

### Inhalt

#### JUNGE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT – TEIL 1

##### *Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe*

##### **Sonderausgabe „Junge Strafrechtswissenschaft“ – Teil 1 Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen 1

#### AUFSÄTZE

##### *Grundlagen*

##### **Konsequenzen von Rechtsgüterkombinationen**

Von Dr. Scarlett Jansen, Bonn 2

##### **Wider die „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen als strafrechtswissenschaftliche „Methode“**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen 12

##### *Allgemeiner Teil*

##### **Die Strafsache „Oskar Gröning“ vor dem Bundesgerichtshof Zugleich Überlegungen zum Begriff der teilnahmefähigen Haupttat i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB bei arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhängen**

Von PD Dr. Boris Burghardt, Berlin 21

##### **Der Weichensteller 4.0**

##### **Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Programmierers im Notstand für Vorgaben an autonome Fahrzeuge**

Von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Konstanz 41

##### *Besonderer Teil*

##### **Hacking 4.0 – Seitenkanalangriffe auf informationstechnische Systeme**

##### **Zugleich ein Beitrag zur Theorie und Dogmatik des IT- Strafrechts**

Von Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn),  
Saarbrücken 49

##### **Betrugsschaden und Versuchsbeginn bei Abo-Fallen im Internet**

Von Prof. Dr. Paul Krell, Hamburg 62

##### **Akteure und Probleme der Gesetzesimplementation im Strafrecht**

##### **Das Beispiel der Korruptionsstraftatbestände für das Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB)**

Von Dr. Thomas Schröder, Heidelberg 71

#### 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. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael  
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

---

#### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai  
Ambos, Richter am  
Kosovo Sondertribunal,  
Den Haag

International Advisory  
Board

---

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

---

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin  
Kloska

---

#### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

---

#### Internetauftritt

René Grellert

---

#### ISSN

1863-6470

---

# Sonderausgabe „Junge Strafrechtswissenschaft“ – Teil 1

## Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Gießen

Die deutsche Strafrechtswissenschaft lebt auch von ihrer hervorragenden Nachwuchsarbeit. Vieler dieser jungen Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler nehmen in zunehmendem Maße an der nationalen und internationalen Diskussion in bemerkenswerter Weise teil. Gerade in Zeiten sozialer, politischer und technologischer Umbrüche fordern sie das arrivierte Strafrecht heraus.

Vor diesem Hintergrund ist die Idee entstanden, der „jungen Strafrechtswissenschaft“ mit der gebündelten Veröffentlichung von Beiträgen in der ZIS ein – weltweites und ad hoc zugängliches – Forum zu bieten. 14 junge Kolleginnen und Kollegen haben diese Möglichkeit wahrgenommen; ihre Beiträge erscheinen in den ersten beiden Ausgaben des Jahres 2019.

Der erste Grundlagenbeitrag von *Scarlett Jansen* beschäftigt sich mit Konsequenzen von Rechtsgüterkombinationen.<sup>1</sup> Darin bedient die *Verf.* sich begrifflicher Differenzierungen der Aussagenlogik – scil. Konjunktion, nicht ausschließende Disjunktion und Kontrajunktion – und zieht hieraus Konsequenzen z.B. für die Beantwortung der Frage nach den Rechtsfolgen einer Einwilligung. Der zweite Beitrag von *Markus Wagner* wendet sich gegen die „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen als strafrechtswissenschaftliche „Methode“.<sup>2</sup> Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass regelmäßig keine zwingenden Gründe dafür sprechen, Deliktstatbestände im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses voneinander abzugrenzen; eventuelle Kollisionen seien vielmehr nach konkurrenzrechtlichen Grundsätzen zu lösen.

In dem ersten Beitrag zum Allgemeinen Teil analysiert *Boris Burghardt* ausführlich und kritisch die Entscheidung des BGH zur Strafsache „Oskar Gröning“.<sup>3</sup> Dabei nimmt er insbesondere ausführlich Stellung zu der Frage, ob und inwieweit die Beihilfestrafbarkeit hier und in vergleichbaren Fällen „gesamttatbezogen“ oder „einzeltatbezogen“ zu erfolgen hat. Im Anschluss untersucht *Liane Wörner* in kritischer Auseinandersetzung mit der aktuellen Diskussion die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Programmierers autonomer Fahrzeuge.<sup>4</sup>

Im ersten der drei Beiträge zum Besonderen Teil beschäftigt *Dominik Brodowski* sich mit sog. Seitenkanalangriffen auf informationstechnische Systeme und plädiert gegen die viktimo-dogmatische Rechtsprechung für eine kohärente Auslegung der §§ 202a Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB.<sup>5</sup> *Paul Krell* untersucht die Auswirkungen des Betrugschadens auf den Versuchsbeginn im Rahmen der Betrugsstrafbarkeit in den Fällen der sog. Abo-Fallen.<sup>6</sup> Und schließlich traktiert *Thomas*

*Schröder* Phänomene der Gesetzesimplementation im Strafrecht anhand der §§ 299a, 299b StGB.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> *Jansen*, ZIS 2019, 2.

<sup>2</sup> *M. Wagner*, ZIS 2019, 12.

<sup>3</sup> *Burghardt*, ZIS 2019, 21.

<sup>4</sup> *Wörner*, ZIS 2019, 41.

<sup>5</sup> *Brodowski*, ZIS 2019, 49.

<sup>6</sup> *Krell*, ZIS 2019, 62.

---

<sup>7</sup> *T. Schröder*, ZIS 2019, 71.

# Konsequenzen von Rechtsgüterkombinationen

Von Dr. Scarlett Jansen, Bonn\*

## I. Einleitung

Die Bestimmung des von einem Tatbestand geschützten Rechtsguts ist – auch wenn man Rechtsgütern für die Legitimation von Strafnormen keine Bedeutung zumisst<sup>1</sup> – von großer Relevanz, da dieses nicht nur für die Auslegung herangezogen werden kann,<sup>2</sup> sondern beispielsweise auch für die Möglichkeit einer Rechtfertigung, etwa durch Einwilligung, bedeutsam ist. Insbesondere im Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht kennt das Strafrecht auch Universalrechtsgüter, die nicht einem einzelnen Rechtsgutsträger zugeordnet werden können. Häufig wird durch einen Tatbestand nur ein Rechtsgut geschützt. Geht man davon aus, dass durch einen Tatbestand mehrere Rechtsgüter geschützt werden können, sind auch Kombinationen von Universal- und Individualrechtsgütern innerhalb eines Tatbestands möglich. Insbesondere bei einer solchen Kombination können sich jedoch Probleme bei der Auslegung ergeben. So stellt sich etwa die Frage, ob bei solchen Delikten die Einwilligung in Bezug auf das Individualrechtsgut rechtfertigend in Bezug auf den gesamten Tatbestand wirkt. In diesem Beitrag soll untersucht werden, wie sich einzelne Kombinationsmöglichkeiten von Universal- und Individualrechtsgütern auf solche Probleme und die Auslegung des Tatbestands auswirken.

Dazu sollen zunächst die denkbaren Kombinationsmöglichkeiten von Rechtsgütern in einem Tatbestand systematisiert werden (II.), bevor anhand von ausgewählten Tatbeständen auf die Legitimität und die Konsequenzen dieser Kombinationen eingegangen wird (III.–V.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (VI.).

## II. Denkbare Kombinationsmöglichkeiten

Dass mehrere Schutzzwecke verfolgt werden, kann sich schon aus der Notwendigkeit politischer Kompromisse im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ergeben.<sup>3</sup> Dabei sind

---

\* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Kriminologischen Seminar der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Sie bedankt sich bei Herrn Lucas Tomiak für hilfreiche und wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> Vgl. zu der systemtranszendenten Funktion: Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 12 ff.; Schönemann, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 133 (142). Gegen eine den Gesetzgeber begrenzende Funktion vgl. nur BVerfG NJW 2008, 1137.

<sup>2</sup> Damit ist die allgemein anerkannte systemimmanente Funktion des Rechtsguts betroffen, vgl. dazu nur Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 19 Rn. 17; Otto, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 1 Rn. 41; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 256.

<sup>3</sup> Amelung, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 487 (507).

mehrere Kombinationsmöglichkeiten zu unterscheiden, deren Verhältnis zueinander bislang nicht trennscharf bestimmt ist. Hierzu kann man sich der Aussagenlogik bedienen: Diese hält Begrifflichkeiten bereit, wie einzelne Aussagen kombiniert werden können und welche Folgen dies für die zusammengesetzte Aussage hat. Je nach Art der Verbindung zwischen den Aussagen gelangt man bei wahren bzw. falschen Aussagen zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der zusammengesetzten Aussage. Sind etwa Aussage A und Aussage B durch eine Konjunktion<sup>4</sup> verbunden, so ist die zusammengesetzte Aussage nur dann wahr, wenn A und B beide wahr sind. Hier lässt sich eine Parallele zur Kombination von Rechtsgütern ziehen, um bessere begriffliche Klarheit zu erreichen. Anstelle von wahren Aussagen kann man von einer Beeinträchtigung von Rechtsgütern sprechen. Die zusammengesetzte Aussage entspricht nach diesem Verständnis dem Vorliegen des Unrechts des Tatbestands. Zu nennen sind in Hinblick auf die Parallele der Kombination von Rechtsgütern die Konjunktion, die nicht ausschließende Disjunktion und die Kontrajunktion.

Denkbar ist zunächst, dass mehrere Rechtsgüter nebeneinander in einer Weise geschützt werden, dass sich das tatbestandliche Unrecht aus einer Beeinträchtigung beider Rechtsgüter zusammensetzt. Man könnte insofern von einem kumulativen Schutz sprechen. Zwischen den Rechtsgütern bestünde eine Verknüpfung im Sinne eines „und“, mithin in der Terminologie der Logik eine Konjunktion. Nur dann, wenn beide Aussagen wahr sind, ist die zusammengesetzte Aussage wahr. Bei der Kombination von Rechtsgütern bedeutet dies, dass nur bei Beeinträchtigung beider das Unrecht erfüllt wäre. Nennt man die Rechtsgüter zur Vereinfachung A und B, so ließe sich das Verhältnis als Formel  $A \wedge B$  beschreiben. Bei einem solchen konjunktiven Schutz ließe sich weiter danach differenzieren, ob es eine Rangfolge zwischen den Rechtsgütern gibt, sie also gleichrangig sind oder ob eines vorrangig geschützt wird.

Weiterhin wäre es möglich, dass die Beeinträchtigungen der Rechtsgüter im Verhältnis einer nicht ausschließenden Disjunktion<sup>5</sup> miteinander kombiniert werden. In der Aussagenlogik wird mit einem solchen Verhältnis ausgedrückt, dass die zusammengesetzte Aussage nur dann falsch ist, wenn beide der beteiligten Aussagen falsch sind. Übertragen auf die Kombination von Rechtsgütern bedeutet dies, dass eine Beeinträchtigung eines der beiden Rechtsgüter ausreicht, aber auch beide beeinträchtigt sein können. Nur dann, wenn alle Rechtsgüter des Tatbestands nicht beeinträchtigt wären,

---

<sup>4</sup> Zu diesem Begriff in der Aussagenlogik: Beckermann, Einführung in die Logik, 4. Aufl. 2014, S. 140 ff.; Mittelstraß, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, S. 437.

<sup>5</sup> In der Aussagenlogik auch Adjunktion genannt, vgl. Mittelstraß, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, S. 47.

entfiele die Strafbarkeit. Dieses Verhältnis könnte man auch als „inklusives Oder“ bezeichnen: A v B.

Als weitere denkbare Kombination wäre ein alternativer Schutz denkbar im Sinne einer Kontrajunktion.<sup>6</sup> In der Aussagenlogik wird damit das Verhältnis zweier Aussagen in der Form beschrieben, dass die zusammengesetzte Aussage dann falsch ist, wenn beide beteiligten Aussagen falsch oder beide wahr sind. Die Verknüpfung wäre ein „entweder/oder“:  $A \oplus B$ . Übertragen auf die Kombination von Rechtsgütern müsste dann die Beeinträchtigung eines der beiden Rechtsgüter genügen, nicht aber die Beeinträchtigung beider Rechtsgüter von der Verhaltensnorm erfasst sein. Daher wird diese Kombination in Tatbeständen zu finden sein, die mehrere Verhaltensnormen erfassen. Allerdings wird die Beeinträchtigung beider Rechtsgüter nicht zu einer fehlenden Tatbestandsmäßigkeit führen, sondern regelmäßig zu Tateinheit.

### III. Konjunktion

#### 1. Konjunktion bei Individualrechtsgütern

Einen Schutz in Form einer Konjunktion wird man regelmäßig bei Qualifikationen und Erfolgsqualifikationen annehmen können. So schützt § 223 StGB die körperliche Unversehrtheit bzw. das körperliche Wohl<sup>7</sup> und § 227 StGB zusätzlich das Leben. Auch bei mehraktigen Delikten können verschiedene Rechtsgüter geschützt werden. So schützt § 249 StGB neben dem Eigentum auch die Freiheit.<sup>8</sup> Dass es sich hierbei um einen Schutz im Sinne einer Konjunktion handelt, lässt sich daran erkennen, dass die Delikte aus mehreren Elementen zusammengesetzt sind, die jeweils unterschiedliche Rechtsgüter schützen. Durch Kombination der Elemente und Zufügung weiterer ergibt sich der Tatbestand mit einer höheren Strafdrohung. So ergibt sich § 227 StGB aus § 223 StGB und § 222 StGB unter Hinzufügen eines Gefahrezusammenhangs und § 249 StGB aus § 242 StGB und § 240 StGB sowie einem Finalitätselement.

Geht man mit der herrschenden Ansicht davon aus, dass sich das Unrecht aus Verhaltens- und Erfolgsunrecht zusammensetzt<sup>9</sup> und letzteres den Zustand beschreibt, der durch die

Handlung entsteht und zu dessen Vermeidung der Tatbestand geschaffen wird,<sup>10</sup> so fehlt ein Teil des Erfolgsunrechts, wenn eines der beiden Rechtsgüter nicht beeinträchtigt ist. Dieses setzt sich bei Tatbeständen, die kumulativ mehrere Rechtsgüter schützen, aus beiden Teilen zusammen. Nur beide Elemente des Erfolgsunrechts begründen – gemeinsam mit einem Verhaltensunrecht – die Eröffnung des erhöhten Strafrahmens. Entfällt das Unrecht eines der Elemente, ist das insofern „zusammengesetzte Delikt“<sup>11</sup> nicht erfüllt.<sup>12</sup> Daraus folgt für die Konjunktion von Individualrechtsgütern Selbstverständliches: Ist das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit nicht in rechtswidriger Weise verletzt, weil die Tat durch Notwehr gerechtfertigt ist, entfällt auch § 227 StGB. Liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in die Wegnahme vor, kann der Täter § 249 StGB nicht vollenden.

#### 2. Gemischte Konjunktion bei Universal- und Individualrechtsgütern

##### a) Tatbestände mit gemischter Konjunktion

Bei den bislang genannten Delikten handelt es sich jeweils um solche, die nur Individualrechtsgüter schützen. Möglich ist aber auch eine Kombination von einem Individualrechtsgut und einem kollektiven Rechtsgut. Auch hier kann eine Vielfalt an Beispielen herangezogen werden. So lässt sich aus Sicht der herrschenden Ansicht die Körperverletzung im Amt nach § 340 StGB nennen. Während eine Ansicht hier nur Individualrechtsgüter als geschützt ansieht,<sup>13</sup> erkennt die herrschende Meinung neben der körperlichen Unversehrtheit

<sup>6</sup> Auch Disjunktion oder Kontravalenz genannt, vgl. *Mittelstraß* (Fn. 4), S. 462.

<sup>7</sup> Vgl. nur *Böse/Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 223 Rn. 1; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 223 Rn. 1; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 223 Rn. 1.

<sup>8</sup> *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 7), § 249 Rn. 1; *Sander*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 249 Rn. 1, der zusätzlich den Gewahrsam als Schutzgut anerkennt.

<sup>9</sup> Vgl. *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), Vor §§ 13 ff. Rn. 57 ff.; *Gallas*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, 1979, S. 151 (166); *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*,

Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 51; i.E. *Walter*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 13 Rn. 18; *Stratenwerth*, in: *Grünwald* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, S. 177; grundlegend: *Welzel*, *ZStW* 58 (1939), 491 (523 f.); anders hingegen die extrem finalistische Lehre, die das Unrecht monistisch-subjektiv bestimmt, vgl. *Freund*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 325 ff.; *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, S. 124 ff., 152 ff.

<sup>10</sup> *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 57; *Paeffgen* (Fn. 9), Vor §§ 32 ff. Rn. 51.

<sup>11</sup> Mit dieser Terminologie: *Paul*, *Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung*, 1998, S. 34, der darunter solche Straftaten fasst, die eine Steigerung der Strafwürdigkeit enthalten, die nicht durch bloße Addition der jeweiligen einzelnen Rechtsgutsverletzungen erfasst werden kann.

<sup>12</sup> Zum fehlenden Erfolgsunrecht bei Einwilligung bzw. Einverständnis bei § 249 StGB: *Sternberg-Lieben*, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, S. 95 ff.

<sup>13</sup> *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 65. Aufl. 2018, § 340 Rn. 7; *Kuhlen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 340 Rn. 5.

des Einzelnen auch das öffentliche Interesse an einer ordnungsgemäßen Amtsführung als Rechtsgut an.<sup>14</sup>

Auf dem Boden der herrschenden Ansicht wäre auch die Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB als ein Tatbestand anzusehen, der neben dem Wettbewerb als Universalrechtsgut auch Individualrechtsgüter des Geschäftsherrn schützt.<sup>15</sup>

Nach wohl herrschender Ansicht werden durch § 315c StGB sowohl die Sicherheit des Straßenverkehrs als auch Individualrechtsgüter geschützt.<sup>16</sup> Dem ist zuzustimmen, da § 315c StGB anders als etwa § 316 StGB eine konkrete Gefahr für Individualrechtsgüter voraussetzt. Auf der anderen Seite enthält er in dem Handlungsteil Tathandlungen, die zum Teil dem des § 316 StGB entsprechen, der die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs als abstraktes Gefährdungsdelikt schützt.<sup>17</sup> Damit steht ein Universalrechtsgut neben einem Individualrechtsgut.

Hierbei lassen sich zwei mögliche Verständnisse unterscheiden. Man könnte zum einen davon ausgehen, dass eine solche Verbindung der beiden Rechtsgüter in einem Tatbestand dazu führt, dass sie ähnlich einer metallischen Legierung derart verschmolzen werden, dass die Eigenschaften der Rechtsgüter sich ebenfalls verbinden. Als Konsequenz käme beispielsweise in Betracht, dass sich die Indisponibilität des Universalrechtsguts auch auf das Individualrechtsgut erstreckt. Es handelt sich dann nicht um eine Konjunktion im Sinne eines Nebeneinanders der Rechtsgüter, sondern eher um eine Verschmelzung. Hierbei bliebe aber nicht nur die Frage unbeantwortet, welche Eigenschaften sich auf beide

Rechtsgüter erstrecken, sondern auch, warum sich nicht etwa die Disponibilität des Individualrechtsguts auf das Universalrechtsgut ausdehnt. Außerdem sind die Beeinträchtigungen der Rechtsgüter voneinander trennbar, wie eine Betrachtung der Tatbestände verdeutlicht. Man könnte das Unrecht so umschreiben, dass es sich wie ein Kuchen aufteilen ließe. Dabei wäre es möglich, nur einzelne Teile des „Unrechtskuchens“ zu verwirklichen, indem nur einzelne Rechtsgüter beeinträchtigt werden, andere durch den Tatbestand geschützte Rechtsgüter aber nicht, was für eine Strafbarkeit nicht ausreichte.

An § 315c StGB lässt sich letzteres Verständnis anschaulich an der Zusammensetzung durch Handlungs- und Gefährdungsteil zeigen. Nur gemeinsam begründen sie das Unrecht des Tatbestands. Das Verhältnis der Rechtsgüter ist kumulativ,<sup>18</sup> mithin das einer Konjunktion. Bei § 315c StGB verkörpern nur beide Teile des Tatbestands das darin enthaltene Unrecht, mithin auch beide Beeinträchtigungen der Rechtsgüter. Ebenso lässt sich bei § 340 StGB zeigen, dass im Falle des Wegfalls der Amtsträgereigenschaft oder der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit das Unrecht des Tatbestands nicht verwirklicht ist. Ausgehend von der herrschenden Ansicht bei § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB ist es möglich, dass die Rechtsgüter getrennt voneinander beeinträchtigt werden. So könnte nach dieser Ansicht der Wettbewerb beeinträchtigt werden, ohne dass Individualrechtsgüter des Geschäftsherrn beeinträchtigt werden, etwa dann, wenn ein Mitbewerber durch den Geschäftsherrn selbst, der nicht tauglicher Täter des Tatbestands ist, bevorzugt wird.

Dementsprechend kann man diese Tatbestände als solche bezeichnen, die Rechtsgüter im Sinne einer gemischten Konjunktion schützen, so dass zur Begründung des Unrechts beide Rechtsgüter beeinträchtigt werden müssen. Konsequenzen einer solchen gemischten Konjunktion sollen im Folgenden anhand einiger Beispiele verdeutlicht und exemplarisch auf die Tatbestände angewendet werden.

#### b) Gemischte Konjunktion und Einwilligung

Wenn eines der beiden Rechtsgüter nicht in rechtswidriger Weise verletzt wird, stellt sich die Frage, wie sich dies auf den Gesamttatbestand auswirkt. Die Einwilligung kann nur dann zu einer Rechtfertigung führen, wenn sie ein disponibles Rechtsgut betrifft, so dass nur Individualrechtsgüter in Betracht kommen.<sup>19</sup> Es ist zu untersuchen, wie sich die Einwilligung bei Tatbeständen mit gemischter Konjunktion auf die Rechtfertigung auswirkt.

<sup>14</sup> Amelung (Fn. 3), S. 509; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 340 Rn. 9; Voßen, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd 5., 2. Aufl. 2014, § 340 Rn. 21.

<sup>15</sup> Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 7), § 299 Rn. 2; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 299 Rn. 2; Krick, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 299 Rn. 2; Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 299 Rn. 12; gegen einen Schutz des Geschäftsherrn: vgl. nur Momsen/Laudien, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2018, § 299 Rn. 4.1; Wollschläger, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 299 Rn. 2.

<sup>16</sup> BGHSt 6, 232 (234); 23, 261 (264); Eisele, JA 2007, 168; Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (985); Heger (Fn. 15), § 315c Rn. 1; Hillenkamp, JuS 1977, 166 (170); Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 14), § 315c Rn. 2; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 13), § 315c Rn. 6; dagegen nur für einen Schutz der Individualrechtsgüter: Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 140 f.; Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 111; Pegel, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 315c Rn. 1.

<sup>17</sup> Heger (Fn. 15), § 316 Rn. 1; Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 16), § 315c Rn. 1; siehe auch als Vertreter einer Individualrechtsgutstheorie: Pegel, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 316 Rn. 1 f.

<sup>18</sup> Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (985).

<sup>19</sup> Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, Vor §§ 32 ff. Rn. 16 f.; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 36; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 15 Rn. 127; Schlehofer, in: Joecks/Miebach (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 151.

### aa) Einwilligung und § 315c StGB

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur sind der Auffassung, dass die Einwilligung nur rechtfertigend wirke, wenn der Einwilligende alleiniger Träger des Rechtsguts sei, was bei § 315c StGB nicht der Fall sei.<sup>20</sup> Mithin geht diese Ansicht davon aus, dass auch das bei einer Einwilligung hinsichtlich des Individualrechtsguts verbleibende Unrecht hinsichtlich der Sicherheit des Straßenverkehrs ausreiche. Bei dieser Sichtweise stellt sich das Verhältnis so dar, dass entweder die Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs oder neben dieser zusätzlich ebenjene der Individualrechtsgüter das Unrecht des Tatbestands ausmachen. Danach wären die Individualrechtsgüter letztlich überflüssig zur Bestimmung des Unrechts des Tatbestands. Diese Sichtweise erkennt daher nicht die in § 315c StGB enthaltene Verbindung im Sinne einer Konjunktion.

Beachtet man dieses Verhältnis, so entfällt bei einer Einwilligung des Gefährdeten ein Teil des Unrechts<sup>21</sup> und die Beeinträchtigung nur eines der Rechtsgüter ist nicht hinreichend für die Begründung des Unrechts.<sup>22</sup> Es handelt sich um eine Teilrechtfertigung des Verhaltens in Bezug auf das Individualrechtsgut. Ist das Verhalten aber teilweise gerechtfertigt, ist nicht das gesamte Unrecht erfüllt, das den Tatbestand ausmacht und die Eröffnung des festgesetzten Strafrahmens begründet. Daher führt eine teilweise Rechtfertigung bei derart geschützten Rechtsgütern zu einer Rechtfertigung in Bezug auf den Tatbestand insgesamt.<sup>23</sup> Dem kann nicht abgeholfen werden, indem man das verminderte Gesamtunrecht in der Strafzumessung berücksichtigt.<sup>24</sup> Geht man davon aus, dass der Strafrahm erst dann eröffnet wird, wenn das Unrecht, bestehend aus der Beeinträchtigung beider Rechtsgüter, erfüllt ist, wäre dies nicht möglich, da eine an der Untergren-

ze befindliche Strafe auch verhängt werden darf, wenn beide Rechtsgüter verletzt sind. Es verbleibt danach kein Raum für eine Abstufung, wenn nur ein Rechtsgut beeinträchtigt ist. Daher muss bei Wegfall einer der Schutzzwecke die Strafbarkeit entfallen.<sup>25</sup> Folglich wirkt eine Einwilligung auch bei gemischter Konjunktion von Rechtsgütern rechtfertigend.<sup>26</sup>

Denkt man sich die Gefährdung der Individualrechtsgüter hinweg, entfielen der gesamte Gefährdungsteil des Tatbestands. § 315c StGB wäre dadurch seiner wesentlichen Struktur beraubt. Die verbleibende abstrakte Gefährdung des Rechtsguts der Sicherheit des Straßenverkehrs allein ist nur zum Teil mit Strafe bedroht, wie etwa in § 316 StGB, im Übrigen als Ordnungswidrigkeit sanktionierbar. Der Gesetzgeber hat bestimmte abstrakt gefährliche Verhaltensweisen bei konkreter Gefahr für Individualrechtsgüter als Straftat klassifiziert. Daraus, dass abseits von § 316 StGB bei fehlender konkreter Gefahr nur Ordnungswidrigkeiten verbleiben, lässt sich nicht – wie von einer Mindermeinung angenommen – schließen, dass die Einwilligung nur bei § 315c Abs. 1 Nr. 1a) StGB Relevanz hätte,<sup>27</sup> weil der ansonsten verbleibende Schutz nicht ausreichend sei.<sup>28</sup> Wenn der Gesetzgeber Verhaltensweisen, die nur als Ordnungswidrigkeiten verfolgbar sind, als nicht gefährlich genug für ein abstraktes Gefährdungsdelikt – wie etwa § 316 StGB – eingestuft hat, hat dies keine Konsequenz für die Bedeutung des Individualrechtsguts. Die Gefährdung von Individualrechtsgütern ist ein unrechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal,<sup>29</sup> dessen Bedeutung nicht davon abhängen kann, ob bei Wegfall andere Tatbestände erfüllt wären. Es wäre widersprüchlich, dem verbleibenden Unrechtsbestandteil, der durch das kollektive Rechtsgut charakterisiert wird, gerade dann einen höheren Stellenwert einzuräumen und eine Ersetzbarkeit des Individualrechtsguts anzunehmen, wenn der Gesetzgeber lediglich eine Ordnungswidrigkeit für diese Konstellation geschaffen hat. Im Gegenteil muss dann erst recht die Strafbarkeit nach § 315c StGB entfallen und lediglich eine Ordnungswidrigkeit verbleiben.<sup>30</sup>

Daran ändert auch nichts, wenn man zwischen den kumulativ geschützten Rechtsgütern ein Rangverhältnis annähme. Es kommt also nicht darauf an, welches Rechtsgut überwiegt.<sup>31</sup> Abgesehen davon, dass ein solches Rangverhältnis kaum zu begründen ist und eher willkürlich gesetzt erscheint,<sup>32</sup> führt es zu keiner anderen Bewertung. Sieht man

<sup>20</sup> BGHSt 6, 232 (234); 23, 261 (264); *Blum*, NZV 2011, 378 (381); *Ernemann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2017, § 315c Rn. 29; *Heger* (Fn. 15), § 315c Rn. 32; *Schaffstein*, in: *Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* am 25. März 1974, 1974, S. 557 (574); vgl. auch *Kühl* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 13.

<sup>21</sup> *Corsten*, *Einwilligung in die Untreue sowie die Bestechlichkeit und Bestechung*, 2011, S. 341; *Eisele*, JA 2007, 168 (172); *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 19. Aufl. 2018, § 44 Rn. 19a; *Schlehofer* (Fn. 19), Vor § 32 Rn. 151 (zu § 315c StGB); *Mitsch* (Fn. 19), § 15 Rn. 127; *ders.*, NZV 2016, 564 (567 f., zu § 164 StGB); *Sternberg-Lieben* (Fn. 12), S. 99 Fn. 110, der sich dabei aber nicht festlegt, ob ein Ausschluss der Strafbarkeit die Folge ist oder die Einwilligung nur innerhalb der Strafzumessungserwägungen zu berücksichtigen ist.

<sup>22</sup> *Mitsch* (Fn. 19), § 15 Rn. 127; *Paul* (Fn. 11), S. 89, 93 f.; *Schlehofer* (Fn. 19), Vor § 32 Rn. 151.

<sup>23</sup> Vgl. zu diesem Problem: *Paul* (Fn. 11), S. 93 ff., der es auch für möglich hält, dass der Bezugspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils das gesamte Verhalten sei, S. 95.

<sup>24</sup> *Hillenkamp*, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, S. 242, der dies als einwilligungsnahen Fall auffasst.

<sup>25</sup> So zu § 164 StGB, dort aber ablehnend: *Schröder*, NJW 1965, 1888 (1889); vgl. zu § 315c StGB in Vergleich zu § 111 StGB und § 242 StGB: *Fahl*, JA 2016, 805 (808).

<sup>26</sup> *Eisele*, JA 2007, 168 (172); *Graul*, JuS 1992, 321 (325); *Roxin* (Fn. 1), § 13 Rn. 35; *Zieschang* (Fn. 16), § 315c Rn. 59.

<sup>27</sup> So aber: *Geppert*, ZStW 83 (1971), 947 (985 f.).

<sup>28</sup> *Hillenkamp*, JuS 1977, 166 (170).

<sup>29</sup> *Graul*, JuS 1992, 321 (325).

<sup>30</sup> Im Ergebnis so auch: *Ernst*, DAR 2013, 710 (711); *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 16), § 315c Rn. 41; vgl. auch *Paul* (Fn. 11), S. 93 f.

<sup>31</sup> So aber: *Maurach/Zipf* (Fn. 2), § 17 Rn. 44.

<sup>32</sup> Vgl. auch zu § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB, bei dem ebenfalls neben dem Wettbewerb als kollektives Rechts-

einen Teil der Tat als gerechtfertigt an und entfällt damit ein Teil des Unrechts, so wäre es auch ausreichend, wenn ein im Verhältnis geringerer Teil entfällt, weil ein nur nachrangig geschütztes Rechtsgut nicht rechtswidrig verletzt wird. Das Unrecht ist jedenfalls nicht komplett verwirklicht. Die Annahme eines akzessorischen Schutzes, bei dem die Beeinträchtigung des einen Rechtsguts von der des anderen abhängt,<sup>33</sup> vermag ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen. Sobald ein Rechtsgut nicht beeinträchtigt ist, ist das Unrecht, das den Tatbestand ausmacht, nicht in dem Maße verwirklicht, der zur Eröffnung des Strafrahmens führt.

*bb) Einwilligung und weitere Tatbestände mit gemischter Konjunktion*

Im Rahmen von § 340 StGB spricht schon der Verweis in Abs. 3 auf die §§ 224 bis 229 StGB für eine Anwendbarkeit der Einwilligung.<sup>34</sup> Auch hier wird zum Teil dennoch keine Einwilligung für möglich gehalten, da der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Normen durch die Einwilligung nicht aufgehoben werden könne.<sup>35</sup> Vergegenwärtigt man sich das Verhältnis der Rechtsgüter zueinander, bedarf es einer solchen Aufhebung jedoch auch nicht. Der Teil des Unrechts, der das Individualrechtsgut betrifft, entfällt. Der Verstoß gegen die Amtspflichten alleine vermag das Unrecht des Tatbestands nicht zu begründen.<sup>36</sup> Demnach muss auch aus dieser teleologischen Sicht eine Einwilligung bei § 340 StGB zu einer Rechtfertigung des Tatbestands insgesamt führen.

Dasselbe muss auch gelten, wenn man im Rahmen von § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB neben dem Wettbewerb auch Individualrechtsgüter des Geschäftsherrn als geschützt ansieht. Die Einwilligung des Geschäftsherrn bei so genannten entschleierte Schmiergeldern, bei denen der Ge-

gut (vgl. nur *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Fn. 13], § 299 Rn. 9; *Heger* [Fn. 15], § 299 Rn. 1; nach umstrittener Ansicht Individualinteressen des Geschäftsherrn gleichrangig [*Rogall* [Fn. 15], § 299 Rn. 12]) oder nachrangig (*Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Fn. 13], § 299 Rn. 13) als geschützt angesehen werden, vgl. zu einem ausschließlichen Schutz des Wettbewerbs: *Momsen/Laudien*, (Fn. 15), § 299 Rn. 4.1; *Wollschläger* (Fn. 15), § 299 Rn. 2. Insoweit kommt es eher in Betracht, von Schutzreflexen statt von nachrangig geschützten Rechtsgütern zu sprechen.

<sup>33</sup> *Amelung* (Fn. 3), S. 510 (zu § 340 a.F.); vgl. auch *Amelung/Eymann*, JuS 2001, 937 (939).

<sup>34</sup> *Hecker* (Fn. 14), § 340 Rn. 9; *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 13), § 340 Rn. 5; dagegen aber: *Jäger*, JuS 2000, 31 (38) sowie *Voßen* (Fn. 14), § 340 Rn. 21: „Redaktionsversehen“; einschränkend: *Lilie*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 340 Rn. 15, der die Einwilligung nur anerkennt, wenn öffentlich-rechtlich vorgesehen, wie etwa in § 81a StPO.

<sup>35</sup> *Voßen* (Fn. 14), § 340 Rn. 21; vgl. im Ergebnis auch: *Jäger*, JuS 2000, 31 (38).

<sup>36</sup> *Hecker* (Fn. 14), § 340 Rn. 9; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 340 Rn. 17.

schäftsherr seine Zustimmung zu einer Bevorzugung eines anderen erteilt,<sup>37</sup> muss dann zu einer Rechtfertigung des Tatbestands insgesamt führen, weil nur ein Teil des Unrechts verwirklicht ist.<sup>38</sup> Erkennt man hier also die Individualrechtsgüter des Geschäftsherrn als geschützt an, erledigt sich der geführte Streit<sup>39</sup> um entschleierte Schmiergelder.

*c) Gemischte Konjunktion und Notwehr*

Die gemischte Konjunktion hat auch Konsequenzen für eine Rechtfertigung durch Notwehr nach § 32 StGB. Auch insoweit stellt sich die Frage, ob diese möglich ist, wenn sich die gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff richtende Tat sowohl gegen Individualgüter des Angreifers als auch gegen kollektive Rechtsgüter richtet. Grundsätzlich muss sich die Notwehrhandlung gegen die Rechtsgüter des Angreifers richten.<sup>40</sup> Dementsprechend werden Universalrechtsgüter und Rechtsgüter des Staates<sup>41</sup> grundsätzlich als nicht wehrfähig angesehen.

Der Begriff der Teilbarkeit des Unrechts wird hier bereits verwendet:<sup>42</sup> Wenn sich die Tat gegen mehrere Individualrechtsgüter richtet, ist für jede Person einzeln die Rechtfertigung zu prüfen; handelt es sich nicht um den Angreifer, ist eine Rechtfertigung nach § 34 StGB oder §§ 228, 904 BGB möglich.<sup>43</sup> Ebenfalls bei Verwirklichung mehrerer Tatbestän-

<sup>37</sup> Vgl. dazu exemplarisch die Korkengeldentscheidung: RGSt 48, 291.

<sup>38</sup> *Corsten* (Fn. 21), S. 341.

<sup>39</sup> Für die Möglichkeit einer Einwilligung, weil eine Pflichtwidrigkeit gefordert wird: *Corsten* (Fn. 21), S. 311; *Winkelbauer*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 385 (393); in die Richtung einer teleologischen Reduktion: *Dannecker* (Fn. 32), § 299 Rn. 82; gegen die Relevanz einer Zustimmung: RGSt 48, 291; *Bannenber*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 299 Rn. 16; *Bürger*, wistra 2003, 130 (134).

<sup>40</sup> BGH NJW 2013, 2133 (2136); OLG Celle NJW 1969, 1175; *Erb*, in: Joecks/Miebach (Fn. 9), § 32 Rn. 122; *Fahl*, JA 2016, 805 (806); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 16 Rn. 19; *Geilen*, Jura 1981, 256 (258); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 339; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 268; *Maurach/Zipf* (Fn. 2), § 26 Rn. 50; *Mitsch*, JuS 2014, 593 (594 ff.); *Otto* (Fn. 2), § 8 Rn. 42; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2018, § 18 Rn. 31; *Rönnau/Hohn*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 9), § 32 Rn. 159.

<sup>41</sup> BGHSt 5, 245 (247); OLG Celle NJW 1969, 1175.

<sup>42</sup> *Erb* (Fn. 40), § 32 Rn. 122; *Geilen*, Jura 1981, 256 (258); *Rudolphi*, in: Dornseifer (Hrsg.) Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, S. 371 (376); *Widmaier*, JuS 1970, 611 (613).

<sup>43</sup> *Erb* (Fn. 40), § 32 Rn. 122; *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 89; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, Rn. 115 ff.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 32 Rn. 80; *Maurach/Zipf* (Fn. 2), § 26 Rn. 50; *Rengier* (Fn. 40), § 18 Rn. 31; *Widmaier*, JuS 1970, 611 (612).

de ist eine isolierte Prüfung der Rechtfertigungsgründe notwendig. Insofern ist eine Teilbarkeit des Rechtswidrigkeitsurteils wegen des Bezugs zum jeweiligen Straftatbestand anzunehmen.<sup>44</sup> Als Ausnahme wird teilweise anerkannt, dass auch die Verletzung von Universalrechtsgütern durch Notwehr gerechtfertigt werden kann, wenn sie untrennbar mit der Verteidigung verbunden sei.<sup>45</sup> Danach sei das Führen einer Schusswaffe hinsichtlich des unmittelbar mit einem in Notwehr abgegebenen Schusses gerechtfertigt.<sup>46</sup> Anders als in diesen Fällen sind bei Kombination von Rechtsgütern beide in einem Tatbestand enthalten, so dass nicht wie etwa bei einem Verstoß gegen das WaffG und einer Körperverletzung durch einen Schuss eine isolierte Prüfung grundsätzlich erforderlich ist. Wenn schon bei getrennten Tatbeständen wegen des unmittelbaren Zusammenhangs eine Rechtfertigung insgesamt durch die Rechtsprechung angenommen wird, müsste dies folgerichtig erst recht für die in einem Tatbestand kombinierten Rechtsgutsbeeinträchtigungen gelten. Die Rechtsprechung lässt in Parallele zu den Konstellationen mit dem WaffG auch eine Rechtfertigung einer Tat nach § 315b StGB zu.<sup>47</sup> Ihre Begründung, dass auch bei solchen Taten eine untrennbare Verbindung zwischen der Beeinträchtigung des Individualrechtsguts und des kollektiven Rechtsguts bestünde,<sup>48</sup> vermag aber nicht zu überzeugen.<sup>49</sup> Ein untrennbarer Zusammenhang führt auch bei Handlungen gegen Unbeteiligte nicht zu einer Rechtfertigung nach § 32 StGB;<sup>50</sup> dies muss ebenso bei kollektiven Rechtsgütern gelten. Kritikern ist ebenfalls dahingehend zuzustimmen, dass Beeinträchtigungen von Universalrechtsgütern selbst nicht durch Notwehr gerechtfertigt werden können.<sup>51</sup>

Auch wenn der Rechtsprechung hinsichtlich der Begründung also nicht gefolgt werden kann, gelangt man im Ergebnis mit der Teilbarkeit des Unrechts bei einer Konjunktion von Rechtsgütern jedoch ebenfalls zur Verneinung der Strafbarkeit. Es entfällt wiederum ein Teil des Unrechts, weil die

Gefährdung der Individualrechtsgüter gerechtfertigt ist.<sup>52</sup> Die fehlende Vollständigkeit des Unrechts steht einer Strafbarkeit entgegen. So ist es möglich, dass die Gefährdung von Individualrechtsgütern bei § 315c StGB durch Notwehr gerechtfertigt ist, was zu einer Verneinung der Strafbarkeit insoweit führt. Auch bei § 340 StGB führt eine Rechtfertigung durch Notwehr in Bezug auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit zu einer Rechtfertigung hinsichtlich § 340 StGB insgesamt, da das übrige Unrecht nicht ausreicht.<sup>53</sup>

### d) Gemischte Konjunktion und Beteiligung

Die Einordnung der Kombination als Konjunktion bei § 315c StGB lässt sich auch problemlos damit in Einklang bringen, dass ein Mitfahrer sich nicht an der Tat in strafbarer Weise beteiligen kann, wenn nur er selbst gefährdet wird. Da als Strafgrund der Teilnahme die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung anzusehen ist,<sup>54</sup> und diese für den individuellen Teil der Rechtsgüter entfällt, ist das Unrecht nicht komplett verwirklicht. Der beteiligte Mitfahrer kann sich nicht an einer Tat beteiligen, die (auch) ein Rechtsgut schützt, das ihm zugeordnet werden kann. Insofern ist zu fordern, dass alle Rechtsgüter für ihn ein taugliches Angriffsziel darstellen.<sup>55</sup> Dementsprechend ist keine Anstiftung zu § 315c StGB möglich, wenn nur der Anstifter gefährdet wird.<sup>56</sup>

Dass bei § 340 StGB der Verletzte nicht Anstifter sein kann, erscheint offensichtlich, ergibt sich aber auch aus der gemischten Konjunktion. Ebenso kann bei konsequenter Anwendung der herrschenden Ansicht bei § 299 StGB der Geschäftsherr nicht zu einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr anstiften.

### e) Gemischte Konjunktion und aberratio ictus

Im Übrigen hat das Verständnis auch Konsequenzen für die Irrtumslehre: Betrachtet man etwa die Figur der aberratio ictus, bei der es sich nach herrschender Ansicht um eine wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf handelt,<sup>57</sup> und

<sup>44</sup> Dencker, JuS 1979, 779 (780); Günther, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günther Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 189 (191), Mitsch (Fn. 19), § 14 Rn. 14; Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 110.

<sup>45</sup> BGH NStZ 2012, 452; NStZ-RR 2010, 140; NStZ 1999, 347; NStZ-RR 1997, 97 = StV 1996, 660; NStZ 1981, 299; dagegen: Erb (Fn. 40), § 32 Rn. 123.

<sup>46</sup> BGH NStZ 2012, 452; NStZ-RR 2010, 140; NStZ 1999, 347; NStZ-RR 1997, 97; zu einer entsprechenden Entschuldigung nach § 33 StGB: BGH NStZ 1981, 299; kritisch dazu: Frister (Fn. 40), Kap. 16 Rn. 2; Mitsch (Fn. 19), § 15 Rn. 33; Otto (Fn. 2), § 8 Rn. 42.

<sup>47</sup> BGH NJW 2013, 2133 (2136).

<sup>48</sup> BGH NJW 2013, 2133 (2136).

<sup>49</sup> Erb (Fn. 40), § 32 Rn. 123; Mitsch, JuS 2014, 593 (596); Rengier (Fn. 40), § 18 Rn. 32a.

<sup>50</sup> Erb, NStZ-RR 2013, 371.

<sup>51</sup> Brüning, ZJS 2013, 511 (517); Engländer, HRRS 2013, 389 (393); Mitsch, JuS 2014, 593 (595); vgl. auch allgemein: Rönnau/Hohn (Fn. 40), § 32 Rn. 160.

<sup>52</sup> Mitsch, JuS 2014, 593 (596); in diese Richtung wohl auch: Fahl, JA 2016, 805 (808); Rengier (Fn. 40), § 18 Rn. 32a.

<sup>53</sup> Bei § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB liegt eine Rechtfertigung durch Notwehr fern.

<sup>54</sup> Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), Vor §§ 25 ff. Rn. 16; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 15), § 26 Rn. 3; Otto, NZV 1992, 309 (310).

<sup>55</sup> Sowada, Die notwendige Teilnahme als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992, S. 92.

<sup>56</sup> Otto, NZV 1992, 309 (312). Inwiefern dieser Mitfahrer taugliches Gefährdungssubjekt in Hinblick auf die Strafbarkeit des Täters ist, ist damit freilich noch nicht entschieden; vgl. gegen diese Möglichkeit: BGHSt 6, 100 (102); NStZ-RR 2008, 289; Heger (Fn. 15), § 315c Rn. 25; a.A.: Hillenkamp, JuS 1977, 166 (169); Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 16), § 315c Rn. 31; Zieschang (Fn. 16), § 315c Rn. 26.

<sup>57</sup> Vgl. RGSt 3, 384; 58, 28 (29); BGHSt 34, 53 (55); Fischer (Fn. 13), § 16 Rn. 6; Kühl (Fn. 7), § 15 Rn. 12; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 15 Rn. 57; a.A.: Konkretisierungstheorie: Hettinger, GA 1990, 531; Gleich-

betrifft der insoweit vorsatzausschließende Irrtum das Tatbestandsmerkmal, welches das Individualrechtsgut repräsentiert, so ist eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Vollendung dieses Tatbestands insgesamt ausgeschlossen. Dies gilt für § 340 StGB ohne weiteres, wenn der Amtsträger eine andere als von ihm ausersehene Person trifft. Auch eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Verwirklichung des § 315c StGB ist abzulehnen, wenn der Täter eine andere Person gefährdet als von ihm erwartet. Dass bei diesen Tatbeständen dennoch die Universalrechtsgüter gefährdet werden, reicht nicht aus. Es verbleibt jeweils eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach § 315c Abs. 3 StGB bzw. §§ 340, 229 StGB sowie eine Versuchsstrafbarkeit nach § 340 Abs. 2 StGB.<sup>58</sup>

#### IV. Nicht ausschließende Disjunktion

##### 1. Unvereinbarkeit mit strafrechtlichen Grundsätzen

Als Beispiel für eine nicht ausschließende Disjunktion ist das von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur angenommene Verhältnis der Rechtsgüter bei § 164 StGB anzusehen. Danach sind neben der staatlichen Rechtspflege auch Individualinteressen geschützt.<sup>59</sup> Allerdings schließe weder eine Einwilligung und damit die fehlende rechtswidrige Verletzung der Individualinteressen noch die Verdächtigung bei einer ausländischen Behörde und damit die fehlende Beeinträchtigung der inländischen Rechtspflege eine Strafbarkeit aus.<sup>60</sup> Demnach reicht es aus, dass eines der beiden Rechtsgüter beeinträchtigt ist, regelmäßig können aber auch beide verletzt sein. Die regelmäßig vorzufindende Formulierung einer „Alternativität“<sup>61</sup> passt angesichts der fehlenden Ausschließlichkeit jedoch nicht,<sup>62</sup> so dass passender von einer nicht ausschließenden Disjunktion gesprochen werden kann. Ein Verhältnis der genannten Rechtsgüter im Sinne einer Konjunktion<sup>63</sup> wird überwiegend abgelehnt und mit dem

wertigkeitstheorie: *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 16 Rn. 102 f.

<sup>58</sup> Im Rahmen von § 299 StGB erscheint ein Fehlgehen des Schlags gegen den Geschäftsherrn fernliegend.

<sup>59</sup> BGHSt 5, 66 (68); 9, 240 (242); 14, 240 (244 f.); *Geilen*, Jura 1984, 251; *Kühl* (Fn. 7), § 164 Rn. 1; *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 164 Rn. 1a; *Schröder*, NJW 1965, 1888 (1890).

<sup>60</sup> *Geilen*, Jura 1984, 251; Heinrich, ZJS 2017, 129 (130); *Lenckner/Bosch* (Fn. 59), § 164 Rn. 1a; *Schröder*, NJW 1965, 1888 (1890); vgl. insoweit zum ausschließlichen Schutz der deutschen staatlichen Rechtspflege: RGSt 60, 317.

<sup>61</sup> *Schröder*, NJW 1965, 1888 (1889); dem folgend und den Begriff der „Alternativitätstheorie“ verwendend: OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112); *Lenckner/Bosch* (Fn. 59), § 164 Rn. 1a; vgl. auch *Hefendehl* (Fn. 16), S. 325 f.

<sup>62</sup> *Langer*, Die falsche Verdächtigung, 1973, S. 36; *Sowada* (Fn. 55), S. 92, Fn. 14; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, S. 451, Fn. 17; *ders.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 7), Vor §§ 153 ff. Rn. 26, dort Fn. 12, der stattdessen den Terminus „Uterquität“ vorschlägt, abgeleitet von *uterque* (lat.: jeder von beiden, beide).

<sup>63</sup> Vgl. dazu noch sogleich unter IV. 2.

oben genannten gewünschten Ergebnis begründet, dass die Strafbarkeit möglichst weitgehend und flexibel erhalten bleibt.<sup>64</sup>

Diese Begründung erscheint jedoch rein ergebnisorientiert und entbehrt einer dogmatischen Grundlage. Die Schutzgutbestimmung wird instrumentalisiert, um zu gewünschten Auslegungsergebnissen zu gelangen und wird dadurch willkürlich und beliebig.<sup>65</sup> Mit einer etwaigen systemtranszendenten Funktion des Rechtsguts wäre dies nur schwer in Einklang zu bringen, da sich die Legitimität der Norm wahlweise auf das eine Rechtsgut oder das andere oder beide stützen müsste. Aber auch die systemimmanente Funktion des Rechtsguts kann nicht erfüllt werden. Das Rechtsgut muss dazu insbesondere für eine teleologische Auslegung tauglich und deshalb möglichst klar umrissen sein, was bei einer solchen Beschreibung des Verhältnisses fehlt.<sup>66</sup> Zwar wird durch eine solche Rechtsgutsbestimmung nicht der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG berührt,<sup>67</sup> da sich der Bestimmtheitsgrundsatz auf den Tatbestand und nicht auf das Rechtsgut bezieht.<sup>68</sup> Methodisch entbehrt die Rechtsgutsbestimmung aber ihren Sinn, wenn es nicht auf eine Beeinträchtigung des Rechtsguts ankommt, sondern dieses austauschbar ist. Der Schutz eines Rechtsguts kann nicht für die Auslegung des Tatbestands von Bedeutung sein, wenn seine Beeinträchtigung irrelevant für die Verwirklichung des Tatbestands ist.

Darüber hinaus ist wiederum auf das Verhältnis von Unrechtstatbestand und Rechtsgut zu verweisen. Sofern man darauf abstellt, dass auch die Beeinträchtigung nur eines der beiden Rechtsgüter zur Verwirklichung des Tatbestands ausreichte, wäre nur ein Teil des tatbestandlichen Unrechts ausreichend.<sup>69</sup> Das Maß des Unrechts spiegelt sich im Strafrahmen wider. Dieser müsste bei Annahme einer nicht ausschließenden Disjunktion sowohl bei Beeinträchtigung nur eines der beiden Rechtsgüter als auch bei Beeinträchtigung beider Rechtsgüter das Unrecht abbilden. Das wäre nur dann der Fall, wenn das Unrecht des einen Rechtsguts dem des anderen entspricht und darüber hinaus beide gemeinsam ebenfalls den gleichen Unrechtsgehalt aufweisen wie jeweils alleine. Dies wiederum wäre nur dann anzunehmen, wenn die Summe der Beeinträchtigung beider Rechtsgüter nicht dazu führte, dass sich der Unrechtsgehalt erhöhte. Dies wird je-

<sup>64</sup> *Geilen*, Jura 1984, 251; *Lenckner/Bosch* (Fn. 59), § 164 Rn. 1a; *Schröder*, NJW 1965, 1888 (1890).

<sup>65</sup> *Sowada* (Fn. 55), S. 93 f., der eine „folgenorientierte Schutzgutsbestimmung“ annimmt.; ähnlich auch: *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 93 f.

<sup>66</sup> *Sowada* (Fn. 55), S. 94; vgl. *Vormbaum* (Fn. 62 – NK-StGB), Vor §§ 153 ff. Rn. 26.

<sup>67</sup> So aber: *Langer* (Fn. 62), S. 41; ähnlich auch: *Vormbaum* (Fn. 62 – NK-StGB), Vor §§ 153 ff. Rn. 27, der den fragmentarischen Charakter des Strafrechts und die Garantiefunktion des Strafgesetzes vernachlässigt sieht.

<sup>68</sup> Vgl. zu § 298 StGB: *Böse*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 1.

<sup>69</sup> *Langer* (Fn. 62), S. 40.

doch kaum anzunehmen sein, denn der Angriff auf die Rechtspflege wird nicht weniger schwerwiegend dadurch, dass auch der Einzelne in seinen Interessen beeinträchtigt wird und andersherum sind die Individualinteressen nicht weniger stark beeinträchtigt, wenn auch die Rechtspflege tangiert ist. Wenn man also davon ausgeht, dass beide Schutzzwecke verfolgt werden, müsste man konsequent von einem Verhältnis der Konjunktion ausgehen. Sonst wäre nur ein Teil der Unrechtsverwirklichung ausreichend, um den Strafraumen auszulösen, der sich aber am gesamten Unrecht der Tat orientiert, so dass ein Konflikt mit dem Schuldgrundsatz bestünde.<sup>70</sup> Das beeinträchtigte Rechtsgut würde andernfalls über Gebühr, letztlich mehrfach berücksichtigt,<sup>71</sup> indem es bereits ohne Beeinträchtigung des anderen den Strafraumen eröffnen würde, der ebenso dann anwendbar ist, wenn beide Rechtsgüter beeinträchtigt werden.<sup>72</sup> Eine Kombination von Rechtsgütern im Sinne einer nicht ausschließenden Disjunktion ist daher nicht mit strafrechtlichen Grundsätzen vereinbar.

