamt auf verschiedene Normen des Nebenstrafrechts verteilt sind (→ siehe *Graphik 1* auf S. 751). Dass die Vorschriften indessen vorrangig das gleiche Schutzgut im Auge haben (nämlich die „Volksgesundheit“²⁰) überrascht nicht, da das (zu Recht) kritisierte²¹ Rechtsgut der Volksgesundheit auf das

gemeinsame Ziel der internationalen Verträge zur Suchtstoffkontrolle zurückgeht, den Gebrauch von Rauschgift zu bloßen Genusszwecken wegen seiner verderblichen Folgen für die „Volksgesundheit“ zu verhindern.²²

Das TCK scheint also auf den ersten Blick aus strafrechtlicher Perspektive betrachtet all das auf elf Paragraphen zusammenzufassen, wofür das deutsche System womöglich ganze elf Gesetze braucht. Natürlich verbleibt es hier nicht bei solch einer oberflächlichen Betrachtung. Zum einen darf dieser Gesichtspunkt zumindest i.R.d. des Betäubungsmittelstrafrechts nicht überbewertet werden, da die zentralen Betäubungsmitteldelikte von sich heraus verständlich sind und selten auf weitere Vorschriften des BtMG verweisen. Der Gesetzgeber hat hier auf eine häufige Verwendung der sog. „Blanketttechnik“ verzichtet (gemeint sind Wendungen wie „wer entgegen § 5 BtMG [...] eine Zuwiderhandlung nach § 12 BtMG vornimmt“²³); letztlich braucht es also auch im deutschen Betäubungsmittelstrafrecht nur vier bis sechs Vorschriften für die konkrete Anwendung der Norm (vorrangig die §§ 29-30a, 3, 4 und 13 BtMG), während die übrigen Vorschriften des BtMG ordnungsrechtliche Pflichten betreffen, deren Verletzung allenfalls als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann.

Zum anderen dürfen auch die Konsequenzen eines „gestauchten“ Gesetzes bzw. eines Straftatbestandes außerhalb eines Systems (auf das es eigentlich angewiesen ist), nicht aus dem Blickfeld geraten. Wo weniger Platz ist, muss mit mehr Gesetzesauslegung gearbeitet werden, die ihrerseits „unbestimmte“, extensiver Auslegung zugängliche Tatbestandsmerkmale voraussetzt. Steht dagegen ein komplettes Gesetz für die geregelte Materie zur Verfügung, können auch die Strafgesetze detaillierter gefasst, die Handlungsverbote- und -gebote konkreter beschrieben, viele Legaldefinitionen eingefügt und ein „abgeschlossenes“ System kreiert werden, was sicherlich dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art.103 Abs. 2 GG zu Gute kommt (ob diese Möglichkeit auch umgesetzt wird, ist eine andere Frage).²⁴ Besonders deutlich wird diese These schon am zentralen Begriff des Betäubungsmittels

¹⁷ Wobei dem deutschen Strafrecht auch solch eine Trennung (trotz Akzessorietät) von Strafnorm und Verwaltungsvorschriften nicht fremd ist, man denke an das Umweltstrafrecht, §§ 324 ff. StGB.

¹⁸ Vgl. hierzu die Gesetze mit den Nummern 2313 und 3298, wonach zuständige Erlaubnisbehörde das Gesundheitsministerium ist, vgl. hierzu auch *Akkaya* (Fn. 7) S. 158 f. (in Deutschland das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, vgl. § 3 BtMG).

¹⁹ Alle folgenden Übersetzungen aus dem Türkischen ins Deutsche von *Tellenbach*, Das türkische Strafgesetzbuch, 2009.

²⁰ Diese genaue Übersetzung von *Tellenbach* (Fn. 19), S. 124, macht deutlich, dass es auch andere Begrifflichkeiten gibt, die das geschützte Gut womöglich treffender beschreiben. Insofern erscheint die Wendung „öffentliche Gesundheit“ („Kamu“) tatsächlich etwas „gewählter“, als Volksgesundheit (was im türkischen als „Halk“ oder „Toplum“ Sağlığı bezeichnet werden müsste) und deckt sich auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die den Begriff der *Allgemeinbelange* (allerdings auch aus methodischen Gründen) präferiert, so im viel diskutierten „Cannabis-Beschluss“ BVerfGE 90, 145. Zu weit geht es allerdings, dem Begriff „Volksgesundheit“ einen „nationalsozialistischen Beiklang“ entnehmen zu wollen, so aber *Schwitters*, Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handeltreiben im Betäubungsmittelstrafrecht, 1998, S.67.

²¹ Zur vorgebrachten Kritik u.a. aus dem umfangreichen Schrifttum exemplarisch *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (557); *ders.*, ZRP 1992, 378 (381); *ders.*, JuS 1992, 110 (113); *Nest-*

ler-Tremel, StV 1992, 273 (275); *Hohmann/Matt*, JuS 1993, 370 (373); *Hoyer*, StV 1993, 128 (129); *Kniesel*, ZRP 1994, 352 (355); *Ebert*, S.73; *Böllinger*, KJ 1994, 405.

²² Vgl. so schon bereits im internationalen Opiumabkommen v. 23.1.1912, RGBI. 1921, S. 6. Zur Entwicklung des Rechtsguts ausführlich *Weber*, Der Begriff des Handelstreibens, 2008, S. 315 ff.

²³ Anders ist dies bspw. im AMG, dessen Strafvorschriften der §§ 95 ff. AMG fast ausschließlich mit der Blanketttechnik arbeiten. Es handelt sich hierbei um unvollständige Tatbestände, die zur ihrer Ausfüllung auf andere Regelungen verweisen, vgl. hierzu *Kudlich/Oğlakcioğlu* (Fn. 11), Rn. 46 ff.

²⁴ Hier kommt schon das erste klassische Paradoxon des Bestimmtheitsgrundsatzes zum Vorschein. Je ausführlicher man Gesetze regelt, desto mehr an Gesetzeswerk hat man vor sich, was der Bestimmtheit i.S.e. „Übersichtlichkeit“ und Normklarheit zuwiderläuft.

selbst, vgl. im Folgenden. Und damit ist man schon bei der tatbestandlichen Ausgestaltung der Delikte angekommen.

III. Die tatbestandliche Ausgestaltung des Umgangsverbots im Vergleich

Auf den ersten Blick ist das deutsche Betäubungsmittelstrafrecht in Abweichung zu sonstigen Strafrechtsnormen des StGB gar nicht so weit entfernt vom typischen Grundmodell des TCK, das durchweg kasuistisch ausgeprägt ist (häufige Aufzählungen, Handlungsfallgruppen). Der enumerative Katalog des § 29 Abs. 1 BtMG erfasst jeden erdenklichen Umgang mit Betäubungsmitteln, selbst solche, die keiner Erlaubnis fähig sind (Besitz, Bereitstellung von Geldmitteln etc.). Doch folgen die §§ 29 ff. BtMG dennoch dem StGB-typischen Aufbau „Grundtatbestand – Regelbeispiele – Qualifikationen“, während das türkische Recht verschiedene Gruppen von Begehungsweisen trennt und in diesem Zusammenhang innerhalb des Tatbestandes in gesonderten Absätzen Strafschärfungsgründe benennt (→ vgl. Graphik 2 auf S. 751 f.).

1. Der Betäubungsmittelbegriff

Die Unterschiede beginnen schon beim grundsätzlichen Gegenstand der Strafnormen: dem Betäubungsmittelbegriff. Das deutsche Betäubungsmittelrecht verwendet das System der Positivliste, d.h. nach § 1 BtMG unterfallen den Vorschriften nur diejenigen Stoffe und Zubereitungen, die in einem abschließenden Katalog (Anlagen I bis III) zum BtMG aufgeführt sind. Alle Stoffe, die nicht unter die Anlagen I bis III fallen, sind dementsprechend nicht als Betäubungsmittel klassifizierbar. Der unerlaubte Umgang bzw. Missbrauch von solchen Substanzen kann aber ggf. durch andere Gesetze (AMG, Chemikaliengesetz oder Grundstoffüberwachungsgesetz) erfasst werden. Um eine effektive Bekämpfung neuartiger Designerdrogen, die auf den Markt kommen, zu gewährleisten, muss eine möglichst schnelle Modifikation der Anlagen gewährleistet sein: Daher ermächtigt das BtMG die Bundesregierung gem. § 1 Abs. 2 bis 4 BtMG, die Anlagen I-III (teils sogar im Eilverfahren) durch Verordnung abzuändern. Will man diese mittelbare Ausfüllung der Strafnormen als Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt bewerten und im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ermächtigungsgrundlagen des § 1 Abs. 2 bis 4 BtMG äußern, sollte man sich zunächst die Alternative vor Augen führen: Denn schaut man in den Anhang des türkischen TCK wird man vergeblich nach einer Anlage suchen, welche den Begriff des Betäubungsmittels näher umschreibt oder einzelne Stoffe gar auflistet, die unter den Begriff des Betäubungs- oder Aufputzmittels fallen. Der türkische Gesetzgeber hat sich vielmehr für einen „offenen“, materiellen Betäubungsmittelbegriff entschieden, dem eine bestimmte Grunddefinition zugrunde liegt,²⁵ sodass

²⁵ Vgl. nur *Akkaya* (Fn. 7), S. 127: Zum Betäubungsmittelbegriff zählen demnach alle psychotrop wirkenden Stoffe, die dazu geeignet sind, eine Abhängigkeit des Konsumenten zu verursachen.

Tatrichter bei jedem Einzelfall entscheiden können bzw. höchstrichterlich geklärt werden kann, ob eine bestimmte Substanz dem Betäubungsmittelstrafrecht unterfällt.²⁶ Allerdings kann er sich hierbei an außerstrafrechtlichen Definitionen und Auflistungen (insbesondere des Katalogs vom Suchtstoffübereinkommen 1961) orientieren. Dass auch grundsätzlich verschreibungsfähige Betäubungsmittel hierzu zählen, wird in Art. 188 Abs. 6 TCK klargestellt.²⁷ Insbesondere bei neuartigen Designerdrogen ist das türkische Modell somit wesentlich flexibler, gerät aber auch (eher) in Kollision mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, der natürlich auch im türkischen Recht Geltung beansprucht.²⁸ So wäre die Erfassung der im Jahre 2009 aufgetauchten Modedroge „Spice“, die mit Cannabis vergleichbar ist (sogar als gefährlicher eingestuft wurde), nach türkischem Recht unproblematisch. In Deutschland dagegen war der Erwerb bis vor kurzem noch legal, da der psychotrope Wirkstoff, konkret

²⁶ Nur so sei ein effektiver Schutz der Rechtsgüter gewährleistet, vgl. *Tezcan/Ertem/Önok*, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Aufl. 2008, S. 643.

²⁷ Da derartige Stoffe aber regelmäßig nicht dazu geeignet sind, einen typischen „Rausch- und Suchteffekt“ herbeizuführen, ermöglicht die Vorschrift eine fakultative Absenkung des Strafmaßes um die Hälfte.

²⁸ Das deutsche System der Positivliste kann dem Gesetzgeber also zunächst nicht hoch genug angerechnet werden, da es im Hinblick auf die Bestimmtheit bzgl. des Betäubungsmittelbegriffs eine gewisse Perfektion (insbesondere auch klare Abgrenzung zum Arzneimittelbegriff) anstrebt, die sie aufgrund der ständigen Veränderungen auf dem Drogenmarkt nie erreichen kann. Aus diesem Grund wäre gerade hier eine unbestimmtere, aber dafür flexiblere Technik vielleicht nicht derart kritisch zu beurteilen, zumal Gesetzgeber und Rechtsanwender auch an anderer Stelle des deutschen BtMG häufiger und intensiver in Kollision mit dem Bestimmtheitsgrundsatz geraten (schließlich sind weder die tauglichen Tathandlungen für ein Handelstreiben kasuistisch aufgezählt noch findet man abschließende Mengenbegriffe bzgl. der verschiedenen Betäubungsmittel, die man für § 29 Abs. 5, 29a Nr. 2 BtMG bräuchte). Eine einmalige, evtl. allgemein gehaltene Definition mag zumindest vom Rechtsadressaten als sicherer empfunden werden, als ein Gesetz, das kontinuierlichen Veränderungen unterworfen ist. Dazu kommt die Unzulänglichkeit der Positivliste, die als „mittelbare Legaldefinition“ strafrechtsdogmatisch nicht verortet werden kann und somit auch keinen Zugang in die allgemeine Verbrechenslehre findet, was sich v.a. in der kaum überschaubaren Irrtumslehre ausdrückt. Wird dann auch noch die konkrete Anwendung von komplexen Rückverweisungstechniken oder sonstigen Determinanten (Zweck des Anbaus, Mindestwirkstoffgehalte) beeinflusst, hat man den Vorwurf der Unbestimmtheit nur von der Rechtssetzung auf die Rechtsanwendung verlagert, vgl. aus den umfangreichen Problemfällen nur *Kudlich/Christensen/Sokolowski*, in: Müller (Hrsg.), *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, Berlin 2007, S. 119; *Oğlacioğlu*, *StV* 2011, 545.

CP-47, erst in die Positivliste aufgenommen werden musste.²⁹ Dieser Unterschied setzt sich auf der Ebene der Grundstoffe fort: Während in Art. 188 Abs. 7 TCK eine einfache „Gleichstellungsklausel“ bzw. eine dem Grunddelikt ähnelnde Vorschrift für Grundstoffe konzipiert wird, ist der strafbare Umgang im deutschen Recht in einem eigenen Gesetz, dem GÜG (Grundstoffüberwachungsgesetz) geregelt.

2. Die einzelnen Tatmodalitäten

a) Trennung nach Tatmodalitäten contra Einheitsmodell

Blick man auf die einzelnen Tatmodalitäten, sticht im direkten Vergleich sofort ins Auge, dass der türkische Gesetzgeber bereits beim Strafmaß erhebliche Unwertabstufungen zwischen den verschiedenen Tathandlungen anerkennt, indem es bestimmte Tathandlungen voneinander trennt, namentlich in Art. 188 Abs. 1 und 3, Art. 190 sowie Art. 191 TCK (→ vgl. Graphik 3 auf S. 753).

aa) Trennung von Produktion von Handel im türkischen Recht

Als „Anfang allen Übels“ wird die Produktion („Anbau und Herstellung“ werden unter den Oberbegriff „İmal“ zusammengefasst³⁰) sowie die Ein- und Ausfuhr von Betäubungsmitteln als besonders verwerfliche Tathandlungen betrachtet und mit einer Strafandrohung von nicht unter zehn Jahren belegt. Dem folgt auf zweiter Stufe der absatzorientierte Verkauf und Umsatz der Drogen. Legt man seiner Bewertung das deutsche System zugrunde, ist diese Differenzierung zumindest auf den ersten Blick etwas verwirrend, da die in Art. 188 Abs. 1 TCK genannten Tathandlungen im deutschen Recht keinen Umsatzwillen sowie Eigennützigkeit voraussetzen. Dies würde aber bedeuten, dass der Anbau (zu Eigenzwecken) schärfer bestraft wird, als der gewinnorientierte Verkauf der Drogen. Diesbezüglich ist aber folgendes zu beachten: Bei den Produktions- und Transporthandlungen des Art. 188 Abs. 1 TCK handelt es sich – aus deutschem Blickwinkel erklärt – um ausgestauchte Modalitäten des Handeltreibens. Das Handeltreiben als „Kern“ des deutschen Betäubungsmittelstrafrechts wird als jede auf Umsatz gerichtete und eigennützige Tätigkeit in Bezug auf den Absatz von Betäubungsmitteln definiert.³¹ Alle anderen Handlungen im BtMG kommen also ohne einen Umsatzwillen aus. Hat der Täter aber bei Vornahme einer anderen im BtMG genannten Handlung (Einfuhr, Erwerb, Besitz) einen Umsatzwillen, geht die Handlung im weiten Begriff des Handeltreibens auf.³²

²⁹ Geschehen durch die 22. BtMÄndV v. 22.1.2009, vgl. BGBl. I 2009, S. 49 ff.

³⁰ Im objektiven Tatbestand stimmt ihre Auslegung auch mit dem der deutschen Tathandlungen des Anbaus und Herstellens weitgehend überein, vgl. *Akkaya* (Fn. 7), S. 131 ff. einerseits, *Weber* (Fn. 3) § 29 Rn. 41 ff. andererseits.

³¹ BVerfG NJW 2007, 1193; BGHSt 50, 252; 51, 219; BGH NStZ 2006, 455 (578). Zur kaum mehr überschaubaren Kasuistik zum Handeltreiben, *Weber* (Fn. 3), § 29 Rn. 153.

³² Zusammenfassend *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. 2008, Kap. II Rn. 89.

Der türkische Gesetzgeber geht dagegen davon aus, dass auch die Produktion und Einfuhr zumindest im Rahmen des Art. 188 Abs. 1 TCK mit Umsatzwillen erfolgen müssen.³³ Erst bei genauerem Hinsehen ist die Differenzierung also einleuchtend, bringt aber zumindest insoweit wortlauttechnisch Friktionen mit sich, als es den Umsatzwillen bei Produktions- und Transporthandlungen vermutet und somit der Anbau, die Herstellung oder die Einfuhr zum Eigenkonsum gar nicht vom Gesetz erfasst zu sein scheinen, vgl. Art. 191 TCK.³⁴ Hier kann das deutsche System als übersichtlicher bezeichnet werden, wenn es alle umsatzgerichteten Tätigkeiten unter einem Oberbegriff (Handeltreiben) zusammenfasst und bei den anderen Tätigkeiten folglich keine weiteren subjektiven Voraussetzungen außer dem allgemeinen Tatbestandsvorsatz erfüllt sein müssen.

bb) Keine Tathandlung des „Handeltreibens“ im TCK

In diesem Zusammenhang wurde fast beiläufig ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Betäubungsmittelrecht festgestellt: Die Tathandlung des Handeltreibens, die verschiedene umsatzbezogene Handlungen, wie den Anbau, die Einfuhr, das Deponieren, Vorrätighalten, den Ankauf und den Verkauf zu einer Handlung verklammert, existiert im türkischen Recht schlicht nicht. Stattdessen werden einzelne Tathandlungen (Ankauf, Verkauf, Abgabe, Versendung, Transport, Lagerung etc.) abschließend aufgezählt, wie es der 3. *Strafsenat* für das deutsche Recht vorgeschlagen hatte,³⁵ als die Debatte rund um die extensive Auslegung des Handeltreibens noch im vollen Gange war.³⁶ Der *Große Senat* hat aber nach einem Anfragebeschluss eben des 3. *Senats* zur Auslegung des Handeltreibens diesen Vorschlag zurückgewiesen, also am eigenständigen Begriff des Handeltreibens festgehalten und somit einen Schlusspunkt in der Debatte gesetzt (dieser „Schlusspunkt“ dürfte aber nur die Judikative betreffen und nicht den Gesetzgeber).³⁷ Obwohl das türkische Modell durch seine konkreteren Handlungsbeschreibungen wesentlich bestimmter ausfällt, ergeben sich praktisch keine erheblichen Auswirkungen, insb. keine (wesentlichen) kriminalpolitischen Lücken. Auch im TCK tritt durch die Tathandlung des „Anbietens zum Verkauf“ die (gewollte) Strafbarkeitsvorverlagerung ein, für die das deutsche Handeltreiben berichtigt ist. Da aber gerade diese Konstellation des sog. „Verbalhandels“

³³ Nach *Akkaya* (Fn. 7), S. 130, zitiert aus der Gesetzesbegründung.

³⁴ Diesbezüglich musste höchstrichterlich geklärt werden, dass über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch die Einfuhr und Produktion zum Eigenverbrauch dem Art. 191 TCK unterfällt, vgl. CGK v. 1.3.1982, 5/17-76. Geht man davon aus, dass Art. 188 I und III nur umsatzbezogene Handlungen nennt, ist diese Erweiterung des Wortlauts im Hinblick auf das Analogieverbot nicht unproblematisch.