### 2. Konsequenz für § 164 StGB: Konjunktion

Für § 164 StGB verbleibt damit die Möglichkeit eines singulären Schutzes der einzelnen Rechtsgüter oder einer Konjunktion. Innerhalb der Vertreter eines singulären Schutzes besteht Streit, ob die inländische Rechtspflege<sup>73</sup> oder Individualinteressen,<sup>74</sup> insbesondere die Ehre, Freiheit und das Vermögen<sup>75</sup> geschützt werden. Die Beurteilung hängt maßgeblich davon ab, ob man die irreführte Behörde als Werkzeug versteht, das gegen die Individualinteressen gerichtet wird<sup>76</sup> oder ob man die Funktionsfähigkeit und Funktion der Rechtspflege, Maßnahmen nur gegen Verdächtige zu rich-

ten,<sup>77</sup> in den Vordergrund rückt. Für letzteres und damit für den Schutz der Rechtspflege spricht neben der systematischen Stellung,<sup>78</sup> dass es nur durch den Missbrauch des Verfahrens zu einer Beeinträchtigung der Individualinteressen in der genannten Form kommen kann.<sup>79</sup> Der Tatbestand bezieht sich eher auf das Verhältnis von Täter und Behörde.<sup>80</sup> Auf der anderen Seite spricht das in § 165 StGB dem Verletzten zuerkannte Antragsrecht auf Bekanntgabe der Verurteilung für einen Individualschutz,<sup>81</sup> es sei denn, man legt den Verletztenbegriff so aus, dass auch nur schutzreflexhaft geschützte Personen darunter fallen.<sup>82</sup> Ein Individualschutz kann auch erklären, warum die Selbstbeziehung nicht erfasst ist, obwohl die Rechtspflege auch dann gefährdet ist<sup>83</sup> und die Irreführung sogar noch gesteigert sein kann bei einer Selbstbeziehung oder Einwilligung, da der Irreführende nicht geneigt sein wird, den fälschlich erregten Verdacht aufzuklären.<sup>84</sup> Darüber hinaus kann § 164 Abs. 2 StGB als Argument für einen Individualschutz dienen. Dort hat der Gesetzgeber auch die falsche Verdächtigung wegen einer Ordnungswidrigkeit als strafwürdig erachtet und eine im Vergleich zu § 145d StGB erhöhte Strafandrohung vorgesehen, obwohl § 145d StGB nur öffentlichen Interessen dient und Ordnungswidrigkeiten nicht erfasst.<sup>85</sup>

Sowohl das kollektive als auch das individuelle Element sind damit in dem Tatbestand enthalten, so dass sich die Frage stellt, warum kein Schutz beider Rechtsgüter im Sinne einer Konjunktion möglich sein soll, wie es eine aufstrebende Mindermeinung nunmehr vertritt.<sup>86</sup> Die Folge wäre, dass beide Rechtsgüter beeinträchtigt sein müssten, um das Unrecht des Tatbestands zu verwirklichen. Damit wäre sowohl bei einer Beeinträchtigung nur der nicht-inländischen Rechtspflege als auch bei einer Einwilligung des Verdächtigten der Tatbestand nicht erfüllt. Damit würden die Rechtsgü-

<sup>70</sup> Langer (Fn. 62), S. 41; ähnlich: Paul (Fn. 11), S. 108; Der Strafraumen entspreche dann nicht dem Strafwürdigkeitsgehalt.

<sup>71</sup> Paul (Fn. 11), S. 108.

<sup>72</sup> Eine andere Deutung könnte darin bestehen, dass sich die Strafraumenuntergrenze an der Beeinträchtigung nur eines Rechtsguts orientiert und die Verletzung des weiteren Rechtsguts strafschärfend wirke. Dies würde bedeuten, dass bei Beeinträchtigung beider Rechtsgüter wohl nicht die Untergrenze gewählt werden dürfte, was aus der Norm jedoch nicht erkennbar ist.

<sup>73</sup> Langer (Fn. 62), S. 64 ff.; Otto, Jura 2000, 217 (218); Rogall/Rudolphi, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 143. Lfg., Stand: Juni 2014, § 164 Rn. 1; Zopfs, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2017, Bd. 3, § 164 Rn. 3 f. Die Individualinteressen wären dann als Schutzreflex anzusehen, vgl. dazu: Rogall/Rudolphi, a.a.O., § 164 Rn. 1 sowie Zopfs, a.a.O., § 164 Rn. 3 f.

<sup>74</sup> Hirsch, in: Stree/Lenckner/Cramer/Eser (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 307 (314); Sowada (Fn. 55), S. 94; Vormbaum (Fn. 62 – Strafurteil), S. 449 ff.; ders. (Fn. 62 – NK-StGB), § 164 Rn. 10.

<sup>75</sup> Vormbaum (Fn. 62 – NK-StGB), § 164 Rn. 10; ders. (Fn. 62 – Strafurteil), S. 458 f.

<sup>76</sup> Hirsch (Fn. 74), S. 314.

<sup>77</sup> Rogall/Rudolphi (Fn. 73), § 164 Rn. 1; vgl. auch Zopfs (Fn. 73), § 164 Rn. 4.

<sup>78</sup> Geilen, Jura 1984, 251; Langer (Fn. 62), S. 40; Lenckner/Bosch (Fn. 59), § 164 Rn. 2.

<sup>79</sup> Langer (Fn. 62), S. 40, 49; Rogall/Rudolphi (Fn. 73), § 164 Rn. 2; Zopfs (Fn. 73), § 164 Rn. 2.

<sup>80</sup> Zopfs (Fn. 73), § 164 Rn. 3.

<sup>81</sup> Geilen, Jura 1984, 251; Lenckner/Bosch (Fn. 59), § 164 Rn. 2.

<sup>82</sup> Langer (Fn. 62), S. 48; Rogall/Rudolphi (Fn. 73), § 164 Rn. 1.

<sup>83</sup> Schröder, NJW 1965, 1888 (1990).

<sup>84</sup> Vgl. BGHSt 5, 66 (68); Roxin (Fn. 1), § 13 Rn. 34; dies zugestehend: Langer (Fn. 62), S. 57, der aber auf der anderen Seite von einer stärkeren Pervertierung der Rechtspflege bei Bezeichnung eines anderen ausgeht: Langer (Fn. 62), S. 41 ff., 53 ff.

<sup>85</sup> Böse, ZJS 2018, 189 (193).

<sup>86</sup> Böse, ZJS 2018, 189 (193); Heghmanns, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1774, CD 45-04 Rn. 1 ff.; Mitsch, NZV 2016, 564 (567); Niehaus, DAR 2015, 720 (722); vgl. früher nur: Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 164 Anm. I.

ter nicht jeweils relativiert,<sup>87</sup> sondern eine konsequente Auslegung vorgenommen, die sich daran orientiert, dass der Tatbestand sich aus beiden Schutzrichtungen zusammensetzt. Eine Relativierung ist damit nicht verbunden. Im Gegenteil wird beiden Rechtsgütern dieselbe Bedeutung zugemessen und nicht, wie im Rahmen einer nicht ausschließenden Disjunktion ihre Beeinträchtigung je nach Konstellation nicht oder doppelt bewertet. Gegen ein Verhältnis im Sinne einer Konjunktion kann auch nicht eingewendet werden, dass der Schutz der Individualinteressen dann von einem Angriff gerade auf die deutsche Rechtspflege abhängig wäre.<sup>88</sup> Es ist zuzugestehen, dass auch ein individuelles Schutzinteresse gegenüber Missbrauch ausländischer Verfolgungsorgane besteht.<sup>89</sup> Dies zwingt aber nicht zu einer entsprechenden Auslegung eines Tatbestands, der auch die Rechtspflege schützt, womit nur die inländische Rechtspflege erfasst ist. Vielmehr müsste der Gesetzgeber – wollte er die Individualinteressen umfassender schützen – einen entsprechenden Tatbestand mit singulärem individuellen Schutzzweck gestalten. Dass auf der anderen Seite die Einwilligung rechtfertigend wirkt und damit ebenfalls zur Straflosigkeit führt, obwohl die Beeinträchtigung der Rechtspflege unter Umständen in höherem Maße gegeben ist,<sup>90</sup> kann damit erklärt werden, dass das Unrecht in Hinblick auf die Individualinteressen jedenfalls entfällt. Nach der vorgenommenen Bestimmung der Rechtsgüter ist diese Einschränkung der Strafbarkeit eine zwingende Folge. Es verbleibt aber u.U. eine Strafbarkeit nach § 145d StGB.<sup>91</sup> Dessen Einschränkungen, etwa im Bereich der Ordnungswidrigkeiten, sind angesichts der Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen.<sup>92</sup> Die jeweiligen Einschränkungen ergeben sich im Übrigen auch jeweils als Folge des singulären Schutzes, so dass sie nicht als unvertretbar angesehen werden können.<sup>93</sup>

Als Konsequenz für § 164 StGB ergibt sich zusammenfassend wie bei sonstigen Tatbeständen mit gemischter Konjunktion, dass die Einwilligung hinsichtlich des Individualrechtsguts zu einer Teilrechtfertigung führt, die die Strafbarkeit insgesamt ausschließt. Eine Selbstbeziehung oder eine Anstiftung zu einer Bezeichnung des Anstifters ist schon dem Wortlaut nach ausgeschlossen, wäre aber auch aus diesen teleologischen Erwägungen nicht möglich. Dementsprechend wäre auch eine mittelbare Täterschaft hinter dem sich selbst Bezeichnenden wegen Einwilligung ausgeschlossen.<sup>94</sup> Auch eine aberratio ictus würde zu von der herrschenden Ansicht abweichenden Ergebnissen führen: Wenn eine andere Person als die vom Täter anvisierte Gegenstand der Ermittlungen wird, geht die herrschende Meinung von einer voll-

deten Tat aus,<sup>95</sup> da die Rechtspflege unabhängig von der Vorstellung über das individuelle Opfer gefährdet werde<sup>96</sup> und dementsprechend nur eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf wegen der nicht ausschließenden Disjunktion der Rechtsgüter vorliege.<sup>97</sup> Nimmt man demgegenüber ein Verhältnis im Sinne einer Konjunktion an, kann die Abweichung nicht als unwesentlich angesehen werden, so dass nur ein strafloser Versuch vorliegt.<sup>98</sup>

## V. Kontrajunktion

Die letzte mögliche Kombinationsmöglichkeit wäre die einer Kontrajunktion, die allerdings nur dergestalt auftritt, dass sie sich auf einen Tatbestand und nicht auf eine Verhaltensnorm bezieht. In dem Sinne schützt § 138 StGB, die Nichtanzeige geplanter Straftaten, nach herrschender Ansicht das von dem jeweiligen Delikt geschützte Rechtsgut.<sup>99</sup> Der Gesetzgeber hat bei § 138 StGB die betroffenen Straftaten durch „oder“ verbunden aufgezählt.<sup>100</sup> Anders als bei einer nicht ausschließenden Disjunktion sind die Rechtsgüter nicht regelmäßig auch kumulativ beeinträchtigt. Das Unrecht einer Nichtanzeige ergibt sich damit jeweils aus der Gefährdung des entsprechenden Rechtsguts. Das Problem der mehrfachen Berücksichtigung eines Rechtsguts bei fehlender Beeinträchtigung eines anderen ergibt sich hier nicht. Dass der Gesetzgeber ungeachtet des jeweils unterschiedlichen Strafrahmens für die

<sup>95</sup> BGHSt 9, 240 (242); *Fischer* (Fn. 13), § 164 Rn. 12; *Lenckner/Bosch* (Fn. 59), § 164 Rn. 31; *Zopfs* (Fn. 73), § 164 Rn. 42.

<sup>96</sup> *Fischer* (Fn. 13), § 164 Rn. 12; *Rogall/Rudolphi* (Fn. 73), § 164 Rn. 43 (ausgehend von einem Schutz nur der Rechtspflege); *Zopfs* (Fn. 73), § 164 Rn. 42.

<sup>97</sup> *Lenckner/Bosch* (Fn. 59), § 164 Rn. 31; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2013, § 99 Rn. 20.

<sup>98</sup> *Kühl* (Fn. 7), § 164 Rn. 8; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 40; *Ruß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 164 Rn. 30; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 15), § 164, Rn. 23; im Ergebnis ebenso, aber mit der Begründung, dass das Absichtmerkmal „gegen ihn“ eine Konkretisierung der Person voraussetze: *Rengier* (Fn. 21), § 50 Rn. 25; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 106; im Ergebnis ebenso, mit der Begründung, dass der Tatverlauf nicht als möglich bewusst war: *Herzberg*, ZStW 85 (1973), 867 (891); dagegen *Prittowitz*, GA 1983, 110 (131).

<sup>99</sup> BGHSt 42, 86 (88); NJW 2010, 2291 (2292); *Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 73), § 138 Rn. 1; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 866; *Kühl* (Fn. 7), § 138 Rn. 1; *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 7), § 139 Rn. 3; *Rudolphi/Stein*, in: *Wolter* (Fn. 73), § 138 Rn. 2; *Schroeder*, Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 11 f.; *Sternberg-Lieben* (Fn. 57), § 138 Rn. 1; anders hingegen: *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 67 Rn. 1, 24: mitmenschliche Solidarität.

<sup>100</sup> *Langer* (Fn. 62), S. 39.

<sup>87</sup> So aber: *Hirsch* (Fn. 74), S. 320; *Langer* (Fn. 62), S. 42.

<sup>88</sup> So jedoch: *Hirsch* (Fn. 74), S. 321.

<sup>89</sup> So jedoch: *Hirsch* (Fn. 74), S. 321; *Langer* (Fn. 62), S. 63.

<sup>90</sup> Dazu kritisch: *Hirsch* (Fn. 74), S. 321 f.

<sup>91</sup> *Hegmanns* (Fn. 86), CD 45-04 Rn. 1 ff.; *Mitsch*, NZV 2016, 564 (568); *Niehaus*, DAR 2015, 720 (722); *Vormbaum* (Fn. 62 – NK-StGB), § 164 Rn. 66.

<sup>92</sup> *Mitsch*, NZV 2016, 564 (568).

<sup>93</sup> So aber wohl: *Langer* (Fn. 62), S. 43.

<sup>94</sup> *Böse*, ZJS 2018, 189 (193).

Nichtanzeige denselben Strafrahmen gewählt hat, obwohl eine Graduierung zwischen einem Völkermord und einer einfachen Brandstiftung möglich wäre, mag erstaunlich sein, liegt aber in seinem Einschätzungsspielraum. Gegen einen Schutz in Form einer Konjunktion spricht dies jedenfalls nicht. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Gesetzgeber die Nichtanzeige der Straftaten auch in komplett getrennten Tatbeständen hätte regeln können. Im Rahmen des § 138 StGB ist es möglich, die Tatbestände voneinander zu isolieren, ohne dass sie ihr Unrechtsgepräge verlieren. Jede Alternative des § 138 StGB enthält selbst eine Unrechtsbegründung. Daher ist hier auf die bereits erörterte Teilbarkeit des Unrechts zu verweisen: Nicht nur die Tatbestandsmäßigkeit, auch die Rechtswidrigkeit ist für jede Alternative einzeln zu prüfen.

Eine Mischung der dargestellten Kombinationsmöglichkeiten stellt § 111 StGB, die öffentliche Aufforderung zu Straftaten, dar, wenn man hier mit der herrschenden Ansicht sowohl den Gemeinschaftsfrieden als auch die einzelnen Rechtsgüter als geschützt ansieht.<sup>101</sup> Hier gestaltet sich das Verhältnis so, dass eine Konjunktion vorliegt zwischen dem Gemeinschaftsfrieden und den einzelnen Rechtsgütern. Zwischen letzteren besteht ein Verhältnis im Sinne einer Konjunktion. Als Formel ausgedrückt bedeutet dies: Gemeinschaftsfrieden  $\wedge$  (Rechtsgut A  $\oplus$  Rechtsgut B  $\oplus$  [...]). Dies hat zur Folge, dass im Falle fehlender Beeinträchtigung eines einzelnen Rechtsguts bzw. im Falle einer Rechtfertigung das Unrecht nicht voll erfüllt ist. Folglich führt eine Einwilligung in Bezug auf ein Individualrechtsgut, das durch den Tatbestand geschützt wird, zu dessen Verwirklichung aufgefordert wird, zu einer Rechtfertigung insgesamt. Ist die Beeinträchtigung dieses Individualrechtsguts durch § 32 StGB gerechtfertigt, bleibt ebenfalls nur die Verletzung des Gemeinschaftsfriedens übrig, was für eine Strafbarkeit nicht ausreicht.<sup>102</sup> Dies lässt sich aus dem konjunktiven Verhältnis zwischen Gemeinschaftsfrieden und den Rechtsgütern A, B usw. ableiten. Aus dem konjunktivem Verhältnis zwischen Rechtsgut A, B usw. folgt, dass sich diese komplett trennen lassen.

### VI. Fazit

Straftatbestände können mehrere Rechtsgüter schützen. Von Belang ist dabei insbesondere die Kombination im Sinne einer Konjunktion. Das Unrecht setzt sich aus den Beeinträchtigungen aller Rechtsgüter zusammen, so dass bei Entfallen eines dieser Bestandteile – etwa durch Rechtfertigung kraft Einwilligung oder Notwehr – keine Strafbarkeit gegeben ist. Insofern ist der Rechtsprechung und der ihr folgenden Literatur nicht zuzustimmen, wenn sie bei § 315c StGB davon ausgeht, dass die Einwilligung des allein Gefährdeten nicht rechtfertigend wirkt. Dies lässt sich auf weitere Tatbestände, insbesondere auf §§ 340, 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB sowie auf weitere Fragestellungen, etwa bestimmte Irrtümer übertragen. Auch eine Kombination in Form einer Konjunktion ist möglich, aber wohl selten im StGB. Folge dieser Kombination ist eine getrennte Betrachtung des jeweiligen Teils, der jeweils allein unrechtsbegründend ist, da die Teile auch jeweils getrennt voneinander hätten geregelt werden können. Nicht mit strafrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist hingegen eine Kombination in Form einer nicht ausschließenden Disjunktion. Das Unrecht kann nicht wahlweise auf die eine oder die andere oder beide Rechtsgutsbeeinträchtigungen gemeinsam gestützt werden. Bei § 164 StGB, bei dem die herrschende Ansicht trotz missverständlicher Terminologie von einem solchen Verhältnis der geschützten Rechtsgüter ausgeht, ist daher ebenfalls von einer Kombination in Form einer Konjunktion auszugehen. Als Konsequenz ist u.a. die Einwilligung auch bei § 164 StGB rechtfertigend.

---

<sup>101</sup> BGHSt 29, 258 (267); BayObLG NStZ 1993, 389 (390); OLG Stuttgart NJW 1989, 1939 (1940); *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 111 Rn. 1; *Rogall*, GA 1979, 11 (16 f.); *Rosenau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 111 Rn. 4; *Rudolphi*, RdA 1987, 160 (162). Eine andere Ansicht sieht nur die einzelnen Rechtsgüter als geschützt an, vgl. *Paeffgen* (Fn. 9), § 111 Rn. 3, während eine weitere Ansicht nur den Gemeinschaftsfrieden als Rechtsgut des § 111 StGB anerkennt, vgl. *Nehm*, JR 1993, 120 (122); *Otto* (Fn. 99), § 63 Rn. 64.

<sup>102</sup> *Fahl*, JA 2016, 805 (808). Hierbei ist freilich zu beachten, dass eine derartige Rechtfertigung kaum möglich ist, wenn man die Einschränkungen durch die Gebotenheit der Notwehr beachtet.

# Wider die „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen als strafrechtswissenschaftliche „Methode“

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen\*

## I. Einführung

Das Schlagwort der „Abgrenzung“ begegnet Studentinnen und Studenten der Rechtswissenschaften im Zusammenhang mit dem Strafrecht bereits im ersten Fachsemester. So werden in der Dogmatik des Allgemeinen Teils des StGB beispielsweise die „Abgrenzungen“ von Vorsatz und Fahrlässigkeit<sup>1</sup>, von Tun und Unterlassen<sup>2</sup> sowie von Täterschaft und Teilnahme<sup>3</sup> diskutiert. Konnten die angehenden Juristinnen und Juristen sich demnach bereits früh an diese „Methode“<sup>4</sup> gewöhnen, so überrascht es sie wenig, wenn sie sich in der Dogmatik des Besonderen Teils des StGB fortsetzt. So sind „klassische“ Gegenstände der strafrechtlichen Juristenausbildung etwa die „Abgrenzungen“ von Betrug und Diebstahl<sup>5</sup> oder von Raub und räuberischer Erpressung<sup>6</sup>. Daher kann es nicht verwundern, wenn dieses Vorgehen von Strafrechtlern regelmäßig als selbstverständlich empfunden wird. Dabei wird häufig ein „ungeheure[r] Aufwand an Scharfsinn und dogmatischer Phantasie [...] zur Aufrechterhaltung der Exklusivität zwischen einzelnen Tatbeständen“ betrieben.<sup>7</sup> Um diese „Abgrenzungen“ von Deliktstatbeständen des Besonderen Teils des StGB soll es im Folgenden gehen, nicht aber um die genannten oder andere „Abgrenzungen“ innerhalb des Allgemeinen Teils des Strafrechts.

Das Denkmuster der „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen soll im Folgenden nicht in Bezug auf einzelne konkrete Fragestellungen, sondern als „Methode“ insgesamt hinterfragt werden. Unter einem „Deliktstatbestand“ wird dabei im Folgenden nicht nur ein Paragraph in seiner Gesamtheit verstanden, sondern auch verschiedene Tatbestände innerhalb

eines Paragraphen (z.B. § 306a Abs. 1 und Abs. 2 StGB) oder verschiedene Tatbestände (bzw. Tatbestandsvarianten) innerhalb einer Vorschrift (z.B. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und Nr. 2 Var. 2 StGB).<sup>8</sup>

Der Begriff „Abgrenzung“ lässt sich so verstehen, dass zwischen den beiden abzugrenzenden Gegenständen eine Grenze gezogen bzw. eine bereits vorhandene Grenze hervorgehoben wird. Das Ergebnis ist in beiden Fällen dasselbe: Nach der „Abgrenzung“ gibt es zwischen beiden Bereichen keine inhaltlichen Überschneidungen mehr; sie sind klar getrennt. Implizit tritt zu diesem Vorverständnis der Funktion der Abgrenzung vielerorts noch ein weiterer Aspekt hinzu: Innerhalb des Vorgangs der Subsumtion eines (Klausur- oder Lebens-)Sachverhalts unter das Strafgesetz hat sich im „Zeitpunkt“ der Abgrenzung die Rechtsfindung häufig bereits so weit verdichtet, dass die abzugrenzenden Gegenstände als abschließende Alternativen angesehen werden. Liegt die eine nicht vor, ist auf jeden Fall die andere einschlägig; weitere Möglichkeiten bestehen nicht (mehr) – tertium non datur.

Diese beiden Prämissen des Abgrenzungsvorgangs bergen gleichermaßen die Gefahr, dass aufgrund der empfundenen Notwendigkeit, Deliktstatbestände voneinander abgrenzen zu müssen, wichtige Fragen nie aufkommen, weil sie durch die Abgrenzung bereits präkludiert sind. Dies soll im Folgenden verdeutlicht werden.

Dazu werden zunächst denkbare Gründe erörtert, die prima facie für die Notwendigkeit einer Abgrenzung von Deliktstatbeständen sprechen (II.). Anschließend wird dargelegt, welche problematischen Konsequenzen die „Methode“ des „Abgrenzens“ regelmäßig nach sich zieht (III.).

## II. Denkbare Gründe für die Notwendigkeit der Abgrenzung von Deliktstatbeständen

Zunächst ist zu überprüfen, ob zwingende Gründe existieren, die es im Einzelfall erforderlich machen können, zwei Deliktstatbestände im obigen Sinne voneinander abzugrenzen.

### 1. Verfassungsrechtliche Erwägungen

Am eindeutigsten wäre dies der Fall, wenn das Verfassungsrecht eine Abgrenzung von Deliktstatbeständen geböte.

Tauglicher Anhaltspunkt für derlei Überlegungen ist das sog. „Verschleifungsverbot“<sup>9</sup>, das regelmäßig als Ausfluss von Art. 103 Abs. 2 GG behandelt wird<sup>10</sup>. Nach der Recht-

\* Der Autor ist Akad. Rat a.Z. an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt dem Inhaber der Professur sowie Frau Wiss. Mitarbeiterin Clara Bosch, Herrn Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein, Herrn Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska, Herrn Wiss. Mitarbeiter Thomas Kolb sowie Frau stud. iur. Veronika Schmidt herzlich für wertvolle Hinweise und Anregungen.

<sup>1</sup> Exemplarisch Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 21 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> Bspw. Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 158 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Z.B. Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 4 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> Kritisch zum Methodenbegriff in der Rechtswissenschaft Kuntz, AcP 216 (2016), 866.

<sup>5</sup> Exemplarisch Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 63 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> Exemplarisch aus der jüngeren Ausbildungsliteratur Bode, JA 2017, 110; Rönnau, JuS 2012, 888.

<sup>7</sup> So zutreffend Puppe, JR 1984, 229 (230).

<sup>8</sup> Terminologisch wohl ebenso Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vor §§ 13 ff. Rn. 43/44 m.w.N.

<sup>9</sup> Soweit ersichtlich, wurde der Begriff der „Verschleifung“ erstmalig von Saliger, ZStW 112 (2000), 563 (570, 585, 593, 600, 610 ff.), verwendet.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 78 f. = BVerfGE 126, 170 (197 f.); zur Frage, ob das Verschleifungsverbot dem Analogieverbot oder dem Bestimmtheitsgebot zuzuordnen ist, Kuhlen, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Fest-

sprechung des Bundesverfassungsgerichts ist damit gemeint, dass „[e]inzelne Tatbestandsmerkmale [...] innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden [dürfen], dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden“.<sup>11</sup> Diskutiert wird auch, ob das Verschleifungsverbot sich nicht nur auf das Verhältnis mehrerer Tatbestandsmerkmale *innerhalb* eines Deliktstatbestandes, sondern auch auf dasjenige *zwischen* verschiedenen Deliktstatbeständen erstreckt.<sup>12</sup>

So wird beispielsweise vorgetragen, die Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH zur Sittenwidrigkeit bei § 228 StGB<sup>13</sup> verschleife im Ergebnis die §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB einerseits und den § 231 StGB andererseits dergestalt, dass § 231 StGB kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr verbleibe.<sup>14</sup> Denn der Senat führt insoweit aus, Körperverletzungen im Rahmen vereinbarter tätlicher Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen seien bereits aufgrund der solchen Unternehmungen abstrakt innewohnenden Eskalationsgefahr sittenwidrig i.S.d. § 228 StGB. Dies hat nach der literarischen Kritik zur Folge, dass im Rahmen einer solchen Auseinandersetzung erfolgende (gefährliche) Körperverletzungen nicht im Wege der Einwilligung gerechtfertigt werden können. Dadurch werde über den Qualifikationsstatbestand gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ein strengerer Strafrahmen eröffnet als im Falle des § 231 StGB, selbst wenn keine schwere Folge eintritt.

Der 2. Strafsenat führt in seiner Divergenzvorlage betreffend die sog. echte Wahlfeststellung aus, sie führe zu einer Verschleifung zwischen den beiden wahldeutig abgeurteilten Tatbeständen.<sup>15</sup> Wie bereits zuvor in der Literatur prognostiziert,<sup>16</sup> wurde diese Argumentation vom 4. Strafsenat<sup>17</sup> und dem Großen Senat für Strafsachen<sup>18</sup> mit der Begründung *Schuhrs*<sup>19</sup> abgelehnt, das Verschleifungsverbot verbiete es le-

diglich, mehrere kumulative Strafbarkeitsvoraussetzungen zu einer abgeschwächten zu verdichten, diese Situation sei aber in Bezug auf das Verhältnis zweier verschiedener Deliktstatbestände nicht gegeben.

Schließlich wird das Verschleifungsverbot auch als Argument gegen das Konstrukt der (räuberischen) Sicherungserpressung bemüht: Diese Auslegung der §§ 253, 255 StGB führe dazu, dass § 252 StGB in der Erpressungsstrafbarkeit aufgehe und dementsprechend „sinnlos“<sup>20</sup> werde.<sup>21</sup> Könnte jede nachträgliche Sicherung von vermögenswerter Tatbeute durch Nötigungsmittel als (räuberische) Erpressung mit dem Ziel angesehen werden, dass der Genötigte auf seinen Rückgabeanspruch „verzichtet“, werde dadurch die Wertung unterlaufen, dass das Gesetz dieses Verhalten in § 252 StGB nur in bestimmten (insb. zeitlichen) Grenzen mit Strafe bedroht.

Letztlich vermag die Verankerung dieser Argumentationen im Verschleifungsverbot aber nicht zu überzeugen. Das Verschleifungsverbot konkretisiert lediglich die allgemeine methodische Unterstellung,<sup>22</sup> dass der Gesetzgeber keine überflüssigen Tatbestandsmerkmale schafft. Da die Auslegung einer Gesetzesvorschrift einem „Gespräch“ zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwender gleicht, entspricht dies der sprachphilosophischen Idee des Konversationsgrundsatzes, dass kein Sprecher mehr Informationen zur Verfügung stellen soll, als dies für den Inhalt des Gesprächs erforderlich ist.<sup>23</sup>

Auf das Gesetz übertragen funktioniert dieser Gedanke aber nur bei Gleichzeitigkeit der beiden Äußerungen, die zueinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen. Führt der Gesetzgeber einen neuen Straftatbestand ein, der verschiedene Tatbestandsmerkmale aufweist, so ist in aller Regel zu vermuten, dass diese Ausdifferenzierung beabsichtigt war und nicht durch den Rechtsanwender unterlaufen werden darf. In derselben Weise darf man unterstellen, dass ein neu geschaffener Straftatbestand nicht von vornherein dergestalt gänzlich funktionslos sein soll, dass er in jedem denkbaren Fall von einer bereits bestehenden Vorschrift verdrängt wird.<sup>24</sup> Dieselbe Erwägung wird man in Bezug auf zwei gleichzeitig erlassene Straftatbestände fruchtbar machen können.

Häufig wird es aber so sein, dass ein neu geschaffener Straftatbestand (bzw. die Änderung einer bestehenden Vorschrift) zur Folge hat, dass ein (anderer) älterer Deliktstatbestand verdrängt wird. In diesem Fall ist es keineswegs zwingend, dass der neue Tatbestand einschränkend ausgelegt werden muss, sodass dem anderen Deliktstatbestand noch ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Denn der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, eine durch eine Änderung

schrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 (946 f.) m.w.N.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 79 = BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>12</sup> So unkritisch *Grabow*, NStZ 2014, 121 (125), unter Verweis auf *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 444 f. (der aber selbst die Möglichkeit anerkennt, dass eine Vorschrift lediglich wiederholenden bzw. deklaratorischen Charakter aufweist und daher in der Sache funktionslos); krit. dagegen *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (951 ff.) m.w.N.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 20.2.2013 – 1 StR 585/12 = BGHSt 58, 140 = NJW 2013, 1379.

<sup>14</sup> *von der Meden*, HRRS 2013, 158 (162); krit. dagegen *Jahn*, JuS 2013, 945 (947 Fn. 5).

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 28.1.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 26 = NStZ 2014, 392 (394).

<sup>16</sup> Vgl. *Jahn*, JuS 2014, 753 (755).

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 11.9.2014 – 4 ARs 12/14 = NStZ-RR 2015, 40 (40 f.).

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.2017 – GSSt 1/17, Rn. 18 = BGHSt 62, 164 (169 f.) = NStZ 2018, 41 (43).

<sup>19</sup> *Schuh*, NStZ 2014, 437 (438).

<sup>20</sup> So *Seier*, NJW 1981, 2152 (2154).

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 5.9.1986 – 3 StR 359/86 = StV 1986, 530; BGH, Beschl. v. 24.9.1990 – 4 StR 384/90 = StV 1991, 349 (insoweit nicht in NStZ 1991, 47 abgedruckt); zust. *Grabow*, NStZ 2014, 121 (125).

<sup>22</sup> Zutreffend *Krüger*, NStZ 2011, 369 (372) gegen *Saliger*, NJW 2010, 3195.

<sup>23</sup> Vgl. *Grice*, in: Cole/Morgan (Hrsg.), *Syntax and Semantics*, Bd. 3: *Speech Acts*, 1975, S. 41.

<sup>24</sup> Ähnlich *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (953 f.).

obsolet werdende Vorschrift formal zu streichen (auch wenn dies im Sinne der Rechtsbereinigung empfehlenswert sein mag<sup>25</sup>), weil das beabsichtigte Ergebnis im Regelfall auch durch die anerkannten methodischen Grundsätze *lex posterior derogat legi anteriori* und/oder *lex specialis derogat legi generali* erreicht werden kann. Dass einer Strafvorschrift ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommen muss, ist daher nur eine „widerlegliche Vermutung“, die durch andere Erwägungen entkräftet werden kann.<sup>26</sup>

Der Kreis potenzieller „Verschleifungen“ von Deliktstatbeständen ist daher denkbar klein. Er wird noch enger, wenn man sich vor Augen führt, dass nur dann gesetzgeberische Wertentscheidungen übergangen werden, wenn einer der Tatbestände tatsächlich *jeglichen* Anwendungsbereich verliert. Völlig unbedenklich ist es dagegen, wenn z.B. in bestimmten Fällen ein Grundtatbestand von einem Qualifikations- oder Erfolgsqualifikationstatbestand überlagert wird.<sup>27</sup>

Relevant wird die Frage nach der Berechtigung eines tatbestandsübergreifenden Verschleifungsverbots daher in Konstellationen wie dem Verhältnis zwischen § 249 StGB einerseits und §§ 253, 255 StGB andererseits. Das Erfordernis der Absicht rechtswidriger Zueignung scheint unterlaufen zu werden, wenn in einer Fallkonstellation, in der alle sonstigen Merkmale des Raubtatbestandes erfüllt sind, stattdessen wegen einer räuberischen Erpressung verurteilt und sogar die §§ 250, 251 StGB herangezogen werden können. Ein solches Ergebnis stellt aber keine Verschleifung im obigen Sinne dar.<sup>28</sup> Anderenfalls würde man zum einen der systematischen Auslegung grundlos den Vorrang gegenüber z.B. der teleologischen Auslegung einräumen.<sup>29</sup> Zum anderen erhöhe man damit zahlreiche systematische Auslegungsfehler zum Verfassungsverstoß und das Bundesverfassungsgericht folglich insoweit zur strafrechtlichen Superrevisionsinstanz.

Ungeachtet dessen folgt aus dem systematischen Widerspruch hingegen nicht, dass er dergestalt aufgelöst werden müsste, dass der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung so ausgelegt wird, dass er keinerlei Überschneidung mehr mit dem Raubtatbestand aufweist. Selbst wenn man von einem tatbestandsübergreifenden Verschleifungsverbot ausgeht, führt dies nicht dazu, dass eine Verschleifung durch Herstellung von Exklusivität vermieden werden muss. Ebenso denkbar sind andere Lösungsmöglichkeiten wie z.B. die Annahme einer Sperrwirkung auf Konkurrenzebene.

Eine „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen ist daher jedenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten.

## 2. Vermeidung der Mehrfachverwertung von Tatbestandselementen

Ein weiteres potenzielles Argument für die Abgrenzung von Deliktstatbeständen ist, dass anderenfalls einzelne Umstände

mehrfach zuungunsten des Betroffenen verwertet werden könnten.

Schwierig ist es jedoch bereits, einen normativen Anknüpfungspunkt für diesen – prima facie einleuchtenden – Gedanken zu finden. Der Grundsatz „*ne bis in idem*“ gem. Art. 103 Abs. 3 GG betrifft die Rechtskraft und damit eine rein prozessuale Dimension; er enthält für die hiesige Fragestellung keine Aussage.<sup>30</sup> Ebenso wenig hilft das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB weiter, denn es betrifft nur das Verhältnis zwischen Schuldfeststellung und Strafzumessung in Bezug auf ein und dieselbe Tat im materiell-rechtlichen Sinne, nicht aber das Verhältnis mehrerer solcher Taten zueinander.

Denkbar wäre daher allenfalls das *Tatschuldprinzip* als Quelle eines entsprechenden Verbots. Danach sind Bezugspunkte der Schuld des Beteiligten, die Grundlage der Strafzumessung ist (§ 46 Abs. 1 StGB), das von ihm verwirklichte Verhaltens- und Erfolgsunrecht bzw. der verwirklichte Verhaltens- und Erfolgsunwert.<sup>31</sup> Überschneiden verschiedene Deliktstatbestände sich teilweise in Bezug auf solche Verhaltens- oder Erfolgselemente, so könnte dies zu einer unbilligen Schuldmehrung führen.<sup>32</sup> So hat beispielsweise der *Große Senat für Strafsachen* klargestellt, dass bei einer tateinheitlichen Verwirklichung von Mord und Raub mit Todesfolge die „Herbeiführung der Todesfolge als solche“ nicht mehrfach zulasten des Angeklagten verwertet werden darf.<sup>33</sup>

Eine solche Mehrfachverwertung liegt aber nur dann vor, wenn sie sich im Schuld- und/oder Strafausspruch niederschlägt, also erst *nach* Konkurrenzenbildung und Strafzumessung.<sup>34</sup> Sie betrifft aber nicht bereits die Feststellung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmäßigkeit.

Zwar wird bei Idealkonkurrenz nur auf eine Strafe erkannt (§ 52 Abs. 1 StGB) und werden bei Gesetzeskonkurrenz die Unrechts- bzw. Unwertelemente, die nicht bereits in dem schwereren Delikt, dem der Ausgangsstrafrahmen entnommen wird (§ 52 Abs. 2 StGB), strafschärfend berücksichtigt, damit es nicht zu einer Mehrfachverwertung im Rahmen des *Strafausspruchs* kommt.<sup>35</sup> Das setzt aber überhaupt erst voraus, dass der Schuldspruch in Bezug auf mehrere Delikte

<sup>30</sup> Vgl. aber auch *Stuckenberger*, ZStW 113 (2001), 145 (151 Fn. 15); dagegen wird das konkurrenzenrechtliche Mehrfachverwertungsverbot teilweise als „*Miniaturform*“ des Verfassungsgrundsatzes „*ne bis in idem*“ bezeichnet, vgl. *v. Heintschel-Heinegg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 16 m.w.N.

<sup>31</sup> Exemplarisch *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2015, S. 187 f. m.w.N.

<sup>32</sup> In diese Richtung bspw. *Laue*, in: Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 4 m.w.N.

<sup>33</sup> BGH, *Beschl. v. 20.10.1992 – GStSt 1/92 = BGHSt 39, 100 = NJW 1993, 1662.*

<sup>34</sup> Vgl. auch *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 31/11 f.

<sup>35</sup> Klarstellend etwa *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 30), Vor § 52 Rn. 16.

<sup>25</sup> So auch *BMJ* (Hrsg.), *Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit v. 22.9.2008*, Rn. 493.

<sup>26</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (954 i.V.m. 948).

<sup>27</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (952).

<sup>28</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (953).

<sup>29</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (954).

ergeht und deren Tatbestandsmäßigkeit folglich nicht exklusiv ist.

### 3. Unterschiedliche Unrechts-/Unwerttypen

Weiterhin könnte man einwenden, Deliktstatbestände bilden bestimmte Unrechts- bzw. Unwerttypen ab; die entsprechende Kategorisierung würde verwischt, wenn aufgrund einer zu weit geratenen Formulierung des Gesetzes eigentlich artfremde Verhaltensweisen gleichzeitig mehreren Vorschriften subsumiert werden könnten.

Freilich kann an dieser Stelle nicht die Diskussion um „den“<sup>36</sup> Tatbestandsbegriff im Strafrecht<sup>37</sup> neu aufgerollt werden. Klar dürfte aber sein, dass strafrechtliche Deliktstatbestände sich nicht (zwangsläufig) mit kriminologisch-phänomenologisch charakteristischen Tatbildern decken.<sup>38</sup> So unterfallen beispielsweise der Kneipenschläger, der ohne Einwilligung operierende Chirurg und der Baustellenleiter, der die notwendige Sicherung eines Gerüsts unterlässt, gleichermaßen den §§ 223 ff. StGB. Da einzelne Deliktstatbestände regelmäßig keine „typischen“ Tatbilder repräsentieren, lässt sich keine entsprechende Kategorisierung vornehmen, solange der Gesetzestext keine entsprechenden Voraussetzungen normiert. Ein von der Formulierung der gesetzlichen Vorschriften gelöstes „vortatbestandliches“ Verständnis, was ein bestimmtes Delikt ausmachen soll – sei es, dass das entsprechende Bild (vermeintlich) „historisch gewachsen“ ist, sei es, dass es sich um eine (häufig mediengeprägte) „intuitive“ Vorstellung von einem spezifischen Tatbild handelt –, kann dagegen überhaupt keine Aussagekraft für die Auslegung von Rechtsvorschriften haben. Auf diese Weise würde verkannt, dass die Sprache des Gesetzes einen gänzlich anderen Bedeutungskontext bildet als „die“ Alltagssprache und ihre Begriffe dementsprechend losgelöst geprägt werden müssen.<sup>39</sup>

Dass dies die Kommunikation zwischen dem Gesetz bzw. den Rechtsanwendern einerseits und dem Bürger (der regelmäßig juristischer Laie sein wird) andererseits (weiter) erschwert, ist misslich, aber unvermeidlich. Beredtes Zeugnis darüber legt der Umstand ab, dass in weiten Teilen der Bevölkerung immer noch die Vorstellung vorzuherrschen scheint, dass der Unterschied zwischen Mord und Totschlag

darin besteht, dass der Mord mit Vorüberlegung begangen wird (wie dies vor 1941 geltendes Recht war<sup>40</sup>). Ebenso wenig wie dieses Auseinanderfallen von Alltagssprachlichem und juristischem Verständnis des Mordbegriffs am Gesetzestext des § 211 StGB etwas zu verändern vermag, dürfen intuitive und vorrechtliche Vorstellungen von dem, was ein bestimmtes Delikt ausmachen soll, die normative Auslegungsarbeit beeinträchtigen. Dies gilt umso mehr, als eine entsprechende Vorstellung möglicherweise auf einem kriminologisch-phänomenologischen Bild beruht, das durch gewandelte Verhältnisse in der Gesellschaft überholt ist. So ist beispielsweise wohl die Vorstellung vom „stadtbekanntem Hehler“, der durch seine bloße Existenz und Abnahmebereitschaft einen Anreiz zu Diebstählen setzt, überholt; vielmehr ist die Hehlerei in den meisten – entdeckten – Fällen ein bloßes Gelegenheitsdelikt.<sup>41</sup> Dennoch wird diese Vorstellung regelmäßig als Argument für die Auffassung herangezogen, dass der Hehlereitstatbestand neben dem Vermögen auch „allgemeine Sicherheitsinteressen“ schütze, obwohl sie mit § 259 Abs. 2 StGB nicht vereinbar ist.<sup>42</sup>

Im Rahmen der strafzumessungsrechtlichen Diskussion über das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB hat die Erkenntnis, dass es kein vom Gesetzestext gelöstes „Regeltatbild“ gibt, sich weitestgehend durchgesetzt. So sollen solche Umstände, die zwar (in einem empirischen Sinne) typischerweise eine bestimmte Straftat begleiten, aber nicht selbst Bestandteil des Deliktstatbestandes sind, strafschärfend berücksichtigt werden können.<sup>43</sup> Sog. „normative Normalfälle“ lassen sich nicht bilden.<sup>44</sup> Warum dieser Gedanke ausschließlich im Kontext des Strafzumessungsrechts, nicht aber generell zutreffend sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Eine ganz andere Frage als diejenige, ob es klar unterscheidbare vorrechtliche Unrechts- bzw. Unwerttypen gibt, ist diejenige, ob die Symbolkraft bestimmter Begriffe (genauer: der bestimmten Begriffen außerrechtlich zugeschriebene Bedeutungsgehalt) genutzt werden soll, indem das Recht diese Begriffe (als schlichte sprachliche Zeichen, nicht eine eventuelle außerstrafrechtliche Bedeutung) übernimmt. So wurde im Rahmen der Diskussion über eine mögliche Reform der Tötungsdelikte (insb. des Mordtatbestandes) auf den Vorschlag hin, den Begriff des „Mordes“ gänzlich aus dem Strafgesetzbuch zu streichen,<sup>45</sup> eingewandt, „Mord“ sei

<sup>36</sup> Klargestellt sei, dass mehrere Verständnisse des Begriffs „Tatbestand“ unterschieden werden müssen, so beispielsweise der rechtswissenschaftlich-metasprachliche Tatbestandsbegriff i.S.d. der Deliktsprüfungsstufe „Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit – Schuldhaftigkeit“; davon sind die verschiedenen Male, an denen der Begriff „Tatbestand“ sich (bspw.) im StGB findet (z.B. §§ 9 Abs. 1 Var. 3, 11 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1, 16 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, 22, 46 Abs. 3, 78 Abs. 4, 78a S. 2 StGB) zu unterscheiden. Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe muss der Begriff in all diesen Vorschriften nicht einheitlich, sondern nach Maßgabe des jeweiligen Normzwecks ausgelegt werden.

<sup>37</sup> Vgl. den Überblick bei *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 1 ff. m.w.N.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 153.

<sup>39</sup> Eingehend dazu bspw. *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387.

<sup>40</sup> § 211 RStGB i.d.F.v. 1871 lautete: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“

<sup>41</sup> Vgl. exemplarisch *Walter*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 259 Rn. 8 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. dazu *M. Wagner*, ZJS 2010, 17 (26 f.) m.w.N.

<sup>43</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 14.8.1990 – 1 StR 62/90 = BGHSt 37, 153 = NJW 1991, 185 (Samenerguss bei Vergewaltigung); allg. *Meier* (Fn. 31), S. 229 m.w.N.

<sup>44</sup> *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 140 f. m.w.N.

<sup>45</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSTz 2014, 9.

ein im Sprachgebrauch tief verwurzelter Begriff, der aus dem Gesetz nicht hinwegzudenken sei.<sup>46</sup>

Das Recht ist notwendig auf die (grundsätzliche) Akzeptanz seiner Unterworfenen angewiesen. Insoweit mag es sinnvoll sein, ein – möglicherweise empirisch feststellbares – Interesse in der Bevölkerung zu befriedigen, dass es im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte ein Stufenverhältnis gibt, das nicht nur im Strafmaß, sondern auch in der begrifflichen Bezeichnung abgebildet werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn es nicht im Sinne eines vermeintlich historischen oder empirischen „Regelbildes“ darum geht, bestimmte Sachverhaltsgruppen den jeweiligen Begriffen zuzuordnen, sondern lediglich das Bedürfnis besteht, überhaupt verschiedene Begriffe zu verwenden – gleichgültig, welche inhaltliche Unterschiede durch die Begriffe abgebildet werden. Diese Erwägungen liegen auch der Praxis zugrunde, entgegen dem sonst Üblichen bei der Vergewaltigung (§ 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB) ausnahmsweise im Urteilstenor nicht die Bezeichnung des Grundtatbestandes (sexueller Übergriff), sondern diejenige des Regelbeispiels eines besonders schweren Falles aufzuführen.<sup>47</sup> So lässt sich auch das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung verstehen: Auch wenn man § 249 StGB nur als Teilausschnitt der Gesamtsumme aller Konstellationen räuberischer Erpressungen begreift, so lässt die Existenz des Raubtatbestandes sich damit rechtfertigen, dass auch dem Raubbegriff eine gewisse Symbolkraft innewohnt, die ihr Gegenstück im Strafrechtssystem finden sollte.<sup>48</sup> Wie genau dieser Teilausschnitt inhaltlich konturiert ist, ist – ebenso wie im Verhältnis zwischen § 211 StGB und § 212 StGB – für das Abstufungsbedürfnis der Bevölkerung letztlich irrelevant und Entscheidung des Gesetzgebers.

### III. Gründe gegen die Notwendigkeit der Abgrenzung von Deliktstatbeständen

Bislang konnte gezeigt werden, dass keiner der Gründe, die dafür angeführt werden könnten, viele Deliktstatbestände im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses bereits auf Ebene des (zumeist objektiven) Tatbestands voneinander abzugrenzen, zwingend ist, sondern die befürchteten Friktionen im Bereich der Konkurrenzenbildung oder Strafzumessung gelöst werden können. Damit ist aber noch nicht ausgesagt, dass der letztgenannte Weg auch tatsächlich zwingend oder vorzugswürdig ist. Dies gilt es im Folgenden darzulegen.

#### 1. Würdigung verschiedener Rechtsgutsbeeinträchtigungen im Schuldspruch

In den verschiedenen Diskussionen betreffend die „Abgrenzung“ bestimmter Deliktstatbestände zeigt sich, dass der

Fokus häufig zu stark auf die Höhe des potenziellen Strafrahmens gerichtet wird. Dies zeigt sich beispielsweise, wenn ausgeführt wird, § 231 StGB habe „nach der Auslegung des 1. Strafsenats keinen eigenen strafbegründenden Anwendungsbereich mehr. Er würde zwar nach teilweise vertretener Auffassung im Wege der Idealkonkurrenz im Schuldspruch zum Tragen kommen [...]. Ein eigenständiger Anwendungsbereich wäre der Vorschrift aber genommen.“<sup>49</sup>

Diese Äußerung verdeutlicht, dass dem Deliktstatbestand des § 231 StGB nur dann eine Daseinsberechtigung zugestanden wird, wenn eine darauf gestützte Verurteilung sich im Verhältnis zu den anderen mitverwirklichten Delikten auch im Strafausspruch niederschlägt. Dieser Gedanke liegt letztlich auch anderen „Abgrenzungen“ zugrunde (wie etwa denjenigen von Diebstahl und Betrug oder Raub und räuberischer Erpressung), weil die vermeintliche Exklusivität der Deliktstatbestände sich nicht im Strafrahmen auswirkt.

Eine solche Betrachtungsweise verkennt allerdings die Bedeutung des Schuldspruchs (vgl. § 260 Abs. 4 S. 1 und 2 StPO) im Strafrecht. Erst der Schuldspruch macht die Qualität des Unwerturteils deutlich und verhängt das Stigma über den Verurteilten. Darum handelt es sich auch um einen eigenständigen Grundrechtseingriff<sup>50</sup> und auch eine Verurteilung, die z.B. gem. § 60 StGB von Strafe absieht, beschwert den Angeklagten und kann mit Rechtsmitteln angefochten werden<sup>51</sup>. Der Strafausspruch ohne den Schuldspruch verkommt zur wertfreien Entscheidung, die nach außen hin nicht mehr von einer Entscheidung im Ordnungswidrigkeitenverfahren, in einem Zivilprozess oder von einem prozessualen Zwangsmittel unterscheidbar ist. Ohne das im Schuldspruch zum Ausdruck kommende Stigma wird die Rechtsfolge zu einer bloß wirtschaftlichen Größe, die – aus Täterperspektive – einer Kosten-Nutzen-Rechnung zugänglich ist.

Die Funktion des Schuldspruchs ist es, das verwirklichte Unrecht bzw. den verwirklichten Unwert erschöpfend abzubilden und somit nach außen zu tragen („Klarstellungsfunktion“).<sup>52</sup> Diesem Ziel ist daher auch die Konkurrenzenbildung verpflichtet („Ausschöpfungsgebot“),<sup>53</sup> die der Formulierung des Schuldspruchs vorausgeht.

Diese Funktion kann aber nicht erfüllt werden, wenn aufgrund einer vermeintlichen Exklusivität von Deliktstatbeständen bestimmte Unrechtselemente bereits tatbestandlich ausgeschlossen und daher bei der Konkurrenzenbildung überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden können. Dies ist

<sup>46</sup> T. Walter, NStZ 2014, 368 (374).

<sup>47</sup> Dazu bspw. BGH, Beschl. v. 27.5.1998 – 3 StR 204/98 = NStZ 1998, 510 (511); Maier, in: Knauer/Kudlich/H. Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 260 Rn. 292 m.w.N.

<sup>48</sup> So Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2017, § 18 Rn. 8 m.w.N.

<sup>49</sup> So von der Meden, HRRS 2013, 158 (162 – Hervorhebung nur hier).

<sup>50</sup> Eingehend Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 621 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> Exemplarisch Jesse, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/1, 26. Aufl. 2014, Vor §§ 296 ff. Rn. 64.

<sup>52</sup> Vgl. bspw. Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 52 Rn. 2; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 30), Vor § 52 Rn. 27; jew. m.w.N.

<sup>53</sup> Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 30), Vor § 52 Rn. 17, 26; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 44), Vor § 52 Rn. 25, § 52 Rn. 26; jew. m.w.N.

insbesondere dann der Fall, wenn verschiedene Rechtsgutsträger betroffen sind.

Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen: T nötigt M mit Gewalt ein Fahrzeug ab, das dieser – was T bewusst ist – von V gemietet hat. Verlangt man im Rahmen der §§ 253, 255 StGB eine Vermögensverfügung, verneint eine solche aber für den vorliegenden Fall und kommt folglich zum Ergebnis, dass T „nur“ eines Raubes schuldig ist, so wird durch diesen Schuldspruch vorrangig die Eigentumsbeeinträchtigung des V abgebildet, weil § 249 StGB in erster Linie Eigentumsdelikt ist.<sup>54</sup> Da der Raubtatbestand jedoch auch die Nötigungskomponente enthält, wird nach h.M. eine Strafbarkeit wegen Nötigung wohl auch bei Personenverschiedenheit verdrängt,<sup>55</sup> weshalb der Schuldspruch nicht klarstellt, dass neben dem Rechtsgut Eigentum auch ein Rechtsgut des M in strafrechtlich relevanter Weise beeinträchtigt wurde. Überhaupt nicht dargestellt wird, dass M selbst einen Vermögensschaden erlitten hat, nämlich den Verlust des berechtigten Besitzes an dem Fahrzeug, und erst recht nicht, dass er und nicht V unmittelbar der Gewaltanwendung des T ausgesetzt war.

Dieses Beispiel zeigt, dass der Umstand, dass die Deliktstatbestände des Raubes einerseits und der räuberischen Erpressung andererseits unterschiedliche Rechtsgüter schützen, nicht hinreichend Beachtung findet. Im Schulfall des Zwei-Personen-Verhältnisses wirkt das Problem sich nicht aus, weil das Eigentumsrecht Teilelement des Vermögens ist und dadurch dasselbe Erfolgsunrecht durch beide Vorschriften abgebildet werden kann. Dieser Zufall darf aber nicht die Auslegung so prägen, dass die Unterschiede gänzlich eingeebnet werden.

### 3. Konsequenzen für andere Rechtsgebiete

Auch andere Rechtsvorschriften, die an eine Verurteilung anknüpfen, beziehen sich häufig nicht (nur) auf einen bestimmten Strafausspruch, sondern auf bestimmte Deliktstatbestände und damit auf bestimmtes Verhaltens- und Erfolgsunrecht bzw. solchen -unwert.

Als Beispiel mag die Vorschrift gem. § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG dienen, die die Inhabilität als Geschäftsführer regelt. Auch insoweit kommt es streng formal auf den Schuldspruch an.<sup>56</sup> Während jede Verurteilung wegen (vorsätzlichen) Bankrotts (§ 283 StGB) zur Inhabilität führt (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. b StGB), ist dies bei einer Verurteilung wegen Untreue nur dann der Fall, wenn der Strafausspruch mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe beträgt (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e StGB).

Nur im Bereich der Untreue sollen Bagatellfälle damit ausgeklammert werden, während es beim Bankrottstatbestand, der nicht dem Schutz des Vermögens der Gesellschaft, sondern demjenigen der Gläubigerinteressen an der Gesamt-

befriedigung dient,<sup>57</sup> gerade nicht auf das Maß des Verstoßes ankommt. Diese Wertung wird unterlaufen, wenn man § 266 StGB einerseits und § 283 StGB einem strengen Exklusivitätsverhältnis unterstellt. Denn auf diese Weise kann es dazu kommen, dass der Umstand, dass neben die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen auch noch ein geringer Vermögensschaden der Gesellschaft selbst tritt, letztlich dazu führt, dass die Vorschrift des § 6 GmbHG unangewendet bleibt.