³⁵ BGH NStZ 2004, 105 (106).

³⁶ Vgl. hierzu *Krack*, JuS 1995, 585; *ders.*, NStZ 1998, 462; *Roxin*, StV 1992, 517; *Paul*, StV 1998, 623; *Endriß/Kinzig*, NJW 2001, 3217; *Zaczyk*, JR 1998, 256; *Liemersdorf/Miebach*, MDR 1979, 981; *Strate*, ZRP 1987, 314.

³⁷ BGHSt 50, 252.

ohne konkreten Betäubungsmittelumlauf als vollendete Deliktsverwirklichung die praktisch wichtigste Fallgruppe des Handeltreibens darstellt, das keine Umschreibung im BtMG erfährt (also keine Handlung wie das „Anbieten“ genannt wird, die im Handeltreiben aufgehen könnte³⁸), überzeugt die konkrete Beschreibung dieser Tathandlung im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG wesentlich mehr. Im Übrigen dehnt sie den Begriff von Handelstätigkeiten nicht auf die Produktion aus, wohingegen beim Handeltreiben nach deutschem Recht der gesamte Produktionsvorgang samt Absatz als eine Handlung gesehen werden soll. Mit der Variante des Transports im Inland ist im türkischen Recht auch die (bzgl. der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme unzulängliche) Fallgruppe der Kurierfahrt ebenfalls erfasst.

b) Die Trennung von absatzorientiertem und nicht absatzorientiertem Umgang (insbes. „Kauf“ bzw. Erwerb zum Eigenkonsum)

Vor allem aber die nächsten Abstufungen auf Tatbestands-ebene stellen ein sehr interessantes Gegenmodell zum deutschen System dar, in dem zunächst einmal grundsätzlich alle Tathandlungen demselben Strafmaß des § 29 Abs. 1 BtMG unterfallen.

aa) Ermöglichung des Konsums als eigenständige Fallgruppe

So wird etwa auch die Ermöglichung des Konsums im Karalog des § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG aufgezählt, während dessen „Pendant“ im Art. 190 TCK als dritte Unwertstufe ausgestaltet ist, bei dem das Strafmaß gegenüber Art. 188 Abs. 1, Abs. 3 TCK nochmals herabgesenkt wird. Denn es liegt nicht fern, eine eigenständig pönalisierte Teilnahmehandlung von „normalen Tatbestandsmodalitäten“ abzuscheiden. Tatsächlich dürfte der eigenständige Paragraph aber auch auf die zumindest vom türkischen Gesetzgeber vermutete, erhöhte Sozialerheblichkeit dieses Verhaltens zurückzuführen sein. Im BtMG haben diese Modalitäten eine äußerst geringe Relevanz,³⁹ womit sich auch die Auffassung des deutschen Gesetzgebers bestätigt zu haben scheint (der das Werben und das Ermöglichen des Konsums erst „weit unten“, bei § 29 Abs. 1 Nrn. 8, 10-11 BtMG nennt).

bb) Erwerb bzw. Kauf zum Eigenkonsum – sowie Grundsatz „Therapie statt Strafe“

Der Erwerb zum Eigenkonsum ist im türkischen Recht in Art. 191 Abs. 1 TCK normiert. Im Unterschied zum deutschen Recht kennt das türkische Recht also die (subjektive) Absicht des Täters, die Drogen zum Verbrauch gekauft zu haben, als

Straftatbestandsmerkmal an (der Tatbestand sperrt also § 188 Abs. 3 TCK, soweit es um den Erwerb, das Annehmen oder das Lagern von Betäubungsmitteln geht).⁴⁰ Freilich erfolgt die Ermittlung der Eigenverbrauchsabsicht nach objektiven Kriterien, insbesondere der sichergestellten Menge von Betäubungsmitteln beim Täter.⁴¹ Dagegen hat die Eigenverbrauchsabsicht im deutschen Recht allenfalls beim Absehen von Strafe gem. § 29 Abs. 5 BtMG oder i.R.d. Einstellungsvorschriften der §§ 31a ff. BtMG eine Bedeutung. Mit anderen Worten: Handeltreiben in Normalmengen und Erwerb zum Eigenkonsum unterfallen nach deutschem Recht im ersten Schritt dem gleichen Strafmaß. Beim Erwerb zum Eigenkonsum wird aber die Möglichkeit eröffnet, von Strafe abzusehen oder das Verfahren einzustellen.

Der türkische Gesetzgeber dagegen legt grundsätzlich ein anderes Strafmaß zugrunde. Auf Sanktionsebene setzt sich diese Unterscheidung dadurch fort, dass der Grundsatz „Therapie statt Strafe“ bereits in die Frage einwirkt „strafbar oder nicht“, d.h. die Bereitschaft des Täters sich einer Therapie zu unterziehen (bzw. des potentiellen Erstkonsumenten/Nichtabhängigen Maßnahmen der kontrollierten Freiheit zu dulden) nach Art. 191 Abs. 2 TCK dazu führen kann, dass das Verfahren unter Einbeziehung des erkennenden Gerichts – was im Hinblick auf die §§ 31a ff. BtMG eine Bemerkung verdient – eingestellt wird, Art. 191 Abs. 5 TCK. Anders ist dies dagegen im deutschen Recht, bei der die Therapiebereitschaft (zumindest gesetzlich ausgeprägt) erst im Rahmen der Strafvollstreckung erwähnt wird, §§ 35 ff. BtMG. Natürlich stehen aber auch den deutschen Staatsanwaltschaften durch das Kompendium von §§ 153 ff. StPO, § 31a BtMG derartige Möglichkeiten offen.

3. Qualifizierende Umstände oder Merkmale

aa) Drogenart contra nicht geringe Menge

Zwar verwendet das TCK einen offenen Betäubungsmittelbegriff, doch ist dem Gesetz auch die Bezugnahme auf eine konkrete Drogenart nicht fremd, wie sich aus Art. 188 Abs. 4 TCK ergibt. Diese Strafvorschrift wirkt etwas überholt, wenn sie vier einzelne – als besonders gefährlich und suchterregend geltende – Betäubungsmittelarten, nämlich Heroin, Kokain, Morphin und Morphinbasen, als Strafschärfungsmerkmal konzipiert und somit in Begründungsnot gerät, warum der Handel mit 500 g Heroin mehr Unrecht darstellen soll, als bspw. Handel mit 50 kg Psylocin. Die Vorschrift ist in der türkischen Literatur daher erheblicher Kritik ausgesetzt.⁴² Zumindest ist man nicht der Versuchung einer analogen Anwendung erlegen: Die Rechtsprechung hat schon mehrmals

³⁸ Dies hängt systematisch damit zusammen, dass der Gesetzgeber nur solche weiteren Handlungen nennen darf, die auch „nicht umsatzbezogen und eigennützig“ verwirklicht werden können, da eine sonstige umsatzbezogene Handlung das Verhältnis zum Handeltreiben konterkarieren würde. Daraus ergibt sich, dass das Veräußern ebenfalls kein eigennütziges Verhalten erfasst (Verkaufen von Drogen zum Einkaufspreis), vgl. *Weber* (Fn. 3), Rn. 921.

³⁹ Vgl. *Kotz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 1) § 29 Rn. 1196.

⁴⁰ Doch auch im türkischen Recht ist der eigentliche Akt des Konsums straflos, vgl. aber noch Art. 404 Abs. 2 TCK a.F.

⁴¹ Kassationshof (10. Strafkammer), 13.5.2009 – 2007/25297 E., 2009/9357 K. Als weitere Indizien für bzw. wider eine Eigenverbrauchsabsicht werden genannt: die Verpackung der Droge, ihre Beschaffenheit, Sicherstellen von Abwägungs- und Trennungsmaterial, vgl. *Akkaya* (Fn. 7), S. 403 f.

⁴² Vgl. hierzu *Tezcan/Erdem/Önok* (Fn. 27), S. 651; *Erman/Özek*, *Kamunun Selametine karşı Suçlar*, 1995, S. 285.

(im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz absolut korrekt) festgestellt, dass die Strafschärfung nicht für andere Stoffe gilt,⁴³ da es an einer Wendung wie „veya benzeri“ (oder vergleichbare Stoffe ...) fehle.⁴⁴ Eine „Übertretung“ des Wortlauts wird nur zugelassen, wenn es sich bei dem Stoff um eine Mischung der genannten Stoffe bzw. um Nebenprodukte dieser handelt, was etwa bei Monoacetylmorphin anzunehmen ist. Das türkische System hat hier also ebenfalls mit den Folgen einer abschließenden Aufzählung zu kämpfen. Umgekehrt hat das deutsche Betäubungsmittelrecht hier die bessere Lösung gewählt, wenn die nicht geringe Menge (unabhängig von der Drogenart) als Strafschärfungsgrund konzipiert ist, § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG.⁴⁵ Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der zahlreichen Unzulänglichkeiten des betäubungsmittelrechtlichen Mengenbegriffs,⁴⁶ man denke insbesondere an die rechtliche Bestimmung und dem tatsächlichen Untersuchungsaufwand.⁴⁷

⁴³ Wie bspw. Rohopium, vgl. Kassationshof (10. Strafkammer), 16.1.2008 – 2007/20130-2008/457. Zum Ganzen *Akkaya* (Fn. 7), S. 160.

⁴⁴ So Kassationshof (10. Strafkammer), 1.7.2008 – 2006/11891 E., 2008/11155 K. Dem aufmerksamen Leser wird aufgefallen sein, dass alle zitierten Entscheidungen von der 10. Strafkammer des Rechtsmittelgerichts stammen. Dies macht auf einen strukturell-organisatorischen Unterschied zwischen türkischem und deutschem Justizapparat aufmerksam. Während die Einteilung der *Senate* des BGH nur partiell nach Straftatbeständen, vorrangig aber „gebietsakzessorisch“ erfolgt (Einteilung nach OLG Bezirken), werden die türkischen Strafkammern des höchsten Gerichts nach materiellen Straftatgebieten eingeteilt (Kapitaldelikte, Straßenverkehr, Betäubungsmittel. Der elften und letzten Kammer ist das Wirtschaftsstrafrecht zugewiesen). Allein über die Vor- und Nachteile solcher das materielle Recht in besonderem Maße prägender, unterschiedlicher Systeme ließe sich eine ganze Monographie abfassen („immer gleiche, dafür mit dem Gebiet vertraute Spezialisten“ einerseits, „Rechtsfortbildung durch Ergänzung und Kontroverse durch verschiedene Auffassungen der *Senate*“ andererseits).

⁴⁵ Wobei die Menge der Drogen natürlich auch im türkischen Betäubungsmittelstrafrecht bei der Strafzumessung i.e.S. Berücksichtigung findet, vgl. *Akkaya* (Fn. 7), S. 187 f.

⁴⁶ Einführend *Malek* (Fn. 33), Kap. II Rn. 380.

⁴⁷ Hier liegt also (in Bezug auf die obigen Ausführungen zum Betäubungsmittelbegriff) die genau umgekehrte Situation vor, da der deutsche Mengenbegriff ein unbestimmtes, aber dafür sachgerechteres Merkmal darstellt, während das türkische Recht die bestimmtere, keinesfalls aber befriedigendere Lösung parat hält. Das Bundesverfassungsgericht hat die grundsätzlichen Bedenken gegen die Vorschrift zurückgewiesen, vgl. BVerfGE 90, 145 (170, 194, 198) m. Anm. *Kreuzer*, NJW 1994, 2400. Zur Bestimmung des Grenzwertes und der Wirkstoffmenge als maßgebliches Kriterium vgl. *Weber* (Fn. 3) § 29a Rn. 60 ff.; *Körner* (Fn. 2), § 29a Rn. 45.

b) Organisierte Betäubungsmittelkriminalität

Leichte Unterschiede sind auch im Bereich der Qualifikationen bzgl. organisierter Betäubungsmittelkriminalität zu verzeichnen. Während im deutschen Recht bereits die bandenmäßige Begehung der Straftaten für eine Strafraumenverschiebung ausreicht (§§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 30a Abs. 1 BtMG⁴⁸), verweist Art. 188 Abs. 6 TCK auf den engeren Begriff der kriminellen „Organisation“. Der Qualifikationstatbestand⁴⁹ durchläuft also stets den Tatbestand der Bildung einer kriminellen Organisation, die im türkischen Recht nach Art. 220 TCK ebenfalls als Vorfeldtatbestand strafbar ist (vgl. als deutsches Gegenstück § 129 StGB). Im deutschen Recht unterscheidet sich die Bande von der kriminellen Vereinigung dadurch, dass sie keine Organisationsstruktur aufweisen muss und kein gemeinsamer Bandenwille notwendig ist. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob auch das türkische Recht beide Begriffe, insb. den der Bande, kennt. Entscheidend ist allein, dass die Voraussetzungen für die Annahme einer kriminellen Vereinigung bzw. Organisation im deutschen und türkischen Recht die gleichen sind; also nicht etwa durch ein extensives Verständnis von Art. 188 Abs. 4 TCK eine Bande i.S.d. deutschen Rechts als Organisation i.S.d. türkischen Rechts anzusehen ist. Gerade der Begriff der „Organisation“ (im Gegensatz zu dem der Vereinigung) beinhaltet bereits den zentralen Unterschied zur Bande. Zum Vergleich seien die von der Rechtsprechung aufgestellten Definitionen dargestellt (→ vgl. *Graphik 4* auf S. 753).

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Strafschärfungsgrund des Waffenhandels im deutschen Recht gem. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG explizit genannt ist, während er im türkischen Recht erst mittelbar über den Art. 220 Abs. 4 TCK (Bildung bewaffneter Gruppen) oder als allgemeiner Strafzumessungsgrund Berücksichtigung findet. Da die einzelnen Qualifikationsmerkmale aber miteinander kombinierbar sind, kann der bandenmäßige Umgang mit Kokain bzw. Heroin zu einer zusätzlichen Strafschärfung über Art. 188 Abs. 4 TCK führen.

c) Besondere (berufliche) Position des Täters

In Art. 188 Abs. 8 sowie Art. 190 Abs. 3 TCK ist die berufliche Stellung des Täters als persönliches, strafschärfendes

⁴⁸ Dass § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG nur für den Bandenhandel mit normalen Mengen gilt, während § 30a Abs. 1 BtMG den Strafraumen bei nicht geringen Mengen nochmals erhöht, mag den unbefangenen Leser auf den ersten Blick etwas verwirren, da der Bandenhandel stets mit nicht geringen Mengen erfolgen wird. Nach h.M. soll es sich hierbei nicht um ein Redaktionsversehen handeln, da § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG die Bandentäter erfassen soll, die jeweils nur mit kleinen Mengen erwischt werden, vgl. *Weber* (Fn. 3), § 30 Rn. 5. Ob trotz des Umstands, dass die Vorschrift ihre Legitimität aus einer Beweiserleichterung speist, ein Strafraumen von nicht unter zwei Jahren angemessen erscheint, bleibt zweifelhaft.

⁴⁹ Qualifikationstatbestände werden im türkischen Recht als „nitelikli haller“ bezeichnet (direkt übersetzbar als „qualifizierte Umstände“).

Merkmal konzipiert. Die dort abschließend aufgezählten Berufsgruppen (so zählt bspw. das im Krankenhaus tätige Sicherheitspersonal nicht dazu⁵⁰) tragen eine besondere Verantwortung gegenüber der Öffentlichkeit, da sie besonders leicht an Drogen herankommen bzw. wissen, wie man diese herstellt. Die erhöhte Strafandrohung basiert auf dem Bruch des Vertrauens der Öffentlichkeit in diese Berufsgruppen durch deren unerlaubten, absatzorientierten Umgang.⁵¹ Eine tatsächliche Verknüpfung zwischen beruflicher Stellung und Tatbegehung muss nicht bestehen, allerdings muss der Täter den Beruf zum Zeitpunkt der Tatbegehung noch ausüben.⁵² Ähnliche Erwägungen als zwingende Qualifikationsmerkmale kennt das deutsche Recht nur im Bereich der Amtsdelikte bzw. der Amtsträgereigenschaft als strafscharfendes Merkmal, §§ 258a, 331 ff., 340, 348 StGB. Im Betäubungsmittelstrafrecht findet sie nur bei der Strafzumessung im engeren Sinne Berücksichtigung.⁵³

IV. Fazit

Beide Regelwerke können voneinander lernen. So muten die deutschen Strafschärfungserwägungen (insbesondere der Parameter der nicht geringen Menge) logischer an, während man in Bezug auf das System der Positivliste einerseits, dem offenen Betäubungsmittelbegriff andererseits, sicherlich geteilter Auffassung sein kann. Vor allem die grundsätzliche Unterscheidung im türkischen Recht zwischen absatzorientiertem Handel und nicht umsatzbezogenen Handlungen wäre ein Grundkonzept, das bei einer Reform des deutschen Betäubungsmittelrechts Berücksichtigung finden sollte, aber noch weiter ausgefeilt werden muss, nicht nur im Hinblick auf die Straffrahmen. So könnte als weitere Sondergruppe die Strafbarkeit von Ärzten und Apothekern differenzierteren Regelungen untergestellt werden, wobei hier schon aus Platzgründen das im deutschen Recht wesentlich ausgefeiltere System der (strafbaren) Verschreibung und Überlassung von Betäubungsmitteln durch Ärzte – etwa auch im Rahmen einer sog. Substitutionsbehandlung – hier nicht im Ansatz dargestellt werden konnte. Hat man sich ohnehin schon für einen sehr ausführlichen Katalog an Handlungen entschieden, dürfte auch die Trennung und genauere Bezeichnung von umsatzorientierten und nicht umsatzorientierten Tathandlungen möglich sein (der erhebliche Umfang wäre mit Blick auf den jetzigen § 29 Abs. 1 BtMG kein durchschlagendes Argument). Ist dies erst einmal geschehen, braucht es keines allumfassenden umsatzorientierten „Oberbegriffs“ des Handeltreibens mehr und der Gesetzgeber kann die typischen Tathandlungen, die im Handeltreiben aufgehen, aber nicht im-

mer unbedingt mit Umsatzwillen verwirklicht werden müssen, um weitere umsatzbezogene Umlaufformen ergänzen. Vollständig ausgeblendet wurde auch der besondere Strafausschlussgrund der tätigen Reue im türkischen Recht nach Art. 192 TCK, welche der frühen Tatbestandsverwirklichung „entgegenkommt“, aber die Straffreiheit u.a. auch an eine Kronzeugentätigkeit knüpft. Insofern bedarf es einer gesonderten und ausführlichen Überprüfung, inwiefern die Einfügung solch eines Strafausschlussgrundes (bevor man sozusagen „erwischt“ wurde) im deutschen Recht zweckmäßig erscheint.⁵⁴ Zumindest wären derartige Kronzeugenausagen, die getätigt werden, bevor man in den Fokus der Ermittlungen gerät und die insbesondere vom Motiv getragen sind, aus dem Milieu auszubrechen, jedenfalls glaubhafter.

⁵⁰ Akkaya (Fn. 7), S. 166 f.

⁵¹ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler 5. Aufl. 2005), S. 391.

⁵² Erman/Özek (Fn. 42), S. 304.

⁵³ Ausführlich Körner (Fn. 2), § 29 Rn. 687 ff. Dieser weist ebenda, Rn. 603, auch auf die „Kehrseite“ des Strafschärfungsgrunds hin, nämlich, dass die Berufsausführung gerade zu einer „besonderen Verführungssituation“ führen kann, die im Einzelfall dann eher für eine Strafmilderung spricht, denn für eine Strafschärfung.

⁵⁴ Sie ist Gegenstand der Dissertation des Verf., der sich mit dem Geltungsanspruch des Allgemeinen Teils des StGB im Betäubungsmittelstrafrecht auseinandersetzt.

Graphik 1:

<i>Türkische Delikte mit dem Schutzgut „öffentliche Gesundheit“</i>	<i>Deutsches „Pendant“ (meist in Verwaltungsgesetzen)</i>
Art. 185 TCK: Vergiftung	§ 314 StGB: Gemeingefährliche Vergiftung (weitgehende Übereinstimmung, im deutschen Recht aber fahrlässige Begehung ausgeklammert, im Gegensatz hierzu Art. 185 Abs. 2 TCK)
Art. 186 TCK: Handel mit verdorbenen oder veränderten Lebensmitteln oder Medikamenten	§§ 58, 59 LFGB (Lebensmittelstrafrecht) §§ 95, 96 AMG (Arzneimittelstrafrecht)
Art. 187 TCK: Herstellung oder Verkauf von Medikamenten in einer Weise, die Leben und Gesundheit von Personen gefährdet	§§ 95, 96 AMG
Art. 188-192 TCK: Betäubungsmitteldelikte (im Folgenden noch übersetzt und ausführlich dargestellt)	§§ 29 ff. BtMG, §§ 29 ff. GÜG
Art. 193, 194 TCK: Herstellung und Handel mit giftigen Substanzen; Verschaffen von gesundheitsgefährdenden Substanzen	§§ 27 ff. ChemG
Art. 195 TCK: Zuwiderhandlung gegen (Quarantäne-) Maßnahmen bei ansteckenden Krankheiten	§ 74 IfSG, §§ 223, 224 als Erfolgsdelikt
Art. 196 TCK: Vorschriftswidrige Bestattung eines Toten	Evtl. § 324a StGB (Bodenverunreinigung) als Umweltdelikt

Graphik 2:

<p>Art. 188 TCK: Produktion und Handel von Betäubungs- oder Aufputzmitteln</p> <p>(1) Wer Betäubungs- oder Aufputzmittel, herstellt, einführt oder ausführt, wird mit mindestens zehn Jahren Gefängnis und bis zu 20.000 Tagessätzen Geldstrafe bestraft</p> <p>(2) Wird die Ausfuhr von Betäubungs- oder Aufputzmitteln aus der Sicht eines anderen Landes als Einfuhr betrachtet und deswegen in einem Strafverfahren eine Strafe verhängt, so wird der verbüßte Teil dieser Strafe von der Strafe abgezogen, die in der Türkei wegen Ausfuhr von Betäubungsmitteln oder Aufputzmitteln verhängt wird.</p> <p>(3) Wer Betäubungs- oder Aufputzmittel ohne oder einer Erlaubnis zuwider innerhalb des Landes verkauft, zum Verkauf anbietet, anderen übergibt, versendet, transportiert, lagert, kauft, annimmt oder vorrätig hält, wird mit fünf bis zu 15 Jahren Gefängnis und bis zu 20.000 Tagessätzen Geldstrafe bestraft.</p> <p>(4) Handelt es sich bei den Betäubungs- oder Aufputzmitteln um Heroin, Kokain, Morphin oder Morphinbasen, so wird die nach den obigen Absätzen zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht.</p> <p>(5) Werden die in den obigen Absätzen genannten Straf-</p>	<p>§ 29 BtMG: Straftaten</p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft, 2. eine ausgenommene Zubereitung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3) ohne Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 herstellt, 3. Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein, 4. (weggefallen) 5. entgegen § 11 Abs. 1 Satz 2 Betäubungsmittel durchführt, 6. entgegen § 13 Abs. 1 Betäubungsmittel <ol style="list-style-type: none"> a) verschreibt, b) verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überläßt, 7. entgegen § 13 Absatz 2 <ol style="list-style-type: none"> a) Betäubungsmittel in einer Apotheke oder tierärztlichen Hausapotheke, b) Diamorphin als pharmazeutischer Unternehmer ab-
---	--

<p>taten im Rahmen der Tätigkeit einer kriminellen Organisation begangen, so wird die zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht.</p> <p>(6) Die Vorschriften der obigen Absätze werden auch auf jegliche Art von Stoffen mit der Wirkung von Betäubungs- oder Aufputzmitteln angewandt, deren Herstellung einer behördlichen Erlaubnis unterliegt oder deren Verkauf von dem Rezept eines zu seiner Ausstellung befugten Arztes abhängt. Jedoch kann die Strafe bis auf die Hälfte herabgesetzt werden.</p> <p>(7) Wer Stoffe, die zwar selbst keine betäubende oder aufputzende Wirkung haben, aber bei der Herstellung von Betäubungs- oder Aufputzmitteln verwendet werden, und deren Einfuhr oder Herstellung einer behördlichen Erlaubnis unterliegt, ins Land einführt, sie herstellt, verkauft, zum Verkauf anbietet, versendet, befördert, lagert oder exportiert, wird mit mindestens vier Jahren und bis zu 20.000 Tagessätzen Geldstrafe bestraft.</p> <p>(8) Werden die in diesem Artikel genannten Straftaten von einem Arzt, Zahnarzt, Apotheker, Chemiker, Tierarzt, Gesundheitsbeauftragten, Laboranten, einer Hebamme, einer Krankenschwester, einem Zahntechniker, Krankenpfleger, Angehörigen sonstiger Heil- und Pflegeberufe oder einer in der Chemiebranche oder im pharmazeutischen Handel tätigen Person begangen, so wird die Strafe um die Hälfte erhöht.</p>	<p>gibt,</p> <p>8. entgegen § 14 Abs. 5 für Betäubungsmittel wirbt,</p> <p>9. unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um für sich oder einen anderen oder für ein Tier die Verschreibung eines Betäubungsmittels zu erlangen,</p> <p>10. einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln verschafft oder gewährt, eine solche Gelegenheit öffentlich oder eigennützig mitteilt oder einen anderen zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln verleitet,</p> <p>11. ohne Erlaubnis nach § 10a einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln verschafft oder gewährt, oder wer eine außerhalb einer Einrichtung nach § 10a bestehende Gelegenheit zu einem solchen Verbrauch eigennützig oder öffentlich mitteilt,</p> <p>12. öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3 des Strafgesetzbuches) dazu auffordert, Betäubungsmittel zu verbrauchen, die nicht zulässigerweise verschrieben worden sind,</p> <p>13. Geldmittel oder andere Vermögensgegenstände einem anderen für eine rechtswidrige Tat nach Nummern 1, 5, 6, 7, 10, 11 oder 12 bereitstellt,</p> <p>14. einer Rechtsverordnung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 oder § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2a oder 5 zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.</p>
<p>Art. 189 TCK: Anwendung von Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen</p>	<p>Die Abgabe von sterilen Einmalspritzen an Betäubungsmittelabhängige und die öffentliche Information darüber sind kein Verschaffen und kein öffentliches Mitteilen einer Gelegenheit zum Verbrauch nach Satz 1 Nr. 11.</p>
<p>Art. 190 TCK: Erleichterung des Verbrauchs von Betäubungs- und Aufputzmitteln</p> <p>(1) Wer zur Erleichterung des Verbrauchs von Betäubungs- oder Aufputzmitteln</p> <ol style="list-style-type: none"> einen besonderen Ort oder eine Ausrüstung zur Verfügung stellt, Vorkehrungen trifft, welche die Festnahme von Konsumenten erschweren andere über Anwendungsmethoden informiert <p>wird mit zwei bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft</p> <p>(2) Wer zum Konsum von Betäubungs- oder Aufputzmitteln öffentlich animiert oder entsprechende Publikationen verbreitet, wird mit zwei bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft</p> <p>(3) [entspricht Art. 188 Abs. 8 TCK]</p>	<p>(2) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 5 oder 6 Buchstabe b ist der Versuch strafbar.</p> <p>(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter</p> <ol style="list-style-type: none"> in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1, 5, 6, 10, 11 oder 13 gewerbsmäßig handelt, durch eine der in Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 6 oder 7 bezeichneten Handlungen die Gesundheit mehrerer Menschen gefährdet. <p>(4) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 5, 6 Buchstabe b, Nr. 10 oder 11 fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.</p> <p>(5) Das Gericht kann von einer Bestrafung nach den Absätzen 1, 2 und 4 absehen, wenn der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder besitzt.</p>
<p>Art. 191 TCK: Kauf, Annahme oder Vorrätighalten von Betäubungs- oder Aufputzmitteln zum Verbrauch</p> <p>(1) Wer Betäubungs- oder Aufputzmittel zum Verbrauch kauft, annimmt oder vorrätig hält, wird mit einem Jahr bis zu zwei Jahren Gefängnis bestraft.</p> <p>(2) Das Gericht kann in einem Verfahren wegen dieser Straftat vor Erlass eines Urteils gegen die Person, die Betäubungs- oder Aufputzmittel konsumiert, durch Beschluss eine Behandlung und die Maßnahme der kontrollierten Frei-</p>	<p>(6) Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 sind, soweit sie das Handeltreiben, Abgeben oder Veräußern betreffen, auch anzuwenden, wenn sich die Handlung auf Stoffe oder Zubereitungen bezieht, die nicht Betäubungsmittel sind, aber als solche ausgegeben werden.</p>

<p>heit und gegen die Person, die obwohl sie nicht konsumiert,¹ Betäubungs- oder Aufputzmittel zum Verbrauch kauft, annimmt oder vorrätig hält, die Maßnahme der kontrollierten Freiheit verhängen.</p> <p>(3) [es folgen Regelungen über den Ablauf der Therapie bzw.</p> <p>(4) über die Maßnahme der kontrollierten Freiheit]</p> <p>(5) Das Strafverfahren gegen denjenigen, der sich entsprechend den Erfordernissen der Behandlung und der Maßregel der kontrollierten Freiheit verhalten hat, wird durch Beschluss eingestellt; andernfalls wird das Strafverfahren fortgesetzt und ein Urteil erlassen.</p> <p>(6) [es folgen Regelungen, wonach die in Absatz 2 genannten Maßnahmen auch nach Verhängung einer Strafe angeordnet werden können und Vollstreckung aufgeschoben werden kann.]</p>	
---	--

Graphik 3

1. Stufe: Umsatzorientierte Produktion, Einfuhr, Ausfuhr (Art. 188 Abs. 1 TCK)	Mindestens 10 Jahre
2. Stufe: Verkauf, Absatzorientierter Ankauf etc. (Art. 188 Abs. 3 TCK)	5-15 Jahre
3. Stufe: Werben für und Ermöglichen des Konsums (Art. 190 TCK)	2-5 Jahre
4. Stufe: Kauf zum Eigenkonsum (Art. 191 TCK)	1-2 Jahre

Graphik 4

§ 129 StGB	Art. 220 TCK
<p>Eine kriminelle Vereinigung ist ein auf gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke (nämlich der Begehung von Straftaten) verfolgen und untereinander derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.²</p>	<p>Eine kriminelle Organisation ist</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen ▪ das sich über eine lose Verbindung hinaus, durch eine hierarchische Struktur auszeichnet ▪ welche zum Zwecke und mit der Absicht der Begehung von Straftaten erfolgt, ▪ nach seiner Art und Weise auf Dauer angelegt ist ▪ und nach seiner Beschaffenheit (Struktur, Mitgliederanzahl, zur Verfügung stehende Mittel etc.) auch ausreichend dazu geeignet ist, die geplanten Straftaten auch umzusetzen³

¹ Mit der Wendung „obwohl sie nicht konsumiert“ („kullanmamakla birlikte“) dürfte hier die Verneinung eines ständigen, wiederholenden Konsums im Sinne einer Abhängigkeit gemeint sein. Damit leuchten auch die Divergenzen in den alternativen Rechtsfolgen ein. Ein (noch) Nichtabhängiger muss lediglich davor bewahrt werden, abhängig zu werden, was durch die Maßnahme der kontrollierten Freiheit (eine Art Führungsaufsicht) gelingen kann, während der abhängige Täter therapiert werden kann/muss; vgl. hierzu *Sevük, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlişkin Suçlar*, 2007, S. 131.

² BGHSt 10, 16 (17); 28, 147; BGH NStZ 2005, 377; BGH NJW 2008, 86 (87); mit Erläuterungen *Patzak*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 129 Rn. 4.

³ Kassationshof (10. Strafkammer), 19.2.2009 – 2008/16520 E., 2009/2348 K.; Kassationshof (10. Strafkammer), 17.2.2009 – 2008/12537 E., 2009/2187 K.

Whistleblowing als außerordentlicher Kündigungsgrund?

Zugleich Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 (Heinisch v. BRD)

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Hannover, RA Dr. Thomas Grützner, München, Wiss. Mitarbeiter Andreas Oonk, Hannover

Durch seine jüngste Entscheidung hat der EGMR (Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 [„Heinisch v. BRD“] = ECHR 115 [2011]) die Rechtsposition von sog. „Whistleblowern“ deutlich gestärkt. Denn der EGMR erklärte in dieser Entscheidung die Kündigung eines Arbeitgebers gegenüber einer Mitarbeiterin wegen Whistleblowings¹ für unwirksam. Das in Form einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber erfolgte Whistleblowing der Mitarbeiterin sei von der Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK geschützt; eine Kündigung auf dieser Grundlage sei wegen Verstoßes gegen dieses Menschenrecht unzulässig. Die Ausführungen des EGMR werden die Entscheidung von Arbeitnehmern zum Whistleblowing erleichtern. Sie liegt damit geradezu im Trend eines erstarkenden Compliance-Bewusstseins von Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Ungeachtet dessen wirft die Entscheidung verschiedene Fragen auf. Bei diesen Fragen geht es unter anderem um den mit der Entscheidung des EGMR verbundenen Eingriff in die (Vertrags-)Freiheit des Arbeitgebers, darum, ob sich aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht inhaltliche Grenzen oder Vorgaben für das Whistleblowing durch Arbeitnehmer ergeben, aber auch darum, wie Compliancemaßnahmen in Unternehmen effektiv und praktikabel umgesetzt werden können.

I. Der zugrunde liegende Sachverhalt

Der Entscheidung des EGMR lag – stark verkürzt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdeführerin war als Altenpflegerin bei einem Berliner Gesundheitsdienstleister beschäftigt. Die Beschwerdeführerin und andere Kolleginnen wiesen die Geschäftsleitung des Gesundheitsdienstleisters mehrfach darauf hin, dass das Personal überlastet sei und nicht erbrachte Pflegeleistungen abgerechnet würden. Sie war in der betreffenden Zeit mehrfach erkrankt und teilweise arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin war nach einer ärztlichen Bescheinigung auf eine Arbeitsüberlastung zurückzuführen. Der Medizinische Dienst der Krankenkassen („MDK“), dessen Vertreter das Altenheim besuchten, bestätigte die von der Beschwerdeführerin gerügten Umstände zumindest zum Teil. Er beanstandete bzgl. der Abrechnungspraxis eine mangelhafte Gestaltung der Dokumentation.

Nach dem Besuch des MDK verlangte der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin zunächst von der Geschäftsleitung des Gesundheitsdienstleisters eine schriftliche Erklärung, wie künftig eine ausreichende Versorgung der Patienten gewährleistet werden solle. Schließlich stellte er Strafanzeige wegen Betruges in einem besonders schweren Fall (§ 263 StGB). Als Begründung führte er aus, dass von dem Gesundheits-

dienstleister (im Folgenden auch: „Arbeitgeber“) wissentlich nicht die hochwertige Pflege geleistet werde, mit welcher geworben werde und zudem gezielt verschleiert werde, dass nicht alle abgerechneten Leistungen erbracht worden sein. Konkret habe die Geschäftsleitung Mitarbeiter angehalten, nicht erbrachte Leistungen zu dokumentieren.

Die Staatsanwaltschaft nahm daraufhin Ermittlungen auf, welche sie später jedoch wieder einstellte. Der Beschwerdeführerin wurde kurz darauf wegen ihrer wiederholten Erkrankungen (fristgerecht) gekündigt. Daraufhin verteilte sie u.a. mit Unterstützung der Gewerkschaft „ver.di“ Flugblätter. Auf diesen Flugblättern wurde ihre Kündigung als „politische Disziplinierung“ von Beschäftigten bezeichnet, die berechtigterweise gegen eine „menschenunwürdige Gesundheitsversorgung“ protestiert hatten. Die Flugblätter wiesen auch auf die von der Beschwerdeführerin gestellte Strafanzeige gegen den Arbeitgeber hin. Der Arbeitgeber erfuhr erst jetzt von der Strafanzeige der Beschwerdeführerin und kündigte ihr Arbeitsverhältnis daraufhin fristlos aus wichtigem Grund. Die Staatsanwaltschaft nahm auf Ersuchen der Beschwerdeführerin die Ermittlungen gegen den Arbeitgeber nochmals auf, stellte das Verfahren aber nach wenigen Wochen erneut ein.

Die Beschwerdeführerin klagte vor dem ArbG gegen die fristlose Kündigung. Das ArbG erklärte die fristlose Kündigung mit der Begründung für rechtswidrig, das Flugblatt sei durch die Meinungsfreiheit geschützt und das Verhalten der Beschwerdeführerin daher nicht pflichtwidrig. Das LAG hob die Entscheidung auf. Der Arbeitgeber sei infolge der „Flugblattaktion“ berechtigt gewesen, das Beschäftigtenverhältnis der Beschwerdeführerin fristlos aus wichtigem Grund zu kündigen. Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG. Das BVerfG nahm eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

II. Analyse und kritische Würdigung der Entscheidungsgründe des EGMR-Urteils

Die Begründung des EGMR erscheint wohl abgewogen. Unstreitig sind für den EGMR die Einordnung der Strafanzeige der Beschwerdeführerin als Whistleblowing und der Charakter der fristlosen Kündigung sowie deren Bestätigung durch das LAG und das BAG als Eingriff in Art. 10 EMRK. Nach dem EGMR kann eine fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers wegen einer Strafanzeige des Arbeitnehmers gegenüber den Verantwortlichen des Arbeitgebers aus der Sicht des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, sofern in der Strafanzeige ein wesentlicher Verstoß gegen die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers zu sehen ist. Für den EGMR war auch nicht zweifelhaft, dass die fristlose Kündigung den als solchen legitimen Zweck verfolgte, den Ruf und die Interessen des Arbeitgebers gegenüber den Behauptungen der Beschwerdeführerin zu schützen.

Überzeugend ist die Ansicht des EGMR, dass die von der Beschwerdeführerin offengelegten – offenbar durch den

¹ Whistleblowing ist eine der zentralen Maßnahmen zur Gewährleistung einer effektiven Compliancestruktur im Unternehmen, Waldzus, in: Behringer (Hrsg.), Compliance kompakt, 2. Aufl. 2011, S. 313.

MDK bestätigten – Informationen jedenfalls für den Fall ihres Zutreffens das Interesse der Öffentlichkeit berührten. An dieser Einschätzung ändert sich auch durch den Umstand nichts, dass ein auf Betreiben der Beschwerdeführerin (im Folgenden auch: „Arbeitnehmerin“) gegen deren Arbeitgeber eingeleitetes Ermittlungsverfahren später eingestellt wurde. Denn augenscheinlich waren einige primär betroffene Patienten nicht selbst in der Lage, gegen die behaupteten Missstände vorzugehen. Dieser Aspekt kann jedoch nur eine Hilferwägung darstellen, welche die Entscheidung als solche nicht zu tragen vermag, da die Tatsachen aus Sicht des EGMR insoweit nicht bewiesen sind („möglicherweise“).²

Zur Beantwortung der Frage, ob ein Eingriff in Art. 10 EMRK rechtmäßig oder rechtswidrig ist, musste der EGMR die einander gegenüberstehenden und als solche legitimen Interessen gegeneinander abwägen, die seitens der Arbeitnehmerin und ihres Arbeitgebers – des Gesundheitsdienstleisters – für und wider die Kündigung sprachen. Die Frage hat damit für den EGMR gewissermaßen zwei Seiten. Zum einen war zu prüfen, ob ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB vorlag, welcher die fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermochte. Zum anderen hätte das Fehlen eines solchen Grundes die Kündigung wegen des Whistleblowings als Verstoß gegen Art. 10 EMRK erscheinen lassen müssen.