### 4. Prozessuale Konsequenzen

Nicht zu unterschätzen sind auch die Konsequenzen, die die Verlagerung der „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen von der Tatbestands- auf die Konkurrenzebene im Bereich des Strafprozessrechts zeitigt. Zum einen kann dieser Perspektivwechsel die Antwort auf die Frage beeinflussen, ob ein Verdacht in Bezug auf eine Katalogtat bei entsprechend ausgestalteten Ermittlungsbefugnissen (z.B. § 100a StPO) vorliegt oder nicht. Zum anderen zeigt das Beispiel des abgenötigten Mietwagens (s.o.), dass M im Beispielfall nur dann als Verletzter am Strafverfahren beteiligt werden kann (etwa als Nebenkläger oder im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens), wenn die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter auch tatsächlich abgebildet wird.

Relevant werden kann die Frage des Verhältnisses zweier Deliktstatbestände auch bereits im Rahmen der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit. Anschaulich wird dies am Beispiel des Verhältnisses von § 211 StGB einerseits und § 216 StGB andererseits. Während Mord gem. § 74 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GVG i.V.m. § 1 StPO zur erstinstanzlichen Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer am Landgericht gehört, ist Tötung auf Verlangen ein Vergehen i.S.d. § 12 Abs. 2 StGB und unterfällt je nach Straferwartung im Einzelfall der Zuständigkeit des Strafrichters oder des Schöffengerichts am Amtsgericht oder der großen Strafkammer am Landgericht. Geht man davon aus, dass der den Tod des Opfers verursachende Täter zwar einerseits handelt, um dem ernstlichen Verlangen des Opfers nachzukommen, gleichzeitig aber auch ein Mordmerkmal erfüllt, damit sowohl den Tatbestand des § 216 StGB wie auch denjenigen des § 211 StGB erfüllt und erst auf Konkurrenzebene die Sperrwirkung des Tatbestandes der Tötung auf Verlangen zum Tragen kommt, so ist auf den ersten Blick die große Strafkammer als Schwurgericht zuständig. Dass am Ende möglicherweise „nur“ eine Verurteilung zu einer – im Verhältnis zur Strafandrohung des Mordtatbestandes – geringe Freiheitsstrafe steht, ist wegen § 269 StPO unschädlich.

Dieses Vorgehen ist nicht unproblematisch. Denn es scheint die Wertung des Gesetzgebers zu unterlaufen, nur die

<sup>54</sup> Klarstellend Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 249 Rn. 2.

<sup>55</sup> Sander (Fn. 54), § 249 Rn. 43.

<sup>56</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 30.1.2017 – 5 Wx 2/17 = NZWiSt 2018, 114.

<sup>57</sup> Exemplarisch Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 283 ff. Rn. 19; Radtke/Petermann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 283 Rn. 3; Rotsch/M. Wagner, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2019, Kap. 8 Rn. 122 (erscheint demnächst); jeweils m.w.N.

Schwerstkriminalität der Zuständigkeit des Schwurgerichts zu unterstellen<sup>58</sup> und explizit nur die §§ 211, 212 StGB, nicht aber § 216 StGB in den Katalog des § 74 Abs. 2 S. 1 GVG aufzunehmen. Dieses Problem ist aber von der Frage zu trennen, ob eine Tötung auf Verlangen überhaupt den Mordtatbestand erfüllen kann oder ob das Verhältnis beider Deliktstatbestände im Rahmen der Konkurrenzbildung zu klären ist,<sup>59</sup> sondern eine solche der Auslegung des Gerichtsverfassungsrechts. Denn nach dessen Sinn und Zweck ist zu ermitteln, ob Mechanismen wie die Sperrwirkung des § 216 StGB gegenüber dem Mordtatbestand bereits im Rahmen der Zuständigkeitsfeststellung berücksichtigt werden sollen oder nicht.

Von dem Umstand abgesehen, dass der Gesetzgeber vermutlich anderes im Sinn hatte, hätte es aber auch prozessuale Vorteile, mit der obigen Argumentation die Tötung auf Verlangen generell der Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer zu unterwerfen. Stellt sich im Laufe der Hauptverhandlung (vor dem Amtsgericht oder einer großen Strafkammer beim Landgericht) heraus, dass entgegen den Verdachtsmomenten im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses doch kein ernstliches Verlangen vorlag oder dieses nicht den zentralen Beweggrund des Täters darstellte, ist der erkennende Spruchkörper sachlich unzuständig und das Verfahren muss gem. § 270 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StPO an das Schwurgericht zur erneuten Verhandlung verwiesen werden.

Ähnliche Probleme können sich im Zusammenhang mit der Nebenklageberechtigung stellen. Wird dem Opfer einer versuchten Tötung, das bestreitet, die Tötung ernstlich verlangt zu haben, der Anschluss als Nebenkläger mit der Begründung verweigert, § 395 StPO sehe in einem Fall des §§ 216 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB einen Anschluss nicht vor, so stellt diese Ablehnung einen relativen Revisionsgrund dar, wenn sich später herausstellt, dass die Tat doch als Fall des §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB oder §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1 StGB zu werten ist.<sup>60</sup>

Um diese prozessualen Folgeprobleme zu vermeiden, werden die Strafverfolgungsbehörden versucht sein, „sicherheitshalber“ (nur) das schwerere Delikt anzuklagen. Insoweit wäre es für alle Verfahrensbeteiligten praktikabler, die angesprochenen Probleme von vornherein im Wege der konkurrenzrechtlichen Lösung zu vermeiden.

### 5. Strafbarkeits„lücken“

Nach *Puppe* führen Exklusivitätspostulate zu Strafbarkeitslücken.<sup>61</sup> Zweifelhaft erscheint zwar die Ausgangsthese *Pupes*, jede Form der tatbestandsmäßigen Exklusivität werde durch Einfügung eines ungeschriebenen Merkmals in einen der „abzugrenzenden“ Deliktstatbestände erreicht.<sup>62</sup> Dies mag ein typisches Vorgehen sein, wie insbesondere die „Ver-

mögensverfügungen“ im Rahmen der §§ 253, 263 StGB zeigen. Allerdings wird die „Abgrenzung“ zum Teil auch mittels Auslegung im Gesetzestext *bereits vorhandener* Merkmale vollzogen, wie beispielsweise die frühere „Interesstheorie“ im Verhältnis zwischen Bankrott und Untreue zeigt, die ihren Ausgangspunkt im Begriff „als“ im Rahmen des § 14 Abs. 1 StGB nahm. Sieht man davon einmal ab sowie darüber hinweg, dass der Begriff der Strafbarkeitslücke in einem fragmentarischen rechtsstaatlichen Strafrecht problematisch ist,<sup>63</sup> so ist ihr in der Sache dennoch zuzustimmen. Ein Teil der Beispiele, die *Puppe* als Beleg für ihre These aufführt,<sup>64</sup> ist zwar zwischenzeitlich gesetzgeberisch überholt<sup>65</sup>, lässt sich jedoch in analoger Weise auch anhand des gegenwärtigen Strafrechts bilden.

Die erste von *Puppe* genannte Problemkonstellation sind Irrtumsfälle. Dies sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: A fordert von B mit vorgehaltener Waffe dessen Autoschlüssel heraus, wobei er das Fahrzeug nur kurzfristig benutzen, im Anschluss aber zurückgeben will. Er geht dabei davon aus, dass B sich in einer ausweglosen Situation sieht. B hingegen ist der Auffassung, die Situation anderweitig beenden zu können, entscheidet sich jedoch für den Weg des geringsten Widerstandes und händigt A die Schlüssel freiwillig aus. Verlangt man im Rahmen der §§ 253, 255 StGB eine Vermögensverfügung, so hat A keinen diesbezüglichen Vorsatz, weil er von einer Wegnahme ausgeht. Die Strafbarkeit wegen eines (untauglich) versuchten Raubes scheitert an der fehlenden Zueignungsabsicht. Es bleibt daher bei einer Strafbarkeit wegen Bedrohung bzw. Nötigung sowie gem. § 248b StGB. Die Verknüpfung des Handlungsunrechts (Gewaltanwendung bzw. Drohung) mit dem Erfolgsunrecht (Besitzverlust) wird nicht abgebildet. Bildet man den Fall so, dass das Tatobjekt kein Kraftfahrzeug oder Fahrrad i.S.d. § 248b StGB ist, wird das Erfolgsunrecht überhaupt nicht tatbestandsmäßig erfasst.

Die zweite Fallgruppe betrifft Teilnahmemöglichkeiten. Bildet man den soeben dargestellten Beispielfall dahingehend um, dass A zwar erkennt, dass B die Schlüssel freiwillig aushändigt, sein Gehilfe G aber davon ausgeht, B lasse sich die Schlüssel wegnehmen, so liegt die Haupttat, zu der G Hilfe leisten will (Raub), nicht vor. Da nach § 30 StGB e contrario der (erst recht untaugliche) Versuch der Beihilfe zu einer (nicht vorliegenden) räuberischen Erpressung nicht

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Kertai*, JuS 2011, 976.

<sup>59</sup> *Puppe*, JR 1984, 229 (231 ff.).

<sup>60</sup> § 246 StGB a.F. wurde durch Art. 1 Nr. 52 des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) v. 26.1.1998 (BGBl. I 1998, S. 164 [178]) u.a. dahingehend neugefasst, dass der Passus „die er in Besitz oder Gewahrsam hat“, anhand dessen zuvor die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Unterschlagung diskutiert worden war (zsf. etwa *Hohmann*, in: Joecks/Miebach [Fn. 54], § 246 Rn. 4 ff. m.w.N.), gestrichen wurde. Die Ausführungen betreffend § 237 StGB betreffen nicht den heutigen Straftatbestand der Zwangsheirat, sondern denjenigen der „Entführung gegen den Willen der Entführten“ gem. § 237 StGB a.F., der auf § 236 RStGB beruhte und durch das 33. StÄG v. 1.7.1997 aufgehoben wurde (BGBl. I 1997, S. 1607).

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drs. 7/551, S. 101.

<sup>59</sup> Eingehend *H. Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 54), § 216 Rn. 72 m.w.N.

<sup>60</sup> Vgl. *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 396 Rn. 13 m.w.N.

<sup>61</sup> *Puppe*, JR 1984, 229 (231 ff.).

<sup>62</sup> *Puppe*, JR 1984, 229 (230: „Alle Versuche“).

strafbar ist, bleibt G straflos. Vergleichbare Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit § 28 StGB.<sup>66</sup>

Insoweit liegen Strafbarkeits„lücken“ nicht in dem Sinne vor, dass gesetzlich formulierte Deliktstatbestände solche Verhaltensweisen nicht erfassen, die rechtspolitisch als strafwürdig angesehen werden. Vielmehr sind solche Verhaltensweisen straflos bzw. das verwirklichte Unrecht wird in einem geringeren Maß abgebildet, als der Gesetzgeber dies vermutlich im Sinn gehabt hat, weil der Gesetzeswortlaut aufgrund wissenschaftlicher vermeintlicher Systematisierungsbemühungen nicht ausgeschöpft wird.

### 6. Teilweises Entfallen eines vermeintlich praktischen Bedürfnisses für echte Wahlfeststellung

Seit der *Große Senat für Strafsachen* im vergangenen Jahr entschieden hat, dass die sog. „echte“ oder „ungleichartige“ Wahlfeststellung nach den durch die Rechtsprechung des BGH entwickelten Grundsätzen zulässig ist,<sup>67</sup> ist die diesbezügliche Diskussion als für die Praxis vorläufig beendet anzusehen. Die tiefgreifende Kritik weiter Teile der Literatur<sup>68</sup> an dieser Rechtsfigur hat der *Senat* dabei „nur in homöopathischen Dosen verarbeitet“.<sup>69</sup>

Der hier favorisierte Ansatz, im Falle des Zusammentreffens mehrerer Deliktstatbestände der Konkurrenzlösung gegenüber der tatbestandlichen Exklusivität den Vorzug zu geben, hat den – steht man der echten Wahlfeststellung grundsätzlich kritisch gegenüber – angenehmen Nebeneffekt, dass diese Rechtsfigur zumindest einen weiten Teil ihres vermeintlichen Anwendungsbereichs verliert. Denn nach den Kriterien der Rechtsprechung setzt sie voraus, dass die beiden wahldeutig angeklagten oder abzuurteilenden Deliktstatbestände alternativ vorliegen und kein Stufenverhältnis zwischen beiden vorliegt; bei einem solchen ist nach dem Zweifelsatz der mildere bzw. weitere Deliktstatbestand einschlägig.<sup>70</sup> Geht man aber davon aus, dass es keine Notwendigkeit gibt, ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Deliktstatbeständen künstlich in den Fällen herzustellen, in denen der Gesetzgeber diese Entscheidung nicht explizit getroffen hat, so fehlt es in den betreffenden Fällen an einem Alternativitätsverhältnis im eben genannten Sinne mit der Folge, dass keine Wahlfeststellung angenommen werden kann.<sup>71</sup>

Zu diesem Ergebnis kommt etwa die Rechtsprechung, die den Raub als besonderen Ausschnitt der räuberischen Erpres-

sung ansieht.<sup>72</sup> Verzichtet man im Rahmen des Hehlereitatzstandes auf das ungeschriebene Merkmal, dass der Hehler sich die durch die rechtswidrige Vortat erlangte Sache im Einverständnis mit dem Vortäter verschafft haben muss, ist häufig eine Aburteilung wegen Hehlerei möglich, wenn die Voraussetzungen des § 242 StGB nicht zweifelsfrei nachweisbar sind.<sup>73</sup>

### IV. Ergebnis und Exemplifizierung

Es hat sich gezeigt, dass es keine zwingenden Gründe gibt, Deliktstatbestände im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses voneinander abzugrenzen, sofern der Gesetzgeber diese Entscheidung nicht selbst getroffen hat. Vielmehr sprechen die besseren Argumente dafür, eventuelle Kollisionen mit den Mitteln des Konkurrenzrechts zu lösen. Die Behauptung, „[j]ede Variante einer Konkurrenzlösung“ habe „strafausdehnenden Charakter“,<sup>74</sup> trifft nicht zu, soweit man die „Strafe“, die ausgedehnt wird, im Sinne des Strafausspruchs versteht. Auch der Einwand, es würden „gesetzlich gewollte[] [...] Strafbarkeitslücken“ geschlossen,<sup>75</sup> trägt nicht; vielmehr wird die Entscheidung des Gesetzgebers, was Unrecht und strafbarer Unwert ist, präziser abgebildet. Soweit dadurch insbesondere Beteiligungsmöglichkeiten eröffnet werden, ist davon auszugehen, dass diese dem gesetzgeberischen Willen entsprechen und somit nicht von einer „Ausdehnung“ gesprochen werden kann bzw. eine solche nicht als problematisch anzusehen ist.

Vor- und Nachteile der „Konkurrenzlösung“ seien an wenigen Beispielen noch einmal verdeutlicht:

So ermöglicht der Verzicht auf das Kriterium der Vermögensverfügung bei der (räuberischen) Erpressung eine präzisere Abbildung der verschiedenen Rechtsgutsbeeinträchtigungen im Tenor, soweit mehrere Personen betroffen sind (s.o.). Dem steht die systematische Struktur des 20. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB nicht entgegen.<sup>76</sup> Ebenso wie die gesetzliche Reihenfolge der Tötungsdelikte lässt sich auch die primäre Nennung des § 249 StGB historisch erklären, was aber keine dogmatischen Konsequenzen zeitigt und nicht ausschließt, den Raub als speziellen Teilausschnitt der räuberischen Erpressung anzusehen. Sofern die speziell raubprägenden Merkmale vorliegen – Nötigung zur Duldung der Wegnahme, Eigentumsbeeinträchtigung, Absicht rechtswidriger Zueignung – und derselbe Rechtsgutsträger wie im Rahmen der §§ 253, 255 StGB betroffen ist, ist der Raubtatbestand spezieller. Anderenfalls kann Tateinheit zwischen beiden Deliktstatbeständen vorliegen.

Ebenso wenig besteht eine Notwendigkeit, §§ 249, 251 StGB dahingehend auszulegen, dass die verschiedenen Arten des Tötungsvorsatzes nicht mitumfasst sind. Vielmehr kann ein Bedürfnis dafür bestehen, Tateinheit zwischen Mord und Raub mit Todesfolge anzunehmen. Entscheidend ist, dass das

<sup>66</sup> Vgl. *Puppe*, JR 1984, 229 (231, 233).

<sup>67</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.2017 – GSSt 1/17 = BGHSt 62, 164 = NJW 2017, 2842 m. Anm. *Jahn*.

<sup>68</sup> Vgl. exemplarisch die Überblicke über die literarische Diskussion bei *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676; *Linder*, ZIS 2017, 311.

<sup>69</sup> Zutreffend *Jahn*, NJW 2017, 2846.

<sup>70</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.2017 – GSSt 1/17, Rn. 15 = BGHSt 62, 164 (168 f.) = NJW 2017, 2842 (2483).

<sup>71</sup> Den Zusammenhang zwischen den Exklusivitätspostulaten und der Wahlfeststellung betont zutreffend *Lichtenthäler*, in: A. Schneider/M. Wagner (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, S. 177 (189 f.).

<sup>72</sup> BGH, Beschl. v. 15.4.2014 – 3 StR 92/14 = NStZ 2014, 640.

<sup>73</sup> Dazu bereits *M. Wagner*, ZJS 2010, 17 (28).

<sup>74</sup> *J. Kretschmer*, JuS 2013, 24 (28).

<sup>75</sup> *J. Kretschmer*, JuS 2013, 24 (28).

<sup>76</sup> So aber z.B. *Sander* (Fn. 54), § 253 Rn. 16 m.w.N.

verwirklichte Unrecht vollständig abgebildet wird. Bei einer Verurteilung wegen Mordes wird nicht tenoriert, welche Mordmerkmale erfüllt sind. Selbst soweit Habgier angenommen wird, wird der Wegnahmeerfolg dadurch nicht abgebildet.

Schließlich sei klargestellt, dass auch die „Konkurrenzlösung“ an ihre Grenzen stößt. Deutlich wird dies in Bezug auf §§ 239a, 239b StGB. Mit einem Strafrahmen von Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist der Deliktstatbestand wesentlich strenger als die Deliktstatbestände der §§ 177, 253 StGB, die auf die Nötigung aufbauen. Im Zwei-Personen-Verhältnis droht die Anwendbarkeit der §§ 239a, 239b StGB daher die gesetzgeberische Wertung zu unterlaufen, dass die §§ 177, 253 StGB gerade einen deutlich milderen Strafrahmen für solche Fälle vorsehen. Um dies zu verhindern, werden verschiedenste Bemühungen unternommen, um die Anwendbarkeit der §§ 239a, 239b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis einzuschränken.<sup>77</sup> Auch insoweit wird als Ansatz vorgetragen, die §§ 177, 253 StGB seien als (milder bestrafte) Spezialregelungen anzusehen und gingen den §§ 239a, 239b StGB daher auf der Konkurrenzebene vor.<sup>78</sup> Dem wird aber zutreffend entgegengehalten, dass den entsprechenden Deliktstatbeständen kein Spezialitätsverhältnis entnommen werden kann.<sup>79</sup> Auch eine Konsumtion ist nicht möglich,<sup>80</sup> weil die Deliktstatbestände jeweils unterschiedliche Rechtsgüter schützen.<sup>81</sup> Somit muss der Widerspruch im Strafmaß auf Tatbestandsebene aufgelöst werden. Allerdings darf dies nicht dazu verleiten, eine „Abgrenzung“ im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses vorzunehmen. Denn gerade, weil unterschiedliche Rechtsgüter geschützt werden, kann im Einzelfall mit Blick auf die Klarstellungsfunktion ein Bedürfnis dafür bestehen, Tateinheit z.B. zwischen erpresserischem Menschenraub gem. § 239a StGB und Erpressung gem. § 253 StGB anzunehmen (etwa, weil § 239a StGB nicht abbildet, ob die Erpressung erfolgreich war oder nicht<sup>82</sup>). Es handelt sich also nicht um eine Frage von „Tatbestandslösung vs. Konkurrenzlösung“, sondern lediglich um eine tatbestandsinterne restriktive Auslegung der §§ 239a, 239b StGB, die – wenn auch nicht im Ausgangspunkt, so jedenfalls in der Sache – von den §§ 177, 253 StGB unabhängig ist.

---

<sup>77</sup> Überblick bei *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Ed., Stand. 1.8.2018, § 239a Rn. 12 ff. m.w.N.

<sup>78</sup> So v.a. *Geerds*, JR 1993, 424 (424 f.).

<sup>79</sup> BGH, Beschl. v. 22.11.1994 – GSSt 1/94 = BGHSt 40, 350 (360) = NJW 1995, 471 (472); *Müller-Dietz*, JuS 1996, 110 (115 f.); *Renzikowski*, JR 1995, 349 (350); *ders.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 57), § 239a Rn. 86; *Tenckhoff/Baumann*, JuS 1994, 836 (839).

<sup>80</sup> So aber *Fahl*, Jura 1996, 456 (460 f.).

<sup>81</sup> *Renzikowski* (Fn. 79), § 239a Rn. 86.

<sup>82</sup> Vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.11.1961 – 1 StR 442/61 = BGHSt 16, 316 (320) = NJW 1962, 164 (165); *Renzikowski* (Fn. 79), § 239a Rn. 86 m.w.N.

# Die Strafsache „Oskar Gröning“ vor dem Bundesgerichtshof Zugleich Überlegungen zum Begriff der teilnahmefähigen Haupttat i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB bei arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhängen

Von PD Dr. Boris Burghardt, Berlin\*

Die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) in der Strafsache Oskar Gröning erging vor etwas mehr als zwei Jahren, am 20. September 2016.<sup>1</sup> In der Medienberichterstattung wurde sie alsbald als „historisch“ gewürdigt.<sup>2</sup> Auch die Besprechungen in juristischen Fachzeitschriften begrüßten jedenfalls das Ergebnis, die Verurteilung Grönings wegen Beihilfe an den in Auschwitz verübten Gaskammernorden während der sog. „Ungarn-Aktion“.<sup>3</sup>

Im Folgenden sollen nach einer Zusammenfassung dieses denkwürdigen Verfahrens (dazu I.) zwei Aspekte aufgegriffen werden, die in der bisherigen Rezeption der BGH-Entscheidung zu kurz gekommen sind. In strafrechtsdogmatischer Hinsicht ist es lohnend, dem Begriff der teilnahmefähigen Haupttat vertiefte Aufmerksamkeit zu widmen (II.). Zudem soll die Entscheidung in zeitgeschichtlicher Hinsicht bewertet werden (III.).

## I. Die Strafsache Oskar Gröning

### 1. Ermittlungsverfahren und Anklage

Oskar Gröning wird im August 2014 von der Staatsanwaltschaft Hannover angeklagt.<sup>4</sup> Zu diesem Zeitpunkt ist er 93 Jahre alt. Der Tatvorwurf gegen ihn lautet: Beihilfe zum Mord in 300.000 tateinheitlichen Fällen.

Gegenstand der Anklage ist die Tätigkeit Grönings als SS-Unterscharführer in Auschwitz während der sog. „Ungarn-Aktion“. Mit dieser Bezeichnung ist die Deportation ungarischer Juden nach Auschwitz-Birkenau vom 16. Mai bis zum 11. Juli 1944 gemeint.<sup>5</sup> In diesem Zeitraum trafen 141 Züge aus Ungarn im Vernichtungslager ein, im Durchschnitt

fast drei Züge täglich, jeder mit 40 bis 50 Waggons, in jedem Waggon 80 bis 100 Personen – jeden Tag zwischen 8.000 und 10.000 Menschen.<sup>6</sup> Insgesamt werden in den knapp zwei Monaten nach der Zählung des Ungarn-Bevollmächtigten des Großdeutschen Reiches, Edmund Veesenmeyer, 437.402 Personen nach Birkenau deportiert.<sup>7</sup> Von ihnen werden unmittelbar nach ihrer Ankunft in Auschwitz-Birkenau mehr als drei Viertel, zwischen 300.000 und 350.000 Menschen, in den Gaskammern ermordet.

Oskar Gröning war zu Beginn der „Ungarn-Aktion“ bereits mehr als anderthalb Jahre in Auschwitz.<sup>8</sup> Als 21-Jähriger hatte er dort am 25. September 1942 seinen Dienst in der im Stammlager angesiedelten Häftlingeigentumsverwaltung (HEV) angetreten, und zwar in der Abteilung Häftlingsgeldverwaltung (HGV). Die systematischen Vernichtungsaktionen an deportierten Juden hatten in Auschwitz schon im Mai 1942 begonnen, ab Juli 1942 wurden sie zur Routine.<sup>9</sup> Grönings Aufgabe in der HEV bestand darin, das Geld, das in dem Hab und Gut der Deportierten gefunden wurde, nach Devisensorten zu sortieren, zu verbuchen und in einem Tresor zu verwahren. In unregelmäßigen Abständen begleitete Gröning den Transport dieses Geldes nach Berlin, entweder zum Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt (WVHA) der SS oder direkt zu der Reichsbank, wo die SS zu diesem Zweck ein Konto unter dem zynischen Tarnnamen „Max Heiliger“ führte.<sup>10</sup>

Überdies versah Gröning mehrfach den sogenannten „Rampendienst“, der darin bestand, nach Ankunft eines De-

---

\* Der Verf. vertritt derzeit als Gastprofessor den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Tatjana Hörnle) an der Humboldt-Universität zu Berlin.

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16 = BGHSt 61, 252. Die Entscheidungsgründe lagen Ende November 2016 schriftlich vor.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Janisch, *Süddeutsche Zeitung* v. 29.11.2016, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/kz-helfer-historisches-urteil-1.3270069>.

<sup>3</sup> Vgl. Fahl, *HRRS* 2017, 167; Grünwald, *NJW* 2017, 500; Momsen, *StV* 2017, 546; Rommel, *NStZ* 2017, 161; Roxin, *JR* 2017, 88; Safferling, *JZ* 2017, 258.

<sup>4</sup> Vgl. LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13.

<sup>5</sup> Ausführlich zu der „Ungarn-Aktion“ Aly/Gerlach, *Das letzte Kapitel, Der Mord an den ungarischen Juden*, 2002. Zusammenfassend z.B. Safrian, *Eichmann und seine Gehilfen*, 1995, S. 295 ff.; Wachsmann, *KL: Die Geschichte der nationalsozialistischen Konzentrationslager*, 2016, S. 528 ff. Grundlegend Braham, *The Destruction of the Hungarian Jewry*, 1963.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. Steinbacher, *Auschwitz, Geschichte und Nachgeschichte*, 3. Aufl. 2015, S. 86 f.; Wachsmann (Fn. 5), S. 530, spricht davon, dass an manchen Tagen bis zu fünf Züge mit rund 16.000 Personen in Auschwitz eingetroffen seien.

<sup>7</sup> Zu Veesenmeyer, der 1949 im Wilhelmstraßen-Prozess wegen der strafbaren Beteiligung an Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren verurteilt, aber bereits im Dezember 1951 begnadigt und aus der Haft entlassen wurde, vgl. z.B. Conze/Frei/Hayes/Zimmermann, *Das Amt und die Vergangenheit*, 2010, S. 260 ff., 389 ff.

<sup>8</sup> Vgl. zu den Angaben über die Tätigkeit des Angeklagten in Auschwitz und Auschwitz-Birkenau die gerichtlichen Feststellungen in LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 7–12, 17, sowie zusammenfassend BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 3, 11 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Steinbacher (Fn. 6), S. 84.

<sup>10</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 12. Da das Reichssicherheitshauptamt und das WVHA die für ihre Tätigkeiten benötigten Gelder zumindest indirekt auch aus den auf diesen Konten angesammelten Barmitteln erhielten, wurde der Massenmord zu einem sich weitgehend selbst finanzierenden Unterfangen, vgl. z.B. Kádár/Vági, *Self-financing Genocide*, 2004, S. 118.

portationszuges an der Rampe von Auschwitz-Birkenau in Uniform und bewaffnet Wachdienst zu verrichten. Zweck des „Rampendienstes“ war die Absicherung des reibungslosen Verlaufs der folgenden Schritte: das Aussteigen der entkräfteten Deportierten aus den Zügen; die Selektion der Deportierten in „Arbeitsfähige“, die als Häftlinge in das Lager aufgenommen wurden, und „Nicht-Arbeitsfähige“, die sogleich zu den vier großen Krematorien mit den integrierten Gaskammern verbracht und dort ermordet wurden; zugleich die Entladung, Durchsuchung und Sortierung des an der Rampe zurückgelassenen Gepäcks der Deportierten durch Häftlinge des Konzentrationslagers zur Weiterverwertung und Bereicherung der SS und der „deutschen Volksgemeinschaft“.

Gröning hat drei „Rampendienste“ während der „Ungarn-Aktion“ eingeräumt, ohne dass sich im Hauptverfahren nähere gerichtliche Feststellungen treffen ließen, wann diese erfolgten. Nach eigenen Angaben war Gröning dabei stets nur mit der Bewachung des Gepäcks beauftragt, während die unmittelbare Beaufsichtigung der Deportierten den „Wachmannschaften“ der SS-Totenkopfverbände oblag.

Nach dem Krieg und britischer Kriegsgefangenschaft kehrte Gröning 1948 in seinen Geburtsort Nienburg an der Weser zurück und arbeitete dort als Buchhalter, später als Personalchef in einer Glasfabrik.<sup>11</sup> Von der deutschen Justiz blieb er zunächst drei Jahrzehnte unbehelligt. Erst im Januar 1978 führte ein Ermittlungsverfahren, das die Staatsanwaltschaft Frankfurt/Main noch in der Folge des großen „Frankfurter Auschwitz-Prozesses“ gegen 61 ehemalige SS-Angehörige der Lagerkommandos führte, zu seiner Vernehmung als Beschuldigter.<sup>12</sup> Danach geschah erneut jahrelang nichts, die formale Einstellung des Ermittlungsverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts gegen Gröning erfolgte erst im März 1985.<sup>13</sup> Für die Justiz war er in den folgenden Jahrzehnten nur als Zeuge in Strafverfahren gegen andere ehemals in Auschwitz tätige SS-Angehörige von Interesse. Sowohl in dem Strafverfahren gegen Gottfried Weise vor dem Landgericht Wuppertal<sup>14</sup> als auch in dem Strafverfahren gegen Heinrich Kühnemann vor dem Landgericht Duisburg<sup>15</sup> wurde Gröning als Zeuge vernommen.<sup>16</sup> Die von der „Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung national-

sozialistischer Verbrechen“ 2005 und erneut 2011 – nach der Verurteilung Iwan (John) Demjanjucs durch das Landgericht München II<sup>17</sup> – angeregte Wiederaufnahme der Ermittlungen lehnte die Staatsanwaltschaft Frankfurt/Main jeweils ab. Erst Ende November 2013 nahm sich die Staatsanwaltschaft Hannover der Sache an und leitete ein erneutes Ermittlungsverfahren gegen Gröning ein, das schließlich zu der Anklageerhebung führte.<sup>18</sup>

## 2. Die erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Lüneburg

Die Hauptverhandlung fand vom 21. April bis zum 15. Juli 2015 vor der 4. Großen Strafkammer des Landgerichts Lüneburg statt. Der Vorsitzende Richter Franz Kompisch erhielt alsbald viel Lob für seine behutsame Verhandlungsführung, die den angereisten Auschwitz-Überlebenden ausreichenden Raum gab, ihre Geschichte zu erzählen, ohne zugleich das verfahrensimmanente Ziel – die Klärung der Frage nach der Strafbarkeit Grönings – aus den Augen zu verlieren.<sup>19</sup>

Zugleich trug auch der Angeklagte selbst durch sein Auftreten dazu bei, dass der Prozess zu einem denkwürdigen Ereignis wurde. Trotz seines hohen Alters und der mit dem Prozess verbundenen physischen und psychischen Belastungen versuchte Gröning nicht, das Verfahren gegen ihn zu verzögern. Vielmehr sprach er offen über seine Tätigkeit in Auschwitz und fand Worte des Bedauerns. Im Urteil heißt es dazu: „Seine Angaben in der Hauptverhandlung waren von großer, teils schonungsloser Offenheit geprägt.“<sup>20</sup> Bereits am ersten Prozesstag räumte Gröning seine moralische Mitschuld ein,<sup>21</sup> in seinem „letzten Wort“ als Angeklagter erklärte er: „Auschwitz war ein Ort, an dem man nicht mitmachen durfte. Das haben wir hier gehört, das ist mir bewusst. Ich bereue aufrichtig, dass ich diese Erkenntnis nicht früher umgesetzt habe. Das tut mir aufrichtig leid.“<sup>22</sup> Damit unterschied sich sein Verhalten markant von dem der allermeisten Personen,

<sup>11</sup> Vgl. LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 20.

<sup>12</sup> Vgl. dazu auch *Renz*, Die Justiz schärft ihren Blick auf Auschwitz, *Die Zeit* v. 21.7.2015, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wissen/geschichte/2015-07/auschwitz-prozess-oskar-groening-revision-rechtsauffassung-vernichtungslager/komplettansicht> (2.1.2019).

<sup>13</sup> Vgl. LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 21.

<sup>14</sup> Vgl. LG Wuppertal, Urt. v. 28.1.1988 – 25 Ks 130 Js 7/83 (Z) – 29/85 V = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 902a, Bd. XLVII, 295; BGH, Beschl. v. 31.3.1989 – 3 StR 486/88 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 902b, Bd. XLVII, 395 ff.

<sup>15</sup> Das Verfahren gegen Kühnemann wurde wegen der dauerhaften Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten eingestellt.

<sup>16</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 22 f.

<sup>17</sup> LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 924, Bd. XLIX, 227. Vgl. dazu u.a. *Werle/Burghardt*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 339.

<sup>18</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 25.

<sup>19</sup> Es sagten Hedy Bohm, Ted Bolgar, Max Eisen, William Glied, Eugene Lebovitz, Ivor Perl Eva Pusztai-Fahidi und Kathleen Zahavi aus, zudem die Schwestern Ilona Kalman und Elaine Kalman Naves, deren Schwester mit weiteren Angehörigen in Auschwitz im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ ermordet wurde.

<sup>20</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 61.

<sup>21</sup> Huth (Hrsg.), *Die letzten Zeugen, Der Auschwitz-Prozess von Lüneburg*, 2015, S. 15.

<sup>22</sup> Huth (Fn. 21), S. 239.

die sich wegen ihrer Beteiligung an NS-Verbrechen vor Gericht zu verantworten hatten.<sup>23</sup>

Nach 17 Sitzungstagen wurde Gröning entsprechend der Anklage wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 rechtlich zusammentreffenden Fällen zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Beihilfe begründete die Strafkammer damit, dass Gröning durch seine Dienstausbübung auf der „Rampe“ wie in der Häftlingsgeldverwaltung „das insgesamt auf Tötung von Menschen ausgerichtete System des Konzentrationslagers Birkenau („Auschwitz II“) fortlaufend unterstützte“.<sup>24</sup>

Näher ausgeführt hat das Landgericht dies nur für die Tätigkeit Grönings im Rahmen des „Rampendienstes“: Der Angeklagte habe dadurch dazu beigetragen, Plünderungen des Gepäcks zu verhindern und damit die Arglosigkeit der Opfer aufrechtzuerhalten. Zugleich sei er dabei „Teil einer Drohkulisserie [gewesen], die jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht im Keim ersticken sollte.“<sup>25</sup>

Die Begründung der subjektiven Voraussetzungen der Beihilfe waren kein Problem, da Gröning auch in der Hauptverhandlung Kenntnis hinsichtlich des Ablaufs der Tötungsvorgänge eingeräumt hatte – und damit auch hinsichtlich der Umstände, welche die Heimtücke und die Grausamkeit der Gaskammermorde begründeten.<sup>26</sup> Dabei war das Landgericht der Auffassung, die „Ungarn-Aktion“ habe sich für Gröning als eine Tat im Rechtssinne dargestellt: „Die gesamte Tätigkeit des Angeklagten war dadurch geprägt, dass sie eine Vielzahl von Morden förderte, ohne dabei auf die Förderung bestimmter einzelner Taten gerichtet zu sein.“<sup>27</sup>

### 3. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hat das erstinstanzliche Urteil im Ergebnis bestätigt. Zur Begründung der Beihilfe des Angeklagten hat der 3. Strafsenat betont, dass die allgemeinen Grundsätze von Täterschaft und Teilnahme auch dann gälten, wenn „die strafrechtliche Bewertung von Handlungen in Rede steht, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisier-

ten Massenverbrechen vorgenommen werden“.<sup>28</sup> Zugleich dürften jedoch „die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben“.<sup>29</sup> Es sei zu prüfen, „ob die Handlungen des allenfalls als Tatgehilfe in Betracht kommenden Beteiligten die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben.“<sup>30</sup>

Diese abstrakten Überlegungen hat der BGH für Gröning in zwei Aspekten konkretisiert. Zum einen hat er im Einklang mit den Ausführungen des Landgerichts Lüneburg festgestellt, dass die vom Angeklagten eingeräumten Rampendienste als Beihilfe zu den jeweiligen Tötungsaktionen zu werten seien. Durch die Bewachung des Gepäcks habe er dazu beigetragen, die Arglosigkeit der Opfer aufrechtzuerhalten. Zugleich habe er als Teil der Drohkulisserie daran mitgewirkt, jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht im Keim zu ersticken.<sup>31</sup>

Wichtiger für die Aufrechterhaltung des Schuldspruchs ist die zweite Begründungslinie des BGH: Voraussetzung der Durchführung der „Ungarn-Aktion“ sei „das Bestehen eines organisierten Tötungsapparates“ gewesen, „der auf der Basis seiner materiellen und personellen Ausstattung durch verwaltungstechnisch eingespielte Abläufe und quasi industriell ablaufende Mechanismen in der Lage war, in kürzester Zeit eine Vielzahl von Mordtaten umzusetzen“.<sup>32</sup> Zu diesem Tötungsapparat habe insbesondere das in Auschwitz diensttue Personal gehört. Der Tatentschluss der Planer der „Ungarn-Aktion“ und ihre Anordnungen zur Umsetzung seien daher wesentlich durch das Bestehen des Tötungsapparates bedingt und hierdurch maßgeblich gefördert worden. Als Teil des personellen Apparates, der für die „Ungarn-Aktion“ bereit stand, habe Gröning „durch seine allgemeine Dienstausbübung“ an der Tatförderung Anteil gehabt.<sup>33</sup>

Insoweit stellt der Beschluss darauf ab, dass es Gröning als SS-Angehörigen im Lager unabhängig von irgendwelchen konkreten „Rampendiensten“ „durchgehend oblag, die Deportierten zu überwachen sowie Widerstand oder Fluchtversuche mit Waffengewalt zu verhindern.“<sup>34</sup> Darüber hinaus sei er in die Verwertung der Vermögenswerte der Opfer eingebunden gewesen: „Dass diese Funktionen im Konzentrationslager Auschwitz von dort tätigen Angehörigen der SS ausgefüllt wurden, war den Verantwortlichen bei Anordnung der „Ungarn-Aktion“ bekannt und war für ihren Tatentschluss sowie ihre entsprechenden Anordnungen und Befehle von grundlegender Bedeutung.“<sup>35</sup>

Im Ergebnis bestätigte der BGH daher den Schuldspruch des Schwurgerichts Lüneburg wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 tateinheitlichen Fällen, wenngleich er sich die kon-

<sup>23</sup> Vgl. dazu noch immer eindrücklich Fritz Bauer in der Fernsehendung „Heute Abend – Kellerklub“ des Hessischen Rundfunks, Erstausstrahlung am 8.12.1964, der mit Bezug auf das Verhalten der Angeklagten im großen Frankfurter Auschwitz-Prozess sagte: „Ein menschliches Wort, [...] seit dem Dezember 1963 warten die Staatsanwälte, dass einer der Angeklagten [...] ein menschliches Wort zu den Zeugen und Zeuginnen findet, die überlebten, nachdem ihre ganzen Familien ausgerottet sind. [...] Die Welt würde aufatmen, nicht bloß die Staatsanwälte. Die Luft würde gereinigt werden, wenn endlich einmal ein menschliches Wort fiele. Es ist nicht gefallen, und es wird auch nicht fallen.“

<sup>24</sup> LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 56. Vgl. auch a.a.O., Rn. 10, 36.

<sup>25</sup> LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 56.

<sup>26</sup> LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 56.

<sup>27</sup> LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 58.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

<sup>31</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 21.

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 23.

<sup>33</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

<sup>34</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

kurrenzrechtliche Beurteilung als eine Tat im Rechtssinn ausdrücklich nicht zu eigen machen wollte.<sup>36</sup> Schließlich betonte der 3. Strafsenat, dass seine Rechtsauffassung nicht im Widerspruch zur früheren Rechtsprechung des BGH stehe.<sup>37</sup>

#### 4. Nachspiel

Oskar Gröning bekannte sich im Strafverfahren zwar zu seiner moralischen Mitverantwortung für den in Auschwitz begangenen Massen- und Völkermord. Dass er an seinem Lebensende aber tatsächlich noch eine Haftstrafe hätte verbüßen sollen, hat er nicht akzeptieren können. Gröning hat daher versucht, die Vollstreckung der Strafe zu verhindern, nachdem der Schuldspruch mit der Entscheidung des BGH Rechtskraft erlangt hatte. Indes blieben seine juristischen Bemühungen, einen Aufschub der Vollstreckung gem. § 455 Abs. 3 StPO zu erreichen, ebenso wie eine gegen die abschlägigen Entscheidungen gerichtete Verfassungsbeschwerde erfolglos. Auch ein erstes Gnadengesuch an die Staatsanwaltschaft Lüneburg wurde abgelehnt. Vor der Entscheidung der niedersächsischen Justizministerin Havlitza über ein zweites Gnadengesuch verstarb Gröning am 9. März 2018 im Alter von 96 Jahren.

## II. Die strafrechtsdogmatische Seite der Gröning-Entscheidung: Gesamttatbezogene Begründung der Beihilfe

### 1. Problemaufriss

Das strafrechtliche Sachproblem des Gröning-Verfahrens ist unschwer zu identifizieren: Es geht um die Bestimmung der Außengrenzen strafbarer Beteiligung, also um die Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten bei der Begehung einer Straftat durch mehrere Personen. Es gibt ein Geschehen, das durch eine Strafrechtsordnung als strafbare Tat einer oder mehrerer Personen identifiziert wird. Fraglich ist aber, ob weiteren Personen für diese Tat strafrechtliche Verantwortlichkeit zugerechnet werden kann.

Die Kategorie, derer sich das deutsche Strafrecht bedient, um die Außengrenze strafbarer Beteiligung zu bestimmen, ist die Beihilfe. Als Gehilfe gem. § 27 StGB (bzw. dem zur Tatzeit geltenden § 49 StGB a.F.) wird bestraft, wer die Tat zwar nicht selbst begeht, aber Hilfe zur Begehung der Tat durch einen anderen leistet. Die Anforderungen, welche die Rechtsprechung insoweit stellt, sind seit den frühen Zeiten des Reichsgerichts sehr niedrig: Grundsätzlich ist jede Handlung, welche die Begehung der Tat durch den Haupttäter vorsätzlich fördert oder erleichtert, Hilfeleistung im Sinne der Beihilfe.<sup>38</sup> Im Schrifttum wird sich bekanntlich zum Teil um restriktivere Begriffsbestimmungen bemüht, sei es über ein

Kausalitätserfordernis, sei es über ein Erfordernis der Risikoerhöhung.<sup>39</sup>

In Fallkonstellationen wie der Strafsache Gröning ist die gedanklich vorrangige Frage aber, was überhaupt als teilnahmefähige Haupttat in den Blick genommen wird. Sie hat maßgeblichen Einfluss darauf, welches Verhalten sich als Hilfeleistung bewerten lässt. Bei einem Geschehen, an dessen Realisierung eine Vielzahl von Personen in organisiertem Zusammenwirken beteiligt ist, können zwei Idealtypen einer gedanklichen Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat unterschieden werden, nämlich einerseits eine einzeltatbezogene Rekonstruktion „bottom up“, andererseits eine gesamttatbezogene Rekonstruktion „top down“.

### 2. Die einzeltatbezogene Rekonstruktion des Tatbegriffs

Die Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat kann bei der jeweiligen Einzeltat ansetzen. Bei Erfolgsdelikten richtet sich der Blick damit auf das Geschehen, das unmittelbar den tatbestandlich umschriebenen Erfolg bewirkt. Für den Fall Gröning fokussiert die Betrachtung dann auf den einzelnen Vorgang der Ermordung von Deportierten in den Gaskammern von Auschwitz-Birkenau. Beihilfe dazu wäre die Förderung oder Erleichterung dieses Vorgangs.

Eine solche Rekonstruktion des Tatbegriffs begrenzt den Gegenstand der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Strafbarkeit begründet der Gehilfe in diesem Fall nur hinsichtlich des jeweiligen Tötungsgeschehens, zu dem er nachweislich Hilfe geleistet hat. Wer am 19. Juni 1944 an der Vergasung von Deportierten in Auschwitz-Birkenau als Gehilfe beteiligt war, dem kann deswegen noch nicht strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Ermordung von Deportierten eines Transports am Vor- oder Folgetag zugerechnet werden.

Zugleich begrenzt die einzeltatbezogene Betrachtung aber auch den Kreis der Handlungen, die als Beihilfe in Betracht kommen: Wenn gedanklicher Bezugspunkt der Hilfeleistung der einzelne Tötungsvorgang ist, ist zweifelhaft, ob jede Tätigkeit des Lagerpersonals von Auschwitz diesen Vorgang förderte. Im Falle Grönings liegt es dann nahe, seine buchhalterische Tätigkeit in der im Stammlager sitzenden Häftlingsgeldverwaltung anders zu bewerten als den Dienst auf der Rampe von Auschwitz-Birkenau.<sup>40</sup>

#### a) Der „Rampendienst“

Hinsichtlich der Verrichtung des „Rampendienstes“ spricht alles dafür, sie als Hilfeleistung zu der anschließenden Ermordung derjenigen zu bewerten, die bei der Selektion zur sofortigen Vernichtung bestimmt wurden. Der BGH und zuvor schon die erstinstanzliche Entscheidung haben die wesentlichen Gesichtspunkte präzise benannt: Der einzelne uniformierte und bewaffnete Posten war Teil der Drohkulisse, die jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht der Depor-

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 29.

<sup>37</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – StR 49/16, Rn. 26 ff.

<sup>38</sup> Vgl. bereits RGSt 58, 113 (114 f.); 71, 176 (178); 73 (53, 54 f.). Aus der Rechtsprechung des BGH z.B. BGHSt 2, 129, (130 f.); 46, 107 (109); 54 (140, 142 f.); NJW 2001, 2409, (2410); 2007, 384 (388 f.); 2012, 2293; NStZ 2004, 499 (500); 2008, 264; NStZ-RR 2009, 311.

<sup>39</sup> Vgl. dazu zusammenfassend z.B. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 27 Rn. 3, 5 f.

<sup>40</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Grünewald, NJW 2017, 497 (498); Momsen, StV 2017, 546 (551).

tierten sinnlos erscheinen ließ und damit die Reibungslosigkeit der Abläufe an der Rampe bis zur Verbringung der zur sofortigen Ermordung bestimmten Personen zu den Gaskammern absicherte.<sup>41</sup>

Diese Förderungswirkung des „Rampendienstes“ war unabhängig davon, ob dem einzelnen Posten für den Fall eines regulären Ablaufs lediglich die Beaufsichtigung des Gepäcks der Deportierten aufgetragen war, wie es Gröning für sich geltend gemacht hat. Zum einen diente auch die Bewachung des Gepäcks der Aufrechterhaltung der Illusion, die Deportierten würden lediglich in das Lager aufgenommen und erhielten ihre Habseligkeiten zurück. Diese Illusion war für die reibungslose, rasche Durchführung der Gaskammermorde von entscheidender Bedeutung. Zum anderen hätte auch ein solcher Posten seine Waffe bei Bedarf, d.h. im Falle des Widerstands oder der Flucht, gegen die Deportierten eingesetzt. Anders formuliert: Jeder Posten des „Rampendienstes“ stand dort, damit sein Aufgabenfeld im Notfall kurzfristig auf die Ausübung von direkter Gewalt gegen die Deportierten erweitert werden konnte.

### *b) Die buchhalterische Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung*

Weit weniger eindeutig ist dagegen, ob sich bei einer einzelatbezogenen Betrachtung die Entgegennahme und Verwahrung des Geldes und der Wertgegenstände der Deportierten als Hilfeleistung erfassen lässt. Der einzelne Vergasungsvorgang blieb von Grönings Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung unbeeinflusst. Wenn er die Gelder, die aus dem Besitz der Deportierten eines Transports stammten, entgegennahm, sortierte, verbuchte und schließlich nach Berlin brachte, waren die zur sofortigen Ermordung bestimmten Personen dieses Transports bereits tot.<sup>42</sup>

Sein Tun erleichterte auch nicht die Durchführung der jeweils nachfolgenden Vergasungsaktionen. Plausibel ist dies für die Sonderkommandos von Häftlingen und die sie überwachenden SS-Angehörigen, denen es oblag, die Leichen der Ermordeten aus den Gaskammern zu tragen und in den Krematorien oder über offenen Gruben zu verbrennen; ebenso für jene Kommandos, welche die von den Deportierten an der Rampe zurückgelassenen Koffer und Taschen oder die in den Entkleidungsräumen der Gaskammern verbliebenen Kleidungsstücke der Ermordeten in das „Kanada“ genannte Effektenlager verbrachten. Denn diese Tätigkeiten waren (zumindest auch) notwendig, damit sodann der nächste Transport „abgefertigt“ werden konnte. Für diese Tätigkeiten lässt sich daher ganz mechanistisch formulieren: Solange die Leichen noch nicht beseitigt und die Rampe noch nicht von den Habseligkeiten der Deportierten des einen Zuges geräumt

war, konnte der Ablauf nicht für die Deportierten des nächsten Transports wiederholt werden.

Für die Aufgaben, die Gröning in der Häftlingsgeldverwaltung wahrnahm, gilt aber anderes. Bei einem auf die einzelnen Tötungsvorgänge beschränkten Blick standen sie weder in einem funktionalen noch in einem intentionalen Zusammenhang mit der Ermordung der Deportierten in den Gaskammern. Die Erfassung des Bargelds, das in Gepäck und Kleidung der Deportierten aufgefunden wurde, förderte nicht die Ermordung dieser Personen. Ebenso wenig bildete die Aneignung der Habseligkeiten der Deportierten das Motiv für ihre Ermordung. So wichtig es ist, dass die historische Forschung in den letzten Jahrzehnten die wirtschaftliche Dimension des Völkermords an den europäischen Juden betont hat:<sup>43</sup> Es wäre eine banalisierende Fehldeutung der Shoa, wenn die Beraubung neben der rassenideologischen Vernichtungsabsicht als nahezu gleichrangiges Motiv für die Ermordung eingeordnet würde. Es ist daher unzutreffend, die Gaskammermorde als Tötungen „aus Habgier“ im Sinne von § 211 StGB zu bewerten.<sup>44</sup>

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist zu betonen: Natürlich griffen die Ermordung und die Beraubung der Deportierten innerhalb des Gesamtkomplexes Auschwitz-Birkenau ineinander und waren miteinander verflochten. Eine konsequent am Einzelgeschehen orientierte Betrachtung ermöglicht aber die Trennung dieser beiden Funktionen und erlaubt die Zuordnung einzelner Tätigkeiten zu nur einer von beiden. Wenn die sog. „Dentisten“ den aus den Gaskammern geschleppten Leichen vor ihrer Verbrennung noch das Zahngold herausbrachen und andere Häftlinge des Sonderkommandos den ermordeten Frauen die Haare zur Weiterverwertung abschnitten,<sup>45</sup> so lag darin keine Förderung oder Unterstützung der einzelnen Vergasungsaktionen. Diese Tätigkeiten gehorchten für sich betrachtet allein der Funktionslogik der Beraubung. In der unmittelbaren Funktionslogik der Ermordung in den Gaskammern waren sie nicht förderlich, sondern kontraproduktiv: Das Herausbrechen des Zahngoldes und das Abscheren der Haare kostete Zeit und band Arbeitskräfte, die für die nächste „Transportabfertigung“ zunächst fehlten.

So verhält es sich auch mit Grönings Tun in der Häftlingsgeldverwaltung. Die Erfassung und Verbuchung der Geldwerte und ihre Verbringung nach Berlin erleichterte

<sup>41</sup> Bedenken hat insoweit offenbar *Fahl*, HRRS 2017, 167 (168). Sein Einwand, bewaffnet und uniformiert seien seinerzeit „weiß Gott viele“ gewesen, verwundert aber. Die Deportierten waren jedenfalls unbewaffnet; warum die bewaffnete Postenkette auf sie nicht als Drohkulisse gewirkt haben sollte, die jeden Widerstand unterband, ist nicht nachvollziehbar.

<sup>42</sup> *Momsen*, StV 2017, 546, 549.

<sup>43</sup> Vgl. dazu zusammenfassend z.B. *Wachsmann* (Fn. 5), S. 436 ff. Für die in der Geschichtswissenschaft freilich mehrheitlich abgelehnte Deutung des Genozids an den europäischen Juden „als der konsequenteste Massenraubmord der modernen Geschichte“ programmatisch *Aly*, *Hitlers Volkstaat*, 2005, S. 318.

<sup>44</sup> Vgl. dazu nur LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 32. In diesem Sinne auch *Momsen*, StV 2017, 546 (550). Anders wohl *Roxin*, JR 2017, 88 (89), und im Anschluss an diesen *Fahl*, HRRS 2017, 167 (168, Fn. 18), die davon sprechen, die Gaskammermorde seien als „Raubmorde“ einzustufen.

<sup>45</sup> Vgl. zu diesen Abläufen z.B. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 82 f.; *Wachsmann* (Fn. 5), S. 366.

nicht die einzelnen Mordaktionen. Wird der Begriff der teilnahmefähigen Tat allein mit Blick auf das Einzelatgeschehen entwickelt, das jeweils den tatbestandlichen Erfolg unmittelbar herbeiführt, liegt in dieser Tätigkeit Grönings keine Beihilfe.<sup>46</sup>

### 3. Die gesamtatbezogene Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat

Idealtypische Alternative zu einer einzeltatbezogenen Betrachtung ist eine gesamtatbezogene Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat. Ihr gedanklicher Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass es Taten gibt, deren sozialer Sinn verkannt wird, wenn die Betrachtung auf das den Erfolg unmittelbar herbeiführende Geschehen beschränkt bleibt. Dies ist der Fall, wenn ein umfassenderer Kontext das Ob und Wie der unmittelbaren Erfolgsherbeiführung so sehr prägt, dass das eigentlich Kennzeichnende der Tat verfehlt wird, wenn der Kontext außer Betracht bleibt. Die Rekonstruktion der Tat erweitert sich dann auf den individuellen und kollektiven Handlungszusammenhang, als dessen Bestandteil und Resultat sich das einzelne den tatbestandlichen Erfolg bedingende Geschehen darstellt.

Im Fall Oskar Grönings heißt das: Ausgangspunkt ist die Einsicht, dass der einzelne Vergasungsvorgang in Auschwitz-Birkenau Teil eines umfassenderen Zusammenhangs ist, der für das Ob und Wie der jeweiligen Vergasung so wichtig ist, dass er auch für die angemessene strafrechtliche Entschlüsselung nicht außer Betracht bleiben darf. Diesen umfassenderen Zusammenhang begründet der im „Eichmann-Referat“ des Reichssicherheitshauptamts gefasste Entschluss zur Durchführung der „Ungarn-Aktion“, d.h. der Entschluss, das Vernichtungsprogramm, das zuvor bereits für Juden aus anderen Teilen Europas unter deutschem Einfluss erprobt worden war, nach der Besetzung des Landes durch deutsche Truppen am 19. März 1944 auch auf die Juden in Ungarn zu erstrecken.