1. Rechtswidrigkeit der fristlosen Kündigung mangels Vorliegen eines wichtigen Grundes?

In der vom EGMR eingenommenen Prüfungsperspektive war also zu klären, ob für die fristlose Kündigung ein legitimierender „wichtiger Grund“ vorlag. Ein für die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers notwendiger wichtiger Grund liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in erheblichem Maße gegen seine arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB verstößt.³ Die arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten werden zum einen durch Art. 12 GG (Unternehmensfreiheit) überformt; zum anderen erfolgt die Überformung der Rücksichtnahmepflichten nach deutscher Rechtsprechung auf Seiten des Arbeitnehmers nicht nur und nicht immer aus Art. 5 GG bzw. Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit), sondern schon aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 GG (Rechtsstaatsprinzip),⁴ weil eine funktionsfähige staatliche Rechtspflege auf die Beteiligung seiner Bürger angewiesen ist.

Aus der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten in einem Strafverfahren dürfen sich genau wie aus einer Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens auch für eine Arbeitnehmerin trotz der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht nicht per se arbeitsrechtli-

che Nachteile ergeben.⁵ Das gilt auch für den Fall, dass sich das Strafverfahren oder das eingeleitete Ermittlungsverfahren gegen den jeweiligen Arbeitgeber richtet. Jedenfalls bei einer begründeten Strafanzeige, die möglicherweise gar zu einer strafrechtlichen Verurteilung der verantwortlichen Personen auf Arbeitgeberseite führt, wird die Abwägung grundsätzlich zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen. Richtigerweise kann dem Arbeitnehmer, der sich zu einer Anzeige von tatsächlichen Missständen entschließt, aber nicht das alleinige Risiko einer späteren strafrechtlichen Verurteilung der Verantwortlichen auferlegt werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die im Rahmen von Compliance erwünschte Aufdeckung von Missständen häufig nur durch die Hinweise von Angestellten möglich ist.

a) Schuldhafte Angabe falscher Tatsachen

Hat ein Arbeitnehmer Hinweise auf strafbares Verhalten in seinem Betrieb, sollte aber auch sonst – in Anlehnung an das Beamtenrecht⁶ – bereits ein aus ex-ante-Sichtweise durch Tatsachen begründeter Verdacht ausreichen, um weitere Schritte des Arbeitnehmers zu rechtfertigen. Ein solcher Verdacht liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben macht.⁷ Aufgrund der Auswirkungen für den Arbeitgeber und seine durch Art. 12 GG grundrechtlichen Schutz genießende Unternehmensfreiheit ist der Arbeitnehmer aber auch im Fall von Hinweisen mit sachlich unrichtigen Informationen nicht per se schutzwürdig. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Whistleblowing grundsätzlich ein unter Compliancegesichtspunkten erwünschtes Verhalten darstellt. Daher dürfte man hier die Schwelle etwas höher zu legen und danach zu entscheiden haben, ob der Arbeitnehmer das Risiko erkennt, dass seine Angaben falsch sind und er gleichwohl den Hinweis gibt, da er es letztendlich billigend oder zumindest aus Gleichgültigkeit in Kauf nimmt, dass ein falscher Verdacht entsteht.⁸ Auf die Motivation des Arbeitnehmers sollte es aber – schon aus Beweisgründen – regelmäßig nicht ankommen, solange die Veröffentlichung der Hinweise nicht grob rechtsmissbräuchlich war.⁹

In dem vom EGMR zu entscheidenden Fall ergaben sich Anhaltspunkte für fehlerhaftes bis hin zu strafbarem Verhalten schon aus der personellen Unterbesetzung, die durch den MDK bei seinen Kontrollen bemängelt worden ist. Diese begründeten die Möglichkeit, dass der Arbeitgeber seine vertraglichen Leistungen gegenüber seinen Kunden über einen längeren Zeitraum nicht erfüllt und seine Kunden um

² *Bauer*, SZ v. 22.8.2011, S. 2, geht deshalb davon aus, dass der Entscheidung des EGMR eine Sonderkonstellation zugrunde liegt und zweifelt an der pauschalen Übertragbarkeit der Erwägungen des EGMR auf andere Sachverhalte.

³ Siehe nur LAG Berlin, Urt. v. 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05, Rn. 41.

⁴ Siehe für den Fall einer anonymen Anzeige BAG NJW 2004, 1547 (1549).

⁵ BVerfG NJW 2001, 3474 (3475).

⁶ Siehe § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG; § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Beamt-StG.

⁷ BVerfG NJW 2001, 3474 (3475 f.); BAG NJW 2004, 1547 (1548).

⁸ Anders aber wohl die Entscheidung BVerfG NJW 2001, 3474 (3475 f.), nach der regelmäßig nur zumindest leichtfertig gemachte Falschangaben zu einer Kündigung berechtigen sollen.

⁹ Anders aber BAG NJW 2004, 1547 (1549); ähnlich wie hier für das Beamtenrecht *Király*, DÖV 2010, 894 (896).

deren finanzielle Gegenleistungen betrogen hat. Auch die Strafanzeige der Arbeitnehmerin hat immerhin dazu geführt, dass die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen aufgenommen hat. Die Erstattung der Strafanzeige durch die Beschwerdeführerin dürfte daher nicht als fahrlässige „Falschaussage“ bewertet werden. Dass die Mängel durch den MDK öffentlich bekannt waren, ändert hieran nichts, da der MDK nur eine mögliche Stelle für die Mängelanzeige ist und sich im konkreten Fall durch die Bemängelung seitens des MDK die Situation nicht nachweislich verbessert hat. Ob die Mängel später und vor der Anzeigenerstattung tatsächlich abgestellt worden sind, war zwischen den Parteien streitig, eine schuldhaftige Angabe falscher Tatsachen durch die Arbeitnehmerin daher aber jedenfalls nicht erwiesen. In dem arbeitsgerichtlichen Verfahren war jedoch der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig hinsichtlich des Kündigungsgrundes.¹⁰ Diese Perspektive eröffnet schließlich auch den Weg, um allgemein gültige Kriterien zu gewinnen, mit welchen die Pflichtenstellung des Whistleblowers bestimmt werden kann (s.u. 2. aa).

b) Vorherige Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber

Aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht wird man allerdings grundsätzlich schließen dürfen, dass der Arbeitnehmer zunächst den Arbeitgeber über die mangelhaften Zustände im Betrieb zu informieren hat. Nur wenn der Arbeitnehmer berechtigterweise davon ausgehen darf, (i) dass der Arbeitgeber ohnehin keine oder eine nicht ausreichende Abhilfe schafft, (ii) wenn er sich durch die Nichtanzeige selbst strafbar machen würde (§ 138 StGB) oder (iii) wenn unmittelbare Gefahren für Leib, Leben oder die Umwelt bestehen, ist eine sofortige Einschaltung externer Stellen wie der Staatsanwaltschaft ohne Verstoß gegen die arbeitsrechtliche Rücknahmepflicht zulässig.¹¹ Ersteres und zweites dürfte in der Praxis seltener der Fall sein. Die Frage der „Berechtigung“ der Annahme des Arbeitnehmers dürfte im Zweifelsfall von der Arbeitnehmerin darzulegen und zu beweisen sein.

Bezieht sich die Information des Arbeitnehmers auf (vermeintliche) Straftaten im Betrieb, wird es bezüglich der sofortigen Einschaltung externer Stellen ohne vorherigen Hinweis gegenüber dem Arbeitgeber – und damit auf die Bewertung der Frage, ob die arbeitsrechtliche Rücksichtnahmepflicht eingehalten wurde – auf das Ergebnis einer zusätzlichen Abwägung der widerstreitenden Interessen ankommen.¹² Im Rahmen dieser Abwägung wird insbesondere die Schwere des vermeintlichen Delikts eine Rolle spielen. Zweifellos kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers bewertet werden, wenn dieser sich bei der Bewertung der Frage, ob es sich um eine Straftat handelt oder nicht, nachvollziehbar irrt. Eine Parallelwertung in der Laiensphäre dürfte insoweit eine

¹⁰ Siehe nur BAG NJW 2004, 1547.

¹¹ So auch BAG NJW 2004, 1547 (1550).

¹² In diese Richtung auch BAG NJW 2004, 1547 (1550); weiter hingegen der 2008 im Gesetzgebungsverfahren gescheiterte § 612a BGB-E, der ein Anzeigerecht des Arbeitnehmers ohne vorherige Benachrichtigung des Arbeitgebers bei jeder Straftat vorgesehen hat.

schlüssige Überprüfung der Ansicht des Arbeitnehmers ermöglichen.

Die aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht folgende Verpflichtung eines Arbeitnehmers, seinen Arbeitgeber vor einem externen Whistleblowing zu informieren, darf von dem Arbeitnehmer – unabhängig von dem konkreten Vorwurf im Einzelfall – allerdings nicht dergestalt unterlaufen werden, dass er auf anonymer Basis nur rudimentäre, von dem Arbeitgeber nicht zu überprüfende Informationen mitteilt, ohne entsprechende Rückfragen zu beantworten. Entscheidet sich der Arbeitnehmer bei seinem internen Whistleblowing anonym zu bleiben, wird man von dem Arbeitnehmer verlangen dürfen, sich etwaigen Nachfragen des Arbeitgebers nicht von vornherein zu verschließen. Andernfalls würde dem Arbeitgeber jede Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Vorwürfe und eine Beseitigung der Missstände anzugehen, genommen.

In dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des EGMR zugrunde lag, hatte die Arbeitnehmerin zuvor den Arbeitgeber mehrfach auf bestehende Missstände wie die personelle Unterbelegung und die unzureichende Dokumentierung hingewiesen. Es ist daher auch ohne die rechtliche Würdigung der beschriebenen Umstände als Betrug davon auszugehen, dass der der Strafanzeige zugrundeliegende Sachverhalt dem Arbeitgeber bekannt gewesen ist. Insofern wird man die – möglicherweise fahrlässig getroffene – falsche rechtliche Einordnung, zumal nach Hinzuziehung eines Rechtsanwalts, der gekündigten Arbeitnehmerin nicht anlasten können. Unabhängig von dieser rechtlichen Bewertung wahrte die Arbeitnehmerin in dem von dem EGMR zu entscheidenden Sachverhalt ihre aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht resultierende Verpflichtung einer vorherigen Information ihres Arbeitgebers.

c) Differenzierte Bewertung verschiedener Formen des Whistleblowing als Ausgangspunkt

Zentral für die Beurteilung, ob das Whistleblowing eines Arbeitnehmers einen wichtigen Grund darstellen kann, der eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag, sind daher die Kriterien, anhand derer beurteilt werden kann, ob eine entsprechende Verhaltensweise des Arbeitnehmers legitim ist. Anzuknüpfen ist dabei an das konkrete Verhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall. Der EGMR bewertete in dem zu entscheidenden Sachverhalt das Verhalten der Arbeitnehmerin als „Whistleblowing“. Whistleblowing ist allerdings nicht gleich Whistleblowing. Vielmehr kann es in verschiedenen Formen erfolgen: Whistleblowing kann zum einen unternehmensintern vorkommen. Das setzt idealerweise voraus, dass der Arbeitgeber eine (Anonymität gewährleistende) unternehmensinterne Hotline einrichtet (sei es telefonisch, per E-Mail oder durch Benennung eines Ombudsmanns), über die entsprechende Hinweise durch Arbeitnehmer oder Dritte abgegeben werden können. Die Einrichtung eines derartigen Hinweisgebersystems wird zwar von vielen Mitarbeitern mit Misstrauen aufgenommen und mit Denunziantentum gleichgesetzt, soll jedoch eine weitere Alternative zur Mitteilung möglicher Compliance-Verstöße darstellen, welche besondere Vertraulichkeit oder sogar Anonymität bie-

tet.¹³ Der Arbeitgeber muss verfahrensmäßig sicherstellen, dass den Hinweisen in einem formalisierten Verfahren nachgegangen wird.¹⁴ Dies dient letztlich auch der Sicherheit des hinweisgebenden Arbeitnehmers, der anderenfalls kaum vorhersehen kann, welche Konsequenzen für ihn aus seinem Verhalten entstehen und unter Umständen auf einen Hinweis verzichten wird, um keinen informellen Sanktionen im Betrieb ausgesetzt zu sein.

Beim heutzutage weniger mit dem eigentlichen Begriff des „Whistleblowings“ in Verbindung gebrachten sog. externen Whistleblowing wendet sich der Hinweisgeber an unternehmensexterne Stellen, klassischerweise an die Polizei oder die Staatsanwaltschaft.¹⁵ Auch hier existieren Hotlines, welche die Anonymität sicherstellen. Der Hinweisgeber kann auch hier ein Arbeitnehmer sein, der sich gegen seinen Arbeitgeber wendet oder jeder Dritte. Da die Arbeitnehmerin in dem vom EGMR zu entscheidenden Sachverhalt zunächst intern auf die Missstände im Unternehmen aufmerksam machte und anschließend eine Strafanzeige erstattete, hatte der EGMR sich mit beiden Formen des Whistleblowings auseinanderzusetzen bzw. diese in seine Abwägung einzubeziehen.

Zweifellos beeinträchtigt das interne Whistleblowing die vom EGMR bezeichneten Interessen des Arbeitgebers deutlich weniger als der externe Hinweis. Denn im ersteren Fall verlassen die sensiblen Informationen den betrieblichen Bereich zunächst einmal nicht und belasten den Betrieb auch nicht gegenüber Dritten. Am anderen Ende der Skala dürfte das vom EGMR geschilderte Verhalten der Arbeitnehmerin stehen. Denn diese hatte – nachdem sie zunächst ihren Arbeitgeber auf die vermeintlichen Missstände aufmerksam gemacht hatte – nicht nur den Weg des externen Hinweises durch eine Strafanzeige gewählt, sondern die Anzeige in der Folgezeit sogar über Flugblätter öffentlich bekannt gemacht.¹⁶

Hinsichtlich etwaiger Kriterien zur Bewertung des Vorliegens eines wichtigen Grundes für eine fristlose Kündigung durch einen Arbeitgeber liegt es nahe, die Art des Hinweises in Beziehung zu der Validität des Hinweises zu setzen. Bleiben die Verdächtigungen zunächst einmal auf den unternehmensinternen Bereich beschränkt, so droht eine nur relativ geringe Verletzung von Unternehmensinteressen für den Fall,

dass der Verdacht sich als unbegründet herausstellt.¹⁷ In der Logik dieser Erwägung liegt es, für das externe Whistleblowing gegenüber einer unternehmensinternen Hinweisgabe erhöhte Voraussetzungen zu verlangen.

2. Inhaltliche „Anforderungen“ an Whistleblowing durch Arbeitnehmer

Auf welcher Tatsachengrundlage muss ein zulässiges internes Whistleblowing zumindest beruhen, damit dieser Hinweis eines Arbeitnehmers nicht als pflichtwidrig einzustufen wäre? Zur Klarstellung: Verstößt der Hinweis gegen keinerlei Pflichten des Arbeitnehmers besteht insoweit kein Kündigungsgrund und -risiko. Was sollte ein Arbeitnehmer somit im Wege des internen Whistleblowings vortragen (dürfen) und was nicht? Wie in vielen Aspekten interner Ermittlungen kann auch hier die Handhabung von Hinweisen gegenüber den Ermittlungsbehörden im Strafverfahren einen ersten Anhaltspunkt bieten, mehr allerdings auch nicht. Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, Ermittlungen bei „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten“ einzuleiten. Dieser sog. „Anfangsverdacht“ besagt zunächst nicht viel mehr, als dass es jedenfalls nicht ausreichen kann, aufgrund allgemeiner Gerüchte oder nicht konkretisierter Vermutungen¹⁸ ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Jedoch ist bspw. die Differenzierung zu konkreten, nach überwiegender Ansicht ein Verfahren legitimierenden Gerüchten¹⁹ gelinde gesagt unscharf. Mehr Erkenntnisgewinn verspricht die Orientierung an der Tatbezogenheit des Verdachts.²⁰ Der Verdacht muss sich auf eine bestimmte bzw. bestimmbare Tat beziehen. Dementsprechend muss ein strafrechtlich relevantes Verhalten den Bezugspunkt des Verdachts bilden, welches als zumindest potentiell verfolgbar erscheint.²¹ Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht ausreichend wäre demzufolge der Hinweis, ein kleines (nicht strafmündiges) Kind habe eine wertvolle Sache beschädigt, oder aber

¹³ Moosmayer, Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2011, S. 52.

¹⁴ Moosmayer (Fn. 13), S. 52.

¹⁵ Vgl. Rotsch, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, Kap. „Compliance“, Rn. 53 ff.

¹⁶ Dieser Umstand ist allerdings für die nachfolgenden Überlegungen nicht erheblich, da es um die Legitimität zum Zeitpunkt der Hinweisgabe geht. Dem Hinweis nachfolgende Verhaltensweisen können ggf. selbständig zu beurteilende betriebliche Pflichtverletzungen darstellen. Anderes würde allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs dann gelten, wenn der Whistleblower bereits zum Zeitpunkt der Hinweisgabe eine Veröffentlichung des Verdachts unabhängig von weiteren Entwicklungen fest plant.

¹⁷ Im Hinblick auf die persönlichen Interessen der verdächtigten Personen, die nicht mit den Unternehmensinteressen identisch sind, gilt natürlich anderes. Hier dürfte aber die Anwendung der allgemeinen Gesetze, namentlich §§ 185 ff. StGB, ausreichenden Schutz gewähren.

¹⁸ Zutreffend Weßlau, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 154 Rn. 14.

¹⁹ Vgl. bspw. Plöd, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 46. Lfg., Stand: April 2007, § 152 Rn. 18, der schon „geringe Wahrscheinlichkeiten [...], entfernte Indizien, Gerüchte oder einseitige Behauptungen“ für ausreichend hält.

²⁰ Siehe bspw. Weßlau (Fn. 17), § 152 Rn. 13 m.w.N.

²¹ Weßlau (Fn. 17), § 152 Rn. 12; BGH NJW 1989, 96 f.; Beulke, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 152 Rn. 23; unklar Pfordte, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, § 152 StPO Rn. 1. Nach der Tatschwere differenzierend Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 117 ff.

die konkrete Person P „störe den nachbarschaftlichen Frieden“ (ohne dass ein subsumierbares Verhalten benannt wird). Gleiches müsste auch für die Frage gelten, ob infolge des Whistleblowings durch einen Arbeitnehmer eine interne Ermittlung angestoßen werden muss und das Whistleblowing durch den Arbeitnehmer pflichtwidrig ist. Muss infolge des Whistleblowings mangels Tatbezogenheit keine interne Ermittlung angestrengt werden, dürfte das interne Whistleblowing nicht als pflichtwidrig bewertet werden können. Diese Einschränkung ist für die Praxis wichtiger als von außen angenommen, da eine Vielzahl von Hinweisen sich keiner konkreten Tat oder einem entsprechenden Vorwurf zuordnen und etwaige Ermittlungen im Sande verlaufen lässt. Wichtig ist allerdings, dass es insofern nicht auf eine rein strafrechtliche Betrachtung der „Tatbezogenheit“ ankommt, sondern auf eine betriebsbezogene „Tatbezogenheit“. Eine betriebsbezogene Tat kann beispielsweise auch in der Verletzung innerbetrieblicher Vorschriften und Richtlinien liegen und muss insofern keine Tat i.S.d. StGB sein.

a) Die Perspektive zur Beurteilung der Pflichtwidrigkeit

Um feststellen zu können, ob ein internes Whistleblowing pflichtwidrig war oder nicht, ist die richtige Perspektive diejenige des Anzeigerstattenden. Diesem kann genau so wenig bzw. noch weniger als im Hinblick auf die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abverlangt werden, die Wertungen im Hinblick auf das Vorliegen eines „Anfangsverdachts“ oder einer „Tatbezogenheit“ zu treffen. Im Strafverfahren ist diese Bewertung letztlich die Aufgabe der Staatsanwaltschaft. Im innerbetrieblichen Bereich handelt es sich i.d.R. um eine Aufgabe des Compliance-Officers, der Rechtsabteilung oder einer vergleichbaren Stelle. Gleichwohl kann und muss von einem Hinweisgeber wie auch von demjenigen, der eine Anzeige erstattet, ein gewisses Maß an Sorgfalt und Verantwortungsbewusstsein entwickelt werden. Für das öffentliche Verfahren, also externes Whistleblowing, folgt dies zum einen aus der Vorschrift des § 145d StGB, welche im Kern unter Strafe stellt, wenn gegenüber einer Behörde eine tatsächlich nicht begangene Tat vorgetäuscht wird. Zum anderen folgt dies aus der Vorschrift des § 164 StGB, welche unter Strafe stellt, wider besseres Wissen eine andere Person gegenüber den zuständigen Stellen der Begehung einer Straftat zu bezichtigen. Ebenfalls zu beachten sind die allgemeinen Beleidigungstatbestände der §§ 185 ff. StGB, namentlich die insoweit häufig einschlägige üble Nachrede (§ 186 StGB). Den genannten Tatbeständen ist gemeinsam, dass dem Täter zumindest (eventualvorsätzlich) bewusst sein muss, dass er durch falsche Angaben zuständige Stellen in die Irre führt, eine unschuldige Person in ein Strafverfahren verstrickt oder aber eine andere Person gegenüber Dritten unzutreffender Weise herabsetzt.

b) Zur subjektiven Tatseite bei internem Whistleblowing

Soweit es den Tatbestand des § 186 StGB betrifft, wäre unter entsprechenden Umständen auch ein im Rahmen von internem Whistleblowing abgegebener Hinweis ohne weiteres strafbar. Die Norm markiert zumindest einen Grundstock an Sorgfaltspflichten, welche auch dem betriebsinternen Whist-

leblower abzuverlangen sein müssten. Dabei kann es keinen Unterschied machen, dass bzw. ob dem internen Whistleblower ggf. Vertraulichkeit zugesichert oder Anonymität gewährt wird.²² Denn die ehrverletzende Tatsache wird in jedem Fall dem Adressaten auf Seiten des Hinweisgebersystems zur Kenntnis gebracht. Dies genügt im Sinne eines „Behauptens“ wie auch eines „Verbreitens“, also dem Mitteilen einer Tatsache als von anderen gehört. Selbst wenn der Arbeitnehmer bei seinem internen Whistleblowing anonym bleiben würde, würde dies nicht dazu führen, dass er in einem sog. „beleidigungsfreien Raum“ agiert. Der Tatbestand wird insoweit nur nach Maßgabe des § 193 StGB bzw. zum Schutze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dahingehend begrenzt, dass gegenüber einem engsten Kreis bei besonderen persönlichen Vertrauensverhältnissen eine Strafbarkeit entfallen kann.²³ Eine Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne von § 193 StGB wird ohnehin nur in ganz beschränktem Umfang möglich sein, wenn der interne Whistleblower selbst (irrig) die Tatsache für wahr hält.²⁴

Insoweit gilt dasselbe wie für Strafanzeigen: Zwar kann ein internes Whistleblowing nicht unter der Voraussetzung stehen, dass der Arbeitgeber positiv davon überzeugt sein muss, dass der angezeigte Sachverhalt wahr ist, denn ein Hinweis, der zu weiterer Aufklärung führen soll, muss zulässig sein. Jedoch trifft auch den Whistleblower eine „gewisse Prüfungspflicht“ im Hinblick auf die Begründetheit des Hinweises.²⁵ Hier wie dort sind bewusst falsche Anzeigen und Hinweise sowie Behauptungen „ins Blaue hinein“ nicht legitim und ggf. strafbar. Dies gilt erst Recht für deren Unterfütterung durch unwahre Angaben.²⁶ Während bei § 186 StGB die Strafbarkeit bei vorsätzlichem Handeln nur entfällt, wenn der Beweis gelingt, dass die Tatsache wahr ist („nicht erweislich wahr“), ist der Täter nach den §§ 145d, 164 StGB nur strafbar, wenn er in Bezug auf die Unwahrheit des angezeigten Sachverhalts bzw. der Verdächtigung einer anderen Person „wider besseres Wissen“ handelt. Das bedeutet, der Hinweisgeber darf im Anwendungsbereich dieser Vorschriften, also beim externen Whistleblowing, die Unwahrheit nicht bloß für möglich halten, sondern muss diesbezüglich sicheres Wissen, also positive Kenntnis haben. Bloße Zweifel, Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit können im internen Bereich erst Recht nicht zu Lasten des Hinweisgebers gehen, sofern Whistleblowing grundsätzlich erwünscht ist.

²² Im Falle des anonymen Whistleblowers würde sich naturgemäß die Strafverfolgung der begangenen üblen Nachrede zunächst schwierig gestalten.

²³ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 186 Rn. 8 i.V.m. § 185 Rn. 12; BVerfGE 90, 255 (261).

²⁴ Vgl. Fischer (Fn. 22), § 186 Rn. 14; das BVerfG geht davon aus, dass die offenkundig oder subjektiv unrichtige Information kein schützenswertes Gut ist – vgl. BVerfGE 61, 8; 85, 15; 90, 241 (249); Fischer (Fn. 22), § 193 Rn. 19 m.w.N.

²⁵ Fischer (Fn. 22), § 193 Rn. 33.

²⁶ OLG Köln NJW 1997, 1247; Fahl, JA 1998, 365; Fischer (Fn. 22), § 193 Rn. 33.

Im Vergleich zu § 186 StGB („für möglich halten des dargestellten Sachverhalts“) ist der Maßstab der Strafbarkeit nach §§ 145d, 164 StGB beim externen Whistleblowing („sicheres Wissen des dargestellten Sachverhalts“), an dem sich jeder Anzeigerstatter messen lassen muss, somit voraussetzungsvoller: Externes Whistleblowing wäre (nur) pflichtgemäß, wenn der Arbeitgeber zumindest mit guten Gründen davon ausgeht, dass der angezeigte Sachverhalt zutrifft. Es fragt sich, ob dieser Maßstab auch an das interne Whistleblowing von Arbeitnehmern angelegt werden sollte. Zur Verdeutlichung: Wenn dem so wäre, dann wäre ein internes Whistleblowing nur dann eine betriebliche Pflichtverletzung, welche eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund legitimieren könnte, wenn der Hinweisgeber sicher wüsste, dass seine Angaben unzutreffend sind und er bspw. andere Personen zu Unrecht verdächtig macht. Im Umkehrschluss verringerten sich die Anforderungen an ein pflichtgemäßes Handeln von internen Whistleblowern. Ein interner Hinweis wäre etwa auch dann unproblematisch, wenn der Hinweisgeber zwar erhebliche Zweifel an dem von ihm dargestellten Sachverhalt hat, aber es zumindest für möglich hält, dass seine Schilderung der Realität entspricht.

Vieles spricht dafür, dass im Grundsatz der letztgenannte Weg („für möglich halten des dargestellten Sachverhalts“) im Falle des unternehmensinternen Whistleblowings der richtige und für Arbeitnehmer zulässige ist. Das ergibt sich bereits daraus, dass es ersichtlich nicht im Interesse eines Unternehmens liegen kann und regelmäßig auch nicht Motivation der Einführung eines entsprechenden Hinweisgebersystems ist, dass ein internes Whistleblowing immer schon dann unterbleibt, wenn der potentielle Hinweisgeber nicht davon überzeugt ist, dass ein aus seiner Sicht mögliches Fehlverhalten auch tatsächlich gegeben ist.²⁷ Ein so verstandenes Hinweisgebersystem und dessen Begrenzung würde die Arbeitnehmer vielmehr abschrecken als ermutigen, Verstöße des Unternehmens oder von Mitarbeitern zu melden. Regelkonform handelnde Arbeitnehmer müssten vor dem internen Whistleblowing gewissermaßen selbst eine interne Ermittlung durchführen, um sich auch nach erfolgtem internen Whistleblowing ihres eigenen Arbeitsplatzes sicher zu sein, obwohl sie sich nur im Sinne der Vorgaben des Unternehmens regelkonform verhalten wollen und die Unternehmenskultur verbessern wollen. Gleichwohl darf die grundsätzliche Erwünschtheit internen Whistleblowings nicht einer Kultur grundloser Verdächtigungen im Betrieb Vorschub leisten, denn der Weg zum sanktionslosen Mobbing wäre allzu kurz. Deshalb muss den internen Whistleblower die bereits angesprochene Prüfungspflicht von „gewissem Umfang“ auferlegt werden können. Bereits auf dieser Ebene müssen die Voraussetzungen für den angemessenen Interessenausgleich gelegt werden, den der EGMR zu Recht zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat. Hält sich der Arbeitnehmer je-

doch an die ihm aufzubürende Prüfungspflicht und hält die von ihm im Wege des internen Whistleblowings angezeigten Verstöße oder Straftaten für zulässig, kann ihm dieses Verhalten nicht als pflichtwidrig im Allgemeinen oder als Verstoß gegen seine arbeitsrechtliche Rücksichtnahmepflicht ausgelegt werden.

c) Konkretisierung der Prüfungspflicht über strafrechtliche Parameter

Es fragt sich mithin, wie der Umfang der Prüfungspflicht konkretisiert werden kann. Einige Parameter stehen nach dem Vorgesagten bereits fest: Unternehmensinternes Whistleblowing ist jedenfalls dann eine relevante betriebliche, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigende Pflichtverletzung, wenn es wider besseres Wissen erfolgt, d.h. in Kenntnis der Unwahrheit der angezeigten Vorgänge. Sofern der Arbeitnehmer sich an eine externe Stelle wendet, sind die Interessen der angezeigten Personen aber auch des Unternehmens selbst höher zu bewerten als beim internen Whistleblowing ohne unmittelbare Außenwirkung. Beim internen Whistleblowing sollte daher der Maßstab des § 186 StGB, selbstverständlich in den Grenzen des § 193 StGB, zur Anwendung gelangen („für möglich halten des dargestellten Sachverhalts“). Die Sorgfaltspflicht eines Arbeitnehmers bei einem externen Whistleblowing würde demgegenüber – dem Maßstab der §§ 145d, 164 StGB folgend – dahin gehen, nicht einen Sachverhalt nach außen hin anzuzeigen, an dessen Vorliegen ernsthafte Zweifel bestehen („sicheres Wissen des dargestellten Sachverhalts“). Die Begründung dafür liegt in der spezifischen betrieblichen Situation des Whistleblowings durch einen Arbeitnehmer: Zum ersten geht es im innerbetrieblichen Bereich bereits nicht um die Verhängung einer Kriminalstrafe, sondern „lediglich“ um die Berechtigung zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund. Dies ist zwar im Bereich der arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen eine ultima ratio, aber dennoch kein vergleichbar intensiver Grundrechtseingriff wie eine Geld- oder Freiheitsstrafe. Zum zweiten befindet sich der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber in einer spezifischen Pflichtenstellung. Er ist diesem grundsätzlich und unabhängig von der Ausgestaltung des Arbeitsvertrags im Einzelnen gegenüber zu mehr Rücksichtnahme und Vertraulichkeit verpflichtet, als gegenüber einem x-beliebigen Dritten. Diese spezifische Pflichtenstellung aktualisiert sich naheliegender Weise erst im Außenverhältnis, also im Falle des externen Whistleblowings. Denn beim internen Whistleblowing im betrieblichen Innenverhältnis sind die betrieblichen Interessen als solche kaum und die Interessen möglicherweise zu Unrecht verdächtigter Mitarbeiter nicht mehr betroffen, als bei beliebigen Personen außerhalb eines betrieblichen Kontextes. Es gibt so gesehen keine spezifische Rücksichtnahmepflicht gegenüber Kollegen, die im Falle von Hinweisen im Rahmen internen Whistleblowings zu mehr Sorgfalt bei der Hinweisgabe verpflichtet würden, als dies von den §§ 145d, 164 StGB allgemein gefordert wird.

²⁷ Würde man den Maßstab des § 186 StGB zugrunde legen, würden sich Zweifel letztlich dahingehend auswirken, dass die Voraussetzungen eines berechtigten Whistleblowings nicht gegeben sind. Eine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung könnte dann grds. vorliegen.

d) Unternehmensinternes Whistleblowing: Pflichtwidrigkeit bei Annahme, dass der angezeigte Sachverhalt unzutreffend ist

Der beim internen Whistleblowing anzulegende Sorgfaltsmaßstab ergibt sich demgemäß aus §§ 145d, 165 StGB sowie aus den Voraussetzungen des Anfangsverdachts. In die Abwägung, ob eine betriebsinterne Hinweisgabe pflichtverletzend war, ist zudem einzustellen, dass Whistleblowing im Sinne einer effektiven Compliance-Struktur grundsätzlich erleichtert und nicht erschwert werden soll. Pflichtwidrig ist damit in jedem Fall die bewusst falsche Hinweisgabe, d.h. internes Whistleblowing wider besseres Wissen würde einen wesentlichen Verstoß gegen die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers und ggf. einen Kündigungsgrund darstellen. Zudem läge i.d.R. auch eine Strafbarkeit nach §§ 145d, 164 StGB nahe, ggf. käme auch § 186 StGB in Betracht. Im Umkehrschluss ist es daher bei einem internen Whistleblowing nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitnehmer unter Einhaltung der ihm obliegenden Prüfungspflicht den von ihm angezeigten Sachverhalt jedenfalls für möglich hält. Zudem sollten die Hinweise nicht lediglich auf ganz allgemeinen Gerüchten oder Gefühlslagen basieren. Insoweit allerdings liegt die Prüfungsverantwortung hauptsächlich bei den für eine betriebsinterne Ermittlung zuständigen Stellen (bspw. zunächst der Mitarbeiter, der für die Betreuung und Auswertung der über interne Hotlines eingehenden Hinweise zuständig ist). Diese haben den Hinweis zu prüfen und sollten dem internen Whistleblower ggf. erläutern, dass und warum der geäußerte Verdacht als nicht ausreichend angesehen wird. Dies kann in aller Regel auf dem eMail-Weg auch unter Wahrung der Anonymität geschehen. Rückfragen darf sich der interne Whistleblower nicht per se verschließen, sofern diese nicht ausschließlich dazu dienen, eine etwaig bewusst gewählte Anonymität auszuhöhlen.

e) Externes Whistleblowing: Pflichtwidrigkeit, wenn der Hinweisgeber „billigend in Kauf nimmt“, dass der angezeigte Sachverhalt unzutreffend ist

Im Fall des externen Whistleblowings eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber gilt im Hinblick auf den Verdachtsgrad nichts anderes. Hier müssen die Strafverfolgungsbehörden nach allgemeinen strafprozessualen Kriterien prüfen, ob ausreichende Anhaltspunkte für eine weitere Verfolgung, namentlich die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, ggf. gegen „unbekannt“ vorliegen. Die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers ist nun allerdings gegenüber seinem Arbeitgeber anhand des Maßstabes aus § 186 StGB erhöht, d.h. er darf zumindest nicht billigend in Kauf nehmen, dass seine Informationen unzutreffend sind. Andernfalls könnte in dem externen Whistleblowing ein wesentlicher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Loyalitätspflicht gesehen werden. Bei einem externen Whistleblowing wäre es demgegenüber nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitnehmer sichere Kenntnis von ihm angezeigten Sachverhalt hat. In die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung sind allerdings weitere Kriterien einzustellen: Möglicherweise kann gerade die (unterbleibende) Reaktion des Arbeitgebers auf ein vorangegangenes (erfolgloses) internes Whistleblowing dazu führen, dass der Verdacht als ernstzunehmend erscheint. Auf der

anderen Seite sollte aber zur Wahrung der Interessen des Unternehmens zunächst überhaupt ein internes Whistleblowing erfolgen, so dass die Rechtmäßigkeit eines unmittelbaren externen Whistleblowings eines Arbeitnehmers zumindest insoweit an erhöhte Voraussetzungen zu knüpfen ist. Ein unmittelbar externes Whistleblowing kann nur dann pflichtmäßig sein, wenn anhand objektivierbarer Umstände nachvollziehbar erscheint, dass von Seiten des Unternehmens keine entsprechenden Compliancemaßnahmen zu erwarten sind. Unmittelbares externes Whistleblowing wäre daher beispielsweise zulässig, wenn Organe bzw. die Vorstandsebene selbst in das verdächtige Verhalten verstrickt sind oder die behaupteten Missstände gar auf der Grundlage einer (informellen) Direktive erfolgt.

III. Anwendung dieser Parameter auf die Entscheidung des EGMR

Betrachtet man nun nochmals die Entscheidung des EGMR unter den herausgearbeiteten Parametern, sind die Erwägungen des EGMR nachvollziehbar. Dabei spielen allerdings die konkreten Umstände des Falles die entscheidende Rolle: Zunächst hat die Beschwerdeführerin ersichtlich den Weg des internen Whistleblowings gewählt, diesen später sogar durch Anwaltsschreiben in der Sache nochmals intensiviert. Auf dieses interne Whistleblowing erfolgte jedenfalls keine offenkundige oder erkennbar nachhaltige Reaktion der Unternehmensleitung. Somit war die grundsätzliche Entscheidung der Beschwerdeführerin zu einem externen Whistleblowing – hier in Form der Erstattung einer Strafanzeige – nicht pflichtwidrig. Denn ausweislich des weiteren Umstands, dass der Sachverhalt auch für den MDK zumindest untersuchungswürdig erschien (davon scheint die Entscheidung des EGMR auszugehen), spricht nichts dafür, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Strafanzeige davon ausging oder zumindest billigend in Kauf nahm, dass diese Anzeige auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage erfolgte. Dementsprechend bot das Verhalten der Beschwerdeführerin ihrem Arbeitgeber bis zu der Erstattung der Strafanzeige wohl keinen wichtigen Grund, der eine sofortige Kündigung gerechtfertigt hätte.²⁸

Unerheblich für die Rechtmäßigkeit der Kündigung ist auch das Verhalten der Beschwerdeführerin nach der ersten Anzeige, jedenfalls soweit die sofortige Kündigung explizit und allein auf die Erstattung der Strafanzeige gestützt wurde. Dieses Verhalten der Beschwerdeführerin nach der Anzeige wäre von der Arbeitgeberin ggf. als eigener Kündigungsgrund zu prüfen gewesen. In diesem Zusammenhang wären sowohl das Insistieren auf einer erneuten Aufnahme des Ermittlungsverfahrens als auch das mit der „Demonstration“ zusammenhängende Verhalten in die Abwägung einzubeziehen gewesen. Insoweit hätte es näher gelegen, diesbezüglich ein pflichtwidriges Verhalten der Beschwerdeführerin zu sehen und zu prüfen, ob es Anlass zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund hätte geben können.

²⁸ Soweit eine Kündigung zunächst auf die Fehlzeiten der Beschwerdeführerin gestützt wurde, war dies nicht entscheidungsgegenständlich.