Dieses Vernichtungsprogramm umfasste auch im Falle der „Ungarn-Aktion“ im Wesentlichen vier Elemente: Die Deportation der zuvor bereits in Gettos oder Sammellagern zusammengetriebenen Juden nach Auschwitz, die sofortige Ermordung von ca. drei Vierteln aller Deportierten eines Transports, die „Vernichtung durch Arbeit“ der als „arbeitsfähig“ eingestuften Deportierten und die Beraubung aller Deportierten um ihre Wertgegenstände bis zur Verwertung ihres Zahngolds und ihrer Haare. Als Gesamttat schloss die „Ungarn-Aktion“ zahllose Einzeltaten ein, die sich ihrerseits den vier genannten Elementen zuordnen lassen. Der eigentliche Sinn der Einzeltaten lag aber darin, dass sie Teil der auf die physische Vernichtung der ungarischen Juden gerichteten Gesamttat waren.

Bei einer gesamtatorientierten Betrachtung lässt sich argumentieren, dass jede Tätigkeit, die ein Angehöriger des Lagerpersonals im Rahmen seiner Dienstausbübung in Auschwitz-Birkenau im Zeitraum der „Ungarn-Aktion“ erbracht hat, diese Aktion förderte, zu ihr Beihilfe leistete.

Auschwitz-Birkenau war das Instrument, welches das „Eichmann-Referat“ im Reichssicherheitshauptamt in Absprache mit Himmler und den für den Betrieb des Lagers zuständigen Stellen zur Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ in allen genannten Facetten bestimmt hatte: Hier kamen die Deportationszüge an, hier wurden die als „nicht arbeitsfähig“ eingestuften Deportierten in den Gaskammern ermordet, hier wurden die „Arbeitsfähigen“ zu ihrer weiteren Verwendung bestimmt und damit in das System der „Vernichtung durch Arbeit“ eingespeist, hier wurden sie alle ihrer gesamten Wertgegenstände beraubt.<sup>47</sup> Damit Auschwitz-Birkenau als Instrument der Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ in allen ihren Facetten funktionieren konnte, bedurfte es einer ausdifferenzierten Arbeitsteilung und zugleich eines reibungslosen Ineinandergreifens aller Abläufe im Lager. Jeder, der in Auschwitz-Birkenau seinen Dienst verrichtete, sicherte dieses Ineinandergreifen und damit die grauenhafte Effizienz der Tötungsmaschinerie, indem er die ihm zugewiesenen Aufgaben erledigte, was immer sie auch im Detail beinhalteten. Damit förderte jede Dienstausbübung die Begehung der Gesamttat und zugleich alle im Rahmen des Lagerbetriebs plangemäß begangenen Einzeltaten.

Auf der Grundlage einer gesamtatorientierten Rekonstruktion des Begriffs der teilnahmefähigen Tat gelangt man daher zu dem Ergebnis, dass jeder Angehörige des Lagerpersonals im Rahmen seiner Dienstausbübung einerseits den Lagerbetrieb als Ganzes unterstützte und damit die Gesamttat, zu deren Begehung das Lager das zentrale Instrument war, und andererseits an den im Lagerbetrieb funktionsentsprechend realisierten Einzeltaten mitwirkte und sie förderte.

### 4. Die Schwächen einer ausschließlich einzeltatbezogenen Betrachtung

Die vorangehenden Ausführungen zeigen bereits die beiden wesentlichen Schwachpunkte einer ausschließlich einzeltatbezogenen Betrachtung: In phänomenologischer Hinsicht führt sie zu einer verzerrten Wahrnehmung, indem sie das Charakteristische des Mordgeschehens in Auschwitz-Birkenau aus dem Auge verliert, nämlich die Verbrechensbegehung im Rahmen eines arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhangs.

Darüber hinaus führt die einzeltatbezogene Betrachtung im Zusammenspiel mit dem Zweifelsgrundsatz zu einer unangemessenen Privilegierung kollektiver Verbrechensbegehung, indem sie Anforderungen für den Nachweis einer Beihilfe stellt, die im Regelfall nicht erfüllbar sind.

#### a) Phänomenologische Defizite

Die einzeltatbezogene Betrachtung entwirft für die Frage der Begründung von Beihilfe ein Bild von der Tat, welches das Charakteristische des Geschehens in einem Fall wie den Gaskammernmorden in Auschwitz-Birkenau verfehlt. Indem sie sich darauf konzentriert, genau zu erfassen, wer in welcher Weise an einem bestimmten Vergasungsvorgang mitgewirkt hat, isoliert die einzeltatbezogene Betrachtung das

<sup>46</sup> Ähnlich *Momsen*, StV 2017, 546 (551); *Safferling*, JZ 2017, 258 (261).

<sup>47</sup> *Wachsmann* (Fn. 5), S. 369 ff., 528 ff.

einzelne Tötungsgeschehen von dem Gesamttatzusammenhang, in dem es steht. Sie kann zwar beschreiben, wie der spezifische Vergasungsvorgang ablief; für das Verständnis des Geschehens ist diese Perspektive aber nachrangig gegenüber der Tatsache, dass dieser Einzelvorgang Teil einer viel umfassenderen Mordaktion war und in einem arbeitsteilig organisierten systemischen Handlungszusammenhang begann wurde. Mit diesem sperrigen Begriff ist hier gemeint, dass der Einzelne im Zusammenhang mit einer Vielzahl weiterer Personen in einem institutionell oder durch eine andere Form der Organisationsstruktur verfestigten Zusammenhang handelt. Entscheidend ist dabei, dass sich in diesen Handlungszusammenhängen eine wiederkehrende Routine einstellen kann, in der fortlaufend erbrachte Tätigkeiten selbst dann nicht mehr den Charakter des Alltäglichen für den Handelnden verlieren, wenn sie in der Mitwirkung an der Begehung von Verbrechen bestehen.

Erfolgt die Verbrechensbegehung in einem derart arbeitsteilig organisierten systemischen Handlungszusammenhang, ist die Fokussierung auf das einzelne erfolgsverursachende Geschehen unangemessen. Dies wird offenbar, wenn man fragt, ob Gröning als Angehöriger des Lagerpersonals die Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ in Auschwitz-Birkenau in anderer Weise wirksamer hätte fördern können, als er dies durch sein Verhalten tatsächlich tat. Die nüchterne Antwort auf diese Frage lautet: Nein! Insbesondere hätte er dies nicht getan, wenn er den unmittelbaren Tötungsvorgang durch eigenes Verhalten direkt unterstützt hätte. Wäre Gröning z.B. bei Ankunft eines Deportationszuges aus der Häftlingsgeldverwaltung im Stammlager an die „Rampe“ von Birkenau gelaufen und hätte begonnen, Juden zu töten, hätte er damit die routinemaßigen Abläufe bis zur Ermordung in den Gaskammern gestört und die Umsetzung der Gesamttat nur behindert. Selbst wenn er sich an der „Rampe“ wieder in die regulären Arbeitsabläufe eingepasst hätte, wäre er dort lediglich überflüssig gewesen, hätte aber in der Häftlingsgeldverwaltung für den reibungslosen Ablauf der Gesamttat gefehlt.

Die Ermordung von mehr als 300.000 Menschen und die Versklavung von noch einmal mehr als 130.000 Menschen während eines militärisch bereits verlorenen Krieges in nicht einmal zwei Monaten war nur möglich, weil es in Auschwitz-Birkenau eine ausdifferenzierte Arbeitsteilung gab und nicht bei jedem ankommenden Deportationszug neu entschieden werden musste, welche Aufgabe der einzelne Angehörige des Lagerpersonals übernimmt. Die „Todesfabrik“ Auschwitz hätte nicht funktioniert, wenn alle Angehörigen des Lagerpersonals selbst beim Tötungsvorgang hätten Hand anlegen wollen. Ein Massenmord dieser Dimensionen konnte vielmehr nur gelingen, weil die Personen, die im Stammlager und in Birkenau in verschiedenen Bereichen tätig waren, ihre jeweiligen Tätigkeiten bruchlos ineinandergreifen ließen. Anders formuliert: Für die reibungslose Durchführung der Gaskammermorde in Auschwitz-Birkenau leistete Gröning die optimale Unterstützung genau dadurch, dass er die ihm zugewiesene Tätigkeit zuverlässig und befehlsgemäß verrichtete.

Die einzeltatbezogene Betrachtung spaltet dagegen die Tötungsmaschinerie von Auschwitz-Birkenau in ihre Bestandteile auf. Die richtige Erkenntnis, dass es dort unterschiedliche Tätigkeitsbereiche gab, lässt das Lager, das bei der Realisierung der „Ungarn-Aktion“ als einheitliches Instrument funktionierte, in Teilbereiche und Einzeltätigkeiten mit separater Funktionslogik zerfallen, obwohl diese Teilbereiche und Einzeltätigkeiten für die Durchführung der „Ungarn-Aktion“ tatsächlich stets Bestandteil eines Gesamtkomplexes blieben. Die Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung ist nur noch Teil der Beraubung der Deportierten, obwohl es diese Beraubung allein als Bestandteil der „Ungarn-Aktion“ gab, die auf die physische Vernichtung der nach Auschwitz Deportierten ausgerichtet war. In ähnlicher Weise zerfällt die Tätigkeit der in Auschwitz tätigen SS-Ärzte bei einer einzeltatorientierten Betrachtung in die Vornahme von Selektionen an der „Rampe“ und die ärztliche Überwachung des Vergasungsvorgangs einerseits sowie die Überwachung des Herausbrechens des Zahngoldes der Ermordeten andererseits; in die Vornahme von medizinischen Experimenten an Häftlingen, die Mitwirkung an Zwangsabtreibungen und Zwangssterilisationen bei inhaftierten Frauen, die Feststellung des Todes von im Lager exekutierten Häftlingen, die truppenärztliche Behandlung des Lagerpersonals und ihrer Angehörigen und die lagerärztliche Behandlung von KZ-Insassen, die ihrerseits wiederum unterschieden werden kann in die Behandlung zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit und die Untersuchung und Freigabe zur Tötung, wenn eine solche Wiederherstellung nicht in absehbarer Zeit zu erwarten stand usw. Die Tätigkeit der Angehörigen der Politischen Abteilung, der sog. Lager-Gestapo, zerfällt in die Mitwirkung an der Befragung von KZ-Häftlingen im Rahmen der geheimpolizeilichen Ermittlungstätigkeit im Lager und die Mitwirkung an sogenannten „verschärften Verhören“, also der Folter von Lagerinsassen, in die Mitwirkung an der Inhaftierung von KZ-Häftlingen in regulären „Bunkerzellen“ und die Mitwirkung an der Inhaftierung in Steh-, Dunkel- oder Hungerzellen, in die Mitwirkung an standgerichtlich angeordneten Hinrichtungen und die Mitwirkung an den selbst nach NS-Recht illegalen „Bunkerentleerungen“, in die Mitwirkung an den „Transportabfertigungen“ der Deportationszüge oder die Mitwirkung an „Sonderaktionen“, z.B. an der Vergasung sowjetischer Kriegsgefangener, an der Liquidation des sogenannten „Zigeunerlagers“<sup>48</sup> oder des sogenannten „Theresienstädter Familienlagers“<sup>49</sup>.

Alle diese Differenzierungen haben ihre (begrenzte) Richtigkeit. Sie weisen darauf hin, dass es innerhalb des Gesamtsystems Einsatzbereiche und Aufgaben gab, die näher an dem einen oder dem anderen Mordgeschehen waren als andere; sie zeigen, dass manche Tätigkeiten nicht unmittelbar der Funktionslogik der sofortigen physischen Vernichtung gehorchten, sondern der Funktionslogik der „Vernichtung durch Arbeit“, der Funktionslogik der Bereitstellung von „Menschenmaterial“ für medizinische Experimente oder der Funktionslogik der Beraubung der Deportierten usw.

---

<sup>48</sup> Siehe z.B. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 88.

<sup>49</sup> Vgl. dazu z.B. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 86.

Diese Unterscheidungen ändern aber nichts daran, dass alle Aufgaben, die das Lagerpersonal wahrnahm, der Aufrechterhaltung des Lagerbetriebs dienten und dass der Betrieb des Lagers Auschwitz-Birkenau insgesamt primär die fabrikmäßige Ermordung von Menschen in den Gaskammern beinhaltete und sekundär die Ermordung von Menschen durch ein Regime aus schwerster Zwangsarbeit und Misshandlung bei gleichzeitiger extremer Mangelversorgung, die „Vernichtung durch Arbeit“. Jeder Angehörige des Lagerpersonals, der zwischen Mitte Mai und Mitte Juli 1944 am Morgen seinen Dienst im Lager aufnahm, wusste, dass der Lagerbetrieb am Abend mehrere Tausend neue Tote produziert haben würde.

Die Differenzierung individueller Tätigkeiten und Einsatzbereiche innerhalb des Lagers kann daher zwar aufschlussreich sein für eine nähere Beschreibung, *wie* der Einzelne zum Funktionieren von Auschwitz-Birkenau als Instrument der „Ungarn-Aktion“ beitrug; sie kann auch für den Umfang seiner Mitwirkung und damit die graduelle Bestimmung seiner Verantwortlichkeit für die Gesamttat oder für bestimmte Einzeltaten relevant sein. Die nähere Beschreibung der individuellen Tätigkeiten und Einsatzbereiche darf aber nicht den Blick darauf verdecken, *dass* jeder Angehörige des Lagerpersonals am Funktionieren von Auschwitz-Birkenau als Mordmaschinerie insgesamt und damit an sämtlichen in diesem Rahmen programmgemäß ausgeführten Einzeltaten mitwirkte.<sup>50</sup>

Diese Überlegungen lassen sich verallgemeinern: In einem arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhang, der auf die Bewirkung einer Gesamttat ausgerichtet ist, fördert der Einzelne die Begehung der Gesamttat und damit auch die Begehung aller von dieser umfassten Einzeltaten dadurch, dass er genau das tut, was er befehlsgemäß tun soll. Indem die einzeltatorientierte Betrachtung nach der Förderungswirkung des individuellen Verhaltens für den einzelnen erfolgsverursachenden Vorgang fragt, verkennt sie diese Charakteristik eines arbeitsteilig organisierten, systemischen Vorgehens. Die erhöhte Effektivität einer solchen Begehungsweise beruht gerade darauf, dass der in einem solchen Zusammenhang Handelnde nicht mehr an jedem Einzelvorgang zur Erreichung der Ziele der Gesamttat mitwirken muss oder in der konkreten Situation selbst entscheiden muss, wie er die Gesamttat fördern kann. Im Umkehrschluss lassen diese Überlegungen erkennbar werden, dass tatsächlich jede Tätigkeit im Rahmen einer zur Erreichung der Gesamttat festgelegten Arbeitsteilung die Gesamttat und die der Gesamttat entsprechenden Einzeltaten fördert. Die einzeltatbezogene Betrachtung vernachlässigt diesen systemischen Zusammenhang. Sie sieht im sprichwörtlichen Sinne den Wald vor lauter Bäumen nicht.

### b) Beweisrechtliche Konsequenzen

Die handfesten Konsequenzen einer allein auf die Einzeltat fokussierenden Betrachtung zeigen sich, wenn auch die beweisrechtliche Dimension dieses materiell-rechtlichen Ansatzes mitbedacht wird. Das Zerfallen des organisierten kollektiven Handlungszusammenhangs „Auschwitz“ in ein-

zelne Tätigkeitsbereiche und Vorgänge führt dazu, dass auch der Nachweis der Tatförderung bezogen auf Einzeltaten zu erfolgen hat. Dadurch steigen die praktischen Hürden für den Nachweis einer Beihilfe erheblich. Es reicht nicht mehr, jenseits eines vernünftigen Zweifels festzustellen, dass ein Angeklagter als Angehöriger des Lagerpersonals in einem bestimmten Zeitraum in Auschwitz tätig war, um die Beihilfe an den ebenda in diesem Zeitraum programmgemäß verübten Einzeltaten feststellen zu können. Auch der darüber hinausgehende Nachweis, dass eine Person in einem bestimmten Zeitraum in einer bestimmten Funktion im Lager tätig war, etwa als Angehöriger der Lager-Gestapo, als Angehöriger der Wachmannschaften der SS-Totenkopfsturmbanns, als Sanitätsdienstgrad, als Zahnarzt usw., sowie der Nachweis, dass diese Personengruppe während dieses Zeitraums an der Begehung bestimmter Arten von Einzeltaten (etwa: die „Abfertigung“ einer bestimmten Anzahl von Deportationszügen, eine bestimmte Anzahl von „Bunkerentleerungen“, eine bestimmte Anzahl von Tötungen arbeitsunfähiger Häftlinge durch Phenolinjektion im Krankenbau usw.) beteiligt war, reicht bei einer konsequent einzeltatorientierten Betrachtung nicht, um strafbare Beihilfe feststellen zu können. Es muss zusätzlich nachgewiesen werden, an welcher Einzeltat gerade dieser Angeklagte beteiligt war, ob also beispielsweise ein bestimmter Angehöriger der Lager-Gestapo tatsächlich an der Abfertigung eines bestimmten Deportationszuges mitgewirkt hat, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass er zu diesem Zeitpunkt in einem anderen Bereich des Lagers Aufgaben der Lager-Gestapo verrichtete.

Damit läuft eine konsequent einzeltatbezogene Rekonstruktion des Tatbegriffs darauf hinaus, den Nachweis der strafbaren Beteiligung bei einem Geschehen wie den Gaskammernmorden in Auschwitz-Birkenau und die in allen anderen Bereichen des Lagers begangenen Verbrechen nahezu unmöglich zu machen.<sup>51</sup> Denn zum einen überlebte praktisch kein Zeuge, der nicht auf Seiten der Täter stand, die jeweilige Einzeltat; zum anderen generierte die kollektive Organisation der Verbrechensbegehung auch für die Überlebenden Tatumstände, in denen die Identifikation einzelner Täter und ihre Zuordnung zu Einzeltaten eine geradezu unmenschliche Aufgabe darstellt: Wie soll der zur Zwangsarbeit Selektierte die an der Selektion beteiligten Personen zweifelsfrei wiedererkennen, wenn er ihnen zumeist nur in diesem einen Moment begegnet, in dem er völlig entkräftet von dem tagelangen Transport, gemeinsam mit Hunderten anderer Personen von seinen nächsten Familienangehörigen getrennt wird und sich Tätern gegenüber sieht, die in einer fremden Sprache Befehle erteilen und einheitlich uniformiert sind? In einem solchen Begehungskontext macht die einzeltatorientierte Betrachtung die Strafverfolgung weitestgehend von geständigen Einlassungen der Angeklagten selbst und der Belastung durch andere Angehörige des Lagerpersonals abhängig.

Der Fall Gröning zeigt dies eindrücklich: Bei einer ausschließlich einzeltatbezogenen Begründung der Beihilfe hätte Gröning nicht wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 tateinheitlichen Fällen verurteilt werden können. Begründbar wäre

<sup>50</sup> Ebenso schon *Bauer*, JZ 1967, 625 (627).

<sup>51</sup> Ebenso *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127).

unter Berücksichtigung der drei von Gröning eingeräumten Rampendienste nur der Schuldspruch für eine (dreifache) Beihilfe zum Mord in drei Fällen von jeweils 1.000 tateinheitlichen Fällen<sup>52</sup> gewesen. Hätte Gröning überhaupt keine näheren Angaben zu seiner Tätigkeit in Auschwitz gemacht – so wie beispielsweise Demjanjuk zu seiner Zeit in Sobibór –, hätten ihm auch diese Rampendienste nicht nachgewiesen werden können. Gröning hätte dann schon aus diesem Grund<sup>53</sup> freigesprochen werden müssen.

Damit belohnt eine ausschließlich einzeltatbezogene Begründung der Beihilfe im Ergebnis die Begehung von Verbrechen in arbeitsteilig organisierten kollektiven Handlungszusammenhängen, insbesondere in hierarchischen Strukturen. In gerechtigkeits-theoretischer Hinsicht ist das ein inakzeptables Ergebnis, weil das Handeln in solchen Zusammenhängen den an der Straftatbegehung Beteiligten bereits zum Tatzeitpunkt erhebliche Vorteile bietet:

Es erlaubt eine Verwirklichung von Unrecht in einem Umfang, der weder Einzelpersonen möglich ist noch Personenzusammenschlüssen, die einen geringeren Grad an Organisation und Stabilisierung aufweisen. Zugleich erleichtert die Zerlegung der Gesamttat in Einzelschritte, die von unterschiedlichen Personen und Personengruppen ausgeführt werden, die Neutralisierung des Geschehens für den einzelnen Beteiligten, indem die einzelne Tätigkeit jeweils lediglich als für sich betrachtet untergeordneter Schritt in einer langen Kette routinemäßig erledigter Arbeitsschritte erscheint.<sup>54</sup> Für die Opfer lässt die arbeitsteilig organisierte, systemische Begehungsweise demgegenüber den Widerstand gegen die Unrechtsbegehung als aussichtslos erscheinen. Schließlich erschwert diese Begehungsweise die Erkennbarkeit einzelner Verantwortungsbeiträge durch Außenstehende erheblich.

Gerechtigkeits-theoretisch ist es daher angemessen, die Vorteile, die eine arbeitsteilig-systemische Organisation des Handelns in der Tatsituation für die Realisierung von Handlungszielen aufweist, im Rahmen der normativen Zuweisung von Verantwortlichkeit durch die Rechtsgemeinschaft zu kompensieren. Auf eine Kurzformel gebracht: Es ist angemessen, denjenigen, der als Einzelperson entscheidet, in einem organisierten kollektiven Handlungszusammenhang zu handeln, in gewissem Umfang für das verantwortlich zu machen, was im Rahmen dieses Handlungszusammenhangs plangemäß bewirkt wird.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Diese Zahl entspricht einer Mindestschätzung der während der „Ungarn-Aktion“ im Rahmen einer „Transportabfertigung“ sofort in den Gaskammern ermordeten Personen.

<sup>53</sup> Die Einlassungen Grönings ermöglichten auch den problemlosen Nachweis seines Vorsatzes hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Mordmerkmale Heimtücke und Grausamkeit.

<sup>54</sup> Vgl. in diesem Sinne schon *Bauer*, in: *Schneider/Meyer* (Hrsg.), *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse*, 1968, S. 16, 24; *Jäger*, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 1982, S. 313 ff.

<sup>55</sup> In diesem Sinne bereits *Bauer*, *JZ* 1967, 625 (627).

### 5. Vereinbarkeit einer gesamtatbezogenen Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat mit § 27 Abs. 1 StGB

Eine ausschließlich einzeltatbezogene Betrachtung überzeugt demnach nicht, wenn Straftaten im Rahmen eines arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhangs begangen werden. Lässt das deutsche Strafrecht, speziell die gesetzliche Regelung des § 27 StGB, aber überhaupt die Berücksichtigung der Gesamttat bei der Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat zu?

§ 27 StGB spricht von der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen. Weil Alleintäterschaft der gedankliche Ausgangspunkt ist, der die Systembildung des deutschen Strafrechts prägt und daher auch der Formulierung der meisten Tatbestände zugrunde liegt, ist damit zunächst die Einzeltat gemeint. „Einen anderen Menschen tötet“ im ersten Zugriff, wer die unmittelbar den Tod eines anderen Menschen bewirkende Handlung vornimmt. Für die Beihilfe zu § 211 StGB ist die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen mithin die Vornahme der unmittelbar zur Herbeiführung des Todes geeigneten Handlung bei gleichzeitiger Verwirklichung eines oder mehrerer Mordmerkmale. Wird dies für die Gaskammermorde in Auschwitz-Birkenau konkretisiert, ist die teilnahmefähige Haupttat jedenfalls das Verhalten der Personen, die das Zyklon B in die Gaskammern einfüllten, weil damit unmittelbar die grausame und heimtückische Tötung der Opfer bewirkt wurde.<sup>56</sup>

Indes erlaubt das deutsche Strafrecht sehr wohl die Berücksichtigung gesamtatorientierter Gesichtspunkte.<sup>57</sup> Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, zu der Beihilfe geleistet werden kann, kann schließlich nicht nur die Handlung des unmittelbaren Begehungstäters sein, sondern auch das Verhalten von Mittätern und mittelbaren Tätern, von Anstiftern und Gehilfen. Im Fall Gröning rückt die Gesamttat besonders dann in den Blick, wenn als vorsätzliche rechtswidrige Tat das Tun derjenigen betrachtet wird, die im Reichssicherheitshauptamt die Befehle und Anordnungen zur Durchführung der „Ungarn-Aktion“ trafen. Seit 1994 erfasst die deutsche Rechtsprechung das Verhalten dieser Personen als mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im Rahmen staatlicher Machtapparate.<sup>58</sup> Die Anordnung der „Ungarn-Aktion“ begründet demnach die mittelbare Täterschaft der Entscheidungsträger im Reichssicherheitshauptamt und in der politi-

<sup>56</sup> In den beiden größten Krematorien II und III wurde das tödliche Gas vom Dach aus in vier vermeintliche, von Metallgittern umschlossene Stützpfiler eingefüllt, in dem alten Krematorium sowie den Krematorien IV und V durch fenstergroße, durch Metallplatten verschließbare Öffnungen in den Seitenwänden, vgl. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 80 f.

<sup>57</sup> Für die Mittäterschaft hat diesen Gedanken insbesondere *Friedrich Dencker* ausgearbeitet, vgl. zusammenfassend *Dencker*, *Kausalität und Gesamttat*, 1998, S. 229 ff.

<sup>58</sup> Vgl. insbesondere BGHSt 40, 218, sowie BGHSt 42, 65; 45, 270. Auch zuvor stellte das Verhalten freilich eine teilnahmefähige vorsätzliche rechtswidrige Tat dar, sei es als (Mit-)Täterschaft im Sinne der animus-Theorie, sei es als Anstiftung.

schen Führung hinsichtlich aller Verbrechen, die in der Ausführung dieser Anordnungen begangen wurden.<sup>59</sup>

Demnach meint „einen Menschen tötet“ im Sinne von §§ 211, 212 StGB im deutschen Strafrecht nicht nur, „eine Handlung vornimmt, die unmittelbar geeignet ist, den Tod eines anderen Menschen herbeizuführen“. „Einen Menschen tötet“ kann vielmehr auch heißen, „die Tötung anordnet und zugleich derart Kontrolle über einen hierarchischen Machtapparat ausübt, dass die Befolgung der Anordnungen durch Untergebene innerhalb des Machtapparats gewährleistet ist“. Es ist dann nur konsequent, auch im Rahmen der Beihilfe „Hilfeleisten zur Tötung eines Menschen durch einen anderen“ gem. §§ 211, 212, 27 StGB nicht nur so zu verstehen, dass damit „Hilfeleisten zur Vornahme der unmittelbar den Tötungserfolg bewirkenden Handlung einer oder mehrerer anderer Personen“ gemeint ist, sondern auch „Hilfeleisten zum Funktionieren des hierarchischen Machtapparates, durch den die mittelbaren Täter die Tötungen bewirken“. Dadurch wird im Rahmen von § 27 StGB lediglich nachvollzogen, was bei § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB bereits zu der weithin anerkannten Erweiterung des Begriffs der „Begehung der Straftat durch einen anderen“ geführt hat. Anders formuliert: Die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe ist die Kehrseite der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates. Beide Rechtsfiguren wurzeln in der Berücksichtigung der nämlichen Einsichten über das Funktionieren des Handelns in arbeitsteiligen, hierarchisch organisierten Strukturen.

Diese Erkenntnis findet sich in der Revisionsentscheidung des BGH wieder, wenn der *Senat* festhält, dass Gröning durch die allgemeine Dienstausbübung in Auschwitz „den Führungspersonen in Staat und SS Hilfe leistete, die im Frühjahr 1944 die ‚Ungarn-Aktion‘ anordneten und in der Folge in leitender Funktion umsetzten bzw. umsetzen ließen“.<sup>60</sup>

Zwar hat der BGH zugleich betont, dass bei der strafrechtlichen Bewertung von Handlungen im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen die allgemeinen Grundsätze gälten.<sup>61</sup> Er hat daher auch vermieden, von gesamtatbezogener Begründung der Beihilfe zu sprechen. Dies ändert aber nichts daran, dass der BGH in der Sache für die Begründung der Beihilfe nicht mehr auf die Hilfeleistung zur unmittelbaren Erfolgsherbeiführung fokussierte, sondern den Blick auf das Handeln der Hintermänner erweiterte.

Überraschend ist lediglich, wie der BGH sodann im Einzelnen begründet, dass Gröning durch seine Dienstausbübung zu der Tat der Hintermänner Hilfe geleistet habe. Die Hilfeleistung soll nämlich darin gelegen haben, dass die Hintermänner zu dem Zeitpunkt, als sie die „Ungarn-Aktion“ anordneten, wussten, dass ihnen in Auschwitz-Birkenau eine „industrielle Tötungsmaschine“ mit willigen und gehorsamen Untergebenen zur Verfügung stand.<sup>62</sup> Das hieße für Gröning, dass er nicht durch seine Dienstausbübung während und im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ i.S.v. § 27 Abs. 1

StGB Hilfe geleistet hätte, sondern durch seine Dienstausbübung zuvor. Entsprechend führt der *Senat* in der Entscheidung zu Gröning aus: „Er war Teil des personellen Apparats, der schon zum Zeitpunkt des Befehls zur ‚Ungarn-Aktion‘ in Auschwitz Dienst tat.“<sup>63</sup>

Der BGH konstruiert Grönings Dienstausbübung also als Beitrag zu einer durch „den personellen Apparat“ von Auschwitz erbrachten psychischen Beihilfe, die darin liegt, dass das Lagerpersonal von Auschwitz zum Zeitpunkt der Entscheidung über die „Ungarn-Aktion“ bereitstand und in der Vergangenheit bereits Fähigkeit und Willen zur Umsetzung von Befehlen zum Massenmord unter Beweis gestellt hatte.

Diese Konstruktion führte dazu, dass Gröning selbst dann wegen Beihilfe zu den im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ ausgeführten Massenmorden Hilfe geleistet hätte, wenn er am 15. Mai 1944, noch vor Ankunft des ersten Zugs mit Deportierten aus Ungarn, von Auschwitz an die Ostfront versetzt worden wäre, weil zu diesem Zeitpunkt der Entschluss zur „Ungarn-Aktion“ bereits gefasst worden war. Und umgekehrt wäre nach Ansicht des BGH ein SS-Angehöriger, der seinen Dienst in Auschwitz-Birkenau erst am 16. Mai 1944 angetreten hätte, nicht kraft seiner allgemeinen Dienstausbübung während der „Ungarn-Aktion“ wegen Beihilfe zu den in diesem Rahmen verübten Massenmorden strafbar, weil seine Dienstausbübung jedenfalls keine psychische Hilfeleistung für das Beschließen der Ungarn-Aktion sein konnte.

Es muss an dieser Stelle dahinstehen, ob die durch vergangenes Tun unter Beweis gestellte Bereitschaft zur Durchführung von Befehlen, welche die Ermordung von zahllosen Menschen beinhalten, als psychische Beihilfe zur Anordnung der Ermordung bewertet werden kann. Eine angemessene Antwort setzte eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Figur der psychischen Beihilfe voraus, die hier nicht geleistet werden kann. Jedenfalls aber wird eine solche psychische Beihilfe dadurch überholt, dass der Gehilfe an der Umsetzung der Anordnungen tatsächlich mitwirkt. Wenn Gröning bereits – wie der BGH meint – dadurch Hilfe zur Anordnung der „Ungarn-Aktion“ leistete, dass er seinen allgemeinen Dienst in Auschwitz in der Vergangenheit befehlsgemäß ausführte, so muss seine befehlsgemäße Dienstausbübung in Auschwitz während der Durchführung der „Ungarn-Aktion“ erst recht als Hilfeleistung eingestuft werden. Denn die Beihilfestrafbarkeit für die (konkludente) Zusage einer Tätigkeit kann nicht weiter greifen, als die Beihilfestrafbarkeit für das tatsächliche Erbringen eben dieser Tätigkeit.

#### 6. Einwände

Die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Auf diese Einwände ist im Folgenden kurz einzugehen.

<sup>59</sup> So auch BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 22.

<sup>60</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 22.

<sup>61</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

<sup>62</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 23.

<sup>63</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

### a) Das *argumentum ad absurdum* des 2. Strafsenats in der Revisionsentscheidung zum großen Frankfurter Auschwitz-Verfahren

Den bis heute wohl einflussreichsten Einwand hat der BGH selbst formuliert, und zwar bereits vor 50 Jahren in der Revisionsentscheidung des 2. Strafsenats im großen Frankfurter Auschwitz-Verfahren. Er machte damals geltend, die gesamt-tatbezogene Begründung der Beihilfe sei deswegen fehlerhaft, weil sie dazu führe, „dass jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort *irgendwie* anlässlich dieses Programms tätig wurde, sich objektiv an den Morden beteiligt hat und für *alles* Geschehene verantwortlich ist. Diese Ansicht [...] würde bedeuten, dass auch ein Handeln, dass<sup>64</sup> die Haupttat in keiner Weise konkret fördert, bestraft werden müsste. Folgerichtig wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig. Dasselbe gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat. Nicht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straf-frei.“<sup>65</sup>

Dieses Argument hat der 4. Strafsenat auch in der Gröning-Entscheidung aufgegriffen, ohne klarzustellen, ob er es für richtig oder falsch hält.<sup>66</sup> Vielmehr hat er ausgeführt, dass die Annahme einer Beihilfestrafbarkeit Grönings für seine Dienstausbübung in der Häftlingsgeldverwaltung diesem Einwand jedenfalls nicht widerspreche. In der Literatur haben sich *Claus Roxin* und *Christian Fahl* das Argument des 2. Strafsenats ausdrücklich zu Eigen gemacht. *Roxin* meint, es bedürfe für die Annahme einer Beihilfe über die Dienstausbübung in Auschwitz hinaus jedenfalls noch des Nachweises, dass die dienstliche Tätigkeit einen „deliktischen Sinnbezug“ aufgewiesen habe.<sup>67</sup> In eine ähnliche Richtung weisen die Ausführungen *Fahls*, der meint, erforderlich sei für die Begründung von Beihilfe, dass die Dienstausbübung in Auschwitz überdies als Solidarisierung mit den dort begangenen Verbrechen erscheinen müsse. Dieser Nachweis sei aber beispielsweise durch die Zugehörigkeit zu der in Auschwitz tätigen Sanitätsstaffel noch nicht erbracht, weil sich nicht mit dem verbrecherischen Tun eines anderen solidarisiere, wer „möglicherweise nichts anderes getan hat, als den SS-Wachmannschaften ein Pflaster zu kleben“.<sup>68</sup>

Der Einwand ist jedoch verfehlt. Er entwirft ein verharmlosendes Zerrbild von der Tätigkeit des Lagerpersonals in Auschwitz und will aus wirklichkeitsfremden Szenarien strafrechtsdogmatische Konsequenzen ableiten. Den Arzt, dessen Tätigkeit sich in Auschwitz darin erschöpfte, Häftlingskranke zu behandeln und sie zu retten, wie es der 2. Strafsenat vor

50 Jahren formulierte, hat es nicht gegeben. Vielmehr waren in Auschwitz sämtliche Ärzte, auch die Zahnärzte, regelmäßig zur Selektion an der Rampe eingeteilt. Zudem entschieden sie, welche Häftlinge im Krankenbau „abgespritzt“ wurden, d.h. wer getötet wurde, weil nicht zu erwarten war, dass seine Arbeitsfähigkeit in kurzer Frist wiederhergestellt werden würde. Schließlich gehörte zu den Routineaufgaben der Lagerärzte, Totenscheine auszustellen, die verharmlosende Todesursachen für die im Lagerbetrieb gestorbenen Häftlinge angaben.

Ebenso wenig gab es Sanitätsdienstgrade, die „nichts anderes getan haben, als den SS-Wachmannschaften ein Pflaster zu kleben“. Vielmehr handelte es sich um SS-Angehörige, zu deren Aufgabe im Krankenbau die routinemäßige Ermordung der zum „Abspritzen“ ausgesonderten kranken Häftlinge durch Phenolinjektion ins Herz ebenso gehörte wie die Mitarbeit an der Verschleierung des tausendfachen Mordes im Lagerbetrieb durch die Ausstellung unrichtiger Totenscheine.<sup>69</sup>

Wo einzelne Angehörige des Lagerpersonals in konkreten Situationen Häftlinge davor bewahrt haben, unmittelbar ermordet zu werden, oder generell dafür bekannt waren, „freundlich“ mit den Häftlingen umgegangen zu sein, ändert dies nichts daran, dass ihre pflichtgemäße Dienstausbübung dennoch dazu beitrug, die Mordmaschinerie in Gang zu halten.<sup>70</sup> Die Formulierung des 2. Strafsenats, „[n]icht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straffrei“, ist eine Verkehrung der rechtlichen Aussage, die mit der gesamt-tatbezogenen Begründung der Beihilfe tatsächlich getroffen wird. Natürlich wird auch in diesem Fall niemand dafür bestraft, dass er dem Mordprogramm Hindernisse bereitet hat. Die Begründung der Strafbarkeit knüpft in einem solchen Fall vielmehr an die befehls-gemäße Dienstausbübung im Übrigen an, die das Mordprogramm eben gerade förderte.

<sup>69</sup> Eindrückliche Feststellungen in LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (666 ff.).

<sup>70</sup> Historische Prüfsteine sind insoweit die Fälle der SS-Ärzte Hans Münch und Franz Lucas. Münch, „der gute Mensch von Auschwitz“, wurde als einziger Angeklagter im Krakauer Auschwitzprozess freigesprochen, weil sich verschiedene Auschwitz-Überlebende für ihn verwendeten. Auch über Lucas, der sich im ersten Frankfurter Auschwitzprozess verantworten musste, äußerten sich überlebende Häftlinge positiv. Vgl. zu Münch z.B. *Kramer*, in: Brumlik/Meinl/Renz (Hrsg.), *Rassistisches Recht im 20. Jahrhundert*, 2005, S. 209 ff.; zu Lucas etwa *Stegemann*, Ein stiller Mann aus Osnabrück, taz v. 4.1.2005, online abrufbar unter: <https://www.taz.de/!655387/> (2.1.2019).

Selbst wenn sich Münch und Lucas in Auschwitz aber im Vergleich zu vielen ihrer Kollegen im direkten Kontakt zu den Häftlingen als weniger sadistisch und menschenverachtend zeigten, ändert dies nichts daran, dass sie durch ihre Tätigkeit ein menschenverachtendes, mörderisches System unterstützten.

<sup>64</sup> Schreibfehler im Original.

<sup>65</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Bd. XXI, 838 (882, *Hervorhebungen* im Original).

<sup>66</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 28.

<sup>67</sup> *Roxin*, JR 2017, 88 (89).

<sup>68</sup> *Fahl*, HRRS 2017, 167 (168).

Es ist nur dann plausibel, für die Begründung einer Beihilfstrafbarkeit über den Nachweis einer Zugehörigkeit zum SS-Lagerpersonal und der Dienstausbübung in Auschwitz hinaus zusätzlich noch einen „deliktischen Sinnbezug“ oder eine „Solidarisierung“ zu verlangen, wenn man glaubt, dies sei noch nicht hinreichend verbürgt durch die üblichen Tätigkeiten, die Angehörige des Lagerpersonals im Rahmen ihrer jeweiligen Dienstpflichten wahrnahmen. Wie das angesichts der Erkenntnisse über die Organisation des Massenmordes und das Funktionieren des Lagerbetriebs begründet werden soll, bleibt unverständlich. Es ist unangemessen und auch unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung nicht geboten, den fiktiven Fall eines Angehörigen des Lagerpersonals zu entwerfen, dessen Tätigkeit sich ausschließlich in unrechtsneutralem Tun erschöpft hätte, und unter Voraussetzung dieses wirklichkeitsfremden Falles dann grundsätzlich den praktisch nur selten zu führenden Nachweis konkreter Tätigkeiten jedes SS-Angehörigen in Auschwitz zu verlangen.

b) JCE II und Organisationsdelikte?

Carsten Momsen hat in seiner Besprechung der Entscheidung zu bedenken gegeben, dass die Bewertung der Tätigkeit Grönings in der Häftlingsgeldverwaltung als Beihilfe die Grenzen der Beihilfstrafbarkeit auflöse und sich jedenfalls „bei einer unkritischen Übertragung auf anders gelagerte Sachverhalte als hochproblematisch“ erweise.<sup>71</sup> Die Erwägungen des BGH erinnerten an die völkerstrafrechtliche Zurechnungsfigur der Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen (participation in a joint criminal enterprise) in seiner zweiten Form (kurz: JCE II).<sup>72</sup> Diese Zurechnungsfigur laufe aber auf eine zu weitgehende Ablösung des Gehilfenbeitrags von der Haupttat und eine zu weitgehende Verlagerung der objektiven Zurechnung in den subjektiven Bereich hinaus. Damit bestehe die Gefahr einer weitreichenden Vorverlagerung der Strafbarkeit und einer Ausdehnung der Beihilfe „weit in den Bereich der Schaffung eines Umfelds, in welchem konkrete Delikte erst möglich werden“. Stattdessen sieht er im deutschen Strafrecht für Fallkonstellationen wie Grönings Tätigkeit die Organisationsdelikte als der Sache nach einschlägig.<sup>73</sup> Im konkreten Fall hätten sie freilich keine Anwendung finden können, weil es die passenden Tatbestände zur Tatzeit noch nicht gegeben habe und diese Vorwürfe zudem verjährt gewesen seien.

aa) Die Parallele zu JCE II

Momsen ist zunächst darin zuzustimmen, dass die gesamt-tatbezogene Begründung von Beihilfstrafbarkeit, wie sie der BGH in der Grönig-Entscheidung vorgenommen hat, weitgehende Parallelen zum völkerstrafrechtlichen JCE II auf-

weist.<sup>74</sup> Diese Zurechnungsfigur hat vor allem in der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs Relevanz erlangt und findet spezifische Anwendung auf die so genannten concentration camp cases.<sup>75</sup> Das gemeinsame verbrecherische Unternehmen bestehe in derartigen Fällen in der Aufrechterhaltung eines Systems von Misshandlungen (running a system of ill-treatment) in einem Gefangenenlager. Für die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit reicht es aus, dass der einzelne Beteiligte mit dem entsprechenden Vorsatz einen Beitrag erbringt, der geeignet ist, den bestehenden Lagerbetrieb aufrecht zu erhalten.<sup>76</sup> Ihm werden dann die im Betrieb des Lagers routinemäßig verübten Verbrechen (Misshandlungen, Folter, Tötungen, Vergewaltigungen etc.) zugerechnet, ohne dass es noch eines Nachweises seiner Beteiligung an den Einzeltaten bedarf.

Die Ähnlichkeit mit der völkerstrafrechtlichen Zurechnungsfigur JCE II ist für sich betrachtet jedoch keineswegs geeignet, Zweifel an der gesamt-tatbezogenen Begründung der Beihilfstrafbarkeit von Grönig zu wecken. Im Gegenteil: Zunächst einmal spricht der rechtsvergleichende Befund, dass das Völkerstrafrecht eine analoge Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit kennt, für die Angemessenheit dieser Lösung. Immerhin kann das Völkerstrafrecht ebenso wie das deutsche Strafrecht als ein Strafrechtssystem mit hohen rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Standards gelten. Zwar ist richtig, dass gerade gegen die Zurechnungsfigur des JCE in der völkerstrafrechtlichen Literatur Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip geltend gemacht werden.<sup>77</sup> Diese betreffen aber vor allem die dritte, erweiterte Form des JCE, nicht JCE II.<sup>78</sup> Überdies ist insoweit auf einen wesentlichen Unterschied zwischen der gesamt-tatbezogenen Beihilfstrafbarkeit und JCE II hinzuweisen: Die völkerstrafrechtliche Rechtsprechung versteht JCE II als eine Unterform der Begehung (commission) und damit als eine Form der Hauptverantwortlichkeit (primary responsibility).<sup>79</sup> Beteiligte, deren Strafbarkeit mittels JCE begründet wird, werden daher regelmäßig härter bestraft als solche Beteiligte, deren Strafbarkeit in Form der Unterstützung

<sup>74</sup> Vgl. zusammenfassend zu JCE z.B. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 30 ff.; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, S. 313 ff.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 552 ff. m.w.N.

<sup>75</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs insbesondere JStGH (Trial Chamber), Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1 (Kvočka, Kos, Radić, Žigić, Prcać), Rn. 268 ff.

<sup>76</sup> JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1, (Tadić), Rn. 202; JStGH (Trial Chamber) Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1 (Kvočka, Kos, Radić, Žigić, Prcać), Rn. 182.

<sup>77</sup> Vgl. nur *Werle/Jeßberger* (Fn. 74), Rn. 560 m.w.N.

<sup>78</sup> Treffend *Ambos* (Fn. 74), § 7 Rn. 32.

<sup>79</sup> Vgl. z.B. JStGH (Appeals Chamber), Beschluss v. 21.5.2003 – IT-99-37 (Milutinović, Sanović, Ojdanić), Rn. 20, 31; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32 (Vasiljević), Rn. 95; RStGH (Appeals Chamber), IT-01-64, Urt. v. 7.7.2006 (Gacumbitsi), Rn. 158.

<sup>71</sup> *Momsen*, StV 2017, 54 (551).

<sup>72</sup> *Momsen*, StV 2017, 54 (551).

<sup>73</sup> *Momsen*, StV 2017, 54 (551). Ebenso *Grünwald*, NJW 2017, 498 (501).

(aiding and abetting) begründet wird.<sup>80</sup> Ob die Vorbehalte gegen JCE II in gleichem Maße tragfähig wären, wenn es sich dabei um eine nachrangige Beteiligungsform wie die Beihilfe des deutschen Strafrechts handelte, die auch in der Strafzumessung privilegiert ist, erscheint zweifelhaft.

Die Bedenken, die *Momsen* inhaltlich in diesem Zusammenhang im Übrigen äußert, können jedenfalls nicht überzeugen. Soweit er geltend macht, die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe laufe auf eine zu weitgehende Ablösung des Gehilfenbeitrags von der Haupttat hinaus, ist dem entgegenzuhalten, dass dies nur solange zutreffend ist, wie als Haupttat allein die unmittelbare Erfolgsherbeiführung betrachtet wird. Das aber ist, wie zuvor gezeigt, weder handlungstheoretisch überzeugend, noch verpflichtet das deutsche Strafrecht zu einer solchen Verengung der Perspektive.

Die behauptete Vorverlagerung der Strafbarkeit ist vielmehr nicht erkennbar, sofern die Hilfeleistung in der befehlsgemäßen Dienstausbübung im Zeitraum der Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ gesehen wird. Es geht dann bei dem zurechnungsbegründenden Verhalten nicht „um die Schaffung eines Umfeldes, in welchem konkrete Delikte erst möglich werden“, sondern – wie oben ausgeführt – darum, dass der einzelne Beteiligte durch seine Dienstausbübung dazu beiträgt, routinemäßige Abläufe aufrechtzuerhalten, die in eben diesem Zeitraum die massenhafte Verbrechensbegehung ermöglichen.

Zutreffend ist lediglich, dass die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe im Vergleich zu einer ausschließlich einzelatbezogenen Konzeption zu einer Absenkung der objektiven Voraussetzungen für die Hilfeleistung führt, weil dem Gehilfen nicht mehr ein Beitrag nachgewiesen werden muss, der die unmittelbare Erfolgsherbeiführung bzw. die unmittelbare Vornahme des tatbestandlichen Verhaltens im Rahmen einer konkreten Einzelat fördert. Diese Absenkung ist aber – auch das wurde zuvor begründet – angemessen, weil sie lediglich die Vorteile kompensiert, die den Beteiligten durch die arbeitsteilig organisierte, systemische Begehungsweise bei der Straftatbegehung zugutegekommen sind.

### *bb) Einschlägigkeit der Organisationsdelikte?*

Sofern darauf verwiesen wird, dass sich jedenfalls heute die allgemeine Dienstausbübung Grönings in Auschwitz im Rahmen der Organisationsdelikte gem. §§ 129 ff. StGB strafrechtlich ahnden ließe, ist dies zwar zutreffend. Die SS wäre als Vereinigung einzustufen, deren Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, Mord, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu begehen. Ab dem Zeitpunkt, zu dem Gröning Kenntnis hinsichtlich dieser Tätigkeit der SS erlangte, hätte sich daher seine Strafbarkeit gem. § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB begründen lassen, wäre dieser Tatbestand auf Taten dieser Zeit anwendbar.

Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Tätigkeit im Rahmen einer solchen Vereinigung zudem die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Beteiligung an der Begehung von einzelnen der kriminellen Zweckbestimmung oder Tätigkeit

entsprechenden Verbrechen begründen kann.<sup>81</sup> Es bedarf auch keiner näheren Erläuterung, dass zumindest der expressive Gehalt der Strafbarkeit sich in diesem Fall signifikant von der bloßen Strafbarkeit als Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung unterscheidet.

Der Anwendungsbereich der gesamtatbezogenen Begründung der Beihilfe und der Organisationsdelikte ist aber keinesfalls kongruent. Wesentlich für die Begründung der Beihilfe im Falle Grönings ist, wie das Handeln der Hintermänner als teilnahmefähige Haupttat konstruiert wird. Dabei ist nicht einmal ausschlaggebend, ob insoweit die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate herangezogen wird oder – wie in der früheren Rechtsprechung – das Verhalten als (Mit-)Täterschaft kraft Täterwillens oder Anstiftung eingeordnet wird. Entscheidend ist, dass die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Hintermänner gedanklich daran anknüpft, dass die Hintermänner die Tat über das Funktionieren einer von ihnen gesteuerten hierarchischen Struktur begangen bzw. die unmittelbaren Begehungstäter mittels dieser Struktur zur Tatbegehung bestimmt haben. Immer dann ist es nämlich dogmatisch bruchlos möglich, die befehlsgemäße Dienstausbübung im Rahmen dieser Struktur als eine Hilfeleistung zur Begehung der Taten zu erfassen, die aus diesem strukturellen Handlungszusammenhang programmgemäß generiert werden.

Damit ist zugleich angedeutet, dass Organisationsdelikte ihrerseits Anwendung auf Fallkonstellationen finden können, in denen eine gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe nicht in Betracht kommt. Kriminelle Banden oder Terrorgruppen mögen hinsichtlich ihres Organisationsgrads zwar die Voraussetzungen des § 129 Abs. 2 StGB erfüllen. Nur selten verfügen sie aber über eine institutionelle Festigung und Struktur, die ein Handeln über Machtapparate ermöglicht, in denen die Tätigkeiten der einzelnen Beteiligten routinemäßig zusammenwirken. Nur dann aber kommt die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe wie im Falle Grönings in Betracht. Wo die Rollenverteilung und die konkret vorzunehmenden Tätigkeiten für jede Einzelat erneut festgelegt und entsprechend durch bewusste Entschlüsse der Beteiligten zum Tätigwerden begleitet werden müssen, hat die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe keinen Platz, ebenso wenig wie die korrespondierende Form der mittelbaren Täterschaft. Die gesamtatbezogene Begründung von Beihilfe-strafbarkeit passt daher auch nicht für Taten, wie sie in vergangenen Jahrzehnten etwa von Mitgliedern der „Roten Armee Fraktion“, der „Brigate Rosse“ oder ähnlicher Gruppen, in jüngerer Vergangenheit z.B. durch den sog. „Nationalsozialistischen Untergrund“ verübt worden sind. Wenngleich diese terroristischen Gruppen die Ermordung von Personen als ein wiederkehrendes und durchaus kennzeichnendes Mit-

<sup>80</sup> Vgl. dazu im Detail *Burghardt* (Fn. 74), S. 388 ff.

<sup>81</sup> Zum Problem des Strafklageverbrauchs, wenn die Tätigkeiten im Rahmen der kriminellen oder terroristischen Organisation zunächst unter dem Gesichtspunkt der Mitgliedschaft berücksichtigt und in einem nachfolgenden Verfahren als Beihilfe zu konkreten Taten berücksichtigt werden sollen, vgl. jüngst OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2018 – 2 StE 6/18-9.

tel ihres „Kampfes“ verstanden, so gab es doch keinen Alltag der arbeitsteilig organisierten Ermordung, Entführung oder Folter von Menschen. Ob für die Tätigkeit als Mitglied des radikalislamistischen IS etwas anderes gilt, ist abhängig von dem jeweils betrachteten Tätigkeitsbereich.<sup>82</sup> Die gesamtatbezogene Beihilfe kommt erst in den Fällen zur Anwendung, wo die Verbrechensbegehung in institutionalisierten Strukturen, etwa dem Betrieb eines Foltergefängnisses, zu einer Routine wird, die den alltäglichen Modus der Dienstverrichtung nicht mehr durchbricht und deren Details idealtypisch nur noch durch Dienstpläne bestimmt werden. Nur dann aber ist es angemessen, jede Tätigkeit im Rahmen des Handlungszusammenhangs als Beihilfe zu den in diesem Zusammenhang begangenen Einzeltaten zu bewerten.

### III. Die zeitgeschichtliche Seite der Gröning-Entscheidung: Auseinandersetzung mit der „zweiten Schuld“

Es greift zu kurz, die Entscheidung des BGH allein in strafrechtlicher Hinsicht zu bewerten. In dem Verfahren gegen Oskar Gröning ging es nicht ausschließlich und nicht einmal in erster Linie um die strafrechtliche Schuld des Angeklagten oder die dogmatische Begründung seiner Strafbarkeit. Ebenso wie auch in den anderen Strafverfahren, die in den letzten Jahren gegen noch lebende Mitwirkende an NS-Verbrechen geführt worden sind, wurde in der Strafsache Oskar Gröning verhandelt, was *Ralph Giordano* einst eindrücklich als die „zweite Schuld“ bezeichnet hat.<sup>83</sup> Der Strafjustiz bot sich in jenen Verfahren die Gelegenheit, zu den Defiziten Stellung zu nehmen, die die Auseinandersetzung mit der NS-Vergangenheit in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik kennzeichneten. Dass es hier erhebliche Versäumnisse gegeben hat, darüber besteht heute breiter Konsens. Die bundesdeutsche Strafjustiz und nicht zuletzt auch der BGH haben hierzu ihren Teil beigetragen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich dazu die folgenden Stichpunkte nennen:

#### 1. Die sog. „Gehilfenrechtsprechung“

Der BGH hat die sog. „Gehilfenrechtsprechung“ mitgeprägt.<sup>84</sup> Der Begriff nimmt darauf Bezug, dass die meisten Personen, die in der Bundesrepublik für die Beteiligung an den NS-Verbrechen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurden, als Gehilfen im Sinne des § 49 StGB a.F. eingeordnet wurden. Erklärt wird dieses Ergebnis zumeist damit, dass die Rechtsprechung die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Allgemeinen nach der sog. subjektiven Theorie getroffen habe. Unabhängig von dem materiell-objektiven

Gewicht des eigenen Tatbeitrags war danach als Gehilfe einzustufen, wem kein Täterwillen nachgewiesen werden konnte.<sup>85</sup> In den Verfahren zu den NS-Verbrechen verneinten die Tatgerichte einen Täterwillen regelmäßig bei solchen Angeklagten, die unwiderlegbar geltend machen konnten, in ihrem eigenen Handeln innerhalb der ihnen gegebenen Befehle und Anordnungen geblieben zu sein. Nur wer bei der Tatausführung besonderen Eifer gezeigt hatte, wer seine Befehle überschritt oder ohne Befehl handelte, war selbst Täter, und auch dies nicht in allen Fällen.<sup>86</sup> Nachdem der BGH diese Rechtsprechung in den 1950er Jahren zunächst noch in zahlreichen Fällen korrigiert hatte,<sup>87</sup> haben etwa ab 1960 insbesondere

<sup>85</sup> Vgl. z.B. BGHSt 2, 150 (156); 2, 169 (170); 4, 20 (21); 6, 226 (228); 6, 248 (249); 8, 70 (73); BGH, Urt. v. 8.3.1955 – 5 StR 74/55; BGH NJW 1961, 1781. Siehe aber auch BGH NJW 1951, 120; 1956, 475.