B u c h r e z e n s i o n

Stephan Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht, Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 2008, 694 S., € 99,-

Benno Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2007, 582 S., € 98,-

Zu den wenigen Aufsatztiteln, die Eingang in den Zitatenschatz bildungsbeflissener Juristen gefunden haben, gehört der erstmals im Jahre 1968 veröffentlichte Aufruf *Ulrich Klugs* zum „Abschied von Kant und Hegel“. *Klugs* Schlussworte lassen an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig: „Es ist hohe Zeit, die Straftheorien von Kant und Hegel mit ihren irrationalen gedankenlyrischen Exzessen in all ihrer erkenntnistheoretischen, logischen und moralischen Fragwürdigkeit endgültig zu verabschieden.“¹ Bleibender Erfolg war dem Verdammungsurteil *Klugs* indessen nicht beschieden. Ebenso wie die Rechtsphilosophie *Kants* ist auch die politische Philosophie *Hegels* seit einiger Zeit wieder en vogue. Mit dem Ende des Kalten Krieges schwand das Bedürfnis nach einer ideologischen Vereinnahmung des angeblichen preußischen Staatsphilosophen. Die polemischen Kontroversen zwischen Links- und Rechtshegelianern gehören ebenso der Vergangenheit an wie die Angriffe liberaler Intellektueller vom Schlage *Poppers*, die *Hegel* zu einem der Wegbereiter der deutschen Katastrophe stilisierten. Einer heute verbreiteten Lesart zufolge verdient *Hegel* vor allem deshalb Beachtung, weil er einer der großen Freiheitstheoretiker der neuzeitlichen Philosophie sei: Trotz der Zeitbedingtheit einiger seiner Ausführungen habe kein anderer Denker die Voraussetzungen und die komplexe Binnenstruktur einer freiheitlichen Lebensform eindringlicher auf den Begriff gebracht als *Hegel*.

Auch *Stephan Stübinger* in seiner Frankfurter Habilitationsschrift und *Benno Zabel* in seiner Leipziger Dissertation deuten *Hegel* in dieser Weise. Ebenso wie vor ihm schon *Kant* und *Fichte* rücke auch *Hegel* die Freiheit in das Zentrum seiner rechtsphilosophischen Überlegungen (*Stübinger*, S. 227). *Hegels* Rechtsphilosophie, vor allem aber sein Begriff des Strafrechts sei „als Versuch der sinnkritischen Begründung von Freiheit und Autonomie, der Einheit von Selbsterkenntnis und Entsprechung, von Positivität und Reflexion, les- und verstehbar.“ (*Zabel*, S. 136). Das Bekenntnis beider Autoren zu einem so verstandenen *Hegel* (vgl. *Stübinger*, S. 63; *Zabel*, S. 32) verleiht ihren strafrechtstheoretischen Ausführungen von vornherein eine anti-positivistische Stoßrichtung. Mit harten Worten kritisiert *Stübinger* die „geradezu andächtige Haltung gegenüber dem positiven Gesetz“, die die heute vorherrschende Strafrechtsdogmatik „vor der Formulierung von Begründungsmerkmalen für das Strafrecht, die aus dessen wissenschaftlicher Bearbeitung heraus entwi-

ckelt werden könnten, zurückschrecken“ lasse (*Stübinger*, S. 57). „Die Strafrechtswissenschaft kriecht damit nur noch ins Vorgefundene und droht damit immer mehr zur reinen Gesetzeskunde zu werden“ (*Stübinger*, S. 58). Was eine „lebendige, vernünftige und rechtliche Gemeinschaft“ ausmache, sei dagegen – so *Zabel* (*Zabel*, S. 70) – gerade „die Möglichkeit des Widerspruchs gegen bloße Rationalitäten oder (nicht mehr angemessene) Positivismen.“

In ihrer Kritik an einer „Gesetzeskunde“², die „sich an den positiven Einzelheiten sättigt“³, und mit ihrer Auffassung, dass die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft darin bestehe, „das begriffliche Wesen des Verbrechens unabhängig vom positiven Rechte zu bestimmen“⁴, treffen sich *Stübinger* und *Zabel* sowohl mit den Hegelianern des 19. Jahrhunderts als auch mit *Jakobs'* Bemühungen, das Denken *Hegels* für die heutige Strafrechtswissenschaft fruchtbar zu machen. Auch die namentlich von *Zabel* akzentuierte Ablehnung eines um die Wirklichkeitsbedingungen des Rechts unbekümmerten, gewissermaßen frei schwebenden Normativismus (*Zabel*, S. 396 ff.) berührt sich im Ergebnis mit dem Anliegen *Jakobs'*.⁵ Der Weg, auf dem *Stübinger* und *Zabel* dieses Programm umzusetzen versuchen, unterscheidet sich allerdings tiefgreifend von *Jakobs'* Ansatz. Dessen Funktionalismus sucht „hinter dem als ‚gerecht‘ Angesehenen verborgene gesellschaftliche Zweckmäßigkeit, Bestandsnotwendigkeit.“⁶ Demgegenüber bekennen sich *Stübinger* und *Zabel* zu der Überzeugung, dass die „Rede von der Normativität praktischer Urteile als Inbegriff gesellschaftlicher Geltungsansprüche [...] nur durch einen theoretischen Standpunkt erfasst werden [kann], der versucht, in einem affirmativen Sinne freiheitstheoretisch zu argumentieren“ (*Zabel*, S. 316). Ohne den Begriff eines legitimen Rechts lasse sich deshalb „über Unrecht und Strafe schon im Ansatz gar nicht weiter sprechen“ (*Stübinger*, S. 293). Da *Stübinger* und *Zabel* zur Stützung dieser Auffassung die Autorität *Hegels* in Anspruch nehmen, verwerfen sie dessen Inanspruchnahme durch *Jakobs* und seinen Schüler *Lesch* als von vornherein illegitim. Der Funktionalismus sei „ein mit den Intentionen *Hegels* ganz und gar nicht kompatibles Projekt“ (*Zabel*, S. 315). „Wer einen Schutzpatron für ein funktionales Strafrecht sucht, muss sich an einen anderen wenden, oder es im Alleingang versuchen. Wer zu *Hegel* will, muss hingegen zur Vernunft kommen und unter Berufung auf sie eine Begründung des Strafrechts wagen“ (*Stübinger*, S. 339).

In der Tat kann sich nicht als orthodoxer Hegelianer bezeichnen, wer bestimmte Lehrstücke *Hegels* – zum Beispiel dessen Straftheorie und Zurechnungslehre – im Rahmen eines funktionalistischen Begründungsprogramms einsetzt. *Hegels* Philosophie des objektiven Geistes stellt keinen Funktionalismus *avant la lettre* dar. Zu kurz greift aber auch, wer diesen

¹ Hier zitiert nach: *Klug*, Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Bd. 2, 1981, S. 154.

² *Berner*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1871 (Nachdruck 1996), S. 5.

³ *Berner* (Fn. 2), S. V.

⁴ *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, S. 17.

⁵ Vgl. nur *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 (S. 105 f.).

⁶ *Jakobs* (Fn. 5), S. 103 (S. 133).

Teil von *Hegels* enzyklopädisch angelegtem System der Philosophie mit *Zabel* lediglich als einen „Versuch der Explikation menschlicher, vor allem aber rechtlicher Praxis“ versteht (*Zabel*, S. 38). *Hegel* geht es in seiner Lehre vom objektiven Geist nicht um die hermeneutische Erschließung lebensweltlich vorgefundener Praxisformen, sondern um Metaphysik. In seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ sucht er die politische und soziale Wirklichkeit seiner Zeit anhand der in der „Logik“ entwickelten Begründungsfiguren auf den Begriff zu bringen.⁷ „Von dieser Seite möchte ich auch vornehmlich, dass diese Abhandlung befasst und beurteilt würde.“⁸ Bekenntnisse zu *Hegels* Metaphysik sucht der Leser bei *Stübinger* und *Zabel* indessen vergebens. Der an *Jakobs* und *Lesch* adressierte Vorwurf *Stübingers*, sie nähmen „das Konzentrat, das sie aus einer selektiven strafrechtsspezifischen Lektüre gewinnen“, zu Unrecht „beinahe für das Ganze der Hegelschen Philosophie“ (*Stübinger*, S. 161), fällt daher auf seinen Urheber zurück: In der Kontroverse zwischen *Stübinger* und *Zabel* auf der einen sowie *Jakobs* und *Lesch* auf der anderen Seite geht es nicht um die Wahl zwischen einer authentischen und einer verfälschenden *Hegel*-Deutung; vielmehr stehen zwei gleichermaßen selektive Lesarten einander gegenüber. Nicht darauf, wer der bessere Hegelianer ist, kommt es deshalb an, sondern darauf, wessen Ansatz sich unter strafrechtstheoretischen Gesichtspunkten als der fruchtbarere, erklärungs mächtigere erweist.

In dieser Hinsicht hat insbesondere *Stübinger* wenig zu bieten. So lehrreich für den Leser die freigebig zur Schau gestellten Bildungsschätze *Stübingers* auch sind – weder unternimmt er einen ernsthaften Versuch, seine Zeit auf den Begriff zu bringen, noch entwickelt er einen eigenständigen verbrechenstheoretischen Ansatz. Sein Bekenntnis zu bedeutungsschweren Großbegriffen wie Vernunft, Freiheit und Wahrheit erhebt sich deshalb kaum über das Niveau bloßer Programmformeln – und erweist sich dadurch allen gegenteiligen Beteuerungen *Stübingers* zum Trotz als zutiefst unhegellisch.

Weitaus ambitionierter ist das unter Berufung auf *Hegel* unternommene Vorhaben *Zabels*, eine Theorie der Schuldzurechnung aus der „Tiefenstruktur moderner Praxisformen“ (*Zabel*, S. 318) zu entwickeln. Den Kern von *Hegels* Freiheitslehre erblickt *Zabel* in der Einsicht, dass man erst dann von einem vernünftigen Handeln sprechen könne, wenn die Menschen die verfassten Handlungsorientierungen „begriffen, d.h. autonom ergriffen“ hätten (*Zabel*, S. 70). Deshalb sei Recht „nicht nur als vom Handelnden irgendwie mehr oder weniger distanzierter und insoweit auf diesen einfach projizierbares Regel- und Imperativengefüge, sondern als auch vom Täter mitkonstituierte und mitgarantierte, folglich auch von diesem im großen und ganzen sinnvoll erfahrene Lebensform“ zu begreifen (*Zabel*, S. 403). Die positivrechtliche Institutionalisierung lebensformgestaltender Regeln müsse aus diesem Grunde „auf ein gestuftes oder relationales

System der Mitbestimmung hinaus[laufen], nämlich auf die struktur- und körperschaftlich vermittelte *Teilnahme* an dem Projekt gesellschaftlicher Normgenese und Normrepräsentation, zugleich aber auch auf die, mehr oder weniger kritisch reflektierte *Akzeptanz* demokratisch generierter Verhaltens- und Handlungsorientierungen“ (*Zabel*, S. 171). Umgekehrt könne sich ein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten „nur von den selbstgenerierten Sinnkriterien her bestimmen, die in einer Gesellschaft als verbindlich betrachtet werden und insoweit auch für den Einzelnen als in ihrem normativen Potential gelebt erkennbar sind“ (*Zabel*, S. 404). Schuldhaftes Handeln sei daher „eine die gemeinschaftlich erarbeitete und individuell erlebte Freiheit verfehlende Weltinterpretation“ (*Zabel*, S. 402).

Der Mitwirkung der Bürger beim Prozess der Normgenese kommt bei *Zabel* mithin eine legitimationstheoretisch tragende Rolle zu. Darin spiegelt sich freilich weniger der von *Hegel* betonte Primat der Institutionen, denen gegenüber die bürgerliche Haupttugend im „Zutrauen“ bestehe,⁹ als vielmehr rousseausches Gedankengut. Der Situation hochkomplexer moderner Gesellschaften vermag ein solches Legitimationsmodell schwerlich gerecht zu werden. So lassen sich große Teile zumal des Nebenstrafrechts in ihrer Technizität und Detailliertheit allenfalls in einem höchst indirekten Sinne als Ausprägungen der „selbstgewählten und erlebten Freiheitsformen handelnder Subjekte“ (*Zabel*, S. 397) auffassen; nichtsdestoweniger sind derartige Regelungen grundsätzlich notwendig und daher prinzipiell legitim. Auch die Realität der Strafrechtsanwendung wird von *Zabel* ausgeblendet. So stammt ein überproportionaler Teil der gerichtlich belangten Straftäter aus der politisch tendenziell passiven Unterschicht. Einem jungen Mann ohne Schulabschluss und mit ausgiebiger Gefängnis- und Drogenerfahrung zu erklären, er sei Mitautor des Gesetzes, nach dem er nunmehr gerichtet werde, hat geradezu etwas Zynisches. Aber sollte man ihn deshalb laufen lassen? Im Ergebnis bringt deshalb *Zabel* ebenso wenig wie *Stübinger* die (hegelisch verstandene) Wirklichkeit des heutigen Strafrechts auf den Begriff. Er berauscht sich vielmehr an seiner eigenen Autonomiesemantik – eine für einen Hegelianer besonders betrübliche Erscheinungsform der wittgensteinschen „Verhexung durch Sprache“.

Was strafrechtlicher Hegelianismus genau bedeutet und was er unter den Bedingungen der Gegenwart leisten kann, vermögen aus diesen Gründen auch die Monographien *Stübingers* und *Zabels* nicht verbindlich zu klären. Dass die Philosophie *Hegels* auch heute noch eine Fülle von Anregungen bereithält, haben die beiden *Autoren* freilich eindrucksvoll gezeigt. Auf den Fortgang der Diskussion darf man gespannt sein.

Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg

⁷ Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke Bd. 7, 1970, S. 12 f.

⁸ *Hegel* (Fn. 7), S. 13.

⁹ *Hegel* (Fn. 7), § 268 (S. 413).

Buchrezension

Herbert Diemer/Holger Schatz/Bernd-Rüdeger Sonnen, Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen, C.F. Müller, 6. Aufl., Heidelberg 2011, 1063 S., € 89,95

Die Autoren *Diemer*, *Schatz* und *Sonnen* legen nach nur drei Jahren die überarbeitete sechste Auflage ihrer Kommentierung vor, die mit der Aufnahme in die renommierte Reihe der Heidelberger Kommentare gleichsam „geadelt“ wurde. Die Veröffentlichung bietet einen umfassenden Überblick über die Materie des Jugendkriminalrechts, ist dabei nicht „nur“ Kommentierung des Jugendgerichtsgesetzes, sondern enthält auch Ausführungen zu den Jugendvollzugsgesetzen der Länder. Die Autoren haben die Kompromisslinie zwischen Informationsgehalt und Komprimierungsbedarf ziemlich genau getroffen. Die Bearbeitung ist straff, bietet Praktikern verständliche Hilfestellung, bedient aber auch den Wissenschaftler und politisch Interessierten im Hinblick auf die Einordnung theoretischer Fragestellungen und deren kriminalpolitischen Hintergründe. Hier lohnt sich die Zusammensetzung des Autorenteam, die das aktuelle Jugendkriminalrecht aus der Perspektive des Hochschullehrers und Verbandsvertreters (*Sonnen*, der lange Jahre Vorsitzender der DVJJ war), des leitenden Mitarbeiters einer Landesjustizverwaltung (*Schatz*, der nunmehr an die Stelle des früheren Autors *Schoreit* getreten ist) und des praktizierenden Prozessrechtlers (*Diemer*, Bundesanwalt beim BGH) betrachten.

Die schnelle Neubearbeitung ist der Produktivität des Gesetzgebers geschuldet, der in den vergangenen drei Jahren sechs Änderungsgesetze in Kraft gesetzt hat, von denen im öffentlichen Diskurs insbesondere die beiden Novellierungen aus den Jahren 2008 und 2010 im Kontext der Sicherungsverwahrung eine Rolle spielen. Daneben waren Reformen des Verfahrens in Familiensachen (2008) und des Untersuchungshaftrechts (2009), das 2. Opferrechtsreformgesetz (2009) und eine Bereinigung des Bundesrechts (2010) jeweils mit ihren Rückwirkungen auf das Jugendstrafrecht zu beachten.

Die Einleitung von *Sonnen* offenbart den Blickwinkel des Werkes und zieht zugleich eine Klammer darum. Verwiesen wird auf die nun gut hundertjährige Tradition der Jugendgerichte (S. 3) gleichsam als systemisches Fundament, aber – wichtiger noch – auf den Geist des 1. JGG-ÄndG aus dem Jahre 1990, in das sich die DVJJ bekanntlich intensiv eingebracht hat: der Vorrang informeller Erledigungen (also von Diversionsformen gemäß § 45 JGG), der Mut zu neuen ambulanten Maßnahmen wie Betreuungsweisungen, sozialen Trainingskursen und dem Täter-Opfer-Ausgleich und die damit verbundene Idee von der Haftvermeidung sind demnach die Leitlinien einer rationalen Jugendkriminalpolitik im Umgang mit jungen Straftätern (vgl. Rn. 14, S. 6). Gezeichnet wird ein Motiv, das repressive Ansätze des Strafrechts sehr weit in den Hintergrund drängt und das zugleich den Erziehungsgedanken aus der Sicht der Jugendhilfe sehr deutlich an die erste Stelle der Gesetzesauslegung und eines künftigen Reformprozesses rückt.

Aus diesem Blickwinkel werden frühzeitig kriminologische Befunde zur „seit 1998 gleichbleibenden bis rückläufigen Entwicklung der Jugendgewalt“ (*Sonnen*, § 1 Rn. 15, S. 15) als empirische Grundierung benannt. Als stärkste Risikofaktoren von Jugendgewalt werden die Einbindung in delinquente Gruppen, Drogenkonsum sowie soziale Belastungen von Jugendlichen mit Migrationshintergrund identifiziert (*Sonnen*, § 1 Rn. 15, S. 15). In diesem Sinne sieht *Sonnen* den erst mit der Novelle aus dem Jahre 2008 in § 2 Abs. 1 JGG formalisierten Erziehungsgedanken nicht nur als normativen Anspruch, sondern als Forderung von gesicherten empirischen Erkenntnissen aus der Wissenschaft und deren Anwendungskompetenz durch kriminologisch, soziologisch und jugendpsychologisch gebildete Juristinnen und Juristen in der Jugendgerichtsbarkeit (§ 2 Rn. 1, S. 22 – dort mit Blick auf geplante Änderungen von § 37 JGG mit dem im Gesetzgebungsverfahren befindlichen „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs“, kurz: STORMG). Empirisch betrachtet wird sogar die Heraufsetzung der Strafmündigkeitsgrenze als bisher nicht genutzte Reformmöglichkeit angesehen (*Sonnen*, § 2 Rn. 3, S. 22); eine Forderung die gleichsam „quer“ zu politischen Diskussionsbeiträgen steht.