<sup>86</sup> Vgl. z.B. LG Wiesbaden, Urt. v. 1.2.1951 – 3 Ks 1/51 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 265, 169 (177); LG Weiden, Urt. v. 14.11.1955 – Ks 1/55 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, Lfd. Nr. 422a, 407 (412); LG Ulm, Urt. v. 29.8.1958 – Ks 2/57 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XV, Lfd. Nr. 465a, 11 (240); LG Münster, Urt. v. 29.11.1960 – 6 Ks 2/60 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 268b, 3 (41); LG Düsseldorf, Urt. v. 16.5.1961 – 8 Ks 1/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 542b, 689 (700); LG Aurich, Urt. v. 29.5.1961 – 17 Ks 1/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 511a, 3 (421, 468 ff.); LG München I, Urt. v. 21.7.1961 – 22 Ks 1/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 519, 661 (705); LG Hannover, Urt. v. 29.11.1962 – 2 Ks 1/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 544a, 729 (755); LG Koblenz, Urt. v. 21.5.1963 – 9 Ks 2/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 552, 165 (293); LG Kiel, Urt. v. 8.4.1964 – 2 Ks 1/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 567a, 777 (803); LG Braunschweig, Urt. v. 20.4.1964 – 2 Ks 1/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 570a, 27 (84); LG München I, Urt. v. 21.1.1965 – 110 Ks 3/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 585a, 629 (642); LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 = 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (447 f., 462, 525, 544, 553 f., 595 f., 613 ff., 627 f., 651 ff., 716, 725 f.); LG Düsseldorf, Urt. v. 3.9.1965 – 8 I Ks 2/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 596a, 177; LG Detmold, Urt. v. 22.12.1965 – 2 Ks 1/65 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 604, 449 (483 ff.); LG Wuppertal, Urt. v. 30.12.1965 – 12 Ks 1/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 606a, 503 (521). Zu abweichenden tatgerichtlichen Entscheidungen siehe z.B. *Greve* (Fn. 84), S. 148 m.w.N.

<sup>87</sup> Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 5.7.1951 – 3 StR 333/51 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 268b, 240 (243); BGH, Urt. v. 8.11.1956 – 4 StR 359/56 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIV, Lfd. Nr. 446c, 226 (230 f.); BGH, Urt. v. 22.1.1957 – 1 StR 321/56 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, Lfd. Nr. 427b, 566 (573 f.); BGH, Urt. v. 14.3.1957 – 4 StR 44/57 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIV, Lfd.

<sup>82</sup> Vgl. zu einer Fallkonstellation, die zumindest in die Nähe des Anwendungsbereichs einer gesamtatbezogenen Beihilfe kommt, zuletzt OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2018 – 2 StE 6/18-9.

<sup>83</sup> *Giordano*, Die zweite Schuld oder Von der Last Deutscher zu sein, 1987.

<sup>84</sup> Vgl. dazu ausführlich *Greve*, Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, 2001, S. 147 ff.; zusammenfassend z.B. *Werle*, NJW 1992, 2529 (2533).

der 1. und 2. Strafsenat die Einstufung auch hochrangiger Angeklagter als Gehilfen vielfach bestätigt.<sup>88</sup> Mit der Stachinski-Entscheidung hat der BGH in dieser Zeit überdies ein Schlüsselsignal für eine breitflächige Anwendung der „Gehilfenrechtsprechung“ in den Verfahren wegen NS-Verbrechen gesetzt.<sup>89</sup>

Die „Gehilfenrechtsprechung“ hatte zur Folge, dass auch die Strafaussprüche gegen diese Angeklagten unangemessen gering ausfielen.<sup>90</sup> Langjährige oder gar lebenslange Freiheitsstrafen blieben selbst für Täter, die maßgeblich an der Ermordung von Tausenden von Menschen mitgewirkt hatten, die Ausnahme.

## 2. Die Rechtsprechung zum Rechtsbeugungsvorsatz

Mit seiner Rechtsprechung zu den subjektiven Anforderungen der Rechtsbeugung hat der BGH direkt die weitgehende Strafflosigkeit der Richter bewirkt, die sich an der justiziellen Bekämpfung von sog. „Volksfeinden“ und „Volksschädlingen“ in der NS-Zeit beteiligten.<sup>91</sup> Treffend sprach Fritz Bauer

---

Nr. 438b, 26 (27 ff.); BGH, Urt. v. 7.10.1960 – 4 StR 242/60 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVI, Lfd. Nr. 486c, 235, (243 f.). Bereits in dieser Zeit aber im Sinne der „Gehilfenrechtsprechung“ z.B. BGH, Urt. v. 13.2.1951 – 4 StR 32/50 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 281b, 446 (447); NJW 1954, 1374 (1375).

<sup>88</sup> Vgl. z.B. BGH, Beschl. v. 21.12.1961 – 1 StR 508/61; BGH, Urt. v. 28.5.1963 – 1 StR 540/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 526b, 127 (130); BGH, Urt. v. 22.1.1963 – 1 StR 457/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 551c, 152 (154); BGH, Urt. v. 20.5.1963 – 2 StR 540/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXXIII, Lfd. Nr. 716c, 86 (90 ff.); BGH, Urt. v. 24.7.1963 = 2 StR 188/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 558c, 591; BGH, Urt. v. 10.12.1963 = 5 StR 432/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 549b, 90 (91); BGH, Urt. v. 25.11.1964 = 2 StR 71/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 594c, 345 (355); BGH, Urt. v. 26.10.1965 – 1 StR 106/65 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 580, 500 (503). Gegenläufig z.B. BGH, Urt. v. 22.5.1962 – 5 StR 4/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 511b, 491 (493); BGH, Urt. v. 9.4.1963 – 5 StR 22/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 540b, 646 (647); BGH, Urt. v. 1.7.1966 – 4 StR 1/66 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 588b, 808 (814).

<sup>89</sup> BGH, Urt. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = BGHSt 18, 87.

<sup>90</sup> Vgl. in diesem Sinne bereits die Entschließung der Mitglieder der Königsteiner Klausurtagung von 1966, abgedruckt in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Probleme der Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, 1967, C 8 f. Bemerkenswert auch LG Memmingen, Urt. v. 23.12.1983 – 1 Ks 115 Js 5640/76 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XLV, Lfd. Nr. 887, 775 (791 f.).

<sup>91</sup> BGHSt 10, 294 (298 ff.); NJW 1968, 1339. Vgl. dazu z.B. Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz, 1983, S. 463, 487; Gribbohm, NJW 1988, 2842 (2847); Gritschneider, NJW

davon, dass diese Rechtsprechung einen „ständischen Schutzwall“ errichtet habe.<sup>92</sup> Sie machte es praktisch unmöglich, Angehörige der NS-Justiz strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen für die Unrechtsurteile, an denen sie mitgewirkt hatten.

## 3. Die Rechtsprechung zum Verbotsirrtum, zum Putativnotstand und zu § 47 Militär-StGB

In seiner berühmten Entscheidung zum Verbotsirrtum entschied der Große Senat des BGH in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Unbeachtlichkeit des strafrechtlichen Rechtsirrtums, dass der unverschuldete Irrtum über die Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens die Strafbarkeit ausschließe, der verschuldete Verbotsirrtum immerhin eine Strafmilderung nach § 44 Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F. rechtfertigen könne.<sup>93</sup> Damit wies er einer tatgerichtlichen Rechtsprechung den Weg, die insbesondere in Verfahren gegen Beteiligte an den sog. „Euthanasie“-Programmen zum Ausschluss der Schuld und damit zur Strafflosigkeit wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums führte, in anderen Fällen immerhin zur Strafmilderung.<sup>94</sup> In anderen Verfahren billigten die Tatgerichte den Angeklagten zu, in einem entschuldigenden Notstand oder doch in einem schuldausschließenden Irrtum über das Vorliegen der Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands gem. § 52 StGB a.F. gehandelt zu haben.<sup>95</sup> Ob die Berufung auf ein (subjektives) Vorliegen entschuldigender Nötigungsumstände nicht ohnehin ausschied, weil die Angeklagten diese Umstände durch ihren freiwilligen Eintritt und ihre jahrelange Karriere in SS, Gestapo oder ähnliche Einheiten selbst zurechenbar herbeigeführt hatten, hat die Rechtsprechung in diesen Fällen jedoch allenfalls oberflächlich untersucht.<sup>96</sup> Schließlich haben die tatinstanzlichen Gerichte § 47 Militär-StGB in zahlreichen Fällen sehr großzügig angewendet, insbesondere im Zusammenhang mit der Erschießung von sog. „fremdvölkischen“ Zwangsarbeitern durch Polizeieinheiten.<sup>97</sup> Wenngleich der BGH diesen

---

1996, 1239; Spendel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 10 ff. sowie BGHSt 41, 317 (339 f.).

<sup>92</sup> Vgl. Bauer, in: Hammerschmidt (Hrsg.), Zwanzig Jahre danach, Eine deutsche Bilanz 1945-1965, 1965, S. 301 (306).

<sup>93</sup> BGHSt 2, 194 (209).

<sup>94</sup> Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 21.2.1962 – 2 StR 640/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 542, 712 (713 f.); LG Göttingen, Urt. v. 2.12.1953 – 6 Ks 1/53 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XI, Lfd. Nr. 381, 735 (758 ff.); LG München I, Urt. v. 12.3.1965 – 112 Ks 2/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 587, 695 (712 ff.).

<sup>95</sup> Vgl. z.B. LG Freiburg, Urt. v. 12.7.1963 – I AK 1/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 555a, 413 (463 ff.); LG Hagen, Urt. v. 20.12.1966 – 11 Ks 1/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXV, Lfd. Nr. 642a, 54 (228 ff.).

<sup>96</sup> Vgl. nur die wenig überzeugenden Ausführungen in BGH, Urt. v. 14.1.1964 – 1 StR 498/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 555b, 470 (471 f.).

<sup>97</sup> Vgl. z.B. LG Regensburg, Urt. v. 27.7.1955 – Ks 5/53 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, Lfd. Nr. 418, 253 (258 ff.); LG München I, Urt. v. 22.1.1964 – 111 Ks 2/63 = Justiz

Ansätzen zu einer weitflächigen Exkulpation Beschuldigter mehrfach entgegengetreten ist,<sup>98</sup> finden sich auch in seiner Rechtsprechung schmerzhaft Fälle einer Bestätigung der Straflosigkeit.<sup>99</sup>

#### 4. Die Rechtsprechung zur Verjährungsfrage

Der BGH hat durch eine Entscheidung des 5. Strafsenats die sog. „Amnestie durch die Hintertür“<sup>100</sup> abgesegnet. Gemeint ist mit diesem Stichwort der rückwirkende Eintritt der Verjährung zum 8. Mai 1960 für die Beihilfe zum Mord in den Fällen, in denen Motiv oder Absicht, insbesondere ein Handeln aus niedrigen Beweggründen wie Rassenhass, die Haupttat zu einem Mord gem. § 211 StGB qualifizierten, ohne dass dem Gehilfen nachgewiesen werden konnte, dass er diese subjektiven Mordmerkmale in eigener Person erfüllt hatte. Die Verjährung der entsprechenden Fälle ließ sich gesetzlich auf die Änderung von § 50 StGB a.F. durch Art. I Abs. 6 Einführungsgesetz zum OWiG v. 24. Mai 1968 zurückführen.<sup>101</sup> Der 5. Strafsenat entschied dazu im Verfahren gegen Hermann Heinrich, dass sich die Verjährungsfrist für die Beihilfe zum Mord nicht nach der Strafandrohung für die Haupttat bestimme, sondern nach der Strafandrohung für die Hilfeleistung, und dass die niedrigen Beweggründe als besondere persönliche Merkmale dem geänderten § 50 StGB a.F. unterfielen.<sup>102</sup>

und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 563a, 689 (698). Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Ducklau*, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, 1976, S. 109, 133 f.

<sup>98</sup> Vgl. z.B. BGH, NJW 1953, 112; BGH, Urt. v. 15.6.1962 – 2 StR 531/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 546b, 839, 841 ff.

<sup>99</sup> Vgl. etwa BGHSt 5, 239 (244); BGH, Urt. v. 5.5.1954 – 626/53, Rn. 18 = BGHSt 6, 120 (122); BGH, Urt. v. 28.5.1963 – 1 StR 540/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXXIII, Lfd. Nr. 716c, 86, 91; BGH, Urt. v. 14.1.1964 – 1 StR 498/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 555b, 470, 471 f.; BGH, Urt. v. 28.7.1964 – 1 StR 215/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 563b, 700, (701); BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Nr. 595b, 838 (869 ff.).

<sup>100</sup> Vgl. z.B. *Friedrich*, Die kalte Amnestie, 1994, S. 434 ff.; *Müller*, Furchtbare Juristen, 1987, S. 249; *Werle/Wandres*, Auschwitz vor Gericht, 1996, S. 25.

<sup>101</sup> Vgl. BGBl. I 1968, S. 503. Zu der Gesetzesänderung und der in diesem Zusammenhang viel diskutierten Frage eines planmäßigen Vorgehens durch die damit befassten Personen in der Ministerialbürokratie z.B. *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 144 ff.; *Greve*, KJ 2000, 412; *Rottleuthner*, Rechtshistorisches Journal 2001, 665.

<sup>102</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 1181. Die Gegenauffassung des Generalbundesanwalts findet sich in NJW 1969, 1157. Vgl. zu den vom BGH entschiedenen Rechtsfragen seinerzeit z.B. *Blei*, JA 1969, 533; *Dreher*, JR 1970, 147; *Gehrling*, JZ 1969, 416; *Jakobs*, NJW 1969, 489; *Koffka*, JR 1969, 41; *Schröder*, JZ 1969, 418; *Stree*, JuS 1969, 403; aus dem heuti-

Zugleich setzte der 5. Strafsenat in diesem Verfahren fatale Schlüsselsignale für die Prüfung des Vorliegens von Mordmerkmalen in späteren Verfahren wegen nationalsozialistischen Massentötungen. Denn der *Senat* verengte die Frage, ob der Angeklagte aus niedrigen Beweggründen gehandelt habe, darauf, ob ihm habe nachgewiesen werden können, selbst aus Rassenhass gehandelt zu haben. Nicht nur in diesem Fall hätte aber nahegelegen, ein Handeln aus niedrigen Beweggründen auch deswegen in Betracht zu ziehen, weil der Täter aus Opportunismus und dem Streben nach beruflichen Vorteilen an der Ermordung von Wehr- und Schuldlosen mitwirkte.<sup>103</sup> Überdies verneinte der 5. Strafsenat pauschal und in revisionsrechtlich problematischer Weise, dass Umstände festgestellt worden seien, die eine Grausamkeit der Tötung begründeten<sup>104</sup> – tatsächlich enthielt das erstinstanzliche Urteil durchaus Hinweise auf die Grausamkeit des Vorgehens, etwa die Erschießung transportunfähiger Alter, Kranker und Kinder vor ihren Angehörigen, das Schwurgericht hatte diese Tatsachen aber nicht im Hinblick auf die Feststellung dieses Mordmerkmals gewürdigt.<sup>105</sup>

Es kann nicht überraschen, dass einige Staatsanwaltschaften und Schwurgerichte dieses Vorgehen als Aufforderung verstanden, bei der Untersuchung der Mordmerkmale nicht allzu genau hinzuschauen und in zahlreichen Fällen Heimtücke, Grausamkeit oder niedrige Beweggründe auszuschließen, obwohl eine Lektüre der tatsächlichen Feststellungen durchaus eine andere rechtliche Würdigung möglich erscheinen lässt.<sup>106</sup> So fehlte es in Bezug auf das Mordmerkmal der Grausamkeit vielfach an der Frage, ob nicht nur die Tötungshandlung im engeren Sinne, sondern auch die Begleitumstände die „Grausamkeit“ i.S.v. § 211 StGB begründen können, obwohl der BGH diese erweiternde Betrachtung bereits zuvor anerkannt hatte.<sup>107</sup> Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Änderung von § 50 StGB a.F. durch Art. I Abs. 6 Einführungsgesetz zum OWiG v. 24. Mai 1968 erst mit der Entscheidung des 5. Strafsenats im Verfahren gegen Hermann Heinrich im Zusammenspiel mit der „Gehilfenrechtspre-

gen Schrifttum z.B. *Asholt*, Verjährung im Strafrecht, 2016, S. 485 ff.; *Küper*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.) Festschrift Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 337; *ders.*, JZ 2017, 229.

<sup>103</sup> Siehe in diesem Sinne aber z.B. BGH NJW 1951, 666; BGH, NJW 1969, 1725; BGH, Urt. 21.7.1970 – 1 StR 119/69 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXVII, Lfd. Nr. 669, 514 (515).

<sup>104</sup> BGH NJW 1969, 1181 (1183). Anders dann BGH, Urt. v. 5.2.1970 – 4 StR 272/68 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXVI, Lfd. Nr. 648b, 139 (144 f.), mit der ebenso schlichten wie zutreffenden Feststellung: „[S]olche Massenvernichtungen konnten nur grausam durchgeführt werden.“

<sup>105</sup> LG Kiel, Urt. v. 19.3.1968 – 2 Ks 4/66 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXVII, Lfd. Nr. 667a, 343 (410).

<sup>106</sup> Vgl. die Beispiele bei *Greve*, KJ 2000, 411 (423); *Jasch/Kaiser*, Der Holocaust vor deutschen Gerichten, 2017, S. 162, 165 f.

<sup>107</sup> Vgl. insbesondere BGH NJW 1951, 666 f.

chung“ ihre Wirkung als faktische Amnestierung zahlreicher NS-Verbrecher entfaltete.<sup>108</sup>

### 5. Die Rechtsprechung zu Strafverfolgungshindernissen aus dem sog. „Überleitungsvertrag“

In dem Verfahren gegen Georg Hempfen entschied der *Große Senat* des BGH, dass Art. 3 Abs. 3 (b) des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besetzung entstandener Fragen v. 23. Oktober 1954<sup>109</sup> auch solche Verfahren erfasse, die in Abwesenheit des Angeklagten außerhalb Deutschlands geführt worden seien.<sup>110</sup> Strafverfolgungsbemühungen gegen deutsche Kriegsverbrecher, die zuvor von alliierten Gerichten verurteilt worden waren, wurden dadurch erheblich erschwert. Das galt nach Ansicht des BGH auch dann, wenn die vorangegangenen Verfahren in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt worden waren. Da zugleich Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG in der damaligen Fassung ein ausnahmsloses Verbot statuierte, eigene Staatsangehörige zur Strafverfolgung an andere Staaten auszuliefern, lief die Entscheidung im Ergebnis vielfach auf die faktische Amnestierung dieser Täter hinaus. Dabei handelte es sich insbesondere um Personen, die in Frankreich in hochrangigen Positionen die Deportationen von Juden in die Vernichtungslager organisiert hatten.<sup>111</sup>

### 6. Die Rechtsprechung zum sog. „konkreten Einzelattnachweis“

Die zuvor genannten Punkte sind in der strafrechtlichen und zeitgeschichtlichen Forschung seit langem bekannt und vielfach kritisiert worden. Demgegenüber ist die fatale Auswirkung einer weiteren Weichenstellung der Rechtsprechung auf die Möglichkeit einer angemessenen Strafverfolgung von NS-Verbrechen erst spät, nämlich erst seit etwa zehn Jahren, stärker ins Bewusstsein der Fachöffentlichkeit getreten.<sup>112</sup> Sie betrifft das Erfordernis des sog. „konkreten Einzelattnachweises“. Gemeint ist damit, dass Staatsanwaltschaften und Rechtsprechung spätestens mit der bereits genannten Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* im großen Frankfurter Auschwitz-Verfahren<sup>113</sup> eine Begründung von Beihilfe in den

Strafverfahren wegen NS-Gewaltverbrechen ausschließlich auf der Grundlage der Feststellung eines Tatbeitrags zu einer konkreten Erfolgsherbeiführung für möglich hielten. Damit war für einen Schuldspruch der Nachweis erforderlich, dass ein Angeklagter durch sein Verhalten einen Tatbeitrag zu einer konkreten „Zugabfertigung“, zu einer konkreten Erschießungsaktion o.ä. geleistet habe. Die Feststellung, dass ein Angeklagter in einer bestimmten Einheit oder einer bestimmten Abteilung tätig gewesen war, zu deren routinemäßigen Aufgaben die regelmäßige Begehung bestimmter Verbrechen gehörte, reichte der Rechtsprechung dagegen nicht als Nachweis einer Beihilfe des Angeklagten zu den Verbrechen aus, an deren Begehung diese Einheit oder Abteilung im Tätigkeitszeitraum des Angeklagten routinemäßig beteiligt gewesen war.<sup>114</sup> M.a.W.: Soweit erkennbar, hat die Praxis über vier Jahrzehnte unter Berufung auf die Entscheidung des 2. *Strafsenats* eine gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe, wie sie der BGH nun im Verfahren gegen Oskar Gröning vorgenommen hat, nicht mehr in Betracht gezogen.

Dass die Rechtsprechung zum „konkreten Einzelattnachweis“ in strafrechtlicher Hinsicht nicht überzeugend war, ist bereits ausführlich begründet worden. Irritierend war jene Rechtsprechung aber auch, weil sowohl Instanzgerichte als auch der BGH selbst dies im Zusammenhang mit der Strafverfolgung der Massenmorde in den Vernichtungslagern Belzec, Sobibór, Treblinka und Kulmhof noch anders gesehen hatten. In diesen Verfahren hatte die Rechtsprechung immer wieder überzeugend ausgeführt, dass jede Tätigkeit als Mitglied der Lagerkommandos Hilfeleistung zu den dort routinemäßig durchgeführten Massenmorden gewesen war.<sup>115</sup> Für die Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord an allen Personen, die im Tätigkeitszeitraum der jeweiligen Angeklagten im routinemäßigen Lagerbetrieb schätzungsweise ermordet worden waren, bedurfte es daher auch nicht mehr der Feststellung einer Hilfeleistung zu einzelnen Tötungsaktionen. Hier erkannte die Rechtsprechung die Sachgerechtigkeit einer gesamtatbezogenen Begründung der individuellen Strafbarkeit also durchaus an. Erst als die Staatsanwaltschaft unter Leitung Fritz Bauers eine solche Argumentation auch in den großen Frankfurter Auschwitz-Prozess tragen wollte, wiesen zunächst das Schwurgericht und sodann auch der 2. *Strafsenat* diesen Ansatz zurück.<sup>116</sup>

<sup>108</sup> Vgl. zu den Folgen z.B. *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg, 2016, S. 415 ff.; *Jasch/Kaiser* (Fn. 106), S. 163.

<sup>109</sup> BGBl. II 1954, S. 405 (409).

<sup>110</sup> BGHSt 21, 29 = BGH NJW 1966, 1371.

<sup>111</sup> Vgl. dazu ausführlich z.B. *Brunner*, Der „Frankreich-Komplex“: die nationalsozialistischen Verbrechen in Frankreich und die Justiz der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 216 ff.; *Moisel*, Frankreich und die deutschen Kriegsverbrecher, Politik und Praxis der Strafverfolgung nach dem Zweiten Weltkrieg, 2004, S. 196 ff.

<sup>112</sup> Vgl. dazu z.B. *Fahl*, HRRS 2015, 210 (215 ff.); *Kurz*, ZIS 2013, 122; *Nestler*, Schlussvortrag im Strafverfahren gegen John Demjanjuk, S. 10, abrufbar unter:

[http://www.nebenklage-sobibor.de/wp-content/uploads/2011/04/SKMBT\\_C20311050912570.pdf](http://www.nebenklage-sobibor.de/wp-content/uploads/2011/04/SKMBT_C20311050912570.pdf) (2.1.2019); *Werle/Burghardt* (Fn. 17), S. 339.

<sup>113</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Bd. XXI, 838.

<sup>114</sup> Vgl. beispielhaft LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (747 f.).

<sup>115</sup> Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 25.8.1950 – 52 Ks 3/50 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VII, Lfd. Nr. 233, 277 (281, 286); LG Frankfurt/M., Urt. v. 3.3.1951 – 14/53 Ks 1/50 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 270a, 269; LG Düsseldorf, Urt. v. 3.9.1965 – 8 I Ks 2/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 596a, 19 (187); LG Hagen, Urt. v. 20.12.1966 – 11 Ks 1/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXV, Lfd. Nr. 642a, 59 (217, 219, 220 f.); LG Kiel, Urt. v. 26.11.1965 – 2 Ks 1/65 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 603, 415 (437).

<sup>116</sup> Vgl. dazu *Renz*, Auschwitz vor Gericht, 2018, S. 104 ff.

Die Folgen dieser Rechtsprechung sind bis heute schwer zu überblicken. Mutmaßlich hat sie in Hunderten von Fällen zu vollständigen oder teilweisen Freisprüchen, zur Einstellung oder zur Nichtaufnahme von Ermittlungsverfahren geführt.<sup>117</sup> Bereits im ersten Frankfurter Auschwitzverfahren hatte das Erfordernis des Nachweises einer „konkreten Einzeltatbeteiligung“ die Straflosigkeit einiger Angeklagter und die erhebliche Entlastung zahlreicher anderer zur Folge. Robert Mulka, in dessen grundsätzlichen Aufgabenbereich als Adjutant des Lagerkommandanten Rudolf Höß von Juni 1942 bis März 1943 nach den Feststellungen des Schwurgerichts die „Abwicklung“ der Transporte gehörte, wurde beispielsweise nicht etwa wegen seiner Tatbeteiligung an *allen* in diesem Zeitraum durchgeführten „Vergasungen“ für schuldig befunden, sondern lediglich wegen Beihilfe in vier Fällen. Denn es wurde für erforderlich erachtet, ihm zusätzlich nachzuweisen, dass er z.B. konkret für die „Beschaffung von Zyklon B und die Fertigstellung von gasdichten Türen für die Gaskammern“ sowie für die Oberaufsicht einer „Transportabfertigung“ an der Rampe verantwortlich gewesen war.<sup>118</sup> Erst im Verfahren gegen Iwan (John) Demjanjuk kam es zu der Rückbesinnung auf die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe: Ausreichend war nun wieder der Nachweis, dass der Angeklagte innerhalb eines bestimmten Zeitraums in einer bestimmten Funktion innerhalb des Lagerbetriebes tätig gewesen war.<sup>119</sup>

### 7. Späte Einsicht des BGH?

Die vorangegangene Aufzählung ist keinesfalls so zu verstehen, als sollten die vom BGH vertretenen Positionen als Ausdruck eines einheitlichen Willens gedeutet werden, die Verfolgung der NS-Verbrechen zu unterminieren, sofern sich dies nur irgendwie unter dem Deckmantel juristischer Begründungen bewerkstelligen ließ. Vielmehr streiten für die Rechtsauffassung des BGH dort, wo sie einer Strafverfolgung der NS-Verbrechen entgegenstand oder sie erschwerte, vielfach Argumente, die isoliert betrachtet durchaus Überzeugungskraft haben.

Es gilt aber gleichwohl festzuhalten, dass die angeführten Stichpunkte juristische Weichenstellungen markieren, an denen eine andere Rechtsprechung sehr wohl dogmatisch begründbar gewesen wäre. Insofern lässt sich also zumindest konstatieren, dass die Frage der strafjustiziellen Aufarbeitung der nationalsozialistischen Verbrechen keine war, bei der die Richter des BGH ihre juristische Kreativität entdeckt oder die Abkehr von einer etablierten Rechtsprechung riskiert hätten, um die herkömmlichen Kategorien und Grundsätze des Individualstrafrechts für die angemessene Bearbeitung von staats-

gesteuertem makrokriminellen Systemunrecht anzupassen. Um nur eines der bereits genannten Beispiele aufzugreifen: Die Tatsache, dass eine Vielzahl von Personen, die sich maßgeblich an der Ermordung Tausender Juden beteiligt hatte, bei einer bestimmten Gesetzesauslegung straflos bleiben würde, erschien den Richtern des 5. *Strafsenats* seinerzeit offenbar nicht als himmelschreiend ungerecht. Sie konnten daher bei der Rechtsanwendung Argumenten der methodischen Schlüssigkeit und systematischen Konsistenz Vorrang gegenüber materiellen Gerechtigkeitserwägungen einräumen. Jenseits der trivialen Feststellung, dass die bundesrepublikanische Mehrheitsgesellschaft und daher auch ihre Repräsentanten in der Justiz jahrzehntelang – aus welchen Gründen auch immer – kein Interesse an der angemessenen Aufarbeitung der NS-Verbrechen gehabt haben, ist es diese Indolenz gegenüber den Konsequenzen einer im engeren Sinne juristisch schlüssigen Argumentation, die aus heutiger Perspektive so erschreckt.

Mit der Revisionsentscheidung im Strafverfahren gegen Oskar Gröning hat sich dem BGH daher eine in zeithistorischer Perspektive unverhoffte Gelegenheit zu verspäteter Richtigstellung und institutioneller Selbstkritik geboten. Im Falle der mangelhaften strafrechtlichen Aufarbeitung von NS-Justizunrecht hat der 5. *Strafsenat* vor inzwischen mehr als 20 Jahren eine solche Gelegenheit bekanntlich genutzt.<sup>120</sup> Dem 3. *Strafsenat* ist dies im Verfahren gegen Oskar Gröning leider nicht gelungen.<sup>121</sup> Seine Ausführungen zur Beihilfe-strafbarkeit Grönings bestätigen zwar in erfreulicher Weise die Abkehr von einer rein einzeltatbezogenen Begründung der Teilnahme. Der *Senat* hat dies aber bedauerlicher Weise nicht zum Anlass genommen, sich von der früheren Rechtsprechung des BGH zu distanzieren. Er hat vielmehr behauptet, es bestehe kein Widerspruch zu der Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* im Frankfurter Auschwitzverfahren. Die dort vertretene Auffassung, nicht „jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslager Auschwitz eingegliedert war und dort *irgendwie* anlässlich dieses Programm tätig wurde, [habe] sich objektiv an den Morden beteiligt“,<sup>122</sup> stehe „in einem anderen rechtlichen Zusammenhang“. <sup>123</sup> Und er hat diesen „anderen rechtlichen Zusammenhang“ stichpunktartig wie folgt erläutert: „konkurrenzrechtliche Beurteilung von massenhaften Tötungen in durch große Zeiträume getrennten, wesentlich voneinander unterschiedenen und auf unterschiedlichsten Beweggründen beruhenden Tatkomplexen“.<sup>124</sup>

Die Einordnung der Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* im Frankfurter Auschwitzverfahren durch den 3. *Strafsenat* hält einer Nachprüfung nicht stand. Der 2. *Strafsenat* hat die oben genannten Überlegungen keineswegs allein auf

<sup>117</sup> Anschauliche Beispiele liefert *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125). Vgl. auch *Renz* (Fn. 116), S. 140 ff.

<sup>118</sup> LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (446).

<sup>119</sup> LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08, UA 190. Ebenso LG Detmold, Urt. v. 17.6.2016 – 4 Ks 45 Js 3/13-9/15, Rn. 234. Anders aber LG Ellwangen, Beschl. v. 27.2.2014 – 1 Ks 9 Js 94162/12.

<sup>120</sup> BGHSt 41, 317 (339 f.).

<sup>121</sup> Ähnlich *Renz* (Fn. 116), S. 176; *Safferling*, JZ 2017, 258 (262).

<sup>122</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Bd. XXI, 838 (882, *Hervorhebung* im Original).

<sup>123</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 27.

<sup>124</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 27.

die konkurrenzrechtliche Bewertung bezogen. Vielmehr hat er sie in den Ausführungen fallbezogen konkretisiert, mit denen er den schwurgerichtlichen Freispruch des Angeklagten Willi Schatz bestätigte.

Das Schwurgericht hatte Schatz nachweisen können, dass er als Zahnarzt den sog. „Rampendienst“ im Rahmen der „Transportabfertigung“ wahrgenommen hatte und die zur Ermordung in den Gaskammern selektierten Personen zur Gaskammer begleitet hatte. Diese Feststellungen reichten dem Schwurgericht aber nicht für einen Schuldspruch wegen Beihilfe zum Mord aus. Es führte aus: „Es kann dahingestellt bleiben, ob die bloße Anwesenheit des Angeklagten Dr. Schatz auf der Rampe [...] allein schon als Förderung der Vernichtungsaktion angesehen werden kann. [...] Auch wenn man allein in diesem Verhalten [...] eine Förderung der Vernichtungsaktionen [...] sieht (was nach Auffassung des Schwurgerichts zweifelhaft ist), kann dem Angeklagten [...] nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden, dass er das Bewusstsein gehabt hat, durch seine bloße Anwesenheit auf der Rampe einen kausalen Tatbeitrag zu den Vernichtungsaktionen zu leisten.“<sup>125</sup> Der Umstand, dass Schatz nach seiner Einlassung „um nicht aufzufallen [...] ein Stück neben den jüdischen Menschen, die zu den Gaskammern geführt wurden, hergelaufen ist“, reiche jedenfalls nicht aus, um den Vorsatz zur Förderung der Tötungsverbrechen festzustellen. Der Angeklagte „konnte annehmen, dass dies für den Ablauf der Vernichtungsaktion völlig ohne Bedeutung sei. [...] Der Gedanke, dass seine Anwesenheit auf der Rampe oder in der Nähe der Opfer, die zur Gaskammer geführt wurden, die SS-Angehörigen, die mit den Vernichtungsaktionen befasst waren, in irgend einer Weise psychisch stärken könnte, brauchte ihm nicht zu kommen. Das lag bei seiner Funktion, die er im KL Auschwitz als kleiner und unbedeutender Zahnarzt ausübte, nicht sehr nahe.“<sup>126</sup>

Diese im Ton schwer erträgliche und überdies strafrechtsdogmatisch unhaltbare rechtliche Würdigung war dem 2. Strafsenat seinerzeit lediglich den folgenden Satz wert: „Von dem konkreten Anklagevorwurf, als SS-Zahnarzt Selektionen auf der Rampe durchgeführt und das Einwerfen des Giftgases in die Gaskammer überwacht zu haben, hat ihn das Schwurgericht ohne Rechtsfehler mangels Beweises freigesprochen.“<sup>127</sup> Freilich fügte der 2. Senat ergänzend hinzu, für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe sei auch nicht ausreichend, dass das Schwurgericht festgestellt habe, dass Schatz ebenso wie ein weiterer Angeklagter, Dr. Willy Frank, der Leiter der SS-Zahnstation, „gelegentlich die ‚Zahngoldschmelzer‘ im

Krematorium aufgesucht, ihre Arbeit überwacht und Zahngold abgeholt“ habe.<sup>128</sup>

Es bedarf keiner Erläuterung, dass diese Ausführungen des 2. Strafsenats in scharfem Widerspruch zu den Überlegungen des 3. Strafsenats zum Beihilfecharakter des Verhaltens Oskar Grönings stehen. Es ist daher auch unzutreffend, wenn Claus Roxin in seiner Besprechung der Gröning-Entscheidung meint, die nach dem Revisionsurteil des BGH im ersten Frankfurter Auschwitzverfahren einsetzende Einstellungspraxis sei „durch die Entscheidung des 2. Senats von 1969 in keiner Weise gedeckt“.<sup>129</sup> Das verharmlost die Entscheidung des BGH. Wenn die große Mehrzahl der noch lebenden Angehörigen des Lagerpersonals von Konzentrations- und Vernichtungslagern von der deutschen Strafjustiz danach über weitere vier Jahrzehnte unbehelligt blieb, so war dies keineswegs die Folge einer unangemessenen Ausdehnung der Aussagen des 2. Strafsenats durch die Strafverfolgungsbehörden, sondern die direkt aus dem Revisionsurteil ableitbare Konsequenz.

In der Sache wäre daher im Gröning-Verfahren die Klarstellung geboten gewesen, dass der 3. Strafsenat mit seiner Entscheidung von der vorangegangenen Rechtsprechung des 2. Strafsenats abwich. In zeitgeschichtlicher Perspektive hätte man sich in diesem Zusammenhang zudem Worte des Bedauerns gewünscht. Der BGH hätte zum Ausdruck bringen können, dass (auch) er in der Vergangenheit falsche Impulse für die Strafverfolgung von NS-Verbrechen gesetzt und speziell mit der Rechtsprechung zum sog. Einzeltatnachweis ein verharmlosendes Bild von der Tätigkeit des Lagerpersonals in Auschwitz gezeichnet hat.

Der pragmatische Grund für die oberflächliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung des 2. Strafsenats mag darin bestanden haben, dass der 3. Strafsenat angesichts des hohen Alters Grönings keine Verzögerung der Entscheidung riskieren wollte, die durch ein Vorgehen nach § 132 Abs. 2 GVG unter Umständen eingetreten wäre. Dennoch sind die bezeichneten Urteilsausführungen höchst unbefriedigend, und zwar auch, weil jeder Verweis auf das mutige Urteil des LG München II im Demjanjuk-Verfahren<sup>130</sup> und die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zum sog. Einzeltatnachweis in der strafrechtlichen Literatur der letzten Jahre fehlt.<sup>131</sup> Es bleibt der Eindruck, dass der 3. Strafsenat die zeitgeschichtliche Dimension, die dem Urteil hätte zukommen können, verschenkt hat.

#### IV. Schluss

Der BGH hat in der Gröning-Entscheidung eine gesamtattorientierte Begründung der Beihilfe vorgenommen, wengleich er diese Bezeichnung vermieden hat. In der Sache ist dieser Ansatz des BGH zu begrüßen. Eine solche gesamtattorientierte Begründung der Beihilfe ist sachgerecht, wenn die

<sup>125</sup> LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (756).

<sup>126</sup> LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (756).

<sup>127</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Nr. 595b, 838 (883); *Hervorhebung* im Original.

<sup>128</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Nr. 595b, 838 (883).

<sup>129</sup> Roxin, JR 2017, 88 (89).

<sup>130</sup> LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XLIX, Nr. 924, 227.

<sup>131</sup> Siehe bereits oben Fn. 112.

Verbrechensbegehung in einem arbeitsteilig organisierten, systemischen Zusammenhang erfolgt. Sie ist auch mit den weithin anerkannten Grundsätzen der deutschen Strafrechtsdogmatik vereinbar. Denn das tatbestandsmäßige Verhalten beschränkt sich bei den Erfolgsdelikten nicht auf die Vornahme der unmittelbar erfolgsgerechten Handlung, sondern erstreckt sich insbesondere im Rahmen der mittelbaren Täterschaft auf die Anleitung anderer zur Tatbegehung über eine hierarchisch organisierte Machtstruktur. Die entsprechende Erweiterung des Begriffs der teilnahmefähigen Haupttat ist daher nur konsequent. Eine beihilfebegründende Hilfeleistung kann dann auch in der Förderung des befehlsgemäßen Funktionierens des Machtapparats bestehen, den die mittelbaren Täter zur Verbrechensbegehung einsetzen. Im Ergebnis stellt in diesen Fällen jede befehlsgemäß erbrachte Tätigkeit in dem arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhang eine Hilfeleistung gem. § 27 StGB zu der in diesem Zusammenhang erfolgten Verbrechensbegehung dar.

Besondere Bedeutung hatte das Verfahren gegen Oskar Gröning darüber hinaus in zeitgeschichtlicher Hinsicht. Für den BGH bot sich hier die Gelegenheit zur kritischen Auseinandersetzung mit seiner eigenen Rechtsprechung zur Strafverfolgung von NS-Verbrechen. Diese Gelegenheit hat der 3. Strafsenat leider nicht genutzt. Das ist enttäuschend und nimmt der Gröning-Entscheidung einen Teil der herausragenden Bedeutung, die sie hätte haben können.

## Der Weichensteller 4.0

### Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Programmierers im Notstand für Vorgaben an autonome Fahrzeuge

Von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Konstanz\*

*Wie zukünftig die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Programmierers autonomer (oder auch nur automatisierter) Fahrsysteme bestimmt werden soll, wird schon wegen der Relevanz der damit einhergehenden Fragen in der Praxis an vielen Stellen diskutiert. Der vorliegende Beitrag erfragt, ob die Strafrechtsdogmatik, wie mancherorts behauptet, wirklich keine passende Lösung zu bieten hat und deshalb einer Anpassung bedürfte. Das ist aber gerade nicht der Fall. Aufgezeigt wird, dass Unterlassungspflichten auch beim Programmieren autonomer Fahrsysteme nicht kollidieren, dass das „erlaubte Risiko“ die Dilemma-Situation nicht löst und wo Bereiche erlaubten Risikos tatsächlich verbleiben. Im Ergebnis bleibt der Programmierer (dogmatisch) der Weichensteller 4.0. Eine Programmierung autonomer Fahrsysteme, die die Fahrzeuginsassen bevorzugt, lässt sich nicht rechtfertigen. Weil sich der Programmierer beim Programmieren nicht in der Not für den Schutz des einen zu Lasten des anderen entscheiden muss, kann eine etwaige Fehl abwägung auch nicht mit (übergesetzlichem) Notstand entschuldigt werden. Wer mit dem Ergebnis unzufrieden ist, muss die rechtstheoretischen Grundfragen neu beantworten, nicht aber allein an den dogmatischen Schrauben drehen.*

*The criminal responsibility of programmers developing software for autonomous cars and driving systems is the talk of town. Developers, programmers, managers, and car drivers want to know, who has to bear criminal responsibility in case of an accident. Attending questions are discussed in many places. This paper, however, is discussing the “trolley-problem” from the perspective of German substantive criminal law and asking, whether substantive criminal law may still have the right answers. The argumentation will reveal that even through programming the software in order to run an autonomous driving car, there is no space for a collision of obligations to omit (also called: duties of omission). Additionally, the paper reveals, in which cases the concept of maximum permissible risk can be applied. In the end, the paper suggests to handle programming autonomous cars likewise the trolley problem. According to German criminal law, there is no space for legal justification nor for excuse, when developing the certain software that seeks to save car drivers and other passengers before uninvolved third people.*

#### I. Einführung

Dass eine Automatisierung des Straßenverkehrs noch aufzuhalten wäre, daran glaubt heute niemand mehr.<sup>1</sup> Auch in

\* Die Verf. ist Professorin und Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie (Nachfolge Prof. Dr. Rudolf Rengier) an der Universität Konstanz.

<sup>1</sup> Abgesehen von Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (202 ff.), die den Einsatz selbst verbieten wollen.

Deutschland laufen längst Testprojekte im Verkehr<sup>2</sup> und entstehen neue Autofabriken.<sup>3</sup> (Teil-)Automatisierte Fahrfunktionen sind dabei längst real. Sie sollen (Unfall-)Gefahren reduzieren bis ganz ausschließen. „Vision Zero“ lautet das Ziel.<sup>4</sup> Doch die Automatisierung vom Pferd zur „Kutsche ohne Kutscher“<sup>5</sup> erfordert Antworten: praktische, technische, rechtliche, rechtstheoretische und rechtsethische.

Bisher dominierten zivilrechtliche, versicherungsrechtliche und zulassungsbedingt öffentlich-rechtliche Fragen die Debatte.<sup>6</sup> Voraussetzend gilt es hierzu zu erwähnen: Mit den für Deutschland 2016<sup>7</sup> wirksamen<sup>8</sup> Änderungen des Wiener Übereinkommens über den Straßenverkehr (WÜ, 1968)<sup>9</sup> und dem 8. Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes (StVG)<sup>10</sup> 2017 sind Automatisierungen bis zur 4. Stufe auf

<sup>2</sup> Vgl. nur Karlsruhe:

<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/karlsruhe-testfeld-fuer-autonomes-fahren-eroeffnet-a-1206008.html> (18.12.2018); Kyritz (Ostprignitz-Ruppin) mit Testfahrten auf dem Klinikgeländer der Charité in Berlin:

<http://www.maz-online.de/Lokales/Ostprignitz-Ruppin/Neuruppin/Busgesellschaft-ORP-testet-fahrerlose-Kleinbusse> (18.12.2018).

<sup>3</sup> <http://media.daimler.com/marsMediaSite/de/instance/picture/Weltpremiere-der-Factory-56--die-modernste-Automobilproduktion-der-Welt.xhtml?oid=33462647> (18.12.2018).

<sup>4</sup> Siehe nur Sander/Hollering, NStZ 2017, 193; Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, 449 m.w.N. in Fn. 11.

<sup>5</sup> Gless/Janal, JR 2016, 561.

<sup>6</sup> I.d.S. auch Gless/Janal, JR 2016, 561; Gless/Weigend, ZStW 126 (2014), 561; Gless, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 225; Engländer, ZIS 2016, 608; Weigend, ZIS 2017, 599; Joerden, in: Hilgendorf (Hrsg.), Autonome Systeme und neue Mobilität, Ausgewählte Beiträge zur 3. und 4. Würzburger Tagung zum Technikrecht, 2017, S. 73; Schuster, in: Hilgendorf (Hrsg.), a.a.O., S. 99 (101 f.); Susanne Beck, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hrsg.), Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen, 2017, S. 33; Lutz, NJW 2015, 119; ders., NZV 2014, 67; Lutz/Tang/Lienkamp, NZV 2013, 57; s.a. Bericht der Ethik-Kommission „Automatisiertes und vernetztes Fahren“ v. 20.6.2017, S. 10 ff., abrufbar unter

<https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.html?nn=12830> (18.12.2018).

<sup>7</sup> Zuvor dringlich eingefordert, siehe nur Lutz/Tang/Lienkamp, NZV 2013, 57; Lutz, NJW 2015, 119 (122) m.w.N.

<sup>8</sup> Änderungen in Art. 8 V<sup>bis</sup> und 39 WÜ mit in Kraft treten zum 23.3.2016; dazu Balke, SVR 2018, 5 (6).

<sup>9</sup> Internationales Übk. v. 8.11.1968.

<sup>10</sup> Gesetz v. 16.6.2017, BGBl. I 2017, S. 1648 (Nr. 38), in Kraft seit dem 21.6.2017.

deutschen Straßen zulässig, solange also der Fahrer noch übersteuern kann.<sup>11</sup> Das vollständig autonome Fahrzeug (ab Stufe 5) kommt aber absehbar. Die Notwendigkeit gesetzlicher Haftungsverschiebungen sieht der Gesetzgeber bisher nicht, der Fahrer trägt das Einsatz-<sup>12</sup>, der Halter das Haftungsrisiko.<sup>13</sup> Denn sie sind die Nutznießer.<sup>14</sup> Schuldfragen sollen sog. Blackbox-Systeme („Event Data Recorder“) klären mit entsprechend weitreichenden Erfordernissen zum Schutz anfallender Überwachungs- und Beweissicherungsdaten.

Spätestens seit den tödlichen Unfällen eines Tesla-Fahrzeugs 2016<sup>15</sup> und eines Uber-Fahrzeugs 2018<sup>16</sup> stellt die breite Öffentlichkeit auch vermehrt Fragen zur strafrechtlichen Verantwortung. Der Tesla-Autopilot hatte einen weißen LKW-Anhänger für eine höher hängende Reklametafel gehalten. Beim Versuch, darunter hindurchzufahren, war das Fahrerhaus – mit unmittelbar tödlicher Folge für den Fahrer – abgetrennt worden. Das autonom fahrende Uber-Fahrzeug hatte bei Dunkelheit eine 49-jährige Frau mit ihrem Fahrrad

auf der Fahrbahn (dieses von links nach rechts querläufig durch den Verkehr schiebend) übersehen und ungebremst überfahren. Jeweils konnte der Fahrzeugnutzer nicht mehr eingreifen.

Wie die strafrechtliche Verantwortlichkeit unter Beteiligung automatisierter Systeme (neu) verteilt werden soll, wird kontrovers diskutiert.<sup>17</sup> Die Antwort entscheidet, wie lukrativ die Weiterentwicklung für die Wirtschaft (Fahrzeugindustrie) ist.<sup>18</sup> Hersteller wollen wissen, was zu programmieren und zu überwachen ist, wann ein Produktfehler vorliegt, wann daraus strafrechtliche Verantwortlichkeit folgt und wo das autonome Fahren allgemeines Lebensrisiko wird. Weil die Programmierung darauf gerichtet ist, bei der Umfelderkennung dazulernen, Reaktionen damit nicht im Detail immer konkret vorhersehbar sind, wird schließlich auch über ein Strafrecht für die „intelligenten Agenten“<sup>19</sup> selbst nachgedacht.<sup>20</sup> Jeweils steht in Frage, ob das „dogmatische Rad“ für den Fahrlässigkeitsmaßstab neu erfunden werden muss.<sup>21</sup>

Dem aber vorgeschaltet bedarf der Beantwortung, welche Weichen der Programmierer/die Programmiererin des automatisierten Systems wissentlich und willentlich stellen muss und darf; und im Kern, was ihm/ihr vorzugeben ist, wenn er/sie zur Auflösung einer Kollision nur aus zwei Möglichkeiten wählen kann, die beide zu einem unerwünschten Ergebnis führen, weil eine nur um den Preis der anderen zu haben ist: die Dilemma-Situation.<sup>22</sup> Ihre Behandlung ist moralisch, ethisch, technisch wie materiell-rechtlich-dogmatisch

<sup>11</sup> Balke, SVR 2018, 5 (6). Ausführlich zu den Zulassungsrechten: Lutz, in: Hilgendorf/Hötitzsch/Lutz (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge*, 2015, S. 33 (45 ff.); kurz *ders.*, DAR 2016, 506. § 1a StVG erlaubt den hoch- und vollautomatisierten Betrieb, wenn die Fahrfunktion bestimmungsgemäß verwendet wird. Die Neuregelungen erfassen noch nicht das autonome Fahrzeug, zur Differenzierung siehe nur Balke, SVR 2018, 5 (5 f.). Die Projektgruppe „Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung“ der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt) beschäftigt sich mit den rechtlichen Fragen. Den Benutzer treffen je nach Automatisierungsgrad Verpflichtungen zur Überwachung und ggf. Übernahme der Fahrzeugführung, siehe nur Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, 449.

<sup>12</sup> §§ 1a Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 Nr. 6; 18 Abs. 1 S. 2 StVG; dazu Balke, SVR 2018, 5 (6).

<sup>13</sup> § 7 StVG gilt fort. Allerdings kann der Kfz-Haftpflichtversicherer den Hersteller für schadensträchtige Produktfehler in Regress nehmen, § 86 VVG i.V.m. § 426 BGB, mit positiver Rückwirkung auf den Schadensfreiheitsrabatt des Fahrers oder Halters. Jenen Regressansprüchen sagt Armbrüster, ZRP 2017, 83 (85), zunehmende Bedeutung zu. Dabei bemerkt Armbrüster zu Recht, dass der Haftungsverschiebung nicht zu viel Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte, weil sie ohnehin durch den Halter zu tragen sei, entweder über §§ 7, 18 StVG oder – soweit man sie auf den Hersteller verschieben wollte – mit dem vom Hersteller dann neu ermittelten, um Haftungsrisiken ergänzten, deshalb erhöhten Kaufpreis.

<sup>14</sup> Armbrüster, ZRP 2017, 83 (84).

<sup>15</sup> Kuri, heise v. 4.7.2016, abrufbar unter <http://heise.de/-3253449> (18.12.2018); dazu auch Gless/Janal, JR 2016, 561; Sander/Hollering, NSTZ 2017, 193.

<sup>16</sup> Unfall mit Radfahlerin v. 18.3.2018; vgl. dazu Wilkens, heise v. 29.3.2018, abrufbar unter <https://heise.de/-4008348> (18.12.2018); Sokolov, heise v. 28.3.2018, abrufbar unter <https://heise.de/-4006681> (18.12.2018).

<sup>17</sup> Balke, SVR 2018, 5 (7).

<sup>18</sup> Dazu insbes. Hilgendorf, in: Hilgendorf (Fn. 6), S. 143 (144, 172); Schuster (Fn. 6), S. 99 (115); kritisch insbes. Joerden (Fn. 6), S. 73 ff.; Sander/Hollering NSTZ 2017, 193 (insbesondere 205 f.).

<sup>19</sup> Sammelbegriff nach Gless/Weigend, ZStW 126 (2014), 561.

<sup>20</sup> Insbes. Susanne Beck, in: Beck/Meier/Momsen (Hrsg.), *Cybercrime und Cyberinvestigations, Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie*, 2015, S. 9; ausführlich Gless/Weigend, ZStW 126 (2014), 561 (566–579), mit Bspr. der Probleme strafrechtsrelevanten Handelns überhaupt, des Vorsatzes, Sorgfaltspflichterkennens und -verletzens sowie der Frage der Schuldhaftigkeit solchen Handelns durch intelligente Agenten. Zu diesen Fragen vgl. auch Hilgendorf, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, S. 119; Gless/Janal, JR 2016, 561; Joerden, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, S. 195; Ziemann, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), a.a.O., S. 183 ff. Allgemein zu Zurechnungen an Roboter Schuhr, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, 2014, S. 13 ff.

<sup>21</sup> Kritisch schon im Ansatz auch Valerius, in: Hilgendorf (Fn. 6), S. 9 (20), der selbst für die Anhebung des Fahrlässigkeitsmaßstabs auf eine grobe Fahrlässigkeit plädiert. Vgl. hierzu insb. Susanne Beck, in: Hilgendorf (Fn. 6), S. 117; siehe auch Gless (Fn 6), S. 225.

<sup>22</sup> Lat. dilemma (Fangschluss), Synonym: Zwickmühle (Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 2015, S. 144, hier aber als Zwangslage bezeichnet).

schwierig. Das Bundesverkehrsministerium hatte deshalb eine Ethik-Kommission eingesetzt, die im Juni 2017 ihren Bericht mit 20 ethischen Regeln für den automatisierten und vernetzten Fahrzeugverkehr veröffentlicht hat.<sup>23</sup>

Eine strafrechtsdogmatisch befriedigende Auflösung sucht man bisher vergebens.<sup>24</sup> Diskutiert wird vom Flugzeugabschuss über das Brett des Karneades, der Kollision von Unterlassungspflichten à la Elbtunnel nach *Hruschka*<sup>25</sup> und dem Zufallsgenerator bis zum klassischen „Weichensteller“ alles.<sup>26</sup> Die Programmierung automatisierter Systeme wirbelt das zur (Un-)Zulässigkeit von Flugzeugabschüssen gerade erst durchgerüttelte und mit einer ganzen Veröffentlichungsflut beantwortete Notstandsrecht<sup>27</sup> noch einmal tüchtig auf. Fraglich ist insbesondere, was den Programmierer automatisierter bis autonomer Systeme vom Weichensteller unterscheidet. Denn beide geben mit Programm bzw. Weichenhebel die Folgen vor. Nach einem kurzen Blick auf den Weichensteller selbst, 1.0 sozusagen (II.), sei deshalb im Folgenden die kritische Übertragung auf den Programmierer, 4.0, gewagt (III.). Dort zeigt sich – und das war der eigentliche Anlass dieses Beitrags – dass auch beim Programmieren selbstfahrender Autos keine Unterlassungspflichten kollidieren.<sup>28</sup> Ich schließe mit einem für die strafrechtliche Verantwortlichkeit positiven, wenngleich für die Autoindustrie ernüchternden Befund (IV.).

## II. Der Weichensteller 1.0

Die Lösung des nach *Karl Engisch* von *Hans Welzel* 1951 konkretisierten Weichensteller-Falls<sup>29</sup> ist bis heute nicht unumstritten. Seine Vergegenwärtigung (sogleich 1.) verdeutlicht die Grundlagen zur Entscheidung von Dilemmata-Situationen im deutschen Strafrecht (sogleich 2.), von denen man im Grunde kaum abweichen will; auch aktuelle Lö-

sungsversuche wollen das zumeist eher nicht.<sup>30</sup> Der Gesetzgeber hatte deshalb ausweichend § 14 Abs. 3 LuftSiG erlassen,<sup>31</sup> die Literatur bemüht das „erlaubte Risiko“<sup>32</sup> oder normativ kollidierende, gleichrangige Rettungsinteressen.<sup>33</sup>

### 1. Der klassische Fall

Der klassische Weichensteller-Fall behandelt die Situation, dass ein einzelner Güterwagen mit Wucht ins Tal und auf einen Personenzug zurast. Blicke der Güterwagen auf dem bisherigen Gleis, „würde er auf den Personenzug stoßen und eine große Anzahl von Menschen töten. Ein Bahnbeamter, der das Unheil kommen sieht, reißt in letzter Minute die Weiche um, die den Güterwagen auf das einzige Nebengleis lenkt, auf dem gerade einige Arbeiter einen Güterwagen entladen. Durch den Aufprall werden, wie der Beamte voraussah, drei Arbeiter getötet.“<sup>34</sup>

Die Prüfung der Strafbarkeit des Weichenstellers ergibt eine dreifach tatbestandliche Tötung (§ 212 StGB). Nach der heute ganz h.M. kann das Umlegen der Weiche nicht gerechtfertigt werden. Notwehr (§ 32 StGB) scheidet mangels gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs aus. Eine Notstandslage (§ 34 StGB) ist hingegen gegeben: Der gelöste Güterwagen stellt eine Gefahr für das Leben der Personen im Zug dar, die nicht anders abwendbar war als durch das Ablenken auf das einzige Nebengleis (Dilemma). Die Rechtfertigung scheitert aber daran, dass das Erhaltungsgut (Leben der Personen im Zug) das Eingriffsgut (Leben der drei Arbeiter) nicht wesentlich überwiegt. Denn nach ganz herrschender Meinung sind Menschenleben gegeneinander weder nach ihrer Qualität (Gleisarbeiter gegen Zugreisende) noch nach ihrer Quantität (50 gegen 3) abwägbare,<sup>35</sup> jedes individuelle Menschenleben steht vielmehr für sich (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG).

Eine Entschuldigung in der Notstandslage nach § 35 StGB scheidet nun daran, dass der Weichensteller weder sich selbst noch eine ihm nahestehende Person rettet, sondern die ihm unbekanntenen Personen im Zug. Der Fall fehlt nun deshalb in keiner Vorlesung zum Strafrecht Allgemeiner Teil, weil er als Paradebeispiel für die in solchen menschlichen

<sup>23</sup> Ethik-Kommission „Automatisiertes und Vernetztes Fahren“ (Fn. 6). Begrüßend *Sander/Hollering*, NSStZ 2017, 193 (204 mit Fn. 155).

<sup>24</sup> *Sander/Hollering*, NSStZ 2017, 193 (202 ff.), halten eine solche Lösung offenbar für insgesamt unmöglich und sprechen sich damit letztlich gegen den Einsatz autonomer Fahrzeuge selbst aus, weil sie nicht in der Lage sein werden, solche Dilemmata-Situationen überhaupt befriedigend zu lösen.

<sup>25</sup> *Hruschka*, in: Canaris/Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, 1983, S. 257 (261); dazu direkt m.w.N. *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn 312–322.

<sup>26</sup> Siehe unten III. 2. b).

<sup>27</sup> Ähnlich *Weigend*, ZIS 2017, 599 m.v.N. in Fn. 3; zu ergänzen gilt es *Sinn*, NSStZ 2004, 585, und *Gropp*, GA 2006, 284.

<sup>28</sup> So nun insbes. *Weigend*, ZIS 2017, 599; anklingend auch *Schuster* (Fn. 6), S. 99 (111 ff.); darauf verweisend *Susanne Beck* (Fn. 21), S. 117 (173).

<sup>29</sup> *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (51 ff.). Zuvor schon *Karl Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 288; ähnlich, wenn auch in der Konstellation abweichend, der „Autolenker-Fall“ von *Kohler*, ARSP 8 (1915), 411 (431 f.); wiederentdeckt von *Engländer*, ZIS 2016, 608.

<sup>30</sup> Insoweit tatsächlich auf Basis anderer Grundlinien diskutieren *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12.

<sup>31</sup> Gesetz v. 11.1.2005, BGBl. I 2005, S. 78.

<sup>32</sup> Insbesondere von *Hilgendorf* (Fn 18), S. 143 (164 ff.); krit. und differenzierend *Engländer*, ZIS 2016, 608. Dazu unten III. 2. a).

<sup>33</sup> *Weigend*, ZIS 2017, 599, unter Rückgriff auf *Neumann*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 421, teilweise verweisend auch auf *Hruschka* (Fn. 25), S. 257. Mit Bezug zur hier entscheidenden Frage der Übertragbarkeit auf die Situation des Programmierers automatisierter Fahrsysteme ausführlich auch *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (90 ff.), der die Kollision von Unterlassungspflichten aber am Ende verneint (übersehen von *Hilgendorf* [Fn 18], S. 143 [S. 163]). Dazu unten III. 2. b).

<sup>34</sup> *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (51).

<sup>35</sup> Deutlich mit dieser Subsumtion und mathematischer Untermauerung *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (76).

Notlagen bemühte Figur des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands gilt. Nach Rechtsprechung und Lehre ist über § 35 StGB hinaus auch entschuldigt, wer sich nach Versagen aller Entschuldigungsgründe in einer ausweglos tragischen Situation über gesetzliche Anforderungen hinwegsetzt und eine rechtswidrige Tat zum Schutz vor einer erheblichen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit begeht.<sup>36</sup> Zwar wirkt jene Analogie zugunsten des Täters, dennoch unterläuft sie die eigentliche Wertung des § 35 Abs. 1 S. 1 StGB einer Entschuldigung nur zum Schutz naher Angehöriger oder des Handelnden selbst. Jedenfalls aber wird der Täter nur entschuldigt, das Handeln bleibt tatbestandsmäßig und rechtswidrig. Begrenzt ist jene Entschuldigungsmöglichkeit zumal, weil sie dann nicht gilt, wenn der Täter (obliegenheitswidrig) die Gefahr selbst verursacht hat (§ 35 Abs. 1 S. 2 StGB analog).<sup>37</sup>

Wenn der Weichensteller dagegen die Weiche *nicht* umlegt und den Dingen ihren Lauf lässt, ist dies trotz der Vorhersehbarkeit vieler zu beklagender Personenopfer im Zug rechtmäßig; es ist die rechtmäßige Alternative. Selbst bei Annahme einer Garantenstellung des Weichenstellers kann das Umlegen der Weiche mit der Folge der Aufopferung unbeteiligter Gleisarbeiter von ihm nicht zumutbar verlangt werden. Die Rechtmäßigkeit folgt dem geltenden Rechtfertigungsprinzip des § 34 StGB. Denn danach ist nur ganz ausnahmsweise der aktive Eingriff in andere Rechtsgüter zur Gefahrabwehr gestattet, wenn das Erhaltungsgut wesentlich überwiegt, sonst muss der Täter unterlassen.<sup>38</sup> Das hätte der Weichensteller bei Nichtumlegen der Weiche gerade getan.

## 2. Die Grundlagen – Lösungsvorgaben für die Dogmatik

Die entscheidenden Grundlagen, die aus der Falllösung hervortreten, hat auch die vom Bundesverkehrsministerium eingesetzte Ethikkommission bestätigt. Sie sind Vorannahmen für die Lösung nach der deutschen Dogmatik. Auf mit aktuellen, vorgeschlagenen Lösungswegen entstehende Brüche kann man nur hinweisen. Auf der Suche nach einer *dogmatischen* Lösung will auch ich diese Grundsätze selbst hier nicht in Frage stellen.<sup>39</sup> Gesucht ist hier zunächst eine dog-

matische Lösung. Erst anschließend können – und dies sei hier zukünftigen Arbeiten vorbehalten – die Grundlagen neu hinterfragt werden.

a) Die Lösung des Weichensteller-Falls und vergleichbarer Dilemmata beruht danach auf einem europäischen Menschenbild und einem demgemäß bestimmten Menschenwürdeverständnis,<sup>40</sup> wie etwa *Hilgendorf* selbst gerade betont (und doch in seiner Lösung anschließend davon abbrückt). Dem individuellen (einzelnen) menschlichen Leben wird darin höchste Priorität eingeräumt.

b) Dieses Menschenwürdeverständnis lässt eine Abwägung von Menschenleben nicht zu. Die Rettung noch so Vierter kann die Aufopferung auch nur eines Unbeteiligten nicht rechtfertigen. Sonst müsste man in der Not auch das Leben eines gesunden (unbeteiligten) Menschen zur Organspende von Herz, Lunge, Nieren und Leber für fünf zu Rettende einsetzen dürfen.<sup>41</sup> Insoweit unterscheiden sich die hier geführten Diskussionen von den utilitaristischen Ansätzen etwa im anglo-amerikanischen Rechtskreis, dort zumeist diskutiert als „Trolley-Problem“.<sup>42</sup>

c) Wandelt man mit *Joerden* den Weichensteller-Fall etwas ab, weil das unserer Programmierer-Situation schon näherkommt und auch gefährdete Personen im Fahrzeug erfasst, wird eine weitere, aus dem nichtutilitaristischen Ansatz folgende, Grundlage deutlich: Bei *Joerden* fährt nicht der gelöste unbemannte Güterwagen ins Tal auf einen besetzten Personenzug, sondern umgekehrt ein mit fünf Personen besetzter Wagon; das könnte unser autonomes Fahrzeug sein. Der Wagon droht auf einen Munitionszug zu prallen, wenn nicht der Weichensteller die Weiche umlegt, so dass nicht der Munitionszug getroffen wird, sondern seinerseits fünf Gleisarbeiter.

Auf den ersten Blick dürfte der Weichensteller hier unabhängig vom Dogma der Nichtabwägbarkeit menschlichen Lebens wählen, welche fünf Personen er retten möchte: jene im Zug oder jene am Gleis. Beide sind gleichwertig. Doch hat er, wenn eine der beiden Pflichten ein aktives Tun, i.S.e. Eingreifens, erfordert, die andere nicht, stets das Unterlassen vorzuziehen, will er sich nach deutschem Strafrecht rechtmäßig verhalten. Vereinfacht hat das seinen Grund darin, dass er nicht „Schicksal spielen“ soll. Vertieft kümmert sich der nichtutilitaristische Ansatz nicht um die Konsequenzen (fünf gegen fünf), sondern um die Pflichten. Wert oder Unwert eines Verhaltens werden nach dem „So-Sein“, allenfalls

<sup>36</sup> *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (77); *Gropp* (Fn. 25), § 6 Rn. 183 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 12 Rn. 92 ff.

<sup>37</sup> *Engländer*, ZIS 2016, 608 (609 f.), bringt das schöne Beispiel für den Autoverkehr: Ein übergesetzlicher Notstand kommt dem Täter nicht zugute, wenn er durch erheblich überhöhte Geschwindigkeit die Gefahr selbst verursacht hat und nun sein Fahrzeug nicht mehr zum Stehen bringen kann.

<sup>38</sup> I.d.R. auch *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (77), dort in Fn. 6.

<sup>39</sup> In dieser Hinsicht herrscht sogar im Grunde Einigkeit, wenn auch teilweise mit Bedauern neu über die Nichtabwägbarkeit von Menschenleben nachgedacht wird, insbesondere bei empfindlich großen quantitativen Unterschieden auf beiden Seiten (etwa 1:100), siehe nur *Hilgendorf* (Fn. 18), S. 143 (149 f., S. 153); *Schuster* (Fn. 6), S. 99 (110); *Susanne Beck* (Fn. 21), S. 117 ff.; sehr kritisch *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (76 ff., 79 ff.); jedes Überdenken ablehnend insb. *Sander/*

*Hollering*, NStZ 2017, 193; *Engländer*, ZIS 2016, 608. Siehe aber auch *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12 (insb. 29 ff.).

<sup>40</sup> *Hilgendorf* (Fn. 18), S. 143 (154).

<sup>41</sup> Bsp. nach *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (80).

<sup>42</sup> Vgl. nur *Foot*, in: *Foot* (ed.), *Virtues and Vices*, 1978/2003; *Thomson*, *The Monist* 59 (1976), 204; *Edmonds*, *Would you kill the Fat Man?: The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us about Right and Wrong*, 2015, m.w.N.; dazu auch *Susanne Beck* (Fn. 21), S. 117 ff.; *dies.* (Fn. 20), S. 9 ff.; *Gless/Janal*, JR 2016, 561 (574). Zur Notwendigkeit, jene Ansätze kritisch zu diskutieren, *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12 (29 ff.).

zweitrangig nach den Konsequenzen bestimmt.<sup>43</sup> Der Weichensteller darf den fünf Gleisarbeitern kein Leid zufügen. Eine Handlung durch aktiven Eingriff in ein Drittinteresse ist deshalb nach deutschem Recht nur dann ausnahmsweise gerechtfertigt (§ 34 StGB), wenn das Erhaltungsinteresse das Eingriffsinteresse wesentlich überwiegt; nicht schon, wenn sie gleichwertig sind.<sup>44</sup> Die Entscheidung in der Not zur Rettung Vieler bei Opferung Weniger kann damit allenfalls entschuldigt werden; eine Erlaubnis zum Tätigwerden ist nicht denkbar.<sup>45</sup>

### III. Der programmierende Weichensteller 4.0

Die Übertragung der Weichensteller-Konstellationen auf die Programmierer ist bereits sowohl vehement zurückgewiesen<sup>46</sup> als auch verteidigt<sup>47</sup> worden. Bestritten wird die Übertragbarkeit selbst (sogleich 1.) sowie die Richtigkeit der Folgen, weil die Vielgestaltigkeit der Programmierer-Situation, die sämtliche Dilemmata vereine, neue Lösungen erfordere (2.).

#### 1. Übertragung der Grundkonstellation

Auf der Hand liegt, dass auch vollständig autonom fahrende Fahrzeuge selbst im vollständig automatisierten Straßenverkehr in eine Notstandssituation geraten können. Das gilt jedenfalls solange auch zukünftig fehleranfällige menschliche Handlungen Teil des Straßenverkehrs bleiben.<sup>48</sup> Ausgeschlossen werden kann dies auch deshalb nicht, weil selbst bei ordnungsgemäßem Funktionieren aller Systeme für jedes autonome Fahrzeug ein komplexes Zusammenspiel zwischen Sensorik, dem Auslesen hochpräziser Straßenkarten, von Informationen aus der „Daten-Cloud“ und dem „erlernten“

Reaktionswissen erforderlich ist. Dann kann ein LKW als Reklametafel erscheinen, ein Fußgänger übersehen werden – so die Eingangsbeispiele oben<sup>49</sup> – oder es kann durch das unvorhergesehene Auftauchen eines Hindernisses eine Dilemma-Situation eintreten.

Sieht sich etwa das autonome Fahrzeug im Verkehr einer plötzlich in die Fahrbahn einlaufenden Gruppe von fünf Jugendlichen gegenüber und berechnet, dass es den Aufprall mit tödlicher Folge für alle fünf Personen aus der Gruppe bei laufendem Gegenverkehr nur durch ein Ablenken des Fahrzeugs nach rechts vermeiden kann, wo es aber notwendig mit tödlicher Folge eine Mutter mit Kind überfahren müsste, liegt die klassische Weichensteller-Konstellation vor.

Der Programmierer, der diese Situation antizipiert zu bedenken hat, um dem Fahrzeug eine Lösung vorzugeben, steht vor der Frage, was er darf. Gilt die Weichensteller-Lösung auch für ihn, so verlangt das Recht, dass er ein Ausweichen mit tödlicher Folge für Mutter und Kind unterlässt. Weder das programmierte Fahrzeug, noch sein Fahrer, noch die fünf Jugendlichen dürften Leben auf Kosten von Mutter und Kind retten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass eine – vorgestellte – Person als Fahrer, wenn sie sich in der fraglichen Notsituation zum Überfahren von Mutter und Kind entschied, nach § 35 Abs. 1 S. 1 StGB zur eigenen Rettung oder jedenfalls nach ganz herrschender Meinung übergesetzlich zur Rettung der fünf Jugendlichen entschuldigt würde. Denn jene Entschuldigung greift nur für die in der tragischen Situation und unter extremem psychischem Druck rechtswidrig handelnde Person. Das ist für den abstrakt die Situation antizipierenden, überlegt handelnden Weichensteller 4.0 aber gerade nicht der Fall. Eine Suspendierung des grundlegenden Gebots nicht einzugreifen, mit anderen Worten eine Erlaubnis, Mutter und Kind zu opfern, ist nicht in Sicht. Ein rechtmäßiger Algorithmus (Nichteingreifen) ist einem rechtswidrigen Algorithmus stets vorzuziehen.<sup>50</sup>

Weil das in der Dilemma-Situation zur Folge hat, dass der zu programmierende Algorithmus das Fahrzeug in die fünf Jugendlichen steuern müsste und dies wenig befriedigend wenn auch rechtmäßig ist, wird vielfach nach Auswegen gesucht.

Ein erster besteht darin, schon die Übertragbarkeit der Grundkonstellationen überhaupt anzuzweifeln: Nur der Weichensteller befindet sich in der konkreten Situation unter erheblichem psychischem Druck. Der Programmierer agiere berechnend bei klarem Kalkül vorab. Der Weichensteller sei lediglich ein Regelanwender, während der Programmierer Regeln überhaupt erst setze. Weil der Weichensteller anwendend in der Situation zur Rettung vieler bei Opferung weniger die rechtlichen Vorgaben missachte, könne man ihn nur entschuldigen. Der Programmierer dagegen gebe ohne Rollenverteilung Regeln zur Risikominimierung insgesamt vor. Dem diene auch, möglichst wenig Schaden anzurichten, so dass er sogar zu rechtfertigen sei.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> Deontologische Ethik insb. nach *Kant*, mit diesen Folgen auch *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (81).

<sup>44</sup> Siehe oben II. 1.

<sup>45</sup> Dass sich – insoweit in rechtsvergleichender Perspektive – andere Rechtsordnungen mit einer eher utilitaristischen Ausrichtung gerade auch um die Konsequenzen bemühen, hat seinen Grund auch darin, dass dann nicht zwischen rechtfertigender und entschuldigender Notstandslage differenziert wird, sondern (allgemein) aufgrund Notstands Eingriffsrechte gewährt werden. Entsprechend kritische Ansätze gibt es auch in der deutschen Diskussion. Will man zwischen Eingriffsrecht und Eingriffsduldung (Duldung als bloßes Verständnis gegenüber dem Eingriff) differenzieren – und das ist richtig – kann es eine Eingriffserlaubnis nur bei (wesentlichem) Überwiegen geben.

<sup>46</sup> *Hilgendorf* (Fn 18), S. 143–175, der stattdessen alle Konstellationen über das erlaubte Risiko lösen möchte; deutlich: *Schuster* (Fn. 6), S. 99 (106 ff.); *Weigend*, ZIS 2017, 559 (602 ff.). Kritisch insbesondere ob der Folgen aus einem solchen Vergleich *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202 ff.).

<sup>47</sup> Insbesondere *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (82 ff.); *Engländer*, ZIS 2016, 608; differenzierend *Gless/Janal*, JR 2016, 561 (574).

<sup>48</sup> Dass es auch dafür bereits Alternativen zur Steuerung des menschlichen Verhaltens gibt, spricht in diesem Kontext *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (82), an.

<sup>49</sup> Unter I.

<sup>50</sup> So deutlich auch *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (87).

<sup>51</sup> In diese Richtung insb. *Hilgendorf*, (Fn 18), S. 143 (160 ff.); ähnlich *Schuster* (Fn. 6), S. 99 (110); unter diesen Vor-

Dem ist schon mit Blick auf die oben erörterten Grundlagen<sup>52</sup> eine klare Absage zu erteilen. Richtig ist, dass für den Programmierer zum Zeitpunkt der Entscheidung die Identitäten der Opfer wie der Geretteten nicht feststehen. Richtig ist auch, dass er sich nicht in der akuten Notsituation befindet und deshalb dem mit dieser Situation einhergehenden Druck nicht ausgesetzt ist. Dennoch ist er in gleicher Weise wie der Weichensteller Rechtsanwender. Nur weil die Identitäten noch nicht feststehen und er gesamtsaldierend um Gefahrenminimierung bemüht ist, wird er nicht zum Herrn über das Recht. Eine Regelung, die ihm erlaubte (!), eine Anwendung zum Schutz vieler bei Aufopferung weniger vorzusehen, müsste vorab der Gesetzgeber – in seiner Funktion als Regelgeber – erlassen. Eben das hat der Gesetzgeber in einer vergleichbaren Dilemma-Situation bereits einmal versucht, konkret mit der Regelung zum Abschuss von Terrorflugzeugen in § 14 Abs. 3 LuftSiG,<sup>53</sup> und ist damit vor dem BVerfG – zu Recht – gescheitert. Denn ein Gesetz, das zur Tötung unschuldiger Menschen, sei es auch in Notsituationen, ermächtigt und sie dadurch zu Objekten einer Rettungsaktion zum Schutz anderer „verdinglicht und zugleich entrechtlicht“, ist „unter der Geltung des Art. 1 Absatz 1 Satz 1 GG schlechterdings unvorstellbar“.<sup>54</sup> Sie kann auch dem Programmierer nicht vorab eingeräumt werden. Bei Licht betrachtet liefe also jene Programmiererlaubnis doch auf eine Quantifizierbarkeit menschlichen Lebens hinaus. Wenn wir eine solche Möglichkeit auch weiterhin verneinen wollen, bleibt es beim Weichensteller 4.0 – ohne Entschuldigung. Sonst bedarf es der Neuorientierung der Grundlagen.

## 2. Der Stresstest für den Weichensteller 4.0 – Abgrenzungsszenarien

Gewissermaßen den „Elchtest“ muss die kleine Programmierer-Situation noch bestehen. So wird versucht, wenn auch nicht dem Grunde nach so in der Rechtsfolge und wegen der Besonderheit der technischen Innovation, die Haftung von Herstellern, Programmierern und Fahrzeugnutzern mit der Figur des „erlaubten Risikos“ zu begrenzen (a). Die zu programmierende Dilemma-Situation eignet sich auch hervorragend für das alte Gedankenspiel, dass doch Unterlassungspflichten kollidieren, wenn der Programmierer weder X noch Y töten darf (b). Schließlich bleibt zu klären, ob ein Auswahlalgorithmus dann doch noch zulässig ist, wenn dem Fahrzeug im Notfall eine schadensreduzierende Auswahl in der Gefahrenzone möglich wird (c).<sup>55</sup>

zeichen zu beachten sind insb. auch *Hevelke/Nida-Rümelin*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 19 (2015), S. 5.

<sup>52</sup> Oben II. 2.

<sup>53</sup> Gesetz v. 11.1.2005, BGBl. I, S. 78 erlaubte: „unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt“.

<sup>54</sup> BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05 = BVerfGE 115, 118 (151 ff., 154, 157, 165).

<sup>55</sup> Jene Versuche entsprechen auch hier und für den Programmierer dem, was das BVerfG in seiner Entscheidung zu § 14 Abs. 3 LuftSiG angesprochen hat, dass es nämlich nur dazu entschieden hat, dass es kein Gesetz geben darf, das den Abschuss (die Tötung) erlaubt. Der Strafrechtsdogmatik

### a) Programmieren als „erlaubtes Risiko“?

Unter dem Stichwort der Haftungsbegrenzung wird gefragt, ob der konkrete tatbestandliche Erfolg dem Fahrzeugnutzer (Hersteller, Betreiber und Programmierer) überhaupt als eigenes Werk zugerechnet werden kann. Denn wenn mit der Integration autonomer Fahrzeuge in den Straßenverkehr das generelle Unfallrisiko zum Nutzen aller Verkehrsteilnehmer erheblich reduziert wird und die tatsächliche Gefahr einer Verletzung von Rechtsgütern ausgesprochen gering bleibt, kann die nur ausnahmsweise Gefahrverwirklichung ein Fall des zurechnungsausschließenden erlaubten Risikos sein.<sup>56</sup> Dem begegnen freilich mehrere Bedenken, allen voran, dass die Einordnung des „erlaubten Risikos“ nicht als geklärt gelten kann.<sup>57</sup> Lässt man die grundlegenden Streitigkeiten außen vor und prüft die konkrete Dilemma-Entscheidung des Programmierers, wird deutlich, dass das erlaubte Risiko unserem Fall nicht abhilft, sondern allenfalls nach der Programmierung verbliebene Restrisiken abdeckt.

Programmiert der Programmierer wissentlich und willentlich, dass das Fahrzeug ausweichen soll und Mutter und Kind statt der fünf Personen tötet, ist zu fragen, ob das, wofür er als Weichensteller 4.0 nicht gerechtfertigt und nicht entschuldigt werden kann,<sup>58</sup> im Wege erlaubten Risikos ausnahmsweise doch noch rechtmäßig ist. Das erlaubte Risiko als Grundlage der Rechtfertigung ist dabei keineswegs ungewöhnlich. Es liegt als Prinzip der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO und der mutmaßlichen Einwilligung zugrunde. Kürzlich hat *Walter Gropp* erfragt, ob es auch dem unvermeidbaren Erlaubnistatumsirrtum zur Rechtfertigung verhelfen könnte.<sup>59</sup> Den Fallgruppen ist gemein, dass jeweils ein plausibler Sachgrund für die Straffreiheit spricht, der wahre Sachverhalt für den Handelnden nicht feststellbar war, aber nach der Sachlage Handlungsbedarf bestand, und dass die Lösung über die überkommenen Rechtfertigungsregeln nicht befriedigte.<sup>60</sup> Zwar ist der wahre Sachverhalt für den Programmierer beim Schreiben des Pro-

überlassen ist die Frage, ob das konkrete Handeln selbst individualrechtlich gerechtfertigt oder entschuldigt werden kann (BVerfGE 115, 118 [157]). Das Problem für die konkrete Programmierhandlung besteht dabei freilich darin, dass der Programmierer ohne Ansehung einer konkret-individualisierten Notstandslage mit seinem Algorithmus eine Tötung in einer Vielzahl von Fällen vorgäbe; mit anderen Worten dem Programmiererhandeln fehlt die konkrete Verbotssuspendierung.

<sup>56</sup> So insbesondere *Hilgendorf*, Sachverständigenaussage vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Medien, Infrastruktur, Bau und Verkehr, Energie und Technologie des Bayerischen Landtags, 17. Wahlperiode, 38. Sitzung am 29.10.2015, S. 50.

<sup>57</sup> *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 32 Rn. 29.

<sup>58</sup> Dazu oben II. 1.

<sup>59</sup> *Gropp*, in: *Bode/Wrage/Jakowczyk* (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wolf zum 70. Geburtstag, 2018 (im Druck), S. 203 (206 ff.).

<sup>60</sup> Siehe nur *Gropp* (Fn. 59), S. 206 ff., sowie *ders.* (Fn. 25), § 5 Rn. 366.

gramms gerade noch nicht feststellbar und zur Auflösung der Dilemma-Situation besteht Handlungsbedarf, so gering die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens bei aller vorgesehenen Risikominimierung auch sein möge. Doch als einzig plausiblen Sachgrund kann der Programmierer anführen, dass er immer auf Lösungssuche ist und dem Dilemma einen Ausweg vorgeben möchte. Aber das reicht nicht.

Denn dass dieser Ausweg hier nur um den Preis der Verletzung anderer Individualrechte programmierbar und deshalb nach den überkommenen Regeln rechtswidrig ist, ist gerade nicht unbefriedigend, sondern richtig. Wer anderes behauptet, verabschiedet sich von den Grundlagen der Nichtquantifizierbarkeit menschlichen Lebens.

Programmiert der Programmierer wissentlich und willentlich, dass das autonome Fahrzeug nicht ausweichen soll, wenn die einzig zur Verfügung stehende Alternative das Töten unbeteiligter Dritter ist, bleibt die Frage der strafrechtlichen Verantwortung für die Tötung der fünf Jugendlichen vor dem Pkw. Die gleiche Frage stellte sich, wenn das Nichtausweichen nicht zur Verletzung von Personen vor dem Pkw, sondern zur Verletzung – im Extremfall zur Tötung – der Fahrzeugnutzer im Pkw führte, wie in der Abwandlung nach *Joerden*.<sup>61</sup> Wenn aber, wie im Weichensteller-Fall, die einzige Alternative die Verletzung des Unterlassungsgebots durch Überfahren von Mutter und Kind wäre, dann ist das Nichtprogrammieren des Ausweichens gerade die rechtmäßige Alternative.<sup>62</sup> Der Programmierer handelte insoweit rechtmäßig. Des erlaubten Risikos bedarf es dafür nicht.<sup>63</sup>

Fälle der Zurechnungsbegrenzung, wie sie *Eric Hilgendorf* im Auge hat,<sup>64</sup> sind eigentlich jene – und die dürften in der Praxis überwiegen –, in denen der Programmierer die Algorithmen korrekt vorgibt, aber das Fahrzeug in der konkreten Situation fälschlich von einem Dilemma ausgeht und z.B. Optionen übersieht. (Nur) Dann bedarf es der Prüfung, ob dem Programmierer die Vermeidemacht für das Nichtausweichen und den daraus resultierenden Schaden fehlte. Weil der Preis zu hoch sein dürfte, auf den mit Einführung des autonomen Fahrens für alle verbundenen Sicherheitsgewinn insgesamt zu verzichten, nur weil programmierungsbedingte Verletzungen von Fahrzeugnutzern oder Dritten nicht vollends auszuschließen sind,<sup>65</sup> kann dann die Zurechnung von tatbestandlichen Erfolgen wegen erlaubten Risikos entfallen. Für die Dilemma-Situation selbst und die hierfür erforderliche Vorgabe an das Fahrzeug kann das nicht gelten.

#### b) Das Dilemma als Kollision von Rettungsinteressen?

Zur Rettung in die Rechtmäßigkeit wird weiter darüber nachgedacht, die Dilemma-Situation aus Sicht des Programmierers als „Kollision zweier (hypothetischer, da noch in ferner

Zukunft liegender) Unterlassungspflichten“ zu beschreiben.<sup>66</sup> Denn, so kürzlich *Weigend*, „nach dem allgemeinen Tötungsverbot darf er [der Programmierer] das Auto weder so programmieren, dass es X (bzw. X1 und X2) [hier X1–X5] tötet, noch so, das es den Passanten Y [hier Mutter und Kind] mit tödlicher Folge überfährt.“<sup>67</sup> Richtig daran ist, dass der Programmierer überhaupt nicht programmieren darf, dass das Auto jemanden tötet. Das allgemeine Tötungsverbot gilt für ihn wie für jeden anderen auch. Die Unterlassungspflichten, weder X1, noch X2, noch X3 usw., noch Y, noch Mutter und Kind zu töten, liegen aber alle parallel. Der Programmierer darf das gar nicht. Erfüllen kann er diese Pflichten durch „Nichtprogrammieren“. Und was aussieht wie eine Kollision solcher (Unterlassungs-)Pflichten, ist in Wahrheit auch hier keine. Denn zur Rettung von X1–X5 vor dem Tod muss der Programmierer dem Fahrzeug sogar direkte Handlungsbefehle geben: „Vollbremsen“, „Ausweichen“, „Kollision vermeiden“. Durch Unterlassen (Nichtprogrammieren) kann er deren Leben nicht retten. Diese Handlungspflicht aber lässt sich nur um den Preis des Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht gegenüber Mutter und Kind verwirklichen, weil die einzige Möglichkeit der Rettung von X1–X5 im Befehl Ausweichen nach rechts besteht, der gleichkäme mit dem Befehl „Töte Mutter & Kind“. Das ist deshalb unzulässig.

Die Handlungs-/Unterlassungsabgrenzung kann man nun umgehen, wenn man mit *Ulfrid Neumann* die zugrundeliegenden Pflichten normativ nach ihren Zielen bewertet. Dann handelt es sich bei der erstrebten Nichttötung von X1–X5 und von Mutter & Kind um – dann auch – gleichrangige Rettungsinteressen des Programmierers.<sup>68</sup> Die Konsequenz wäre vorliegend, dass der Programmierer rechtmäßig handelte, gleich welche der beiden „Rettungsinteressen“ er erfüllte. Nach *Weigend* dürfte er also einen Zufallsgenerator anwerfen, der in solchen – wenn auch nur sehr selten vorkommenden – Dilemmata zufällig entschiede, wer heute gerade getötet würde, denn alle ließen sich ja nicht retten.<sup>69</sup> Wer jene

<sup>66</sup> *Weigend*, ZIS 2017, 599 (603).

<sup>67</sup> *Weigend*, ZIS 2017, 599 (603).

<sup>68</sup> Ausführlich begründet geht so *Neumann* (Fn. 33), S. 429 f. vor; es ist der Versuch, *Hruschkas* Elbtunnel-Fall doch noch zu begründen, dazu *Hruschka*, JZ 1984, 241. Im Ergebnis trägt es weder die Lösung im Elbtunnel-Fall, noch die für den Geisterfahrer auf der Autobahn, noch jene zukünftig für das autonome Fahrzeug; überzeugend *Gropp* (Fn. 25), § 5 Rn. 311 ff. sowie ausführlich *Gropp*, in: *Weigend/Küpper* (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, S. 207 (211 ff.).

<sup>69</sup> *Weigend*, ZIS 2017, 599 (603); zustimmend für das Programmieren autonomer Fahrzeuge *Schuster* (Fn. 6), S. 99 (110); i.d.S. bei einer sog. Kollision von Unterlassungspflichten z.B. über Los oder ähnliches: *Zimmermann*, Rettungstötungen, Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, 2009, S. 419 ff.; *Neumann* (Fn. 33), S. 429 f.; *ders.*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 78; *Bernsmann*, „Entschuldigung“

<sup>61</sup> Dazu oben II. 2. c).

<sup>62</sup> Dazu oben II. 1.

<sup>63</sup> So aber *Hilgendorf* (Fn. 18), S. 143 (169), und für diesen konkreten Fall so auch *Engländer*, ZIS 2016, 608 (617).

<sup>64</sup> Siehe nur *Hilgendorf* (Fn. 18), S. 143 m.w.N.

<sup>65</sup> Inhaltlich korrekt, aber fälschlich auch für die Weichensteller-Konstellation selbst hierzu: *Engländer*, ZIS 2016, 608 (617 f.).

Normativierung befürworten möchte, muss bereit sein, die Konsequenzen zu tragen. Rechtstheoretisch bedeutet sie, mit dem Fokus auf das Handlungsziel (Rettung) konsequentialistisch statt deontologisch doch die Folgen zu berücksichtigen. Mit der Variabilität des Auswahlrechts aufgrund normativer Interessenbewertung käme es auf das „Sosein“ nicht mehr an. Der Programmierer dürfte doch Leid zufügen und rechtmäßig auch zur Abwendung einer Gefahr bisher unbeteiligte Dritte opfern. Konsequenter gälte das dann auch für den Weichensteller 1.0 selbst, der die fünf Personen im Zug durch Überfahren der fünf Gleisarbeiter rettet, statt sie in den Munitionszug fahren zu lassen.<sup>70</sup> Eine solche Normativierung ist abzulehnen, weil sie notwendig mit den Grundlagen bricht. Wer anderes will, muss (zunächst) die Grundlagen diskutieren, nicht die Dogmatik.

*c) Gefahrminimierung: (Zumindest) Gefahrreduzierende Auswahl im Dilemma*

Für die heutige Testreihe fehlt noch die Prüfung des Autolenker-Falls von *Kohler* aus dem Jahr 1915, kürzlich wiederentdeckt von *Engländer*: Hier steht ein Autofahrer vor dem Problem, dass sich sein auf eine Personengruppe zufahrendes Fahrzeug auf kurzer Strecke nicht mehr zum Stehen bringen lässt und er deshalb nur die Wahl hat, geradeaus zu fahren oder nach links oder nach rechts zu steuern. Aber gleich wie er sich entscheidet, wird es unvermeidbar zu einem tödlichen Zusammenstoß mit bestimmten Personen aus der Gruppe kommen.<sup>71</sup> Übertragen auf den Programmierer ist zu fragen, ob er für den Fall einer solchen Zufahrt auf eine gefährdete Personengruppe sozusagen gefahrenminimierend ein Ausweichmanöver vorsehen dürfte, bei dem zwar nicht alle, aber doch möglichst viele Gruppenmitglieder noch gerettet würden.

Auch die Lösung für diesen Fall wird von den Grundsätzen der Weichensteller-Konstellation getragen. Der Unterschied besteht hier darin, dass sich von vornherein alle Personen im Gefahrenbereich befinden. Den Programmierer des autonomen Systems trifft ihnen allen gegenüber die Handlungspflicht, durch ein Ausweichen die Tötung möglichst zu vermeiden. Jenes Ausweichen ist dem Programmierer auch erst dann und soweit untersagt, wenn und wie ihn zugleich eine Unterlassungspflicht trifft, mittels der Schadensabwendung Dritte aufzuopfern. Diskutiert werden jene Fälle als sogenannte „Gefahrgemeinschaft“: Mehrere Personen befinden sich in einer gemeinsamen Lebensgefahr und der Täter steht vor der Alternative, durch sein Untätigbleiben alle zu töten oder durch die Tötung einzelner die übrigen zu retten.<sup>72</sup> Nach ganz herrschender Meinung bleibt auch hier jede Tötung einzelner Mitglieder der Gefahrgemeinschaft zum Zweck der Rettung der anderen rechtswidrig, weil der Täter

„durch Notstand: Studien zu § 35 StGB, 1989, S. 341 ff.

<sup>70</sup> Ähnlich wie hier deshalb *Joerden* (Fn. 6), S. 73 (80); vermutlich missverstanden von *Hilgendorf* (Fn 18), S. 143 (163).

<sup>71</sup> *Kohler*, ARSP 8 (1915), 411 (431 f.); bei *Engländer*, ZIS 2016, 608.

<sup>72</sup> Vgl. nur *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 24 m.w.N.

bei der Rettung einzelner Todgeweihter notwendig eine Auswahl zu Lasten der anderen treffen müsse. Will man konsequentialistische Argumente nicht zulassen, so ist das prinzipiell richtig, und zwar unabhängig von der Verteilung der Rettungschancen bei der Trennung siamesischer Zwillinge, bei der Bewahrung vor der Massentötung Geisteskranker oder auch bei der Bergsteigergemeinschaft.<sup>73</sup>

Etwas anderes ließe sich für die vorliegende, konkrete Programmiersituation des Weichenstellers 4.0 nur daraus generieren, dass für den Straßenverkehr insgesamt gefahrenminimierend und kollisionsvermeidend zu programmieren ist. Liegt dem autonomen Fahrzeug aber – wenn außerhalb des Gefahrenbereichs kein weiteres Hindernis vorliegt – der Befehl vor, ein Ausweichen einzuleiten und die Kollision zu vermeiden, und wird das faktisch nicht erreicht, dann läge wiederum für den eingetretenen Schaden eine Fahrlässigkeitshaftung begrenzt durch das erlaubte Risiko nahe. Das durchzugliedern, ist aber einen neuen Beitrag wert.

**IV. Befund**

Der heutige *dogmatische* Befund klingt damit am Ende unbequem für Autoindustrie und zukünftige Nutzer. Er ist ernüchternd, aber ebenso simpel: Der Programmierer darf im Programmiernotstand genau so wenig wie der Weichensteller. Er darf die Weiche nicht umstellen, unbeteiligte Dritte nicht opfern. Im Programmiernotstand kann er sich auch nicht mehr darauf berufen, dass er unter dem großen psychischen Druck der Situation gehandelt hat. Eine andere Regel, etwa zum vorbehaltlosen Schutz der Fahrzeuginsassen, lässt sich dogmatisch nicht begründen.

Wer sich für ein autonomes Fahrzeug entscheidet, erklärt sich also einverstanden, dass im höchst unwahrscheinlichen, aber nicht gänzlich auszuschließenden Fall einer Dilemma-Situation – von zwei Pflichten kann das Fahrzeug nur eine erfüllen –, die Vorprogrammierung dem Programmierer die Verletzung ungefährdeter Dritter zum Schutz nur gleichwertiger Interessen, auch solcher der Fahrzeuginsassen, nicht gestattet.

Wer dagegen dem Programmierer über das erlaubte Risiko oder über Zufallsgeneratoren für Rettungsinteressen die Aufopferung unbeteiligter Dritter *erlaubt*, der öffnet die Büchse der Pandora. Jeder mag sich selbst fragen, ob er/sie dann noch auf der Straße sein möchte, und auch, ob wir die hier deutlich gewordene, zweifelsohne notwendige Grundlegendiskussion zur Quantifizierbarkeit von Lebensschutz wirklich sowohl einzelfallabhängig als auch aufgrund empirischer Umfrageergebnisse<sup>74</sup> lösen wollen.

<sup>73</sup> Vgl. nur mit ausführlicher Diskussion: *Koch*, GA 2011, 135, zur Trennung siamesischer Zwillinge; *Zimmermann* (Fn. 69), S. 341 ff.; *Gropp*, GA 2006, 284; differenzierend *Pawlik*, Jura 2002, 31 (einerseits), und *JZ* 2004, 1049 (andererseits); jeweils m.w.N. Siehe auch bei *Perron* (Fn. 72), § 34 Rn. 24.

<sup>74</sup> Den Einzelfallbezug sowie die Hinzuziehung empirischer Umfragen à la „Theaterstück Terror“ betonen *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12 (29 ff.), um damit anderen Ansätzen eine Diskussionsblockade vorzuwerfen, ohne allerdings selbst auf die gewichtigen Gegenargumente einzugehen.

# Hacking 4.0 – Seitenkanalangriffe auf informationstechnische Systeme

## Zugleich ein Beitrag zur Theorie und Dogmatik des IT-Strafrechts

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), Saarbrücken\*

*Wenn ein Angreifer Daten des informationstechnischen Zielsystems nicht unmittelbar ausliest, sondern diese Daten aus anderen Informationen (z.B. Zeitabstände, Stromverbrauch, akustische Schwingungen) ableitet, handelt es sich in der Terminologie der IT-Sicherheitsforschung um einen Seitenkanalangriff. Die praktische Relevanz dieser Angriffsmethoden wurde spätestens Anfang 2018 deutlich, als die Angreifbarkeit handelsüblicher Arbeitsplatz- und Server-Hauptprozessoren mittels leicht durchzuführender Seitenkanalangriffe publik wurde. Der nachfolgende Beitrag analysiert auf Grundlage einer hier vorgestellten Theorie des IT-Strafrechts, ob derartige Seitenkanalangriffe nach geltendem Recht strafbar sind.*

*A side-channel attack means that someone does not access the data stored in a target system directly, but infers the data from other information, such as timing data, power consumption, acoustics. Since the vulnerability of common desktop, laptop and server CPUs against speculative execution side-channel attacks was published in early 2018, the practical implications of this attack method have become evident. On the basis of a theory of IT criminal law presented in this contribution, I will analyse the criminal liability of such side-channel attacks.*

### I. Problemskizze: Seitenkanalangriffe auf informationstechnische Systeme

Will man zu nächstlicher Stunde wissen, ob jemand im Büro anwesend ist, so kann man dies unmittelbar dadurch feststellen, dass man die zu beobachtende Person sieht oder hört. Mit recht großer Zuverlässigkeit lässt sich auf diese Information aber auch daraus schließen, ob im Büro noch das Licht brennt.<sup>1</sup> Gleichermaßen wie das von der Straße aus sichtbare Licht in einem Büro Rückschlüsse auf die Arbeitszeiten der einzelnen Mitarbeiter einer Großkanzlei erlaubt, lassen sich aus anderen, leichter und für sich genommen legitim verfügbaren Informationen – dem sogenannten Seitenkanal – Rückschlüsse auf (vermeintlich) vertrauliche Daten in informationstechnischen Systemen ziehen.<sup>2</sup> Derartige Angriffsmethoden bezeichnet man demzufolge als Seitenkanalangriffe,<sup>3</sup> und

---

\* Der Verf. ist Inhaber einer Juniorprofessur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität des Saarlandes sowie Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtslehre (Prof. Jahn) an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Im Einzelfall mögen hierbei falsch-positive wie falsch-negative Aussagen getroffen werden, was die Zuverlässigkeit dieses Seitenkanals begrenzt.

<sup>2</sup> Auch hierbei sind im Einzelfall falsch-positive wie falsch-negative Aussagen möglich. Siehe hierzu näher unten III. 2. d) bb).

<sup>3</sup> Grundlegend hierzu Kocher, in: Koblitz (Hrsg.), *Advances in Cryptology – CRYPTO '96*, S. 104 (insb. 112 f.). Eine

sie teilen die informationstechnische Gemeinsamkeit, dass nicht ein (Verschlüsselungs- o.ä.) Algorithmus als solcher überwunden, sondern das Verhalten einer bestimmten (Hardware-/Software-)Implementierung ausgenutzt wird.

Zwar findet sich im europastrafrechtlich determinierten<sup>4</sup> § 202b Alt. 2 StGB (Abfangen von Daten) eine spezifische Strafvorschrift, die einen einzelnen Seitenkanal, nämlich die „elektromagnetische [...] Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage“, strafrechtlich zu erfassen sucht.<sup>5</sup> Infolge seines klaren Wortlauts und des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) eignet sich dieser Straftatbestand aber nicht, um informationstechnische Angriffe über andere Seitenkanäle (z.B. Zeitabstände<sup>6</sup>, Stromverbrauch<sup>7</sup>, akusti-

---

Einführung aus kryptologischer Sicht liefert *Beutelsbacher*, *Kryptologie*, 10. Aufl. 2015, S. 152 ff.; umfassend *Guo/Wang/Zhao/Zhang*, *Side-Channel Analysis in Cryptography*, 2019 (in Vorbereitung); *Mai*, in: *Tehranipoor/Wang* (Hrsg.), *Introduction to Hardware Security and Trust*, 2012, S. 175 ff.; zusammenfassend *Eckert*, *IT-Sicherheit, Konzepte – Verfahren – Protokolle*, 10. Aufl. 2018, S. 83 ff.

<sup>4</sup> Art. 3 Übereinkommen über Computerkriminalität (ETS Nr. 185, BGBl. 2008 II, S. 1242 [1243]) sowie Art. 6 RL 2013/40/EU über Angriffe auf Informationssysteme, ABl. EU 2013 Nr. L 218, S. 8. Allgemein zu Harmonisierungsvorgaben insb. des europäischen Strafrechts im Bereich der Cyberkriminalität *Haase*, *Computerkriminalität im Europäischen Strafrecht*, 2017, passim, sowie *Brodowski*, in: *Hauck/Peterke* (Hrsg.), *International Law and Transnational Organised Crime*, 2016, S. 334 (340 ff.).

<sup>5</sup> Siehe hierzu, statt mehrerer, *Kusnik*, MMR 2011, 725 (725); *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 202b Rn. 12; *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 66; *Reinbacher*, in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, § 202b Rn. 11; sowie zuvor *Sieber*, *The International Handbook on Computer Crime*, 1986, S. 13; *Pohl*, DuD 1987, 83. Dass dies nicht eine auf Röhrenmonitore (siehe nur *Van Eck*, *Electromagnetic Radiation from Video Display Units: An Eavesdropping Risk?*, *Computers & Security* 4 [1985], 269) begrenzte Angriffsform ist, haben *Backes/Dürmuth/Unruh*, in: *IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2008, S. 158, nachgewiesen.

<sup>6</sup> Siehe, pars pro toto, erneut *Kocher* (Fn. 3), S. 104, sowie näher unten Fn. 13 und III. 2. a).

<sup>7</sup> Siehe exemplarisch *Kocher/Jaffe/Jun/Rohatgi*, *Introduction to differential power analysis*, *Journal of Cryptographic Engineering* 1 (2011), 5 sowie monographisch *Mangard/Oswald/T. Popp*, *Power Analysis Attacks: Revealing the Secrets of Smart Cards*, 2007, passim.

sche<sup>8</sup> und mechanische<sup>9</sup> Schwingungen) strafrechtlich zu erfassen.<sup>10</sup>

Dass es sich bei diesen anderen Seitenkanälen inzwischen<sup>11</sup> um praktisch hoch relevante „Sicherheitslücken“ handeln kann, wurde spätestens Anfang 2018 deutlich, als – auch in der Tagespresse<sup>12</sup> – bekannt wurde, dass handelsübliche Hauptprozessoren (CPUs) mittels nicht-sequenzieller („Out-of-Order“) und spekulativer Ausführung von Programmcodes angreifbar sind (speculative execution side-channel attacks).<sup>13</sup> Denn infolge dieser verbreiteten und al-

<sup>8</sup> Siehe exemplarisch *Genkin/Shamir/Tromer*, in: Garay/Gennaro (Hrsg.), *Advances in Cryptology – CRYPTO 2014*, S. 444.

<sup>9</sup> Siehe exemplarisch *Marquardt/Verma/Carter/Traynor*, in: *Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer and Communications Security*, 2011, S. 551.

<sup>10</sup> Zutr. *Hilgendorf/Valerius*, *Computer- und Internetstrafrecht*, 2. Aufl. 2012, Rn. 790; *Schumann*, *NStZ* 2007, 675 (677). Sehr apodiktisch subsumiert hingegen *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. 2014, Kap. 14 Rn. 90, generische Seitenkanalangriffe unter § 202b StGB.

<sup>11</sup> Es liegt nahe, dass elektromagnetische Abstrahlungen zur Zeit, als die europarechtliche Vorgabe für § 202b StGB geschaffen wurde (o. Fn. 4), noch als einzig praxisrelevanter Seitenkanal gegolten haben. Zum geheimdienstlichen und militärischen Hintergrund – in den USA etwa unter dem Stichwort TEMPEST – vgl. *Mai* (Fn. 3), S. 176; *Sieber* (Fn. 5), S. 13.

<sup>12</sup> Siehe exemplarisch FAZ v. 4.1.2018, „Computerchips sind doppelt unsicher“, verfügbar unter <http://www.faz.net/-ikh-95hyn> (27.12.2018).

<sup>13</sup> Grundlegend *Kocher/Horn/Fogh/Genkin/Gruss/Haas/Hamburg/Lipp/Mangard/Prescher/Schwarz/Yarom*, *Spectre Attacks: Exploiting Speculative Execution*, 40th IEEE Symposium on Security and Privacy (S&P'19), 2019, arXiv:1801.01203 [cs.CR], verfügbar unter <https://spectreattack.com/> (27.12.2018) sowie *Lipp/Schwarz/Gruss/Prescher/Haas/Fogh/Horn/Mangard/Kocher/Genkin/Yarom/Hamburg*, *Meltdown: Reading Kernel Memory from User Space*, 27th USENIX Security Symposium (USENIX Security 18), 2018, arXiv:1801.01207 [cs.CR], verfügbar unter <https://meltdownattack.com/> (27.12.2018). Zusammenfassend *Eckert* (Fn. 3), S. 83 ff.; sowie *Masters*, *The spectre of hardware bugs – How to avoid the security meltdown*, *FrOSCon 2018*, verfügbar unter [http://people.redhat.com/jcm/talks/frOSCon\\_2018.pdf](http://people.redhat.com/jcm/talks/frOSCon_2018.pdf) (27.12.2018). Weitere, vergleichbare Seitenkanalangriffe beschreiben seitdem u.a. *Maisuradze/Rossow*, *ret2spec: Speculative Execution Using Return Stack Buffers*, *ACM CCS 2018*, verfügbar unter <https://christian-rossow.de/publications/ret2spec-ccs2018.pdf> (27.12.2018); *Schwarz/Schwarz/Lipp/Gruss*, *NetSpectre: Read Arbitrary Memory over Network*, arXiv:1807.10535 [cs.CR]; *Van Bulck/Minkin/Weisse/Genkin/Kasikci/Piessens/Silberstein/Wenisch/Yarom/Strackx*, *Foreshadow: Extracting*

lenfalls<sup>14</sup> mühsam zu behebenden<sup>15</sup> Verwundbarkeiten lassen sich – auch über das Internet – in besorgniserregendem Umfang Informationen aus Arbeitsplatz- und Server- („Cloud“-) Systemen abgreifen, von Passwort- über Kreditkartendaten bis hin zu Unternehmensgeheimnissen und unveröffentlichten wissenschaftlichen Manuskripten.

Im Hinblick auf eine Strafbarkeit des Angreifers,<sup>16</sup> der einen von § 202b Alt. 2 StGB nicht erfassten Seitenkanal nutzt, drängt sich eine vertiefte Analyse des Ausspärens von Daten gem. § 202a Abs. 1 StGB auf. Dies betrifft insbesondere Fragen zum Tatobjekt – schließlich wird auf die Daten nicht unmittelbar zugegriffen, sondern es werden nur mittelbar aus anderen Informationen statistische Rückschlüsse auf die Daten gezogen –, zur Überwindung einer besonderen Zugangssicherung und auch zu einer möglichen Zustimmung der Geschädigten (III.). Doch bevor diesen und weiteren Fragen des IT-Strafrechts<sup>17</sup> nachgegangen werden kann, ist zunächst der Boden zu bereiten mit einer theoretischen

the Keys to the Intel SGX Kingdom with Transient Out-of-Order Execution, 27th USENIX Security Symposium (USENIX Security 18), 2018, verfügbar unter <https://foreshadowattack.eu/> (27.12.2018); *Weisse/Van Bulck/Minkin/Genkin/Kasikci/Piessens/Silberstein/Strackx/Wenisch/Yarom*, *Foreshadow-NG: Breaking the Virtual Memory Abstraction with Transient Out-of-Order Execution* (Technical Report), ebenfalls verfügbar unter <https://foreshadowattack.eu/> (27.12.2018). Eine (vereinfachte) informationstechnische Beschreibung dieser Seitenkanalangriffe folgt unten III. 2. a).

<sup>14</sup> Zur begrenzten Möglichkeit, Seitenkanäle gänzlich zu vermeiden, siehe bereits *Lampson*, *A Note on the Confinement Problem*, *Communications of the ACM*, 16 (1973), 613; sowie zusammenfassend *Eckert* (Fn. 3), S. 5.

<sup>15</sup> Neben den typischen Schwierigkeiten bei der Behebung von Sicherheitslücken (zeitnahe Verfügbarkeit von Softwareaktualisierungen und deren Installation auf den betroffenen Systemen) tritt hinzu, dass sich die Seiteneffekte spekulativer Ausführung von Software – die gemeinsame Grundlage dieser Verwundbarkeiten – nur schwer in Soft- und Hardware minimieren oder gänzlich vermeiden lassen. Darauf beruht auch der für eine ganze Klasse an Verwundbarkeiten gewählte Name „Spectre“: „The name is based on the root cause, speculative execution. As it is not easy to fix, it will haunt us for quite some time.“ Siehe <https://spectreattack.com/> (27.12.2018).

<sup>16</sup> Nicht näher diskutiert werden im Folgenden die Strafbarkeitsrisiken der IT-Sicherheitsforschung, etwa im Umgang mit der Veröffentlichung von Verwundbarkeiten. Zu letzterem Aspekt sei auf den Überblick bei *Brodowski*, *IT – Information Technology* 57 (2015), 357, verwiesen.