Diemer macht die Verantwortlichkeit des Jugendlichen dann gegenständlich, indem auf die Notwendigkeit der Prüfung und Feststellung der individuellen Reife in allen Fällen im Urteil hingewiesen wird (§ 3 Rn. 14, S. 35). Kritisch bewertet wird auch die vom Gesetzgeber weiter aufrechterhaltene Trennung von Erziehungsmaßregeln und Zuchtmitteln (*Diemer*, § 5, Rn. 2, S. 46). Zurückhaltend gibt sich *Diemer* ebenso gegenüber dem neuen Instrument des „Deals“. Der Gesetzgeber habe bei der Regelung einer verfahrensbeendenden Verständigung gemäß § 257c StPO die Anwendbarkeit auf Jugendliche und Heranwachsende bewusst nicht ausgeschlossen. Da Erziehungsbedarf und Erziehungsfähigkeit aber nicht verhandelbar seien, kämen als geeignete Fälle nur solche in Betracht, in denen auch Sühne und Vergeltung als Strafzwecke eine Rolle spielten (§ 5 Rn. 26 und 27, S. 55), also insbesondere bei Anwendung der Jugendstrafe (*Diemer*, später auch zur Erforderlichkeit, einen Pflichtverteidiger im Falle verfahrensbeendender Absprachen zu bestellen, § 68 Rn. 12, S. 538). Eine umfangreiche Stellungnahme erfordert dann die nachträgliche Sicherungsverwahrung, die gemäß § 7 Abs. 2 JGG seit dem Jahre 2008 auch bei Verurteilungen nach dem Jugendstrafrecht ermöglicht wurde. *Diemer* referiert Bedenken hinsichtlich einer ausreichend sicheren Gefährlichkeitsprognose bei jungen Menschen (§ 7 Rn. 27, S. 66), deren kurze Vita zumeist nicht geeignet ist, langfristige Risikobilanzen abzuliefern. Außerdem wird auf verfassungs- und konventionsrechtliche Gesichtspunkte eingegangen, die mit der Entscheidung des EGMR vom 9.3.2010 in die Fachdiskussion hineingetragen wurden (§ 7 Rn. 29, S. 67). Man hätte sich bei all dem freilich einen deutlicheren Hinweis auf den Verständniswandel gewünscht, der mit der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch für Jugendliche verbunden war. Seit den Zeiten von *v. Liszt* war die Kategorie des „gefährlichen Jugendlichen“ bekanntlich ein Tabu – man ging grundsätzlich von einer

„Besserungsfähigkeit“ aus; mit § 7 Abs. 2 JGG ist das Etikett des „gefährlichen Jugendlichen“ nun vergeben.

Auch diese Bewertungen sind freilich schon wieder überholt. Das Bundesverfassungsgericht mahnt jetzt mit seiner jüngsten Entscheidung vom 4.5.2011 an, dass (auch) diese Statuszuweisung – wie das Recht der Sicherungsverwahrung insgesamt – verfassungswidrig sei. Insbesondere wird danach das Abstandsgebot zum Strafvollzug nicht eingehalten; der Präventionsgedanke allein rechtfertige grundlegende Freiheitseingriffe nur, wenn Therapie- und Integrationsbemühungen den Vollzug der Sicherungsverwahrung bestimmten, wenn also „Verbesserlichkeit“ angestrebt werde. *Diemer* und *Sonnen* (zu § 106 JGG) kommentieren dies mit entsprechendem Tenor in einer jüngst erschienenen Nachlieferung (Ergänzung zu §§ 7 und 106 JGG).

Etwas zu kurz kommen bei *Diemer* im Kontext von § 8 JGG auch die aktuellen Diskussionen um den Jugendarrest. Allein der höchstrichterlich abgesicherte Hinweis auf die Einspurigkeit des Freiheitsentzugs (§ 8 Rn. 5 und 8, S. 78) dürfte nicht ausreichen, um Fragen über Sinn und Zulässigkeit z.B. des sog. Warnarrestes zu beantworten. Diese Betrachtung wird dann erst später bei *Sonnen* nachgeholt. *Sonnen* spricht von einer Neuorientierung des Jugendarrestes weg von der Short-sharp-Shock-Mentalität hin zu einer Maßnahme für erheblich belastete junge Menschen als Alternative im Vorfeld der Jugendstrafe (§ 16 Rn. 6, S. 132, Rn. 11, S. 134 und Rn. 15, S. 135). Mit Hinweis auf die Negativwirkungen des Jugendarrests (70 % Rückfallquote innerhalb eines vierjährigen Beobachtungszeitraums für jene, die mit einem Jugendarrest sanktioniert wurden – mit Bezug auf die erste bundesweite Rückfalluntersuchung aus dem Jahre 2003, *Sonnen*, § 16 Rn. 7, S. 132 f.) wird – unterstützt durch eine breite Phalanx der Kriminologie – ein Modell des Warnarrestes von vornherein abgelehnt. Inwieweit die Aufarbeitung von Defiziten im Jugendarrestvollzug (vgl. die betreffende Kritik von *Sonnen*, § 16, Rn. 19, S. 137) und eine schnellere Arrestvollstreckung (vgl. § 87 Abs. 3 und 4 JGG) nicht auch neue Möglichkeiten im Sinne einer Art von stationärem sozialem Trainingskurs bieten könnten, bleibt dabei außer Betracht. Eine solche Blickverengung wird weder den Planungen des Bundesgesetzgebers zur Einführung eines neuen, mit der Bewährungsaussetzung verbundenen Arrestmodells noch den aktuellen Bestrebungen der Länder zur Schaffung von Jugendarrestvollzugsgesetzen gerecht. Man hätte sich etwas mehr Mut zu einer ausgewogenen Reformdiskussion gewünscht.

Reformbedarf wird dann allerdings bei der Verhängung der Jugendstrafe gesehen, wobei erneut auf die hohen Rückfallquoten (knapp 78 % mit Bezug auf die erwähnte Rückfallstatistik) hingewiesen wird. Insbesondere lasse sich die weit verbreitete These von der Milde des Jugendstrafrechts nicht halten, da es aus der kriminologischen Forschung in die andere Richtung deutende Befunde einer faktischen Schlechterstellung junger Menschen bei deren Sanktionierung gebe (*Sonnen*, § 17 Rn. 6 und 7, S. 142). Ein gutes Beispiel für eine brauchbare Praxisberatung bieten die von *Sonnen* aufgeführten Strafzumessungsschritte (§ 18, Rn. 19 ff., S. 160 ff.). Die Komplexität, die das Jugendkriminalrecht vor allem

durch seine verschiedenen Rollenbeteiligten erhält, gelangt dann bei den Auflagen und Weisungen im Rahmen der Bewährungsaufsicht in den Blick. *Sonnen* zeichnet eine klar rechtsstaatliche Perspektive, indem bei der Abstimmung von richterlicher Anordnung und eigenständiger sozialarbeiterischer und sozialpädagogischer Kompetenz von Bewährungshelfern die Unübertragbarkeit richterlicher Aufgaben angemahnt wird (§ 23 Rn. 3, S. 175). Weisungen und Auflagen müssen folglich hinreichend bestimmt sein und dürfen nicht der freien Auslegung der Sozialarbeit obliegen. Freilich ist das als Rollenzuordnung und nicht als Kritik an der Sozialarbeit zu verstehen, die mit den Worten von *Schüler-Springorum* gar aufgefordert wird, wieder „nach den bewährten Regeln ihrer höchstgelegenen Kunst“ (*Sonnen*, §§ 24, 25 Rn. 16, S. 183) zu handeln. Gelobt werden insoweit fachliche Kompetenzen und Ansätze, mit denen die Sozialarbeit ihre Klientel unter Aspekten sog. Lebenslagen erforscht (*Sonnen*, §§ 24, 25 Rn. 17, S. 184).

Schatz widmet sich dann der komplexen Materie der Strafenbildung im Kontext von §§ 31, 32 JGG sowie der korrespondierenden Vorschrift von § 66 JGG. Es geht insoweit um Vorfragen des Strafvollzuges, die bei *Schatz* angesichts einer sorgfältigen Auswertung von Rechtsprechung und Literatur gut aufgehoben sind. Hingewiesen wird auf die vergeblichen Bemühungen des Gesetzgebers, auch im allgemeinen Strafrecht das Modell der Einheitsstrafe zu etablieren (*Schatz*, § 31 Rn. 10, S. 216) und damit das Jugendkriminalrecht auch in dieser systemischen Grundfrage zum Vorreiter zu machen. Im Rahmen der gerichtsverfassungsrechtlichen Vorschriften geht *Schatz* auf die optionale Besetzungsreduktion der Jugendkammer gemäß § 33b Abs. 2 JGG ein und betont den vom Gesetzgeber selbst für nötig erachteten Evaluationsbedarf (§ 33b Rn. 6, S. 267). Dem Jugendrichter wird anschließend die Rolle einer „erzieherischen Leitfigur“ (*Schatz*, § 34 Rn. 3, S. 272) zugewiesen. Im Hinblick auf die Verbindung von jugend- und familiengerichtlichen Aufgaben (vgl. § 34 Abs. 2 und 3) sieht der *Autor* freilich Probleme, die Rechtssysteme aufeinander abzustimmen und folglich erzieherische Effizienz womöglich mit rechtsstaatlichen Einbußen bezahlen zu müssen (*Schatz*, § 34 Rn. 16 und 17, S. 275; später auch mit Blick auf örtliche Zuständigkeiten, vgl. § 42 Rn. 8, S. 329).

Mit seinem Anforderungsprofil, das § 37 JGG an Jugendrichter und Jugendstaatsanwälte stellt, greift *Diemer* dann wieder die Forderungen auf (§ 37 Rn. 2, S. 287), die *Sonnen* bei seinen Ausführungen zu § 2 JGG bereits vor die Klammer gezogen hatte (s.o.). Freilich hätte man sich hier wie dort angesichts der aktuellen Diskussionen zum Entwurf des STORMG eine etwas differenziertere Abwägung von kriminologischen Ansprüchen und realistischen Gestaltungsmöglichkeiten der zuständigen Landesjustizverwaltungen gewünscht.

Sonnen führt dann mit der Kommentierung von § 38 JGG die Jugendgerichtshilfe als weiteren Verfahrensbeteiligten in das jugendkriminalrechtliche System ein. Jugendgerichtshilfe ist nach seiner Auffassung Jugendhilfe mit dem Ziel einer „emanzipatorischen Entkriminalisierung“ (§ 38 Rn. 6 und 8, S. 290 f.). Angesichts der im Jahre 2005 erfolgten Regelung

in § 36a SGB VIII ist auch ein Blick auf Fragen der Kostenübernahme unter dem Stichwort der sog. Steuerungsverantwortung unvermeidbar. Das emanzipatorische Moment betrifft insoweit eigene Reaktionsverständnisse und eigene Entscheidungskompetenzen hinsichtlich Erziehungshilfen aus dem Leistungsrepertoire der Jugendhilfe. Die grundlegende Bedeutung dieses Verständniswandels wird aufgrund der beschriebenen Überlegungen für eine gesetzliche Regelung der Kooperation und Kommunikation zwischen Jugend(gerichts-)hilfe und Jugendgericht deutlich (*Sonnen*, § 38 Rn. 19, S. 296). Sehr vorsichtig umschreibt *Sonnen* hier das Spannungsverhältnis, das sich in den letzten Jahren zwischen Justiz und Jugendhilfe aufgebaut hat. Die Eigenständigkeit der Jugendgerichtshilfe wird mit weiteren Forderungen aus dem Kreis der DVJJ (Akteneinsichtsrecht, Antragsrecht, Fragerecht, Zeugnisverweigerungsrecht, Recht auf Einlegung von Rechtsmitteln) unterstrichen (*Sonnen*, § 38 Rn. 20, S. 298). Letztlich spielen unterschiedliche Verständnisse auch eine Rolle bei der Persönlichkeitserforschung im Sinne von § 43 JGG; die Wahrnehmung von Kriminalität als entwicklungsbedingtes Phänomen aus der Sicht der Jugendhilfe einerseits und Vorstellungen der Bedrohung von gesellschaftlichen Werten aus der anderen Sicht der Justiz erschweren gesetzlich vorgegebene Kooperationen ebenfalls (dazu *Sonnen*, § 43 Rn. 7, S. 339). Skepsis besteht insoweit auch gegenüber Versuchen, erzieherische Maßnahmen gemäß § 45 Abs. 2 JGG z.B. durch sog. Schülergerichte justiziell zu steuern (*Sonnen*, § 45 Rn. 15, S. 351).

Im Hinblick auf das Verfahren in der Hauptverhandlung stellt *Schatz* hohe Anforderungen an Durchbrechungen des Prinzips der Nichtöffentlichkeit (vgl. § 48 Abs. 2 S. 3 JGG). Im Zweifel würden Gefahren einer Stigmatisierung von Jugendlichen mediale Interessen an einer Berichterstattung überwiegen (*Schatz*, § 48 Rn. 30, S. 378). Kritik am Gesetzgeber wird dann bezüglich der unübersichtlichen Regelung zu den Ausschlussmöglichkeiten von Beteiligten geübt (vgl. *Schatz*, § 51 Rn. 23, S. 399). Angedeutet wird die Konventionswidrigkeit von § 55 Abs. 1 JGG, zumal die Bundesregierung den ursprünglichen Vorbehalt gegenüber der UN-Kinderrechtskonvention im Jahre 2010 zurückgenommen hat (*Schatz*, § 55 Rn. 9, S. 442). Eine anspruchsvolle Praxisberatung bietet *Schatz* hier hinsichtlich Fragen des Verschlechterungsverbots (§ 55, Rn. 28 ff., S. 447 ff.). Beim Verfahren zur Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung geht *Sonnen* näher auf die sog. Vorbewährung gemäß § 57 JGG ein, die sich aus der Möglichkeit einer dem Urteil nachfolgenden Aussetzungsentscheidung ergibt. Er verweist auf aktuelle Bestrebungen verschiedener Arbeitsgremien, diesen rechtlich weitgehend unstrukturierten Bereich klarer auszugestalten (§ 57, Rn. 12 ff., S. 477 f.).

Unter dem Titel des Sozialdatenschutzes befasst sich *Schatz* sehr detailliert mit den Restriktionen, die insbesondere die Datenverarbeitungsregeln von SGB VIII und SGB X statuieren. Mit Zurückhaltung wird insoweit auch dem mittlerweile in der kriminalpräventiven Projektpraxis weitgehend etablierten Instrument der Fallkonferenzen begegnet. Hier werden zwischen den Verfahrensbeteiligten (Jugendamt, JGH, Jugendbewährungshilfe, Polizei, Staatsanwaltschaft)

Reaktionsmöglichkeiten und Handlungsabläufe abgestimmt (*Schatz*, § 70 Rn. 15 ff., S. 547 ff.). Nicht zu unterschätzen ist freilich, dass diese Konstellationen zugleich Beispiele für eine gelingende Kooperation der unterschiedlichen Beteiligten im Jugendverfahren darstellen und dass Kritiker heute nicht selten den Sozialdatenschutz wie einen symbolischen Schild umhertragen.

Für den Bereich der Untersuchungshaft bietet das Jugendgerichtsgesetz die besondere Alternative der Unterbringung in einem geeigneten Heim der Jugendhilfe (§ 72 Abs. 4 i.V.m. § 71 Abs. 2 JGG). Justizielle Vorbehalte betreffend häufig die Frage einer hinreichenden Verfahrenssicherung. *Diemer* macht deutlich, dass hier keine vergleichbaren Fluchtsicherungen wie bei Jugendstrafanstalten zu erwarten sind (§ 72 Rn. 13, S. 565). Hier gibt es auf Landesebene zahlreiche Projektierungen, die den Abstimmungsprozess zwischen Jugendhilfe und Jugendstrafjustiz erleichtern. Auf entsprechende Bestrebungen zur Verbesserung von Verfahrensabläufen bezieht sich *Schatz* dann im Zusammenhang mit Projekten im Anwendungsbereich des vereinfachten Jugendverfahrens (§ 76 Rn. 7, S. 593). Praxisnahe Informationen finden sich anschließend für die Privatklage und insbesondere für das Nebenklageverfahren (*Schatz*, § 80, insbesondere Rn. 23 ff., S. 614 f.).

Grundsätzliche Kritiken übt *Sonnen* bei den Regelungen über die Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende – bei § 105 JGG handelt es sich bekanntlich seit dessen Einführung im Jahre 1953 um ein stetes Konfliktfeld der Reformdiskussion. Insbesondere werden Unterschiede in der Anwendungshäufigkeit bemängelt (§ 105 Rn. 3, S. 713). Entgegen kriminalpolitischen Standardpositionen wird für eine vollständige Einbeziehung der Heranwachsenden in den Anwendungsbereich des JGG plädiert. Neben kriminologischen Erkenntnissen werden Gleichbehandlungsgrundsatz, Bestimmtheitsgebot und Rechtsstaatsprinzip auf normativer Ebene für diese Forderung geltend gemacht (§ 105 Rn. 10, S. 716).

Die ergänzende Kommentierung der Jugendstrafvollzugsgesetze bleibt dann *Sonnen* als alleinigem Autor vorbehalten. Methodisch geschickt wählt er den von der Gruppe von 11 Bundesländern gemeinsam verfassten Gesetzestext gleichsam als Grundmodell, während die Regelungen der anderen Länder (Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen mit eigenen Jugendvollzugsgesetzen und Bayern und Niedersachsen mit weiter gehenden Justizvollzugsgesetzen, die über den Jugendvollzug hinaus auch den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung einschließen) nur im Hinblick auf maßgebliche Abweichungen vergleichend aufgegriffen werden (vgl. S. 773 ff.). In der Sache geht es um Positionen, die den Landesgesetzgebern in ihren Grundzügen durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.5.2006 vorgegeben worden waren.

Schnell erweisen sich freilich auch unter diesen gemeinsamen Rahmenbedingungen Diskrepanzen, die *Sonnen* anschaulich herausarbeitet. Das beginnt mit der Neuinterpretation um den alten Streit von Zielen und Aufgaben des Justizvollzugs. Im Rahmen dessen identifiziert *Sonnen* fünf verschiedene Regelungsmodelle im Abwägungskontext von sozialer Integration und Gemeinschaftsschutz (§ 2 Rn. 2 ff.,

S. 782 f.). Dem dramatischen „Foltermord“ in der Justizvollzugsanstalt in Siegburg aus dem November 2006 misst *Sonnen* dabei über eine Auslöserfunktion für öffentliche und fachbezogene Diskurse hinaus auch eine Art von Situationsbeschreibung für die Vollzugssituation in deutschen Jugendstrafvollzugsanstalten bei. Die Unterbringung in einer 4-Mann-Zelle erzeuge offensichtlich ein Klima der Gewalt und des Hasses (§ 3 Rn. 10, S. 787). Ins Positive gewendet sieht *Sonnen* aber auch wirksame Ansätze zur Gewaltprävention im Strafvollzug (mit Hinweis auf ein Forschungsprojekt des Kriminologischen Dienstes des Landes Nordrhein-Westfalen zum Thema „Gewalt unter Gefangenen“, § 3 Rn. 11, S. 788). Bedenklich interpretiert *Sonnen* Mitwirkungspflichten junger Gefangener, die als unrealistisch und unbestimmt angesehen werden; er stellt stärker auf die selbstmotivierte Bereitschaft ab (§ 4 Rn. 2-4, S. 792 f.). Fragen der institutionellen Zusammenarbeit stellen sich dann hinsichtlich Entlassungsvorbereitungs- und Übergangsmanagement (§ 7 Rn. 2 f., S. 799 f.; auch später zu § 19 Rn. 3 ff., S. 823 f. und § 21 Rn. 3, S. 827 f. mit Blick auf Praxismodelle); Themen, die unter Stichworten wie durchgehende Betreuung eigentlich schon seit einer ganzen Generation im Bereich der Sozialarbeit diskutiert werden, die aber nun seit einigen Jahren wieder „in Mode“ sind. Innovationsbestrebungen zeigen sich unter Hinweis auf einen Vollzug in freien Formen als weiterer Vollzugsform neben offenem und geschlossenem Vollzug (§ 13 Rn. 4, S. 811). Im Sinne des früheren § 91 Abs. 3 JGG geht es hier um die Verbüßung von Jugendstrafen in zugelassenen Einrichtungen der Jugendhilfe – hervorgetan haben sich hier vor allem Projekte in Baden-Württemberg. Forderungen des Bundesverfassungsgerichts werden mit der Regelunterbringungsform des Wohngruppenvollzugs verwirklicht (§ 26 Rn. 1, S. 834). Mehr Mut beansprucht *Sonnen* bei der Gestaltung von sog. Good-Time-Regelungen, mit denen die Teilnahme an Ausbildung und Arbeit in größerem Umfang als bisher zur Haftreduzierung führen soll (§ 58 Rn. 2, S. 870). Schließlich betont der *Autor* die Regelung zur kriminologischen Forschung, die als Grundlage wissenschaftlicher und politischer Erkenntnis umschrieben wird (§ 97 Rn. 1, S. 914). Hier geht es um eine Art von Entwicklungs- und Zukunftsklausel, die Vollzugspraxis, Forschungsideal und politischen Reformprozess idealiter zu einer gemeinsamen Programmatik einer Jugenderziehung in geschlossenen Institutionen zusammenführt.