<sup>17</sup> Hierunter verstehe ich diejenigen Strafbestimmungen, deren Tatobjekt informationstechnische Systeme selbst oder in informationstechnischen Systemen gespeicherte Daten sind. Zur begrifflichen Unschärfe – auch des Begriffs des Computerstrafrechts – *Sieber*, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2. Aufl. 1980, S. 2, 137 ff.

Grundlegung zu den Regelungs- und Auslegungsmodellen des IT-Strafrechts (II.).

## II. Theoretische Grundlegung: Regelungs- und Auslegungsmodelle des IT-Strafrechts

### 1. Zum rechtstheoretischen Konzept des Regelungs- und Auslegungsmodells

#### a) Regelungsmodell

Der von *Joachim Vogel* im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext geprägte rechtstheoretische Begriff des Regelungsmodells bezeichnet „eine logisch, systematisch und teleologisch bruchlose, gleichsam idealtypische Regelung eines typischen Sachverhalts. Strafrechtsdogmatisch gesprochen enthalten Regelungsmodelle Modelltatbestände, die im Unterschied zu den oftmals unvollkommenen Tatbeständen des positiven Rechts keine logischen, systematischen oder teleologischen Brüche aufweisen. Regelungsmodelle sind also einerseits abstrakter als positive Tatbestände des Besonderen Teils, andererseits konkreter als die im Allgemeinen Teil herausgearbeiteten ‚Deliktstypen‘ wie Verletzungs-, Gefährdungs-, Erfolgs- oder Tätigkeitsdelikte.“<sup>18</sup> Das Denken in Regelungsmodellen hilft dabei, wie *Vogel* dargelegt hat, nicht nur bei legislativ-kriminalpolitischen Aktivitäten und im Kontext der Rechtsvergleichung, sondern auch bei der Auslegung von Tatbeständen des Besonderen Teils.<sup>19</sup> Das „verbreitete Vorgehen, mittels einer (dann häufig umstrittenen!) Rechtsgutsbehauptung eine einheitliche Auslegung und Anwendung eines in sich brüchigen Tatbestandes zu erzwingen“<sup>20</sup>, könne und solle ersetzt bzw. ergänzt werden durch „eine Tatbestandsanalyse, die ihren Ausgangspunkt bei Regelungsmodellen nimmt,“ und dabei „von vorn herein die Gesamtheit aller Tatbestandsmerkmale ein[bezieht]“.<sup>21</sup> Die Perspektive des Denkens in Regelungsmodellen ist – trotz der Nützlichkeit für die Auslegung – die der Rechtsetzung.

#### b) Auslegungsmodell

Es erscheint lohnenswert, dasselbe Konzept auch aus der Perspektive der Rechtsanwendung heranzuziehen: Unter einem Auslegungsmodell verstehe ich daher eine logisch, systematisch und teleologisch bruchlose, gleichsam idealtypische Auslegung systematisch konnexer Tatbestände und deren jeweiliger Tatbestandsmerkmale. Vereinfacht gesprochen handelt es sich um Leitthemen und Richtpunkte der Auslegung. Auslegungsmodelle sind somit abstrakter als individuelle Auslegungsergebnisse einzelner Tatbestände bzw. derer Deliktmerkmale, zugleich aber konkreter als die in der Rechtswissenschaft anerkannten Auslegungsmethoden. Auslegungsmodelle basieren zunächst auf der Interpretationsbedürftigkeit der oftmals offen formulierten Tatbestände des Besonderen Teils, die ein klares Bekenntnis für ein be-

stimmtes Regelungsmodell vermissen lassen. Sie basieren aber auch auf einem – jedenfalls teils – anzutreffenden Phänomen in der Strafrechtsdogmatik, sich über konkrete Formulierungen der Tatbestände bis zur Grenze des Art. 103 Abs. 2 GG hinwegzusetzen.<sup>22</sup> Gleichmaßen wie „sich nicht selten [ergibt], dass der positive Tatbestand ein ‚Hybridtatbestand‘ ist, der auf mehreren, nicht notwendig miteinander vereinbarten Regelungsmodellen beruht“,<sup>23</sup> kann sich auch bei der Analyse von Auslegungsmodellen ergeben, dass das geltende Recht – bezogen auf denselben und/oder auf konnexe Tatbestände – in widersprüchlicher Weise ausgelegt wird, ja vielleicht sogar ausgelegt werden muss, wenn und soweit das geschriebene Recht auf inneren Brüchen beruht.

Zum besseren Verständnis des Konzepts des Auslegungsmodells seien folgende Beispiele vorangeschickt, die zugleich die enge Verwandtschaft zu Regelungsmodellen und – jedenfalls teils – den Unterschied von bloßer Rechtsgutsbestimmung verdeutlichen: In medizinstrafrechtlich bedeutsamen Tatbeständen zeigen sich idealtypische Auslegungsmodelle des Paternalismus einerseits und der Patientenautonomie andererseits, im Sexualstrafrecht Zustimmungs- und Widerspruchsmodelle, bei den Anschlussstraftaten Restitutions- und Gefährlichkeitsmodelle.

#### c) Regelungs- und Auslegungsmodell

Beide Ansätze verhalten sich wie zwei Seiten einer Medaille: Das Denken in Regelungsmodellen beginnt bei Modelltatbeständen und leitet hieraus Folgerungen für eine kohärente Auslegung von Tatbeständen des geschriebenen Rechts ab. Das Denken in Auslegungsmodellen beginnt bei der konkreten Auslegung bestimmter Tatbestände und abstrahiert hieraus Folgerungen für eine kohärente Auslegung und auch für Verbesserungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber. Es erscheint daher als besonders lohnenswert, beide Ansätze zu kombinieren. Im Folgenden spreche ich daher jeweils von Regelungs- und Auslegungsmodellen, um das Zusammenspiel beider Perspektiven zu unterstreichen.

### 2. Drei Regelungs- und Auslegungsmodelle im IT-Strafrecht

Wendet man dieses rechtstheoretische Konzept auf den Anwendungsfall IT-Strafrecht an, so lassen sich (mindestens) drei Regelungs- und Auslegungsmodelle differenzieren. Diese skizzieren dabei zugleich legislativ mögliche Formulie-

<sup>18</sup> *Vogel*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 395 (398).

<sup>19</sup> *Vogel* (Fn. 18), S. 398.

<sup>20</sup> *Vogel* (Fn. 18), S. 399.

<sup>21</sup> *Vogel* (Fn. 18), S. 399.

<sup>22</sup> Exemplarisch hierfür möge stehen, für die „Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen,“ bei § 274 Abs. 1 StGB jedenfalls Wissentlichkeit (so BGH NJW 1953, 1924; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 274 Rn. 9a), wenn nicht sogar bedingten Vorsatz ausreichen zu lassen (so *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 274 Rn. 12); mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu Recht krit. *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 274 Rn. 54, 58 ff.; *Kempny*, JuS 2007, 1084 (1087).

<sup>23</sup> *Vogel* (Fn. 18), S. 399.

rungen von Straftatbeständen<sup>24</sup> sowie rechtsdogmatisch mögliche Auslegungen einzelner Tatbestandsmerkmale.

*a) Informationstechnisch-formales Regelungs- und Auslegungsmodell*

*aa) Konzeption*

Ein informationstechnisch-formales Regelungs- und Auslegungsmodell bildet konkrete informationstechnische Vorgänge in Straftatbeständen bzw. in deren Tatbestandsmerkmalen ab. Tatbestände bzw. deren Merkmale knüpfen folglich streng akzessorisch an die Begriffsverwendung in der Informatik bzw. in der Informationstechnik an und sind wie dort zu verstehen.

Infolge der technisch vorgegebenen Konkretisierung zeichnet sich dieses Modell durch eine hohe Normenbestimmtheit und Normenklarheit<sup>25</sup> aus. Etliche potenziell Normunterworfenen – von IT-Sicherheitsforschern hin zu sogenannten Hackern – sind mit der Begriffsverwendung vertraut und können daher besonders gut durch die Formulierungen des Gesetzes angesprochen werden.<sup>26</sup> Zudem erleichtert die technisch-formale Anknüpfung die Erkennbarkeit und damit auch die Nachweisbarkeit von Normverstößen. Der Dialog zwischen digital-forensischen Sachverständigen und Justizpraktikern wird nicht durch konfligierende Begriffsverwendungen behindert. Schließlich ist hervorzuheben, dass ein informationstechnisch-formaler Ansatz keineswegs mit „technikneutralen“ Gesetzesformulierungen<sup>27</sup> und Auslegungsergebnissen unvereinbar ist, solange man sich am – teils sehr hohen – Abstraktionsgrad der Informatik orientiert.<sup>28</sup>

*bb) Exemplifizierung*

Eine derartige technisch-formale Herangehensweise findet sich in § 202b Alt. 2 StGB in Bezug auf die „elektromagnetische [...] Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage“, welche sich nach allgemeiner Auffassung auf das komplette Spektrum elektromagnetischer Wellen einschließlich des

sichtbaren Lichts bezieht.<sup>29</sup> Dem gleichen Modell folgend rückt die computerspezifische Auslegung zur unbefugten Verwendung von Daten beim Computerbetrug (§ 263a Abs. 1 StGB) das (informationstechnisch-formale) Prüfprogramm der Datenverarbeitung in den Vordergrund.<sup>30</sup> Bei §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB ließe sich – gestützt auf § 202a Abs. 2 StGB – vertreten, dass das Tatobjekt „Daten“ bei handelsüblichen informationstechnischen Systemen dem diskreten<sup>31</sup> bzw. logischen<sup>32</sup> Zustand sämtlicher Datenspeicher (insb. Festplatten) entspricht.<sup>33</sup> Eine Veränderung i.S.d. § 303a Abs. 1 StGB läge gestützt auf ein informationstechnisch-formales Verständnis dann vor, wenn die konkrete bitweise Darstellung – etwa einer Datei, die auf einer Festplatte gespeichert ist – vom Ursprungszustand abweicht.<sup>34</sup>

*b) Informationstechnisch-funktionales Regelungs- und Auslegungsmodell*

*aa) Konzeption*

Das technisch-funktionale Regelungs- und Auslegungsmodell rückt in den Vordergrund, dass Informationstechnik als Ersatz für bzw. als Ergänzung zu herkömmlichen Kommunikations- und Arbeitsformen eingesetzt wird. Gesucht wird daher nach einer rechtlich äquivalenten Handhabung im Vergleich zu „Offline“-Situationen.<sup>35</sup>

Dieses Modell kann sich darauf stützen, dass einige Straftatbestände des IT-Strafrechts spezifisch geschaffen wurden, um die im Zuge der Digitalisierung und der informations-

<sup>24</sup> Zum Parallelproblem von Regelungsmodellen zum Umgang mit digitalen Spuren im Strafverfahrensrecht siehe *Brodowski*, JR 2009, 402 (403 f.).

<sup>25</sup> Zur Differenzierung zwischen Normenklarheit und Normenbestimmtheit im strafprozessualen Kontext siehe BVerfGE 113, 29 (50); BVerfGE 120, 274 (315); zur materiellrechtlichen Seite siehe *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., 2018, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 87 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Schjolberg*, *The History of Cybercrime*, 2014, S. 108 f.

<sup>27</sup> Zu entsprechenden Forderungen an die Gesetzestechnik im Bereich des IT-Strafrechts siehe nur *Sieber*, *Informationstechnologie und Strafrechtsreform*, 1985, S. 33; *ders.*, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, Gutachten C zum 69. DJT 2012, C153.

<sup>28</sup> Als Beleg hierfür diene der informationstechnische Begriff von „Daten“, siehe nachfolgend bei und mit Fn. 31.

<sup>29</sup> Siehe nur *Schumann*, *NStZ* 2007, 675 (677 in Fn. 34).

<sup>30</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *OLG Celle NStZ* 1989, 367 (368); *Achenbach*, JR 1994, 293 (294); *Arloth*, *Jura* 1996, 354 (357 f.); *Neumann*, *JuS* 1990, 535 (537).

<sup>31</sup> Zur Begrifflichkeit siehe *Brodowski/Feiling*, *Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft*, 2011, S. 16 f.

<sup>32</sup> Hier: im Sinne der bit- und byteweisen Darstellung bzw. Kodierung.

<sup>33</sup> In diese Richtung differenziert *Sieber*, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008, S. 127 (131) zwischen „computer-based data“ als informationstechnisch-formalem und „computer-based information“ als inhaltsbezogenem Begriff.

<sup>34</sup> So beispielsweise *Heine*, *NStZ* 2016, 441 (443), der zufolge jede Veränderung der Verzeichnisstruktur eine Veränderung i.S.d. § 303a Abs. 1 StGB darstellen soll. Warum dies ihrem Ansatz zufolge nur bei Unix-basierten Betriebssystemen, nicht aber bei Windows-Betriebssystemen Gültigkeit haben soll, wird indes nicht klar. Denn hier wie dort sind spezifische Konfigurationseinträge notwendig, damit ein Programm „selbsttätig aktiv wird, [...] eine Internetverbindung mit dem Command & Control-Server herstellt und diese kaschiert“ (vgl. *Heine*, *NStZ* 2016, 441 [443 f.] bezogen auf Windows-Betriebssysteme).

<sup>35</sup> Kritisch zu einem solchen Ansatz bereits *Sieber*, *The International Emergence of Criminal Information Law*, 1992, S. 15. Vgl. ferner *Brodowski*, JR 2009, 402 (403), zum strafprozessual-grundrechtlichen Kontext.

technischen Automatisierung eintretenden Unzulänglichkeiten des bestehenden materiellen Strafrechts zu beheben.<sup>36</sup> Es erleichtert nicht nur in praktischer Hinsicht den an „klassischen“ Tatbeständen geschulten Juristen die Handhabung von Sachverhalten der digitalen Welt, sondern kann – und das ist entscheidend – auch an hoch entwickelte Dogmatik und an die hierdurch bestehende Normenbestimmtheit und Ausgewogenheit anknüpfen.

*bb) Exemplifizierung*

Paradigmatisch für einen solchen informationstechnisch-funktionalen Ansatz steht § 269 Abs. 1 StGB (Fälschung beweisbarer Daten), der – jedenfalls in seinen Alt. 1 und Alt. 2 – eine hypothetische Prüfung verlangt, ob bei Umgang mit Papier und Stift anstelle von Computerdaten eine Herstellung einer unechten Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB oder eine Verfälschung einer echten Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 2 StGB gegeben wäre.<sup>37</sup> Nicht minder informationstechnisch-funktional ist die vorherrschende, betrugsäquivalente Auslegung des § 263a Abs. 1 Alt. 3 StGB, welche auf den hypothetischen Täuschungscharakter des Verhaltens gegenüber einer fiktiven Person abstellt.<sup>38</sup> In der Auslegung des § 303a Abs. 1 StGB wird eine Parallelität zu § 303 Abs. 1 StGB gezogen, wenn man den Tatbestand um das Merkmal einer wie auch immer gearteten „Datenfremdheit“ ergänzt.<sup>39</sup> Gleichmaßen wird auf diese Parallelität gestützt, dass der Taterfolg des § 303a Abs. 1 StGB erst bei Überschreitung einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle eintritt<sup>40</sup> und daher nicht gegeben ist, wenn (Sicherungs-) Kopien verfügbar sind, aus denen sich der Originalzustand ohne nennenswerten Aufwand rekonstruieren lässt oder sogar automatisch rekonstruiert wird.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Eindrücklich *Möhrenschlager*, wistra 1986, 128 (130 f.).

<sup>37</sup> Siehe erneut *Möhrenschlager*, wistra 1986, 128 (134), sowie BT-Drs. 10/5058, S. 33 f.; aus heutiger Zeit exemplarisch *Puppe/Schumann* (Fn. 22), § 269 Rn. 1 ff.

<sup>38</sup> BGHSt 47, 160 (162 ff.); BGH StV 2014, 684; st. Rpsr.; aus der Literatur exemplarisch *Kraatz*, Jura 2010, 36 (36 f. – mit beachtlichem Verweis auf die Parallelität zu § 269 StGB); *Lackner*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 41 (43 ff.); *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, 654 (657 f.); *Vassilaki*, CR 1995, 622 (624 ff.).

<sup>39</sup> Exemplarisch *Brand*, NStZ 2013, 7 (9 in Fn. 33); *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 4 Rn. 67; *Fischer* (Fn. 22), § 303a Rn. 4 f.; *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 303a Rn. 3; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 22), § 303a Rn. 4.

<sup>40</sup> *Beck*, in: Sinn (Hrsg.), Cybercrime im Rechtsvergleich, 2015, S. 11 (24); *Hilgendorf*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 303a Rn. 7; *Wolff*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 303a Rn. 19.

<sup>41</sup> Vgl. *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 10), Rn. 589; *Wolff* (Fn. 40), § 303a Rn. 19; krit. *Popp*, JuS 2011, 385 (388).

*c) Funktional-wertendes Regelungs- und Auslegungsmodell*

*aa) Konzeption*

Ein funktional-wertendes Regelungs- und Auslegungsmodell sucht die neuartige Gefährdungslage durch Angriffe auf Informationssysteme und die darin gespeicherten Daten herauszuarbeiten. Dabei rückt eine wertende Betrachtung des Nutzungsinteresses des legitimen Nutzers in den Vordergrund. So forderte der BGH kürzlich bezogen auf § 303a Abs. 1 StGB eine „Funktionsbeeinträchtigung“, die sich auf das „Interesse [...] an der unversehrten Nutzung des bisherigen Datenbestands mit den [vom Nutzer] bestimmten Beschränkungen“ beziehe.<sup>42</sup> Bei diesem Ansatz sind verschiedene Unterspielarten denkbar; so lassen sich die Gefährdungslagen wie Schutzbedürftigkeiten subjektiv-individualisierend oder objektiv-typisierend konkretisieren.

Diesem Modell ist zugute zu halten, dass das Strafrecht nicht die Informationstechnik um ihrer selbst willen schützen will und schützen soll, sondern um ihrer (menschlichen) Nutzer willen (funktional). Mit der Fokussierung auf Wertungen und Abwägungen kann sie einzelfallbezogen strafwürdiges Verhalten von einer Strafe nicht bedürftigem Verhalten abgrenzen sowie allgemein verfassungs-, europa- und grundrechtliche Vorgaben<sup>43</sup> sowie Verhältnismäßigkeitserwägungen<sup>44</sup> integrieren. Dieser Ansatz setzt allerdings voraus, zunächst die verfassungs-<sup>45</sup> und strafrechtliche Schutzbedürftigkeit<sup>46</sup> informationstechnischer Systeme einerseits, die strafrechtlich reaktionsbedürftigen Angriffsformen auf informationstechnische Systeme andererseits herauszuarbeiten, was nur in einem fundierten Dialog zwischen der Informatik und dem Recht gelingen kann.

*bb) Exemplifizierung*

Ein funktional-wertender Ansatz zeigte sich, als der BGH kürzlich bei § 303a Abs. 1 StGB auf die Funktionsbeeinträchtigung abstellte.<sup>47</sup> In derselben Entscheidung verlangte er

<sup>42</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 (Rz. 34 f.) m. Anm. *Safferling*, NStZ 2018, 405; *Brodowski*, StV 2019 (im Erscheinen).

<sup>43</sup> Siehe hierzu bereits oben Fn. 4 m.w.N.

<sup>44</sup> Zur begrenzten Wirkmacht des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Strafrecht siehe grundlegend *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 184.

<sup>45</sup> Grundlegend BVerfGE 120, 274 m. Anm. u. Bespr. (u.a.) *Bär*, MMR 2008, 325; *Böckenförde*, JZ 2008, 925; *Deiters/Albrecht*, ZJS 2008, 319; *Eifert*, NVwZ 2008, 521; *Hirsch*, NJOZ 2008, 1907; *Kutscha*, NJW 2008, 1042; *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481; ergänzend *Britz*, DÖV 2008, 411; *Gusy*, DuD 2009, 33.

<sup>46</sup> Zum Zusammenspiel zwischen verfassungsrechtlicher, polizeirechtlicher und strafrechtlicher Schutzbedürftigkeit siehe allgemein *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 265 f.; *Wörner*, Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?, 2019, § 11 B. II. i.V.m. C. II. 2. (im Erscheinen).

<sup>47</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 34 f.; siehe hierzu bereits oben bei und mit Rn. 42.

funktional-wertend für § 202a Abs. 1 StGB die (subjektive) Dokumentation eines Geheimhaltungsinteresses durch den Verfügungsberechtigten,<sup>48</sup> ließ es aber zu, dass auf dieses (eigentlich subjektive) Merkmal objektiv-typisierend aus der Verwendung eines handelsüblichen Betriebssystems geschlossen wird.<sup>49</sup> Ebenfalls als funktional-wertend lässt sich die subjektive Auffassung zur unbefugten Verwendung von Daten beim Computerbetrug (§ 263a Abs. 1 StGB)<sup>50</sup> beschreiben, wenngleich diese sich letztlich *eigener* Wertungen enthält und schlicht auf den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten verweist. Bezogen auf § 202d Abs. 1 StGB (Datenhehlerei) ist es schließlich funktional-wertend, als Tatobjekt nicht ausschließlich auf die formellen Daten in einer bestimmten Kodierung abzustellen, sondern unter Anwendung eines wertenden Äquivalenz- und Unmittelbarkeitsmaßstabs auch bestimmte Datenderivate zu erfassen.<sup>51</sup>

#### d) Zusammenführung

Den jeweiligen Vorzügen dieser drei Modelle – sei es deren Klarheit, sei es deren Vertraulichkeit, sei es deren Wertungsoffenheit – stehen zwar teils gravierende Nachteile gegenüber: Eine informationstechnisch-formale Herangehensweise läuft Gefahr, den Fokus zu sehr auf die Technik und zu wenig auf den (wenigstens mittelbaren) Schutz der Menschen zu legen. Der informationstechnisch-funktionale Ansatz neigt dazu – im Wortsinn –, zu konservativ zu sein; er zeichnet die Umbrüche und Systemwechsel, die infolge der Digitalisierung auch im materiellen Strafrecht notwendig sind, nicht ausreichend nach. Zugleich leiden das informationstechnisch-funktionale und das funktional-wertende Modell darunter, die jeweilige Wertung auf technische Handlungsanweisungen herunterbrechen bzw. den Dialog hierüber mit Vertretern der Informatik bestreiten zu müssen. Dass schließlich unter der Wertungsabhängigkeit jedenfalls die Normenklarheit, wenn nicht sogar die Normenbestimmtheit im Übrigen<sup>52</sup> leidet, liegt auf der Hand. Dieser Makel droht auch für längere Zeit fortzubestehen, weil kaum Praxisfälle – und dann in der Regel evidente Sachverhalte – die Ober- und Höchstgerichte erreichen.

Doch wäre die Frage nach einem generell überlegenen Regelungs- und Auslegungsmodell ohnehin falsch gestellt. Denn erstens ist es der Strafrechtsdogmatik und -praxis verwehrt, bei klaren Aussagen des Gesetzgebers diesem die Gefolgschaft hinsichtlich der Frage zu verweigern, welchem Modell zu folgen ist – so etwa bei § 269 StGB, mit Einschränkungen auch bei § 263a Abs. 1 StGB. Zweitens können – je nach Anwendungsfall im breiten Spektrum des IT-Strafrechts – unterschiedliche Modelle vorzugswürdig sein,

etwa wenn im Hinblick auf die Integrität informationstechnischer Systeme deren Technizität stärker akzentuiert wird als im Hinblick auf den Vermögensschutz bei „smart contracts“. Drittens lassen sich Regelungsmodelle selten in Reinform implementieren, sondern sind – nicht nur wegen widerstrebenden kriminalpolitischen Interessen, sondern auch aus Sachgründen – in praxi Aufweichungen ausgesetzt. Zudem ist darüber nachzudenken, ob sich verschiedene Regelungsmodelle auch sinnvoll ergänzen können, um die vorgenannten Defizite wechselseitig abzufedern. In jedem Falle aber erleichtern es Regelungs- und Auslegungsmodelle, nach einer Kohärenz zunächst in der Formulierung und anschließend in der Auslegung eines Tatbestands zu streben.<sup>53</sup> So wäre es unzureichend, bezogen auf ein Merkmal strikt technisch-formal, bezogen auf ein anderes Merkmal strikt technisch-funktional und bezogen auf ein drittes Merkmal strikt funktional-wertend zu argumentieren, obwohl der Wortlaut eine modell-kohärente Auslegung ermöglichen würde.

#### 3. Folgerungen für die Dogmatik der §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB

Im Sinne einer solchen Kohärenz schlage ich vor, bei §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB die Gefährdungslage bzw. Schutzbedürftigkeiten in Bezug auf die Vertraulichkeit bzw. Integrität informationstechnischer Systeme und damit eine auch verfassungs- bzw. grundrechtlich anerkannte Perspektive<sup>54</sup> in den Vordergrund zu rücken und die Tatbestände – sich hieran orientierend – einheitlich funktional-wertend auszulegen.<sup>55</sup> Um aber den mit einem funktional-wertenden Ansatz verbundenen Gefahren der Unklarheit, Unbestimmtheit bis Beliebigkeit entgegenzuwirken, sollte man gleichwohl zunächst die konkreten informationstechnisch-formalen Verletzungen der Vertraulichkeit bzw. Integrität informationstechnischer Systeme herausarbeiten und erst in einem zweiten Schritt die aus funktional-wertender Sicht notwendigen (grundsätzlich strafrechtseinschränkenden) Korrekturen vornehmen. Das sei an drei für die nachfolgende Diskussion von Seitenkanalangriffen zentralen Stellschrauben vertieft.

#### a) Daten (§ 202a Abs. 2 StGB)

Das gemeinsame Tatobjekt „Daten“ (§ 202a Abs. 2 StGB) ist in einem ersten Schritt somit nicht materiell-inhaltsbezogen,<sup>56</sup> sondern im Einklang mit der europarechtlichen Herangehensweise<sup>57</sup> formal-kodierungsbezogen zu verstehen. Bei

<sup>48</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 38.

<sup>49</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 24 ff.

<sup>50</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Hilgendorf*, JuS 1997, 130 (132); *Hilgendorf* (Fn. 40), § 263a Rn. 14; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 22), § 263a Rn. 27.

<sup>51</sup> Näher *Brodowski/Marnau*, NSZ 2017, 377 (379 ff.); ebenso *Reinbacher*, GA 2018, 311 (315 ff.).

<sup>52</sup> Zur Differenzierung zwischen Normenklarheit und Normenbestimmtheit siehe oben Fn. 25.

<sup>53</sup> So bereits *Vogel* (Fn. 18), S. 399.

<sup>54</sup> Siehe oben bei und mit Fn. 45 f.

<sup>55</sup> De lege ferenda ebenso *Sieber* (Fn. 27 – DJT), C44 f., C154.

<sup>56</sup> Zu vorschnell daher BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 33.

<sup>57</sup> In Art. 2 lit. b RL 2013/40/EU werden „Computerdaten“ ebenfalls sowohl technisch („Darstellung [...] in einer für die Verarbeitung in einem Informationssystem geeigneten Form“) als auch inhaltsbezogen („Darstellung von Tatsachen, Informationen oder Konzepten“) definiert.

üblichen informationstechnischen Datenspeichern<sup>58</sup> bedeutet das, dass „Daten“ zunächst den konkreten bitweisen Zustand des informationstechnischen Systems als Zustandsautomaten beschreiben.<sup>59</sup> Funktional-wertend ist das nun dahingehend einzuschränken, dass sich der Schutz der §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB nur auf solche Daten bezieht, an denen ein informationstechnisches Vertraulichkeits- oder Integritätsinteresse besteht. Ein solches Integritätsinteresse fehlt z.B. bei nicht allozierten Speicherbereichen, ist in Bezug auf flüchtige Register- und Cachespeicher nur eingeschränkt anzuerkennen und bei typischen Arbeitsplatzrechnern zudem in Bezug auf Dateisystemdeskriptoren abzulehnen: Auch wenn bei einem schlichten Hinzufügen einer Datei Veränderungen am Dateisystem (und dessen „Meta“-Daten) vorgenommen werden, sind diese Veränderungen daher nicht tatbestandsmäßig i.S.d. § 303a Abs. 1 StGB.<sup>60</sup>

*b) Überwindung einer besonderen Zugangssicherung (§ 202a Abs. 1 StGB)*

Bezogen auf die bei § 202a Abs. 1 StGB geforderte Überwindung einer besonderen Zugangssicherung entspricht es dieser Vorgehensweise, nicht vorschnell auf eine wie auch immer geartete oder gar fiktive „Dokumentation eines Geheimhaltungsinteresses“ und typische kommerzielle Schutzprogramme abzustellen.<sup>61</sup> Wenn man stattdessen in einem ersten Schritt die Programmierung (software) und Konstruktion (hardware) eines informationstechnischen Systems danach untersucht, ob diese Mechanismen der Authentifikation enthält, und sodann in einem zweiten Schritt funktionalwertend darauf abstellt, ob diese Programmierung bzw. Konstruktion *spezifisch* darauf ausgelegt ist, einen Zugriff auf die Daten auf einem bestimmten Zugriffsweg nicht oder nur nach einer Authentifikation zu gestatten,<sup>62</sup> kann man sich dem einer Bestrafung würdigen Kern einer Vertraulichkeitsverletzung eines informationstechnischen Systems annähern. Dabei ist indes Augenmaß zu wahren; „zu hohe Anforderungen an die Datensicherung gingen fehl: Denn ist der technische

<sup>58</sup> Zum Konzept des Datenspeichers im materiellen Strafrecht siehe *Brodowski*, StV 2011, 105 (105 f. m.w.N.).

<sup>59</sup> Zum Begriff des Zustandsautomaten siehe *Brodowski/Freiling* (Fn. 31), S. 15, 17 f.

<sup>60</sup> So bereits *Brodowski/Freiling* (Fn. 31), S. 116; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 10), Rn. 597; *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 303a Rn. 10; *Fischer* (Fn. 22), § 303a Rn. 12; a.A. *M. Gercke/Brunst*, *Internetstrafrecht*, 2010, Rn. 129 f.

<sup>61</sup> So aber BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 39 ff.; ferner etwa *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 39), § 202a Rn. 14; *Valerius*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2017, § 202a Rn. 19; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.11.2018, § 202a Rn. 14.

<sup>62</sup> Die Frage, ob § 202a Abs. 1 StGB auch den Schutz durch bauliche oder physische Maßnahmen erfasst – so exemplarisch *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 10), Rn. 546 – sei nachfolgend ausgeklammert.

Schutz bereits hoch genug, so laufen Angriffe ohnehin ins Leere. Rechtlichen Schutzes bedürfen daher gerade [solche] Sicherungsmechanismen, die sich nicht als technisch unüberwindbar gezeigt haben.“<sup>63</sup>

*c) Einverständnis statt Einwilligung bei §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB*

Bei den Tatbeständen des Ausspärens von Daten (§ 202a Abs. 1 StGB) und der Datenveränderung (§ 303a Abs. 1 StGB) stellt sich jeweils die Frage, ob sie durch ein Einverständnis des Berechtigten ausgeschlossen werden<sup>64</sup> oder die Tatbegehung nur durch eine Einwilligung gerechtfertigt werden kann.<sup>65</sup> Über die konkrete systematische Einordnung hinausgehend<sup>66</sup> hat dies vor allem Folgerungen für die Frage eines mittelbaren Autonomieschutzes, wenn und soweit man täuschungsbedingte Irrtümer des Berechtigten nur bei einer Einwilligung für beachtlich hält, nicht jedoch bei einem Einverständnis.<sup>67</sup> Für die Frage, ob ein Tatbestand durch ein Einverständnis ausgeschlossen oder aber durch eine Einwilligung gerechtfertigt wird, sollte man dabei nicht zu sehr auf – teils unklare – Formulierungen der Verletzungshandlungen

<sup>63</sup> *Brodowski/Freiling* (Fn. 31), S. 100.

<sup>64</sup> Bei § 202a Abs. 1 StGB: *Beck* (Fn. 40), S. 11 (30 f.); *Goeckenjan*, *wistra* 2009, 47 (50); *Popp*, NJW 2004, 3517 (3518); *Wörner/Hoffmanns*, *Jura* 2013, 742 (752); *Eisele* (Fn. 39), § 6 Rn. 10, 27; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 10), Rn. 542; *Graf*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 202a Rn. 65; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 202a Rn. 13 ff.; bei § 303a Abs. 1 StGB: *Hilgendorf* (Fn. 40), § 303a Rn. 12; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 303a Rn. 12; *Wieck-Noodt*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 303a Rn. 17; *Wolff* (Fn. 40), § 303a Rn. 9, 35.

<sup>65</sup> Bei § 202a Abs. 1 StGB: *Reinbacher* (Fn. 5), § 202a Rn. 28 (siehe aber auch Rn. 11); sowie (mit tatbestandsausschließender Wirkung) *Bosch*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Fn. 40), § 202a Rn. 9; *Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 202a Rn. 16; bei § 303a Abs. 1 StGB: *Cornelius*, in: *Kilian/Heussen* (Hrsg.), *Computerrechts-Handbuch*, 34. Lfg. 2018, Teil 10 BT Rn. 189; *Reinbacher* (Fn. 5), § 303a Rn. 22; *Stree/Hecker* (Fn. 39), § 303a Rn. 10; auf eine tatbestandsausschließende Einwilligung stellen ab *Fischer* (Fn. 22), § 303a Rn. 13; *Bär*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 61), § 303a Rn. 22; *Joecks/Jäger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 12. Aufl. 2018, § 303a Rn. 3.

<sup>66</sup> Siehe hierzu nur den Überblick bei *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 47. Aufl. 2017, § 11 I.

<sup>67</sup> Statt vieler *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 7; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 66), § 11 II. 2. Rn. 546, § 11 III. 2. Rn. 557; *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 118.

abstellen,<sup>68</sup> sondern anhand einer funktional-wertenden Gesamtabwägung klären, ob „das umschriebene Verhalten *insgesamt* gerade ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten verlangt“.<sup>69</sup>

Was bedeutet dies nun in Bezug auf informationstechnische Systeme? Bezogen auf die Infiltration und verdeckte technische Übernahme eines solchen Systems hat das BVerfG zutreffend darauf hingewiesen, dass damit die „entscheidende Hürde genommen [ist], um das System insgesamt auszuspähen.“<sup>70</sup> Denn sobald eine informationstechnische Zugriffsmöglichkeit gegeben ist, ist aus informationstechnischer Sicht die Vertraulichkeit des Systems – insoweit vollständig<sup>71</sup> – aufgehoben; das *technische Können*<sup>72</sup> erstreckt sich dann auf den gesamten Datenbestand. Damit entfällt mit der Einräumung einer solchen informationstechnischen Zugriffsmöglichkeit die spezifische Schutzbedürftigkeit der Vertraulichkeit des informationstechnischen Systems in seiner Gänze. Betrachtet man das von § 202a Abs. 1 StGB umschriebene Verhalten – jedenfalls in seinem Kern – wie hier als Verletzung der Vertraulichkeit des informationstechnischen Systems, so verlangt dieses Verhalten daher *insgesamt* ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten. § 202a Abs. 1 StGB wird folglich bereits durch ein Einverständnis tatbestandlich ausgeschlossen.

Bezogen auf § 303a Abs. 1 StGB ist zu beachten, dass sich mit der Vornahme irgendeiner Datenveränderung der Zustand des Zustandsautomaten<sup>73</sup> insgesamt ändert, sprich aus informationstechnischer Sicht die Integrität des Zustandsautomaten in seiner Gänze verletzt ist. Daher ist es vorzugswürdig, auch bei § 303a Abs. 1 StGB ein tatbestandsausschließendes Einverständnis anzuerkennen.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> In diese Richtung indes *Roxin* (Fn. 67), § 13 Rn. 2 m.w.N.

<sup>69</sup> *Gropp* (Fn. 67), § 5 Rn. 113 (*Hervorhebung* durch den Verf.).

<sup>70</sup> BVerfGE 120, 274 (308).

<sup>71</sup> Genauer: bis zu weitergehenden technischen Begrenzungen. So ist mit der Einräumung der Zugriffsrechte eines bestimmten Benutzers nicht zugleich eine Berechtigung erteilt, auf Daten eines anderen Benutzers zugreifen zu dürfen, soweit dieser eine andere Benutzererkennung verwendet.

<sup>72</sup> „Können“ sei hier bezogen auf die korrekte informationstechnische Programmierung, nicht auf die faktischen Möglichkeiten eines Nutzers, z.B. weitergehende Zugangssicherungen zu überwinden.

<sup>73</sup> Zu dieser Terminologie siehe oben bei und mit Fn. 59.

<sup>74</sup> In diesem Beitrag kann nicht weiter vertieft werden, inwieweit sich ein solches Einverständnis nur auf Teilbereiche eines informationstechnischen Systems beziehen kann (zur vergleichbaren Frage bzgl. § 202a Abs. 1 siehe unten III. 2. e). Bei funktional-wertender Betrachtung spricht allerdings viel dafür, Abgrenzungen zuzulassen. So ist z.B. ein Einverständnis, eine bestimmte Software installieren und die hierfür notwendigen Veränderungen am Dateisystem und an Betriebssystem-Datenbanken vornehmen zu dürfen, keineswegs gleichzusetzen mit einem Einverständnis, sämtliche Nutzerdaten überschreiben oder eine andere Software manipulieren zu dürfen.

### III. Anwendung: Strafbarkeit von Seitenkanalangriffen auf informationstechnische Systeme

Welche Vorzüge diese Auslegung der §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB im Vergleich zu bisher vertretenen Varianten hat, zeigt sich anhand folgender vereinfachter<sup>75</sup> Beispielfälle zu Seitenkanalangriffen, die auf der nicht-sequenziellen und spekulativen Ausführung von Programmcode basieren.<sup>76</sup>

*Fall 1:* T nutzt den Webmail-Dienst der Anbieterin A. T stellt fest, dass er mit automatisierten Anfragen an den Webserver der A, die sich ggf. von „normalen“ Zugriffen auf seinen Webmail-Account technisch nicht unterscheiden, aus winzigen Unterschieden in der Antwortgeschwindigkeit des Servers Informationen aus dem Speicherinhalt des Servers deduzieren kann (NetSpectre-Sicherheitslücke<sup>77</sup>). Mit diesen automatisierten Anfragen gelingt es T innerhalb von drei Tagen, den im Arbeitsspeicher des Webmail-Server vorgehaltenen Benutzernamen des weiteren Nutzers N sowie dessen Passwort herauszufiltern.

*Fall 2:* Sicherheitsaktualisierungen hat A an ihrem Laptop getreu dem Motto „never change a running system“ schon seit Jahren nicht mehr vorgenommen. Nun recherchiert sie mit ihrem Laptop auf der von T betriebenen Webseite. Als sie eine besonders interessant klingende Webseite des T aufruft, wird zugleich – wie in den Browser-Einstellungen typischerweise zugelassen – ein kleines Computerprogramm (JavaScript) heruntergeladen und ausgeführt. Dieses liest unter Ausnutzung der Meltdown-Sicherheitslücke<sup>78</sup> sämtlichen Inhalt des Arbeitsspeichers aus, filtert diesen nach bestimmten Kriterien und übermittelt die verbliebenen Daten an T, darunter auch ein Aufsatzmanuskript der A.

#### 1. Abschichtung: Keine Verletzung der Integrität und der Verfügbarkeit informationstechnischer Systeme

Zwar erfordert jede Anfrage an einen Webserver, eine Webseite an den Nutzer zu übermitteln (Fall 1), zur Verarbeitung der Anfrage und zur Generierung der Antwort etliche Rechenoperationen, die stets mit der Veränderung von Register- und Arbeitsspeicherinhalten des Webservers verbunden sind.

<sup>75</sup> Vereinfachungen resultieren beispielsweise daraus, dass – anders als bei verbreiteten Erscheinungsformen der Cyberkriminalität – in diesen Beispielen ein Einzeltäter agiert.

<sup>76</sup> Auf informationstechnische Details werde ich nur eingehen, soweit dies für die strafrechtliche Aufarbeitung zwingend notwendig ist. Dies betrifft auch die unten III. 2. a) dargelegten technischen Grundlagen eines Seitenkanalangriffs, der auf der nicht-sequenziellen und spekulativen Ausführung von Programmcode beruht.

<sup>77</sup> *Schwarz/Schwarzl/Lipp/Gruss*, NetSpectre: Read Arbitrary Memory over Network, arXiv:1807.10535 [cs.CR]; es handelt sich dabei um eine besondere Ausprägung der oben Fn. 13 erwähnten Spectre-Angreifbarkeit. Wenngleich diese Sicherheitslücke von *Schwarz/Schwarzl/Lipp/Gruss* nur unter Laborbedingungen nachgewiesen wurde, ist ein Transfer in einen praxistauglichen Angriff vergleichbar der hier beschriebenen Fallgestaltung keinesfalls ausgeschlossen.

<sup>78</sup> Siehe bereits oben Fn. 13.

Dennoch ist hierin keine Tat der Datenveränderung (§ 303a Abs. 1 StGB) zu sehen. Denn diese verletzen nicht die Integrität des informationstechnischen Systems, soweit derartige Anfragen und deren Beantwortung dem Regelbetrieb des Webservers entsprechen, welchem der Anbieter zugestimmt<sup>79</sup> hat. Auf eine – ohnehin schwer zu bestimmende – Erheblichkeitsschwelle<sup>80</sup> bei § 303a Abs. 1 StGB kommt es daher hier nicht an.

Im Fall 2 resultieren aus der Ausführung des JavaScript-Programms ebenfalls Veränderungen jedenfalls von Register- und Arbeitsspeicherinhalten des Laptops. Indes handelt es sich um ein Zusatzprogramm, das für die reguläre Nutzung der Webseite irrelevant ist. Daher ließe sich einerseits argumentieren, dass A einem rechtsgutsbezogenen Irrtum über die Reichweite der Datenveränderung unterliegt. Das hätte zur Folge, dass ihre (technisch über die Browser-Einstellungen vermittelte) Zustimmung zur Ausführung des Programms keine rechtfertigende Wirkung entfalten kann. Andererseits aber wurde die Integrität ihres informationstechnischen Systems – des Laptops – von A dadurch (teilweise<sup>81</sup>) aufgehoben, dass sie die Ausführung derartiger Programme allgemein durch den von ihr verwendeten Browser akzeptierte. Hierin lässt sich – vorzugsweise – ein Einverständnis der A sehen, das der Verwirklichung des Tatbestands entgegensteht. Auf ein Einverständnis abzustellen ist nicht nur praktikabler, weil andernfalls umfangreiche Aufklärungspflichten vor jeder Ausführung von Software bestünden.<sup>82</sup> Es ist auch kohärent, wenn man nicht den Schutz der Autonomie des Nutzers in den Vordergrund rückt,<sup>83</sup> sondern die neuartige Gefährdung der Integrität informationstechnischer Systeme.<sup>84</sup>

In Bezug auf § 303b Abs. 1 StGB liegt bereits deshalb die Qualifikationsvariante (Nr. 1) nicht vor. Es wäre jedoch zumindest im Fall 1 diskutabel, ein Übermitteln von Daten (Nr. 2) anzunehmen.<sup>85</sup> Aber es fehlt jedenfalls am Taterfolg – der Störung der Verfügbarkeit eines informationstechnischen Systems.

---

<sup>79</sup> Die hinter den Anfragen stehende Motivation des T wäre auch im Hinblick auf eine rechtfertigende Einwilligung irrelevant. Daher ist es an dieser Stelle (noch) nicht entscheidungserheblich, ob man bei § 303a Abs. 1 StGB ein tatbestandsausschließendes Einverständnis oder nur eine rechtfertigende Einwilligung anerkennt.

<sup>80</sup> Siehe hierzu oben bei und mit Fn. 40.

<sup>81</sup> Siehe hierzu noch unten III. 2. e).

<sup>82</sup> Brodowski, StV 2019 (im Erscheinen).

<sup>83</sup> Zu § 202a Abs. 1 StGB zutr. Stuckenberger, ZStW 118 (2006) 878 (884).

<sup>84</sup> Siehe oben II. 3. c).

<sup>85</sup> Ob ein Übermitteln von Daten auch innerhalb eines informationstechnischen Systems tatbestandsmäßig sein kann, muss an dieser Stelle offengelassen werden.

### 2. Zur Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB wegen des Seitenkanalangriffs

#### a) Technische Grundlagen zu Seitenkanalangriffen durch nicht-sequenzielle und spekulative Ausführung von Programmcode

Um zu klären, ob das Verhalten des T – die Ausführung der automatisierten Anfragen (Fall 1) oder die Übermittlung des JavaScript-Programms (Fall 2) – nach § 202a Abs. 1 StGB strafbar ist, sei zunächst das technische Grundverständnis der zentralen Bestandteile der aktuell diskutierten Seitenkanalangriffe vermittelt, die auf der nicht-sequenziellen und spekulativen Ausführung von Programmcode beruhen (speculative execution side-channel attacks):<sup>86</sup>

Bis ein Datenelement (a) aus dem Arbeitsspeicher in den Hauptprozessor geladen ist, vergeht einiges an Zeit. Um diese Zeit sinnvoll zu nutzen und die Arbeitsgeschwindigkeit zu erhöhen, versuchen moderne Hauptprozessoren, den Wert des Datenelements vorherzusagen (a\*) und führen nachfolgende Operationen dann vorläufig auf Grundlage dieses vermuteten Wertes (a\*) spekulativ aus. Wenn der tatsächliche Wert des Datenelements den Hauptprozessor erreicht, wird dieser mit dem zunächst angenommenen Wert verglichen. Häufig stimmen beide Werte überein (a == a\*). Dann war die Spekulation erfolgreich und führte zu einem Geschwindigkeitsvorteil.<sup>87</sup> Anderenfalls werden die Operationen auf Grundlage des richtigen Wertes (a) erneut ausgeführt und die zwischenzeitlichen Rechenschritte verworfen.

Die spekulativ ausgeführten Rechenoperationen können jedoch Seiteneffekte haben. So können sie die Bearbeitungsgeschwindigkeit späterer Rechenoperationen beeinflussen, etwa indem bestimmte Datenelemente aus dem Arbeitsspeicher in einen schnelleren Zwischenspeicher (Cache) geladen werden. Auf diese Datenelemente kann in nachfolgenden Rechenoperationen schneller zugegriffen werden. Aus einem Vergleich der Zugriffszeiten lässt sich daher auf das Ergebnis der nur spekulativ ausgeführten Rechenoperation schließen, selbst wenn diese später verworfen wurde.

Die im Fall 2 angesprochene Meltdown-Sicherheitslücke<sup>88</sup> beruht darauf, dass als spekulative Rechenoperation (op1) eine Speicherzelle ausgelesen wird, auf die der Angreifer im „Normalbetrieb“ nicht zugreifen kann,<sup>89</sup> weil ihm die hierzu notwendige informationstechnische Zugriffsberechtigung („Admin-Recht“) fehlt. Mit einer nachfolgenden, spekulativ ausgeführten Rechenoperation (op2) wird – abhängig vom Wert der Speicherzelle – ein beobachtbarer Seiteneffekt

---

<sup>86</sup> Angelehnt an Upton, Why Raspberry Pi isn't vulnerable to Spectre or Meltdown, verfügbar unter <https://www.raspberrypi.org/blog/why-raspberry-pi-isnt-vulnerable-to-spectre-or-meltdown/> (27.12.2018).

<sup>87</sup> Im Vergleich zu einem nicht-spekulativen Vorgehen, bei dem zunächst abgewartet wird, bis der eigentliche Wert den Hauptprozessor erreicht.

<sup>88</sup> Detaillierte Nachweis siehe oben Fn. 13.

<sup>89</sup> Ein gleichwohl versuchter Lesezugriff führt zu einem Programmfehler bis hin zu einem Programmabsturz.

hervorgerufen.<sup>90</sup> Sehr ähnlich ist auch die Wirkungsweise der im Fall 1 angesprochenen NetSpectre-Sicherheitslücke.<sup>91</sup>

b) *Daten i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB*

Außer Frage steht, dass die im Arbeitsspeicher verfügbaren Benutzernamen, Passwörter (Fall 1) oder Textdaten (Fall 2), auf die T nicht zugriffsberechtigt war, dem Datenbegriff des § 202a Abs. 2 StGB unterfallen und damit jeweils taugliches Tatobjekt des § 202a Abs. 1 StGB sind. Dies gilt selbst dann, wenn man – anders als hier und contra legem – ein materielles Geheimhaltungsinteresse oder einen Inhaltsbezug<sup>92</sup> der Daten fordert.

c) *Besondere Zugangssicherung*

aa) *Dokumentation eines Geheimhaltungsinteresses*

Die wohl vorherrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur stellt bezogen auf das Merkmal der besonderen Zugangssicherung darauf ab, ob der an den Daten Berechtigte „das Interesse an ihrer Geheimhaltung durch besondere Sicherungsvorkehrungen dokumentiert hat.“<sup>93</sup> Sodann wird, zumeist ohne auf technische Details einzugehen, softwarebezogen auf die Verwendung von Passwörtern,<sup>94</sup> biometrischen Merkmalen<sup>95</sup> oder Schutzprogrammen wie Firewalls<sup>96</sup> abgestellt. Nun mag in den Beispielfällen jeweils ein Passwortschutz bestanden und mögen Firewalls illegitime Verbindungsanfragen von außen verhindert haben. Für die konkrete Tatbegehung waren diese Zugangssicherungen aber schlicht irrelevant. Diese Zugangssicherungen mussten vom Täter daher auch nicht, wie vom Tatbestand vorausgesetzt, überwunden werden.

Nun ließen sich zwar weitere Fallgruppen hinzufügen, so die technische Differenzierung der Zugriffsrechte von unterschiedlichen Benutzern (Discretionary Access Control<sup>97</sup>) im Fall 1 sowie die von modernen Browsern und Betriebssystemen verwendete Isolations- bzw. Abschottungstechniken

(u.a. Sandboxing<sup>98</sup> und Namespaces<sup>99</sup>) im Fall 2. Doch eine fallgruppenspezifische Herangehensweise überzeugt bereits deshalb nicht, weil sie die Verantwortung zur Dokumentation viktimodogmatisch auf die potenziell Geschädigten verlagert. Sie muss zudem weitreichend mit Fiktionen operieren, die aus der Verwendung von Standardsoftware und Standardhardware auf ein derartiges Geheimhaltungsinteresse schließen.<sup>100</sup> Kann man im Fall 2 tatsächlich davon sprechen, dass A ihr Geheimhaltungsinteresse dokumentiert, obschon ihr Unterlassen von Sicherheitsaktualisierungen zumindest von Gleichgültigkeit, wenn nicht gar von unverantwortlicher<sup>101</sup> Ignoranz bezüglich IT-Sicherheitsfragen spricht?

bb) *Technisch-formale und technisch-funktionale Sicht*

Es bietet sich ebenso wenig an, technisch-formal oder technisch-funktional zu argumentieren: Streng formal ließe sich darauf abstellen, dass die Zugangssicherung bei einem Seitenkanalangriff nicht überwunden wird. Der Angreifer erhält unmittelbar nur Zugriff auf Daten, auf die er eine Zugriffsberechtigung hat; der Seitenkanal ist gerade nicht durch eine Zugangssicherung geschützt. Die Zugangssicherung sei vielmehr wirksam, weil sie einen direkten Zugriff auf die geschützten Daten verhindert und der spekulativ ausgeführte Datenzugriff verworfen wird. Technisch-funktional müsste man darauf verweisen, dass ein Rückschluss auf den Inhalt eines Briefes aus Begleitumständen<sup>102</sup> nicht unter § 202 StGB fällt, und diese Wertung auf § 202a StGB übertragen: Wenn man beobachtet, dass die Nachbarin einen blauen Briefumschlag erhält und ab dem Folgetag morgens nicht mehr zur Arbeitsstelle fährt, kann man daraus schließen, dass dieser Brief eine Kündigung ihres Arbeitgebers enthielt. Eine solche Deduktion ist straflos. Beides ist jedoch zu oberflächlich gedacht.

<sup>90</sup> Konkret eine Beeinflussung der Zugriffsgeschwindigkeit auf bestimmte andere (vom Angreifer im „Normalbetrieb“ lesbare) Speicherzellen, indem deren Wert in den (schnellen) Cache geladen wird.

<sup>91</sup> Detaillierte Nachweis oben in Fn. 13. Viel informationstechnische Finesse wird bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Spectre-Sicherheitslücken darauf verwendet, die Prognose des vermuteten Wertes  $a^*$  zu beeinflussen, damit der Prozessor die vom Angreifer gewünschten Rechenoperationen spekulativ ausführt.

<sup>92</sup> Siehe oben bei und mit Fn. 56.

<sup>93</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 39 f. m.w.N.; siehe bereits oben bei und mit Fn. 61.

<sup>94</sup> Exemplarisch *Bosch* (Fn. 65), § 202a Rn. 5; *Graf* (Fn. 64), § 202a Rn. 45.

<sup>95</sup> Exemplarisch *Graf* (Fn. 64), § 202a Rn. 41.

<sup>96</sup> Exemplarisch *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl. 2017, § 202a Rn. 4.

<sup>97</sup> Aus juristischer Sicht siehe hierzu *Leupold*, in: *Leupold/Glossner* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht*, 3. Aufl. 2013, Teil 4 Rn. 29.

<sup>98</sup> Siehe hierzu exemplarisch *Barth/Jackson/Reis/Google Chrome Team*, *The Security Architecture of the Chromium Browser*, Technical Report 2008, verfügbar unter <http://css.csail.mit.edu/6.858/2010/readings/chromium.pdf> (27.12.2018).

<sup>99</sup> Siehe hierzu exemplarisch *Kerrisk*, *Namespaces in operation*, LWN v. 4.1.2013, verfügbar unter <https://lwn.net/Articles/531114/> (27.12.2018).

<sup>100</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 24 ff.

<sup>101</sup> Die Unverantwortlichkeit resultiert hierbei nicht aus der Selbstgefährdung der A, sondern aus der hierdurch generell reduzierten IT-Sicherheit, die es Angreifern ermöglicht, das informationstechnische System der A zu Angriffen auf Dritte zu nutzen.

<sup>102</sup> Allgemein zu den weitreichenden Möglichkeiten, aus Begleitumständen (insbesondere aus Verbindungsdaten) auf den Inhalt von Kommunikation zu schließen, *Freiling/Heinson*, *DuD* 2009, 547.

### cc) Spezifische, auf Vertraulichkeit ausgerichtete Programmierung

Vorzugswürdig ist es, einen objektiven Blickwinkel zu wählen<sup>103</sup> und funktional-wertend die informationstechnische Verletzung der Vertraulichkeit von Informationen in das Zentrum der Auslegung zu rücken. In beiden Beispielfällen ist die Programmierung des informationstechnischen Systems nämlich spezifisch darauf ausgelegt, die Zugriffsmöglichkeiten auf den (Arbeits-)Datenspeicher zu limitieren. In Fall 1 beruht dies auf der technischen Differenzierung verschiedener Benutzer, die jeweils nur auf ihre individuellen Daten zugreifen können (sollen), im Fall 2 aus einer komplexen technischen Beschränkung, auf welche Speicherbereiche derartige JavaScript-Programme mit welchen Mitteln zugreifen dürfen (sollen). Diese Zugangssicherungen verwehren es den jeweiligen Angreifern, auf das Tatobjekt unmittelbar zuzugreifen; diese mussten daher zunächst überwunden – oder umgangen? – werden und begründen daher die erhöhte, strafwürdige Gefährlichkeit deren Verhaltens.