Insgesamt: Es handelt sich um einen Kommentar, der Meinung zeigt, wenn Reformforderungen offen ausgesprochen werden und der den interessierten Leser verständlich führt. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen von *Sonnen*, die dem Gesamtwerk ihr Gepräge geben. Man muss nicht immer den präsentierten Meinungen folgen, erhält aber fast immer eine gehaltvolle Information. Das Werk ist sehr zu empfehlen.

*Prof. Dr. Michael Kubink, Köln**

* Der *Rezensent* ist hauptamtlich Referatsleiter im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen – dort u.a. für das Jugendstrafrecht zuständig – und im Nebenamt außerplanmäßiger Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

B u c h r e z e n s i o n

Gesine Reisert, Anwaltsgebühren im Straf- und Bußgeldrecht, DeutscherAnwaltVerlag, Bonn 2011, 318 S., € 44,-

Die Berliner Rechtsanwältin *Gesine Reisert*, Vorstandsmitglied der Berliner Rechtsanwaltskammer und dort Stellvertretende Vorsitzende der Gebührenabteilung, hat im DeutschenAnwaltVerlag ein Handbuch zum anwaltlichen Gebührenrecht in Straf- und Bußgeldsachen veröffentlicht. Sie richtet sich damit an alle Kollegen: Anfänger, denen vor allem die zahlreichen Grafiken, Beispiele und Musterschriftsätze den Einstieg in die Materie erleichtern sollen, sowie „Abrechnungskönnern“, für die viele praktische Hinweise eingearbeitet sind. Allen soll dadurch gedient werden, dass die Lektüre Hilfe sein soll für eine ausreichende Entlohnung des Rechtsanwalts. Schließlich wirbt die *Verf.* bei Richtern und Rechtspflegern für ein besseres Verständnis gegenüber der Tätigkeit des Rechtsanwalts. Dieses Bedürfnis wird jeder, der sich intensiver mit diesem Thema beschäftigt, teilen. Gleich zu Beginn (§ 1 Rn. 1 ff.) beschreibt sie daher ausführlich die ökonomischen Schwierigkeiten für den heute tätigen Strafverteidiger.

Reisert erliegt nicht der Gefahr, sich in gebührenrechtlichen Spezialproblemen zu verlieren, sondern umreißt nahezu alle wichtigen Themen, mit denen sich der Strafverteidiger beschäftigen muss. Zur besseren Nutzung sind in allen Kapiteln die erforderlichen gesetzlichen Bestimmungen und vor allem die entsprechenden Gebührenbeträge enthalten. Vielleicht sind manche Wiederholungen mittels graphischer Darstellung ein wenig übertrieben, insgesamt aber wird auf diese Weise der Stoff anwendungsgerecht aufgearbeitet. Die Vielzahl der Muster kann dem noch nicht so erfahrenen Leser auch in der täglichen Arbeit helfen. Denn was nutzt die beste inhaltliche Arbeit, wenn der Rechtsanwalt mangels ausreichenden Verdienstes seine Tätigkeit nicht langfristig ausüben kann.

Dem *Rezensenten* sei verziehen, wenn er auf das recht knapp gehaltene Literaturverzeichnis hinweist und neben verschiedenen einschlägigen Publikationen (bspw. von *Baumgärtel/Hergenroeder/Houben*¹, *Bischof u.a.*², *Teubel/Scheungrab*³ oder *Leipold*⁴) in aller Bescheidenheit auch das kurz zuvor erschienene Handbuch zur Verteidigervergütung von *Mertens/Stuff*⁵ aus dem C.F. Müller-Verlag vermisst. Wichtiger jedoch erscheint es, für eine Neuauflage etwas mehr Rechtsprechung (mit Fundstellen) einzuarbeiten, da sich die Erfolgsaussichten durch den Hinweis auf die aktuelle Rechtsprechung des jeweiligen Oberlandesgerichts im anwaltlichen Schriftsatz erheblich steigern lassen.

Besonderen Wert entfaltet das Handbuch durch umfangreiche Ausführungen für den Bereich der Vertretung von Geschädigten, einschließlich praktischen Hinweisen, die die zivilrechtliche Seite betreffen. Hier konnte die *Autorin* viele ihrer praktischen Erfahrungen als Fachanwältin für Strafrecht und Verkehrsrecht einfließen lassen. Dementsprechend findet auch das Bußgeldrecht ausreichenden Raum.

Nach einem einführenden Kapitel (§ 1, S. 17-89), das aber bereits wichtige inhaltliche und allgemein gültige Themen beinhaltet, erläutert *Reisert* in § 2 (S. 91-207) die verschiedenen Gebühren im Strafverfahren sowie in § 3 (S. 209-242) die Gebühren, die in Bußgeldangelegenheiten anfallen können. Anschließend beschäftigt sich die *Verf.* mit der Vergütungsvereinbarung (§ 4, S. 243-273), um abschließend noch kurz auf die Gebührenklage sowie die Kostenfestsetzungsbeschwerde (§ 5, S. 275-279) einzugehen. Auszugsweise wird im Anhang aus dem aktuellen Vergütungsverzeichnis zitiert.

Im einführenden Kapitel werden anschaulich die Verbindung und die Trennung von Strafverfahren bzw. ihre gebührenrechtlichen Auswirkungen erläutert. In diesem Zusammenhang hätte die *Autorin* auch noch auf die möglichen Fallkonstellationen einer Verweisung eingehen können, die sich nicht immer ganz einfach darstellt. Anschließend wird die Bestimmung der Gebühren nach § 14 RVG näher beschrieben. Dabei sind viele wichtige Aspekte aufgezählt, gerade an dieser Stelle vermisst man jedoch eine breitere Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung. Instrukтив sind die nachfolgenden Hinweise zum Umgang mit Rechtsschutzversicherungen. Hier sind die vielfältigen Erfahrungen der Verkehrsrechtlerin unübersehbar. Jedoch sollte nicht übersehen werden, dass inzwischen – insbesondere für Selbständige – die meisten Rechtsschutzversicherungen auch im strafrechtlichen Bereich verbesserte Bedingungen anbieten und teilweise sogar Vergütungsvereinbarungen des Strafverteidigers zu tragen bereit sind.

Im Kapitel über Pflichtverteidigung und Beiordnung wird zu Recht darauf hingewiesen, dass durch die Einführung des RVG die Alimentierung des Verteidigers verbessert wurde. Auch finanziell hat die Pflichtverteidigung für die meisten Kollegen daher eine hohe Bedeutung. Diese Bedeutung kann jedoch durch vereinbarte Zuzahlungen des Mandanten noch wesentlich gesteigert werden. Deren Anrechnung auf die Pflichtverteidigervergütung gemäß § 58 Abs. 3 RVG sollte in einer Neuauflage unbedingt thematisiert werden. Weitgehend unterschätzt wird auch die Möglichkeit des Pflichtverteidigers unter bestimmten Voraussetzungen die Wahlverteidigergebühren von seinem Mandanten zu verlangen, § 52 RVG.

Völlig zu Recht kritisiert die *Autorin* den mitunter sehr einschränkenden Umgang der Gerichte mit der Berechnung der Kopierkosten. Geradezu erschrocken nimmt der *Rezensent* jedoch zur Kenntnis, dass es Vereinbarungen zwischen Gerichten und den dort ansässigen Verteidigern gibt, gegen einen pauschalen Abschlag von 15-20 % der Anzahl der Kopien eine verkürzte Kostenfestsetzung zu erreichen (§ 1 Rn. 223). Es kann nicht nachvollzogen werden, warum der Verteidiger auf sein gesetzliches Recht zur Erstattung seiner Auslagen verzichten sollte, nur weil die Justiz personell zu

¹ *Baumgärtel/Hergenroeder/Houben*, Kommentar zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 15. Aufl. 2011.

² *Bischof u.a.*, RVG, Kommentar, 4. Aufl. 2011.

³ *Teubel/Scheungrab* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Vergütungsrecht, 2. Aufl. 2011.

⁴ *Leipold*, Anwaltsvergütung in Strafsachen, 2004.

⁵ *Mertens/Stuff*, Verteidigervergütung, 2010.

eng besetzt ist, um zeitnah über die anwaltlichen Kostenfestsetzungsanträge zu entscheiden.

Im zweiten Kapitel werden die einzelnen Gebühren im Strafverfahren vorgestellt. An vielen Stellen finden sich die nötigen Informationen für die Vertretung des Nebenklägers und nicht zuletzt ausführliche und instruktive Erläuterungen zum Adhäsionsverfahren, inklusive einem Blick auf die Herbeiführung eines Vergleichs (Rn. 226 ff.). Der *Rezensent* muss sich an dieser Stelle auf wenige kurze Anmerkungen beschränken.

Unterstützung verdient die weite Auslegung des Haftzuschlags durch die *Autorin*: auf das tatsächliche Entstehen konkreter Erschwernisse für den Strafverteidiger kommt es richtigerweise nicht an (Rn. 10). Die Auffassung, dass der nur für einen Hauptverhandlungstag beigeordnete „Vertreter“ des eigentlichen Pflichtverteidigers lediglich die Terminsgebühr beanspruchen kann, wird zwar (gerade in Berlin) vertreten (Rn. 33). Es darf allerdings ergänzt werden, dass es einige Oberlandesgerichte gibt, die dies anders sehen. Richtig erscheint letzteres, da sich auch der „Vertreter“ zur verantwortlichen Terminswahrnehmung in die Sache einarbeiten und teilweise auch weitere, die Verfahrensgebühr auslösende Tätigkeiten entfalten muss.

Die Befriedigungsgebühr Nr. 4141 VV entsteht bei Rücknahme von Berufung oder Revision unabhängig von deren vorheriger Begründung, wie *Reisert* zu Recht feststellt (Rn. 94 ff.) Schließlich kommt es nur auf die Schonung der gerichtlichen Ressourcen an, sofern eine Mitwirkung des Rechtsanwalts vorliegt. Ebenso überzeugend wird dargestellt, dass Pausen bei der Berechnung der Längenzuschläge nur dann von der Gesamtverhandlungszeit abgezogen werden dürfen, wenn diese Zeit anderweitig anwaltlich genutzt werden kann (Rn. 119). Gut nachvollziehbar vertritt die *Verf.* gegen die herrschende Auffassung die Meinung, dass nicht nur bei ausgesetzter, sondern auch bei unterbrochener Hauptverhandlung, die Befriedigungsgebühr bei vermiedenem neuem Hauptverhandlungstermin entstehen kann (Rn. 206 ff.).

Die Pauschgebühren, die insbesondere für den Pflichtverteidiger in aufwändigen Verfahren unverzichtbar für eine ökonomische Mandatsführung sind, werden leider sehr knapp und mit wenig Rückgriff auf die einschlägige Rechtsprechung dargestellt (Rn. 292 ff.). Die *Autorin* verzichtet ferner auf Erläuterungen zu in der Praxis der meisten Strafverteidiger selteneren Verfahren wie z.B. dem Wiederaufnahme- oder Gnadenverfahren oder auch dem Verfahren nach dem Strafvollzugsgesetz sowie im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.

Das anschließende dritte Kapitel über die Gebühren in Bußgeldangelegenheiten beginnt mit wichtigen Informationen für Mandate, die sowohl Straf- als auch Bußgeldverfahren umfassen (Rn. 5 ff.). Völlig zu Recht stellt die *Verf.* dann fest, dass die Gebühren im Bußgeldverfahren nicht deshalb niedriger bemessen werden dürfen, weil es sich generell um Angelegenheiten von geringerer Bedeutung handele. Genau dies ist nämlich der Grund für die niedrigeren Betragsrahmen (Rn. 28). Der Ermessensspielraum für den Verteidiger in

Höhe von jedenfalls 20 % bei der Gebührenbestimmung ist natürlich nicht auf das Bußgeldverfahren beschränkt und hätte bereits im ersten Kapitel Eingang finden können. Es wird interessant sein, zu verfolgen, ob sich die Gerichte durchsetzen können, die diesen Spielraum auf 30 % erweitern wollen (vgl. Rn. 27).

Im vierten Kapitel über die Vergütungsvereinbarung des Strafverteidigers liegt ein Schwergewicht auf der Aufarbeitung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Angemessenheit der vereinbarten Vergütung (Rn. 6 ff.). Das Bundesverfassungsgericht musste die berühmte Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2005 reparieren, die kaum Raum ließ für eine Vereinbarung einer Vergütung, die das Fünffache der gesetzlichen Höchstgebühren überschreitet. Daraufhin musste sich auch der BGH korrigieren. Die Einflüsse des BGB, insbesondere § 138 BGB, hätten noch etwas vertieft werden können. Dafür wird die Erfolgsvergütungsvereinbarung breit dargestellt. Der zweite Schwerpunkt liegt auf der Zeitabrechnung (Rn. 58 ff.). Zu Recht wird hervorgehoben, wie wichtig eine genaue Dokumentation der anwaltlichen Tätigkeiten in diesem Bereich ist. Die Checkliste für Vergütungsvereinbarungen im strafrechtlichen Bereich erscheint insbesondere für Berufseinsteiger instruktiv (Rn. 77).

Natürlich kann man über einige der beschriebenen Details diskutieren. An manchen Stellen könnte eine nicht zwingend erforderliche Grafik durch inhaltliche Vertiefungen ersetzt werden. Ferner könnten die Darlegungen intensiver durch aktuelle Rechtsprechung unterfüttert werden. Insgesamt jedoch bietet das Handbuch von *Gesine Reisert* über die Anwaltsgebühren im Straf- und Bußgeldrecht für den Strafverteidiger die wesentlichen grundlegenden Informationen für die Abrechnung in seinen Mandaten. Die zahlreichen Muster helfen, diese Informationen schnell in der täglichen Praxis umzusetzen. Eigenständige Bedeutung erhält das Buch durch die Schwerpunkte im Bereich der Vertretung Geschädigter. Es verdient daher seinen Platz in der Reihe gebührenrechtlicher Veröffentlichungen.

Prof. Dr. Andreas Mertens, Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Abteilung Duisburg

Buchrezension

Carsten Ernst Die Rechtswirklichkeit der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO, Bremer Forschungen zur Kriminalpolitik Bd. 12, LIT-Verlag, Münster 2011, 231 S., € 24,90

Es handelt sich um ein zweigeteilt normatives (S. 13-83, Ergebnisse S. 195-199) und empirisches (S. 85-191, Ergebnisse S. 201-207) Werk, dem neben Inhaltsübersicht und -verzeichnis ein auch Spezialliteratur einbeziehendes und konzentriertes 9-seitiges Inhaltsverzeichnis (S. 1-9) vorangestellt ist. Der komprimiert gefasste, durchweg mit vielfältigen Zitaten ausgestattete normative Teil umfasst fünf Bereiche, und zwar § 1 Normzweck (S. 15-21), § 2 Anordnungsvoraussetzungen des § 126a StPO (S. 2-46), § 3 Mindeststandards der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO aus dem verfassungs- und menschenrechtlichen Kontext (S. 42-53), § 4 Verfahrensfragen (S. 55-74) und § 5 Abgrenzung zu anderen Zwangsmaßnahmen (S. 75-83). Die Attraktivität des empirischen Teils besteht darin, dass der *Autor* zunächst eine Bestandsaufnahme des eher kargen Forschungsstandes liefert und sodann eine verdienstvollerweise von ihm selbst durchgeführte Aktenauswertung als Totalerhebung (S. 101) der in den Jahren 1995-1998 sowie 2003 in der psychiatrischen Anstalt Lippstadt-Eickelborn nach § 126a StPO Untergebrachten (N = 176) präsentiert, wozu auch ein (in Grundzügen bereits in anderen Erhebungen verwandter, jedoch von *Verf.* ergänzter und fortentwickelter, S. 105) „Untersuchungsleitender Erhebungsbogen“ mit abgedruckt ist (S. 219-231); im Einzelnen ist dieser Teil untergliedert in § 6 Stand der empirischen Forschung (S. 87-98), § 7 Methode und Aufbau der Arbeit (S. 99-105) und, gewissermaßen als originäre Fundgrube und Herzstück des Werkes, § 8 Die Rechtswirklichkeit der einstweiligen Unterbringung (S. 106-191).

Die als nachgeschoben anmutende Erfassung auch der im Jahre 2003 Untergebrachten war eher forschungsökonomischen Gründen geschuldet, nicht also etwa erheblichen Veränderungen, d.h. die Aussagekraft insgesamt wurde dadurch nicht eingeschränkt (S. 102 f.). Bei den Akten als der vom *Verf.* gewählten zentralen Datenquelle handelt es sich um die Patientenakten der genannten Anstalt, woraus die Unterbringungsbefehle, die Sachverständigengutachten, die verfahrensabschließenden Urteile sowie verfahrensbegleitenden Beschlüsse ausgewertet wurden (S. 104). Zwar wären diese Unterlagen ggfs. auch bei der Strafjustiz einsehbar gewesen, jedoch mag der Zugang zu – die Patientenakten vom Umfang her dominierenden – medizinischen Unterlagen, Verlaufsberichten etc. die Untersuchung insofern gefördert haben, als der *Verf.* (vor allem) in Zusammenhang mit der Begründungspraxis von Unterbringungsbefehlen die Fallstricke einer Aktenauswertung klar erkannt und weiterführend konkretisiert hat (S. 104 f., 163 ff.). Imponiert schon bezüglich der Voraussetzung „dringender Gründe“ für den Zustand i.S.d. §§ 20, 21 StGB (§ 126a Abs. 1 Hs. 1 StPO) die Analyse „fehlender“ und noch mehr „formelhafter“ Begründung (S. 173-175), so werden diese Befunde übertroffen von „pauschaler Verweisung“ auf Sachverständigengutachten oder medizini-

sche Stellungnahmen (S. 179) sowie im Übrigen von Begründungsmängeln hinsichtlich der Prognose i.S.d. § 126a Abs. 1 Hs. 2 StPO (S. 183 ff.) und nicht zuletzt solcher betreffend das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (S. 190 f.). Nicht minder gewichtig ist der Befund der Untersuchung dazu, dass die Gesamtdauer der Unterbringungsverfahren gemäß § 126a StPO durchschnittlich bei weitem länger war, als sie in (anderen) Erhebungen für die Untersuchungshaft festgestellt wurde (S. 140 ff.), ohne dass sich diese Diskrepanz (allein) auf deliktstrukturelle Unterschiede zurückführen ließ (S. 146 ff.), eher schon darauf (S. 150 ff.), dass eine gesetzliche Pflicht zur OLG-Haftprüfung (§§ 121, 122 StPO) auch in Verfahren nach § 126a StPO erst im Jahre 2007 eingeführt wurde. Hierauf bezieht sich der *Verf.* denn auch bei seinem kriminalpolitischen petitum an die Gesetzgebung, aus § 126a Abs. 2 S. 2 StPO die Klausel „mit der Maßgabe [...], ob die Voraussetzungen der einstweiligen Unterbringung weiterhin vorliegen“, zu streichen (S. 209 f.), da sie im Verhältnis zur Untersuchungshaft ggfs. zu einer Schlechterstellung führt.¹

Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin

¹ Vgl. schon OLG Hamm NJW 2007, 3220 = StV 2009, 703 m. Anm. *Pollähne/Ernst* sowie OLG Köln NJW 2007, 3590 bzw. zur Nichtanwendung des § 121 Abs. 1 StPO OLG Düsseldorf NJW 2008, 867.