### d) Sich-Verschaffen eines Zugangs zu Daten durch Überwindung der Zugangssicherung

#### aa) Ausspähen von Daten durch einzelne Rechenoperationen?

Erinnern wir uns zunächst daran, dass im Fall 2 als spekulative Rechenoperation (op1) eine Speicherzelle ausgelesen wird, auf die der Angreifer mangels technischer Berechtigung im „Normalbetrieb“ nicht zugreifen kann.<sup>104</sup> Auf den ersten Blick liegt in der Rechenoperation op1, die infolge des Verhaltens des T vom Hauptprozessor kausal und zurechenbar ausgeführt wird, ein Zugriff auf „fremde“ Daten vor. Der Zugriff erfolgt auch unter Überwindung einer Zugangssicherung, weil T hier ausnutzt, dass bei dieser (nur) spekulativen Ausführung – und dies ist die eigentliche Meltdown-Sicherheitslücke – die technische Zugriffsberechtigung nicht überprüft wurde.

Aus einer technisch-formalen Sicht wäre der Tatbestand daher bereits mit der ersten Ausführung der Rechenoperation op1 vollendet. T hatte, vermittelt durch ein Computerprogramm, auf eine nicht für ihn bestimmte Speicherzelle Zugriff genommen und dabei zielgerichtet ausgenutzt, dass unter sehr spezifischen Randbedingungen die Zugangsschranke nicht überprüft wird. Er bzw. sein Computerprogramm hatte sodann, wenn auch nur ganz kurzzeitig, tatsächliche Herrschaft<sup>105</sup> über dieses Datum und könnte dieses weiterverarbeiten; auf eine (menschliche) Wahrnehmung oder auch nur Wahrnehmbarkeit soll es ohnehin nicht ankommen.<sup>106</sup> Doch all das überzeugt nicht: Dies hätte nämlich

zur Folge, dass temporäre (und alltägliche<sup>107</sup>) Vorgänge unabhängig von ihren Außenwirkungen bereits mit Kriminalstrafe bedroht sind. Der Tatbestand würde dann die technische Integrität unabhängig davon schützen, ob hierdurch – wenigstens mittelbar – aner kennenswerte menschliche Interessen betroffen sind.

Es erscheint vielmehr vorzugswürdig, funktional-wertend darauf abzustellen, dass die besonders geschützten Daten trotz der spekulativen Rechenoperationen dem T nicht zum unmittelbaren Zugriff offenstanden. Daher war die Vertraulichkeit des informationstechnischen Systems in diesem Moment auch noch nicht verletzt und der Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB (noch) nicht verwirklicht.

#### bb) Ausspähen von Daten durch Seitenkanalausleitung?

T hatte jedoch eine eigenständige Herrschaft über die geschützten Daten begründet, sobald sich auf seinem Rechner eine Kopie der Ursprungsdaten befand – also zu dem Zeitpunkt, als seine Computerprogramme die Rohdaten des Seitenkanals ausgewertet hatten, hieraus auf die Ursprungsdaten geschlossen und diese auf seinem eigenen Rechner abgespeichert hatten.

Nun könnte man hiergegen einwenden, dass es sich dabei um neue Daten handelt, die aus den andersartigen Informationen des Seitenkanals – hier: Zeitabstände – deduziert wurden. Hierfür spricht zwar, dass je nach Zuverlässigkeit des Seitenkanals nur Wahrscheinlichkeitsaussagen über die konkreten Daten getätigt werden können,<sup>108</sup> mithin die neuen Daten nicht notwendig logisch-identisch zum ursprünglichen Tatobjekt sind. Jedoch ist zunächst zu beachten, dass T durch die spekulativen Rechenoperationen die ursprünglichen Daten in eine andere Informationskodierung umgewandelt hat, etwa in die Kodierung „Zugriffszeit“. Mithilfe weiterer Rechenoperationen konnte diese andere Informationskodierung wieder zurückkonvertiert werden und ist idealerweise äquivalent zur originalen (bitweisen) Kodierung. Daher liegt bei funktional-wertender Betrachtung ein Äquivalenzzusammenhang und auch ein Unmittelbarkeitszusammenhang<sup>109</sup> zwischen dem ursprünglichen Tatobjekt und denjenigen Daten vor, an denen T Herrschaft erlangte. Denn gerade durch diese Informationsausleitung über den Seitenkanal ist die Vertraulichkeit des informationstechnischen Systems verletzt worden.

<sup>103</sup> So auch *Dietrich*, Das Erfordernis der besonderen Sicherung im StGB am Beispiel des Ausspähens von Daten, § 202a StGB, 2009, S. 357 ff.; *Malek/Popp*, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. 2015, Rn. 156; siehe ferner *Hilgendorf*, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Dimensionen des IT-Rechts, 2008, S. 3 f.

<sup>104</sup> Siehe oben bei und mit Fn. 89.

<sup>105</sup> Statt vieler *Graf* (Fn. 64), § 202a Rn. 50.

<sup>106</sup> Statt mehrerer *Malek/Popp* (Fn. 103), Rn. 161; *Bosch* (Fn. 65), § 202a Rn. 6.

<sup>107</sup> Jede Sekunde dürfte ein handelsüblicher Prozessor zigtausendfach Operationen spekulativ ausführen. Bei nicht wenigen dieser Operationen wird eine Fehlspekulation erfolgen, bei der möglicherweise spekulativ „Zugriff“ auf „fremde“ Daten genommen wird. Stellte man hierauf ab, so böte nur der in aller Regel fehlende Vorsatz in materiell-rechtlicher Hinsicht und die Nachweisbarkeit in prozessualer Hinsicht eine Begrenzung der Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB.

<sup>108</sup> Anschaulich hierzu *Schwarz/Schwarz/Lipp/Gruss*, Net-Spette: Read Arbitrary Memory over Network, arXiv:1807.10535 [cs.CR], Abschn. 6.1 sowie Abb. 7.

<sup>109</sup> Zur selben Rechtsfrage bei § 202d StGB siehe *Brodowski/Marnau*, NStZ 2017, 377 (379 ff.); ebenso nunmehr *Reinbacher*, GA 2018, 311 (315 ff.).

cc) Überwindung der Zugangssicherung durch Seitenkanal-  
ausleitung?

Doch geschah diese Zugangsverschaffung gerade durch Überwindung der Zugangssicherung? Zweifel hieran nährt der Aspekt, dass der von T genutzte Informationskanal – der Seitenkanal – gerade nicht durch die Zugangssicherung geschützt war; dieser stand dem T, bildlich gesprochen, offen wie ein Scheunentor. Anders als in Fällen, in denen eine Zugangssicherung – etwa eine Authentifikation – deaktiviert oder mittels eines falschen Schlüssels überwunden wird, ließe sich vorliegend daher auch von einer bloßen „Umgehung“ einer Zugangssicherung sprechen.

In seiner pragmatischen Art lässt es der BGH für das Merkmal der Überwindung pauschal ausreichen, dass der Täter zu einer „Zugangsart [gezwungen wurde], die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte“.<sup>110</sup> Über die Zugangsart „Seitenkanal“ machen sich aber, bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung, die allermeisten Nutzer informationstechnischer Systeme schlicht keine Gedanken. Vorzugswürdig erscheint es einmal mehr, funktional-wertend zu argumentieren: Gegen einen unmittelbaren Datenzugriff durch T waren die Daten mit informationstechnischen Mitteln geschützt. Um auf diese Daten dennoch zuzugreifen, nutzte T mit der spekulativen Ausführung von Rechenoperationen und der Messung daraus resultierender Seiteneffekte eine spezifische informationstechnische Angreifbarkeit („Sicherheitslücke“) eines informationstechnischen Systems aus. Hierin liegt das entscheidende funktional-wertende Moment, warum eine solche „Umgehung“ einer Zugangssicherung doch (noch) unter den Gesetzeswortlaut der Überwindung einer Zugangssicherung subsumiert werden kann.

e) Tatbestandsausschließendes Einverständnis oder  
rechtfertigende Einwilligung?

Als letzte vertieft zu diskutierende Hürde verbleibt die Frage, welche Auswirkungen es hat, dass A (konkludent) der Nutzung des Webmail-Dienstes und im Fall 2 (konkludent) mittels der Einstellungen des von ihr verwendeten Browsers dem Download und der Ausführung des JavaScript-Programms zugestimmt hatte. Denn damit ist notwendigerweise (Webmail-Dienst) bzw. typischerweise (JavaScript-Programme) auch die Übermittlung von (sonst zugangsgeschützten) Daten vom Server an den Nutzer T (Fall 1) bzw. vom Laptop an den Server des T (Fall 2) verbunden.

Würde man zu technisch-formal die einzelnen Verarbeitungsschritte im Fall 1 betrachten, so könnte man dem Trugschluss unterliegen, dass sich T hier aus technischer Sicht genauso wie ein unauffälliger Nutzer verhalten habe. Lediglich das hinter den automatisierten Verbindungsanfragen liegende Motiv sei der A verborgen geblieben – und dies sei selbst dann irrelevant, wenn man bei § 202a Abs. 1 StGB eine rechtfertigende Einwilligung verlange. Doch dies würde übersehen, dass sich das Einverständnis bzw. die rechtfertigende Einwilligung primär nicht auf das Verhalten des Täters

bezieht, sondern auf den Erfolg seines Tuns oder Unterlassens.

Sodann ist festzuhalten, dass eine rechtfertigende Einwilligung – hielte man diese bei § 202a Abs. 1 StGB für anwendbar – in beiden Beispielfällen trotz der (konkludenten) Zustimmung der A ausgeschlossen wäre. Denn der A war die Funktionalität des Datenzugriffs (Fall 1) bzw. des JavaScript-Programms (Fall 2) verborgen und daher die Reichweite der hierdurch bewirkten Vertraulichkeitsverletzung unbekannt. Insoweit basierte ihre – technisch vermittelte – Zustimmung auf einem rechtsgutsbezogenen Irrtum.

Doch auf eine rechtfertigende Einwilligung abzustellen wäre nicht nur in Bezug auf die Schutzrichtung des § 202a Abs. 1 StGB wenig kohärent,<sup>111</sup> sondern würde – erneut<sup>112</sup> – zu praxisfernen Aufklärungsobliegenheiten über die konkrete Wirkungsweise und die konkret erfolgenden Datentransfers, etwa bei jedem beliebigen Webseitenaufruf führen. Diese müssten nämlich noch weitreichender sein als die seit dem Inkrafttreten der DS-GVO am 25.5.2018 prägnant in Erscheinung tretenden datenschutzrechtlichen Hinweise. Stattdessen ist darauf abzustellen, dass jeder Nutzer eines Webbrowsers sich konkludent damit einverstanden erklärt, dass dieser Webbrowser mit der aufgerufenen Webseite (bzw. genauer: dem Webserver) kommuniziert. Das schließt es ein, dass der Nutzer die Vertraulichkeit des Webbrowsers und damit die Vertraulichkeit der im Webbrowser ohne weitere Zugangssicherung<sup>113</sup> gespeicherten bzw. verfügbaren Daten gegenüber dem Betreiber der Webseite aufhebt. Nicht von diesem Einverständnis erfasst sind jedoch nur außerhalb des Browsers verfügbare oder durch weitere technische Zugangssicherungen geschützte Daten – gleichermaßen wie das Einverständnis in das Betreten der Verkaufsräume eines Geschäfts nicht gleichzusetzen ist mit dem Einverständnis in das Betreten des Warenlagers.<sup>114</sup> Erforderlich ist allerdings hier wie dort eine klare räumliche bzw. informationstechnische Abgrenzbarkeit, auf welche Elemente sich die Aufhebung der Privatheit (§ 123 StGB) bzw. der Vertraulichkeit (§ 202a Abs. 1 StGB) bezieht. Eine solche klare Abgrenzbarkeit ist in informationstechnischer Hinsicht gegeben jedenfalls bei weiteren Zugangssicherungen i.S.d. § 202a Abs. 1 StGB, so bei technisch implementierten Zugriffsschranken für einzelne Benutzer (Fall 1)<sup>115</sup> bzw. bei technischen Abschottungsmaßnahmen, die einem JavaScript-Programm im Normalbetrieb nur eine klar definierte Funktionalität gestatten (Fall 2). Da diese Grenzen jeweils von T überschritten wurden, kann er sich

<sup>111</sup> Siehe oben II. 3. c).

<sup>112</sup> Brodowski, StV 2019 (im Erscheinen).

<sup>113</sup> Da das „Hochladen“ von Dateien, der Zugriff auf Webcams oder Mikrofone eine Benutzerinteraktion bzw. -freigabe erfordert, ist die Vertraulichkeit im Hinblick hierauf nicht bei jeder Webseiten-Nutzung aufgehoben.

<sup>114</sup> Zutr. Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017 § 123 Rn. 29.

<sup>115</sup> Diese ist hingegen nicht gegeben bei Administratoren, weswegen die subjektivierende Auffassung von Graf (Fn. 64), § 202a Rn. 47, nicht zu überzeugen vermag.

<sup>110</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 40.

nicht auf ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der A berufen.

### f) Ergebnis

Bei einer kohärenten funktional-wertenden Auslegung des § 202a Abs. 1 StGB mit klarer Fokussierung auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit eines informationstechnischen Systems ergibt sich, dass in beiden Beispielfällen eine Strafbarkeit des T wegen Ausspähens von Daten gegeben ist. Das Strafrecht weist daher bei informationstechnischen Seitenkanalangriffen nach hier vertretener Auffassung keine grundlegende „Sicherheitslücke“ auf. Hingegen stoßen andere Auslegungsansätze und auch die zu pragmatische und zu wenig dogmatische Herangehensweise der Rechtsprechung an ihre Grenzen.

### 3. Erweiterungen

Dieses Auslegungsergebnis hat auch Auswirkungen auf weitere Tatbestände im Umfeld des § 202a Abs. 1 StGB: Die über Seitenkanalangriffe abgegriffenen Daten sind taugliches Tatobjekt für eine Datenhehlerei (§ 202d Abs. 1 StGB).<sup>116</sup> Auch unterliegen Computerprogramme, deren „Zweck“ die Begehung von Seitenkanalangriffen ist, dem strafrechtlichen Umgangsverbot des § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB, d.h. sie dürfen nicht zur Vorbereitung einer Straftat nach § 202a Abs. 1 StGB hergestellt, „verschafft, verkauft, einem anderen über[lassen], verbreitet oder sonst zugänglich“ gemacht werden. Neben den bekannten Schwierigkeiten, den „Zweck“ eines Programms zu bestimmen,<sup>117</sup> sind diese Verhaltensweisen klar zu differenzieren von der – in der Regel – rechtmäßigen Publikation von Sicherheitslücken und diese Sicherheitslücken ausnutzenden Beispielprogrammen („Proof-of-Concepts“) im Rahmen der IT-Sicherheitsforschung.<sup>118</sup> Im weiteren Kontext ist schließlich darauf zu verweisen, dass ein Computerprogramm, das einen Seitenkanalangriff ausführt, als „technisches Mittel“ i.S.d. § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UWG interpretiert werden kann.

## IV. Fazit

Eine kohärente Auslegung der §§ 202a Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB, die sich funktional-wertend an der Vertraulichkeit bzw. Integrität informationstechnischer Systeme orientiert, erweist sich am Beispiel von Seitenkanalangriffen auf informationstechnische Systeme nicht nur als möglich. Ein solcher Ansatz erweist sich auch als vorzugswürdig gegenüber anderen Regelungs- und Auslegungsmodellen des IT-Strafrechts

(informationstechnisch-formales sowie informationstechnisch-funktionales Modell) und der zu oberflächlichen und viktimodogmatischen Herangehensweise der Rechtsprechung.

Zugleich zeigt dies, dass die Erfassung auch moderner Erscheinungsformen der IT-Kriminalität bereits auf Basis des geltenden Rechts grundsätzlich möglich ist. Es besteht nämlich weniger ein Problem seitens des materiellen Rechts denn ein Problem erstens des wechselseitigen Verständnisses zwischen Recht und Informatik und zweitens bei der Rechtsanwendung. Mit einer Fokussierung auf die informationstechnische Vertraulichkeits- bzw. Integritätsverletzung lässt sich die Beweisaufnahme – eher als durch die vom BGH kürzlich legitimierten großzügigen Schätzungen und Fiktionen<sup>119</sup> – auf verfassungsrechtlich solidem Boden und dennoch praktikabel führen.<sup>120</sup> Gesetzgeberischer Aktionismus, auf Basis einer (inzwischen überholten) BGH-Entscheidung und bloß zum Zwecke der Beweiserleichterung einen neuen, höchst unbestimmten Grundtatbestand des digitalen Hausfriedensbruchs (§ 202e StGB-E) zu schaffen,<sup>121</sup> ist fehl am Platze.<sup>122</sup> Das soll nicht bestreiten, dass manches an §§ 202a ff., 303a f. StGB verbesserungswürdig ist. So böte es sich neben sprachlichen Anpassungen und klar formulierten Qualifikationstatbeständen beispielhaft an, die derzeit nur<sup>123</sup> im Wege der Auslegung diesen Tatbeständen zu entnehmende Verletzung der Verfügbarkeit, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auch im Gesetzeswortlaut klarer zum Ausdruck zu bringen.<sup>124</sup>

<sup>116</sup> Vgl. *Brodowski/Marnau*, NStZ 2017, 377 (381 f.); *Singelstein*, ZIS 2016, 432 (432 f.); *Stuckenberg*, ZIS 2016, 526 (529).

<sup>117</sup> Siehe hierzu BVerfG ZUM 2009, 745 (750); *Borges/Stuckenberg/Wegener*, DuD 31 (2007), 275 (276); *Popp*, GA 2008, 375 (379 ff.); *Schumann*, NtZ 2007, 675 (679); *Bosch* (Fn. 65), § 202c Rn. 3, 6; *Hilgendorf* (Fn. 5), § 202c Rn. 19; *Gercke/Brunst* (Fn. 60), Rdn. 119.

<sup>118</sup> Näher hierzu *Brodowski*, it – Information Technology 57 (2015), 357.

<sup>119</sup> BGH BeckRS 2017, 145251 Rn. 24 ff.

<sup>120</sup> Allgemein zu Bewältigungsstrategien bei sog. Massenverfahren in Strafsachen *Kuhli*, StV 2016, 40 (42 ff.) m.w.N.; sowie ergänzend *Brodowski*, in: *Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmermann* (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht*, 2018, S. 83 (85 ff.).

<sup>121</sup> Entwurf eines [...] Strafrechtsänderungsgesetzes – Strafbarkeit der unbefugten Benutzung informationstechnischer Systeme – Digitaler Hausfriedensbruch, BR-Drs. 47/18 (B).

<sup>122</sup> Ebenfalls krit. *Basar*, jurisPR-StrafR 26/2016, Nr. 1; *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14.

<sup>123</sup> Besondere Schwierigkeiten bereitet dies allerdings bei § 202d StGB, zutr. *Stuckenberg*, ZIS 2016, 526 (530).

<sup>124</sup> Ebenso *Sieber* (Fn. 27 – DJT), C44 f., C154.

# Betrugsschaden und Versuchsbeginn bei Abo-Fallen im Internet

Von Prof. Dr. Paul Krell, Hamburg\*

## I. Ausgangspunkt: Geklärte und offene Fragen der Abo-Fallen

Strafrechtspraxis und -wissenschaft haben sich in jüngerer Zeit mit der Strafbarkeit von Betreibern so genannter Abo-Fallen befasst.<sup>1</sup> Dabei geht es um Internetseiten, auf denen Leistungen angeboten werden, die im Internet üblicherweise kostenfrei verfügbar sind. Dennoch planen die Betreiber, für ihr Angebot Geld zu verlangen. Deshalb gehen sie wie folgt vor: Die Besucher der Seite müssen sich registrieren, um auf die Inhalte zugreifen zu können; nur an versteckter Stelle erfolgt der Hinweis, dass sie dadurch ein (zumeist dreimonatiges) kostenpflichtiges Dauerschuldverhältnis eingehen. Später erhalten die Nutzer eine Rechnung (per E-Mail oder auch per Post). Zur Veranschaulichung und als Ausgangsbeispiel für die weiteren Überlegungen soll die Leitentscheidung des BGH dienen.

*Ausgangsbeispiel* (leicht abgewandelt nach BGH NJW 2014, 2595): T programmierte eine Internetseite, die einen Routenplaner zur Verfügung stellte, ein Service, den zahlreiche Seiten anbieten. Klickten die Besucher nach Angabe von Start- und Zielort auf „Route berechnen“, erschien ein Registrierungsformular. Darunter befand sich ein Feld „Route planen“. Die dazugehörige Sternchenfußnote enthielt nach einem längeren Text den Hinweis, der Preis für die dreimonatige Nutzung der Seite betrage 59,95 EUR. Auf Monitoren mit einer geringen Auflösung war die gesamte Sternchenfußnote nicht sichtbar. Die registrierten Nutzer erhielten alsbald eine Rechnung und zahlten das Entgelt in Höhe von 59,95 EUR.<sup>2</sup>

Im Zentrum der strafrechtlichen Bewertung stehen der Betrugstatbestand (§ 263 StGB)<sup>3</sup> und die Frage, ob die Nutzer trotz des versteckten Hinweises auf die Entgeltlichkeit getäuscht wurden.<sup>4</sup> Darum soll es hier nicht gehen. In der

Routenplaner-Entscheidung werden dagegen zwei weitere Aspekte nur gestreift, auf die es nach Ansicht des *Senats* nicht ankam, die es aber gleichwohl verdienen, näher betrachtet zu werden: Wann beginnt der Abo-Fallen-Betrug – und wann ist er vollendet? Es lohnt sich, diese beiden Punkte im Zusammenhang zu erörtern, weil sich zum Versuchsbeginn nur dann abschließend etwas sagen lässt, wenn Klarheit über den Vollendungszeitpunkt besteht. Gleichzeitig führt ein späterer Vollendungszeitpunkt dazu, dass frühere Handlungen vom Erfolg zeitlich weiter entfernt sind und potenziell auch die Zahl eventuell erheblicher Zwischenschritte steigt.

Beides zeigt sich schon an der Routenplaner-Entscheidung. Über eine Vollendungsstrafbarkeit musste der BGH nicht entscheiden: Schon das LG hatte lediglich einen versuchten Betrug angenommen, da es sich offenbar nicht von einem Irrtum bei den Täuschungsadressaten überzeugen konnte.<sup>5</sup> Zum Tatentschluss hat der BGH ausgeführt, dass der Angekl. (jedenfalls) mit Zahlungen gerechnet hätte und insofern einen Schaden herbeiführen wollte. Deshalb komme es nicht darauf an, ob ein Schaden schon zu einem früheren Zeitpunkt eintreten könne.<sup>6</sup> Zum Versuchsbeginn heißt es, der Angekl. habe unmittelbar angesetzt, „indem er das Angebot für ein kostenpflichtiges Routenplanerabonnement auf der von ihm verantwortlich gestalteten Internetseite eingestellt“ habe.<sup>7</sup> Das verwundert in dieser Pauschalität, weil zwischen diesem Zeitpunkt und der Zahlung, an die der BGH anknüpft, nicht nur einige Zeit, sondern auch der eine oder andere Schritt lag: Nutzer mussten sich auf der Seite umsehen, sich dort registrieren und eine Rechnung erhalten. Warum das keine wesentlichen Zwischenschritte sein sollen, ist nicht auf Anhieb ersichtlich.<sup>8</sup> Je früher nun der Schaden eintritt, desto geringer ist die Anzahl der Zwischenschritte, sodass sich *prima facie* auch der Versuchsbeginn nach vorne verschieben dürfte.

---

\* Der *Verf.* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Strafrecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

<sup>1</sup> Vgl. zum Begriff und den typischen Vorgehensweisen etwa *Wimmer*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. 2014, 7. Kap. Rn. 5 ff.

<sup>2</sup> Der Entscheidung des BGH lag eine Kombination aus dem Ausgangsbeispiel und Beispiel 2 zugrunde: 261 Nutzer hatten sich auf der Seite angemeldet, aber nur zehn von ihnen hatten auch gezahlt.

<sup>3</sup> Eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Werbung (§ 16 UWG) lässt sich in der Regel nicht begründen, weil es an der Absicht fehlt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken (näher *Brammsen/Apel*, *WRP* 2011, 1254 [1256 ff.]).

<sup>4</sup> Siehe zu dieser Diskussion *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (194 ff.); *Krack*, *ZIS* 2014, 536 (538 ff.); monographisch *Klisa*, *Betrug trotz wahrer Erklärung am Beispiel von Abo-Fallen im Internet und Ping-Anrufen*, 2017. Krit. zur üblichen Kennzeichnung dieser Fallgruppe als Täuschung mit wahren Aussagen *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 104. Darüber hinaus ist umstritten,

---

ob und inwiefern die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG eine einschränkende unionsrechtskonforme Auslegung des Irrtumsmerkmals fordert. Der BGH verneinte das prinzipiell und hat dafür einige Kritik erfahren (vgl. die krit. Bespr. von *Hecker*, *JuS* 2014, 1043, und die Anm. von *N. Müller*, *NZWiSt* 2014, 393; *Rönnau/Wegner*, *JZ* 2014, 1060. Weitere Nachw. bei *Dannecker*, in: *Graf/Jäger/Wittig* [Hrsg.], *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 8).

<sup>5</sup> Vgl. BGH BeckRS 2014, 14294 Rn. 10 (insofern in NJW 2014, 2595 nicht abgedruckt), wo es – leicht missverständlich – heißt, „es sei nicht nachzuweisen, dass tatsächlich Nutzer der Seite getäuscht worden seien.“

<sup>6</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2598).

<sup>7</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599).

<sup>8</sup> Der *Senat* hätte es sich freilich auch hier leichtmachen können, weil alle diese Zwischenschritte abgeschlossen waren und es deshalb überhaupt nicht darauf ankam, ob der Angekl. schon zu einem derart frühen Zeitpunkt angesetzt hatte.

In anderen Szenarien kann der Vollendungszeitpunkt auch nicht einfach offenbleiben. Das verdeutlicht eine Abwandlung des Ausgangsbeispiels.

*Beispiel 2:* Die Nutzer melden sich irrtumsbedingt an und erhalten daraufhin Rechnungen. Davon sind sie ebenso überrascht wie entrüstet, verweigern deshalb ausnahmslos die Zahlung und erstatten stattdessen Strafanzeige gegen T.

In Fällen dieser Art ist entscheidend, ob bereits die Registrierung – die übliche Bezeichnung „Anmeldung“ ist unglücklich, weil Anmeldung üblicherweise den Log-In-Vorgang bei einem bestehenden Nutzerkonto meint – einen Vermögensschaden verursacht. Noch völlig ungeklärt ist die Frage nach dem Versuchsbeginn. Doch auch sie kann leicht praktisch werden,<sup>9</sup> wenn es an einem Irrtum und/oder an einem Vermögensschaden fehlt. Dazu zwei weitere Beispiele:

*Beispiel 3:* T programmiert eine Abo-Falle. Einige Nutzer sehen sich die Seite an, aber erkennen den Täuschungsversuch sofort und erstatten Strafanzeige. Niemand meldet sich an.

*Beispiel 4:* Als der Webservice-Anbieter die Inhalte der Seite prüft, schaltet er sie ab, noch bevor sich irgendjemand auf diese verirrt.

Hier kommt es entscheidend darauf an, ob es sich jeweils schon um einen Betrugsversuch oder noch um eine straflose Vorbereitung handelt.

Weil es nach den bisherigen Überlegungen naheliegt, dass der Versuchsbeginn vom Vollendungszeitpunkt abhängt, ist Letzterer zunächst zu untersuchen (II.). Erst dann kann der Blick zum Versuchsbeginn wandern (III.). Abschließend werden die Beziehungen und Wechselwirkungen von Vollendungszeitpunkt, Versuchsbeginn sowie Versuchs- und Schadensdogmatik aufgezeigt (IV.).

### II. Zum Betrugsschaden bei Abo-Fallen

Für den Schaden ist zunächst die zivilrechtliche Beurteilung von Abo-Fallen bedeutsam: Ist der Vertrag wirksam, so handelt es sich unproblematisch um einen Eingehungsbetrug.<sup>10</sup> Ist er es nicht, scheidet auch ein Eingehungsschaden aus, weil dieser nach allgemeinem Verständnis einen Vertragsschluss voraussetzt.<sup>11</sup> Das heißt indes nicht, dass nicht gleichwohl ein Gefährdungsschaden in Betracht kommt.

Die zivilrechtliche Lage hat sich allerdings zwischenzeitlich geändert. Am 1.8.2012 ist das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungsei-

<sup>9</sup> Siehe auch *Kliegel*, JR 2013, 389 (400).

<sup>10</sup> So tendenziell *Kliegel*, JR 2013, 389 (399), der den Schaden aber noch davon abhängig machen will, ob der Vertrag frei widerrufbar (dann kein Schaden) oder nur anfechtbar ist (dann Schaden).

<sup>11</sup> Siehe etwa BGH NStZ 2016, 674 (675); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 539. Über dieses Problem geht *Hatz*, JA 2012, 186 (188 f.), beim Schaden einfach hinweg, obwohl er bei der Vermögensverfügung noch die Auffassung vertritt, es müsse kein Anspruch entstehen.

gentumsgesetzes in Kraft getreten.<sup>12</sup> Herzstück der Regelung war § 312g BGB, der infolge einer weiteren Reform im Verbraucherschutzrecht am 13.6.2014 zu § 312j BGB geworden ist. Die Vorschrift enthält in Abs. 3 die so genannte Button-Lösung, wonach bei Verbraucherverträgen im elektronischen Verkehr Verbraucher ausdrücklich bestätigen müssen, dass sie zahlungspflichtig bestellen. Der „Button“, auf den die Nutzer zur Bestellung klicken, muss also einen Hinweis auf die Zahlungspflicht enthalten.<sup>13</sup> Verletzt der Unternehmer die Pflicht aus § 312j Abs. 3 BGB, kommt gem. § 312j Abs. 4 BGB kein Vertrag zustande.

Zuvor ist das – was aus strafrechtlicher Sicht für Altfälle bedeutsam bleibt – bei Abo-Fallen umstritten gewesen. Zum Teil wurde ein Vertragsschluss mit der Erwägung verneint, es fehle nach dem objektiven Empfängerhorizont am Rechtsbindungswillen.<sup>14</sup> Manche gingen von einem offenen Dissens aus und verneinten daher gem. § 155 BGB einen Vertragsschluss.<sup>15</sup> Andere nahmen Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB an. Vereinzelt Stimmen hielten den Vertrag dagegen für wirksam.<sup>16</sup> Auch der Gesetzgeber nahm an, dass schon in Altfällen in der Regel kein Vertrag zustande gekommen sei; praktisch helfe das aber wenig, wenn und weil die Verbraucher von einem Vertragsschluss ausgingen.<sup>17</sup> Von diesem Standpunkt aus ist § 312j Abs. 4 BGB damit für die meisten Fälle deklaratorisch, soll aber den Vorzug aufweisen, „auch juristischen Laien eine hinreichend sichere Beurteilung [zu] ermöglichen“.<sup>18</sup> Insofern geht der Gesetzgeber zwar davon aus, dass sich das Problem der Abo-Fallen auch durch die Neuregelung nicht erledigen wird, weil sich die Seitenbetreiber kaum an die neue Regelung halten werden, sondern entweder auf Umgehungsstrategien setzen oder einfach weiter so vorgehen werden wie bisher.<sup>19</sup> Jedenfalls steht nach neuem Recht nun aber außer Frage, dass bei Abo-Fallen kein wirksamer Vertrag zustande kommt.

Diese Rechtslage hat nun Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung des Schadens bei Abo-Fallen und damit

<sup>12</sup> BGBl. I 2012, S. 1084.

<sup>13</sup> Die Regelung dürfte der schon zuvor herrschenden Ansicht zusätzliche Überzeugungskraft verleihen, wonach bei Abo-Fallen eine konkludente Täuschung anzunehmen ist, weil insofern auch die gesetzlich vorgesehene Risikoverteilung maßgeblich ist – und § 312j BGB insofern eine klare Regelung trifft (zutr. *Kliegel*, JR 2013, 389 [398]; *Wimmer* [Fn. 1], Kap. 7 Rn. 11).

<sup>14</sup> So *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3190); *Kliegel*, JR 2013, 389 (390 f.); *Kredig/Uffmann*, ZRP 2011, 36; *Raue*, MMR 2012, 438 (439).

<sup>15</sup> So LG Mannheim MMR 2010, 241; LG Berlin MMR 2012, 95.

<sup>16</sup> So z.B. *Alexander*, NJW 2012, 1985 (1986). Z.T. wurde allerdings ein *unentgeltlicher* Vertrag angenommen (*Ellbogen/Saerbeck*, CR 2009, 131 [132 ff.]). Dann scheidet ein Eingehungsschaden aus, doch kommt selbstverständlich ein Erfüllungsbetrug in Betracht.

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 17/7745, S. 6.

<sup>18</sup> BT-Drs. 17/7745, S. 6.

<sup>19</sup> Siehe auch *Kliegel*, JR 2013, 389 (393).

für den Vollendungszeitpunkt. In der Routenplaner-Entscheidung hat der 2. *Strafsenat* den genauen Schadenszeitpunkt offengelassen:

„Unabhängig davon, ob – wovon das LG ausgegangen ist – bereits das Eingehen der (vermeintlichen) Verbindlichkeit einen Vermögensschaden begründet hätte, war der Vorsatz des Angekl. darauf gerichtet, unter Umgehung eines möglichen Widerrufsrechts die täuschungsbedingt eingegangene Verpflichtung durchzusetzen und den im Bestellvorgang eines ‚praktisch wertlosen‘ Routenplaners angelegten Schaden zu realisieren. Infolge der Zahlung des Abonnementpreises wäre nicht nur eine Vermögensgefährdung, sondern bereits ein Erfüllungsschaden eingetreten.“<sup>20</sup>

Auf Basis dieser Überlegungen ist es allerdings merkwürdig, wenn der *Senat* letztlich auf einen individuellen Schadensanschlag abstellt, wo er doch selbst bemerkt, die Routenplaner seien „praktisch wertlos“ gewesen.<sup>21</sup> Kritisiert wurde ferner, dass das Gericht für die Täuschung auf die Angaben auf der Internetseite abstellt, den Schaden dann aber in der Zahlung sieht, weil dazwischen unter Umständen eine weitere Täuschung und ein weiterer Irrtum liegen.<sup>22</sup>

In Beispiel 2 muss man jedenfalls – nach neuem Recht und unter der Prämisse, dass die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs erfüllt sind – fragen, ob auch bei unwirksamem Vertrag ein Schaden eintritt. Einige bejahen das aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung.<sup>23</sup> Entscheidend und ausreichend sei die Möglichkeit, das Opfer werde die Unwirksamkeit verkennen und deshalb auf die vermeintliche Forderung leisten. Dagegen spricht aber, dass die wirtschaftliche Lage des vermeintlichen Vertragspartners zunächst einmal unverändert bleibt. Die Möglichkeit, dass auf die vermeintliche Schuld geleistet wird, ist nicht mehr als die *Gefahr einer Vermögensverfügung*.<sup>24</sup> Diese kann aber für einen Schaden noch nicht ausreichen.<sup>25</sup> Das gilt umso mehr

seit der Grundsatzentscheidung des BVerfG, wonach der Gefährdungsschaden restriktiv zu handhaben ist.<sup>26</sup> Ungeachtet aller Einzelfragen sollte gelten, dass eine Zukunftsprognose allein die Annahme eines Schadens nicht trägt, solange sie nicht „normativ eingehegt“ ist.<sup>27</sup> Deshalb ist die Schadensbegründung stets problematisch, wenn sie *ausschließlich* auf der Erwägung beruht, ein bestimmtes Ereignis werde mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eintreten. Insofern macht es einen prinzipiellen Unterschied, ob der Täter schon eine Verbindlichkeit eingeht, weil dann bereits ein normativer Anknüpfungspunkt vorhanden ist.<sup>28</sup> Dagegen fehlt es an einem Schaden, solange das Vermögen gegenwärtig noch nicht gemindert ist und allein die Möglichkeit besteht, dass es zukünftig gemindert wird, mag dies auch wahrscheinlich sein.<sup>29</sup>

Deshalb ist es auch nicht überzeugend, wenn *Hefendehl* in Fällen unwirksamer Verträge auf Basis einer am Bilanzrecht orientierten Sichtweise einen Gefährdungsschaden mit der Erwägung bejaht, das Opfer glaube an eine Verbindlichkeit und müsse daher Rückstellungen bilden, weil so das einschränkende Potenzial dieses Ansatzes in sein Gegenteil verkehrt zu werden droht.<sup>30</sup> Bei den Abo-Fällen geht allerdings auch *Hefendehl* von einer hinreichenden Vermeidbarkeit des Opfers aus und verneint daher einen Vermögensschaden durch den vermeintlichen Vertragsschluss.<sup>31</sup>

Wenn die Registrierung demnach keinen Schadenseintritt begründet, bleibt nur die Möglichkeit, auf die spätere Zahlung abzustellen, die sodann zu einem Erfüllungsschaden führt.

---

JR 2013, 389 (399), sowie tendenziell *Eisele*, NStZ 2010, 193 (197 f.).

<sup>26</sup> Vgl. zunächst BVerfGE 126, 170 (211 f.) zur Untreue, sodann BVerfGE 130, 1 (46 ff.) zum Betrug.

<sup>27</sup> So treffend *Gaede*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 123.

<sup>28</sup> Deswegen ist es z.B. mit der hier vertretenen Ansicht prinzipiell vereinbar, einen Schaden mit der naheliegenden Möglichkeit zu begründen, der Verkäufer eines Pkw habe von Anfang an vorgehabt, diesen später von der Polizei beschlagnahmen zu lassen (BGH NStZ 2015, 514; dazu *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2016, 129). Denn dort hat der Käufer bereits verfügt und man kann dann in der Gesamtsaldierung auf Wahrscheinlichkeiten abstellen, die den Wert der Gegenleistung betreffen. Wer sich bei einer Abo-Falle anmeldet, verfügt aber noch nicht, es sei denn, der irrige Glauben an eine rechtsverbindliche Verpflichtung reichte dafür aus.

<sup>29</sup> Deshalb sind sub specie Gefährdungsschaden diejenigen Fälle besonders zweifelhaft, in denen sich jemand ausschließlich eine Zugriffsmöglichkeit auf fremdes Vermögen verschafft, ohne diese jedoch zu realisieren (vgl. *Krell*, NZWiSt 2013, 371 [375]).

<sup>30</sup> *Hefendehl* (Fn. 23), S. 344; zur Kritik siehe bereits *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 160.

<sup>31</sup> *Hefendehl* (Fn. 22), § 263 Rn. 813.

<sup>20</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2598).

<sup>21</sup> Krit. auch *Krack*, ZIS 2014, 536 (544).

<sup>22</sup> Auch dazu *Krack*, ZIS 2014, 536 (543 f.), mit Überlegungen zu alternativen Begründungsansätzen. Siehe ferner *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 814.

<sup>23</sup> OLG Köln MDR 1974, 157; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 343 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Kommentar, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 56; *Wahl*, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2007, S. 117 ff.; speziell für Abo-Fällen auch *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3193); *Hatz*, JA 2012, 186 (188); wohl auch *Brammsen/Apel*, WRP 2011, 1254 (1256).

<sup>24</sup> Zutr. *Puppe*, MDR 1973, 12 (13).

<sup>25</sup> *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 148; *Klein*, Das Verhältnis von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2003, S. 120; *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 89 ff.; für Abo-Fällen ebenso *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 176a; *Kölbel*, in: Achenbach/Ransiek/ Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5. Teil Kap. 1 Rn. 202; i.E. auch *Kliegel*,

### III. Der Versuchsbeginn bei Abo-Fallen

Sofern aber der Erfolg später eintritt, liegt es prima facie nahe, dass sich auch der Versuchsbeginn verschieben könnte: Das wird besonders deutlich anhand der Leitlinien der Rspr., wonach jemand unmittelbar ansetzt, wenn er oder sie Handlungen vornimmt, die in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen sollen.<sup>32</sup> Denn die spätere Zahlung ist der Registrierung zeitlich (unter Umständen: deutlich) nachgelagert. Zudem drängt sich der Einwand auf, der Rechnungsversand sei ein wesentlicher Zwischenschritt. In den Beispielen 3 und insbesondere 4, in denen sich überhaupt niemand registriert, ist der tatbestandliche Erfolg noch ein gutes Stück entfernt.

Der 2. *Strafsenat* formuliert zum Versuchsbeginn nur ebenso apodiktisch wie weitgehend: „Kein Zweifel [!] besteht daran, dass der Angekl. zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt hat (§ 22 StGB), indem er das Angebot für ein kostenpflichtiges Routenplanerabonnement auf der von ihm verantwortlich gestalteten Internetseite eingestellt hat, ohne die Kostenpflichtigkeit hinreichend kenntlich zu machen.“<sup>33</sup> Andere Stellungnahmen behaupten nicht nur pauschal das Gegenteil, sondern verlagern den Versuchsbeginn deutlich weiter nach hinten: „Mit der Bereitstellung der Seite und der Nutzung des Angebots durch einen Verbraucher befindet sich der Seitenbetreiber noch im Stadium der Tatvorbereitung.“<sup>34</sup>

Angesichts dieser beiden Extrempositionen erscheint es sinnvoll, zunächst einmal verschiedene Zeitpunkte abzuschichten, die für den Versuchsbeginn relevant sein könnten. Dies sind jedenfalls: erstens die Inbetriebnahme der Homepage (Beispiel 4), zweitens der Besuch der Seite durch Nutzer (Beispiel 3), drittens die Registrierung (also der vermeintliche Vertragsschluss), viertens der Versand der Rechnung und fünftens deren Zugang.

#### 1. Täuschung und Teilverwirklichung

Der frühestmögliche Zeitpunkt für das unmittelbare Ansetzen ist demnach die Inbetriebnahme der Internetseite durch den Betreiber. Dazu heißt es zumeist, in der Verschleierung der Kostenpflichtigkeit liege die maßgebliche Täuschungshandlung.<sup>35</sup> Wenn das richtig wäre, so hätte der Seitenbetreiber bereits die tatbestandliche Handlung vorgenommen.

<sup>32</sup> BGHSt 48, 34 (35 f.); BGH NStZ 2013, 156 (157).

<sup>33</sup> So BGH NJW 2014, 2595 (2599).

<sup>34</sup> So *Kliegel*, JR 2013, 389 (399). Die Ausführungen sind an dieser Stelle zwar möglicherweise missverständlich, weil er dort von der Vollendung abgrenzt; auf S. 400 wird für den Versuchsbeginn dann aber ausdrücklich auch der Rechnungsversand gefordert.

<sup>35</sup> So z.B. *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3193); *Kölbel* (Fn. 25), 5. Teil Kap. 1 Rn. 201. Spätestens nach neuem Recht ist eine solche Formulierung wohl nicht ganz treffend, weil eine Kostenpflicht nun ja eindeutig nicht mehr besteht.

#### a) Zur Teilverwirklichungsregel

Das ist deshalb wichtig, weil insbesondere das ältere Schrifttum und auch die Gesetzesbegründung zu § 22 StGB davon ausgingen, ein unmittelbares Ansetzen sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn jemand bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, insbesondere die Tathandlung schon vorgenommen hat.<sup>36</sup> Noch 1982 befand das OLG Bamberg zum Versuchsbeginn beim (Prozess-)Betrug: „Hat der Täter ein Merkmal des Tatbestandes verwirklicht, liegt immer eine Versuchstat vor, ohne daß es auf die besondere Problematik des § 22 StGB ankommt.“<sup>37</sup> Nun war allerdings zu diesem Zeitpunkt schon zweifelhaft geworden, ob ein solches Teilverwirklichungsdogma in allen Fällen zu sachgerechten Ergebnissen führt. Am Anfang der Entwicklung steht eine Untersuchung aus dem Jahre 1972, in der *Roxin* die Frage nach dem Versuchsbeginn beim beendeten Versuch stellte und dabei geradezu beiläufig bemerkte, auf Basis seines Befundes müsse die „scheinbar so axiomatische Prämisse, daß die Durchführung der Täterhandlung unter allen Umständen einen (beendeten) Versuch darstellt, als erschüttert gelten“.<sup>38</sup>

Gut ein Jahrzehnt später hat *Burkhardt* eine Entscheidung des OLG Karlsruhe zum Anlass genommen, das Teilverwirklichungsdogma in Frage zu stellen.<sup>39</sup> Der Fall ist deshalb besonders interessant, weil es ebenfalls um den Versuchsbeginn beim Betrug ging: Die Angeklagte sprach auf der Straße eine Passantin an und behauptete, mit ihr verwandt zu sein. Dadurch und durch weitere Täuschungshandlungen, zu denen es nicht mehr kam, wollte die Angeklagte die Passantin veranlassen, ihr ein Darlehen zu gewähren. Das LG hatte sich auf die Teilverwirklichung gestützt und einen versuchten Betrug bejaht: Die Angeklagte habe schließlich schon getäuscht. Das OLG akzeptierte zwar die Prämisse der *Kammer*, lehnte aber deren Schlussfolgerung ab: Weil noch weitere Täuschungshandlungen erforderlich gewesen seien, handle es sich bei der bereits erfolgten Täuschung um keine tatbestandsmäßige. Diese Begründung ist angreifbar, weil sich nicht ohne weiteres erklärt, weshalb die Vorspiegelung eines Verwandtschaftsverhältnisses keine tatbestandliche Täuschung sein soll.<sup>40</sup> Da für das OLG insofern entscheidend war, dass die Angeklagte noch weitere Handlungen vornehmen musste, um ihr Ziel zu erreichen, ist die Begründung

<sup>36</sup> BT-Drs. 5/4095, S. 11; *Kühl*, JuS 1980, 650; weitere Nachw. bei *Küper*, JZ 1992, 338 (342).

<sup>37</sup> OLG Bamberg NStZ 1982, 247 – *Hervorhebung* nur hier. Siehe nun aber BGH wistra 2017, 390 (397 f.).

<sup>38</sup> *Roxin*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 213 (218); wegweisend für die anschließende Diskussion ferner *Stree*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 179 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Burkhardt*, JuS 1983, 427, zu OLG Karlsruhe NJW 1982, 59.

<sup>40</sup> Wie das OLG aber bis heute etwa *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 55; tendenziell auch *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 520 f.

wohl auch zirkulär: Ein Versuch scheide aus, weil noch keine tatbestandliche Täuschung vorgenommen wurde; eine tatbestandliche Täuschung fehle, weil noch weitere Handlungen vorzunehmen waren.<sup>41</sup> *Burkhardt* zeigt auf, dass stattdessen das Dogma, das er für ein Relikt aus Zeiten der formalobjektiven Theorie hält, unzutreffend ist. Insofern verweist er auch auf eine „längst vergessene Entscheidung“ des BayObLG (wiederum zum Betrug) aus dem Jahre 1908, die dem Fall des OLG Karlsruhe strukturell ähnelte.<sup>42</sup> Das BayObLG hatte dort ausdrücklich eine Ausnahme von der Teilverwirklichungsregel zugelassen. *Burkhardt* pflichtet dem bei und kommt zu dem Ergebnis, dass ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung *aller Tatbestandsmerkmale* erforderlich sei.<sup>43</sup> Diese Untersuchung hat ein Umdenken eingeleitet.<sup>44</sup>

Auch der BGH hat in der Folge Ausnahmen von der Teilverwirklichungsregel zugelassen.<sup>45</sup> Selbst wenn also die Teilverwirklichungsregel in vielen Fällen zum richtigen Ergebnis führen mag und sie deshalb oft eine Indizwirkung hat, ist die Zahl der Fallkonstellationen, in denen sie in die Irre führt,

<sup>41</sup> Ähnlich *Burkhardt*, JuS 1983, 427 (429 m. Fn. 29).

<sup>42</sup> BayObLGSt 9, 65. Dort hatte ein entlassener Häftling die Familie eines Mithäftlings aufgesucht und vorgegeben, für diesen ein Gnadengesuch einzureichen, was jedoch 15 bis 80 Mark kosten werde. Später erklärte er, das Gnadengesuch nun zum Bürgermeisteramt tragen zu wollen. Dabei verlangte er noch kein Geld, erklärte jedoch, das werde er zu einem späteren Zeitpunkt noch tun.

<sup>43</sup> *Burkhardt*, JuS 1983, 427 (429) – *Hervorhebung* im Original. Zust. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 45 m.N.

<sup>44</sup> Übereinstimmend *Küper*, JZ 1992, 338 (343 f.).

<sup>45</sup> BGHSt 31, 178 (181 f.) m. Bespr. *Bloy*, JR 1974, 123; *Lenckner*, NSTZ 1983, 408; *Maaß*, JuS 1984, 25. BGHSt 37, 294 lag dann aber wieder auf der Linie des OLG Karlsruhe. Der zugrundeliegende Sachverhalt war ausgesprochen undurchsichtig, weil die Feststellungen einiges im Dunkeln ließen. Insbesondere konnte der genaue Tatplan nicht aufgeklärt werden. Entscheidend war Folgendes: Der Angeklagte täuschte Mitarbeiter eines Reisebüros darüber, dass er gedenke, in einer Filiale Geld abzuholen, das er in einer anderen Filiale einzahlen werde. Dies entsprach einem Service, den das Reisebüro anbot. – Der 2. *Strafsenat* formulierte in dieser Entscheidung – im Ansatz etwas zurückhaltender als das OLG Karlsruhe und auf einer Linie mit dem 1. *Senat* –, wenn jemand bereits „Merkmale des Straftatbestands erfüllt“ habe, so sei „die Grenze zum Versuch in der Regel bereits überschritten“. Im Übrigen entspricht die Argumentation aber der des OLG Karlsruhe: Eine tatbestandmäßige Täuschung liege nicht vor, weil noch weitere Täuschungen erforderlich gewesen seien. Das ist ein Rückfall gegenüber der Entscheidung des 1. *Senats*, den *Küper* zum Anlass genommen hat, einen weiteren grundlegenden Angriff auf das Teilverwirklichungsdogma vorzunehmen; dabei erhebt er grundlegende Bedenken gegen den Ansatz, die Täuschungshandlung einschränkend auszulegen, um das Dogma zu retten (*Küper*, JZ 1992, 338 [insbes. 344 ff.]).

doch so hoch, dass diese Regel inzwischen als überbewertet gilt.<sup>46</sup>

Unabhängig davon, wie man zu der Teilverwirklichungsregel generell steht, dürfte jedenfalls feststehen: Die größten Schwierigkeiten bereitet sie in Betrugsfällen. Diese Fälle haben, wie die Beispiele aus der Rspr. gezeigt haben, üblicherweise dieselbe Struktur: Die Vermögensverfügung des Opfers soll durch eine „zeitlich gestreckte“ Sequenz von Täuschungshandlungen (und Irrtümern)<sup>47</sup> erreicht werden.<sup>47</sup> Dass in diesen Fällen ein Versuchsbeginn umso zweifelhafter ist, je mehr Zeit zwischen diesen Täuschungen liegen soll und je wichtiger die spätere(n) Täuschung(en) für den letztlich zur Verfügung führenden Irrtum sein soll(en), dürfte anerkannt sein. Schon deshalb kann es allenfalls mit Blick auf den konkreten Einzelfall richtig sein, wenn der 2. *Strafsenat* in der Routenplaner-Entscheidung behauptet, der Versuch beginne „zweifellos“, sobald die Website ins Netz eingestellt werde.

#### b) Einwirkung als Täuschungserfolg?

Nun unterscheiden sich Abo-Fallen von allen bisher erwähnten Fällen noch in einem Punkt, der in den oben herausgestellten unterschiedlichen Anknüpfungspunkten für den Versuchsbeginn schon anklang: Bei all diesen Entscheidungen werden bereits Menschen getäuscht. Das ist bei Abo-Fallen nicht zwingend so: Die potentiellen Opfer müssen die Internetseite zunächst selbst aufrufen. Das ist deshalb hervorzuheben, weil die wohl meisten Täuschungsdefinitionen eine irreführende Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines Menschen verlangen.<sup>48</sup> Nun wirkt aber der Betreiber einer Internetseite noch nicht auf das Vorstellungsbild eines Menschen ein, solange er die Seite nur ins Netz stellt. Damit stellt sich die kaum einmal thematisierte Frage, ob die herrschende Definition der Täuschung wirklich so gemeint ist, dass die täuschende Erklärung zugehen muss. Wenn das so wäre, käme man bei Abo-Fallen in dem Beispiel 4 paradoxerweise zu dem Ergebnis des OLG Karlsruhe – keine tatbestandmäßige Täuschung –, ohne dafür jedoch auf dessen zweifelhafte enge Auslegung des Täuschungsmerkmals zurückgreifen zu müssen (sondern auf Basis einer anderweitig einschränkenden Auslegung). Zu einer Kollision mit der Teilverwirklichungsregel käme es dann gar nicht.

Andere Täuschungsdefinitionen sind nicht so formuliert, als sei der Zugang der Erklärung erforderlich: Danach soll es z.B. ausreichen, wenn das Verhalten einer Einwirkung auf

<sup>46</sup> Vgl. etwa *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 93 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 110 ff., 120.

<sup>47</sup> *Küper*, JZ 1992, 338 (344).

<sup>48</sup> So etwa BGHSt 47, 1 (3); BGH NJW 2014, 2595 (2596); *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Kommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 263 Rn. 8; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 24; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 9; wohl auch *Perron* (Fn. 23), § 263 Rn. 6.

das Vorstellungsbild dienen soll.<sup>49</sup> Ein solches Verständnis hätte jedenfalls den Vorzug, Täuschung und Irrtum klar abzugrenzen, weil eine Täuschung dann nicht mehr erfordert als die Vornahme einer Handlung, die einen Irrtum erregen soll. Das Merkmal Täuschung würde somit allein die Tathandlung beschreiben, der Irrtum würde den erforderlichen „(Zwischen-)Erfolg“<sup>50</sup> markieren. Auf den ersten Blick widerspricht eine solche Sicht aber dem allgemeinen Sprachempfinden, weil eine Täuschung begrifflich vorauszusetzen scheint, dass sie ihren Adressaten erreicht. Aber einmal davon abgesehen, dass die Täuschung im Gesetzeswortlaut überhaupt nicht auftaucht: Das allgemeine Sprachempfinden kann zur Definition der Täuschung nur sehr eingeschränkt herangezogen werden, weil es auch voraussetzt, dass die Täuschung erfolgreich ist. Heißt es, jemand sei „getäuscht worden“ oder habe sich „täuschen lassen“, wird das stets so gemeint sein, dass diese Person die falschen Angaben geglaubt habe. Eine solche Deutung ist aber offensichtlich unvereinbar mit der gesetzlichen Konzeption des Betrugstatbestandes, weil sie dem Irrtum keine eigenständige Bedeutung beilegt.<sup>51</sup> Und der Begriff „vorspiegeln“, den das Gesetz verwendet, dürfte eher als – wie auch immer geartete – Entäußerung zu verstehen sein, die begrifflich keinen Zugang voraussetzt.

### 2. Abo-Fallen als Distanzfall?

Da die Teilverwirklichungsregel damit nicht weiterführt, muss der Versuchsbeginn nach allgemeinen Kriterien ermittelt werden. Wie schon der Name Abo-„Falle“ nahelegt, drängt sich auf den ersten Blick eine Parallele zu anderen Konstellationen auf, in denen der Täter dem Opfer eine Falle stellt. Für diese so genannten Distanzfälle hat sich eine Sonderdogmatik entwickelt, die eine gewisse – und wohl nicht ganz zufällige – strukturelle Ähnlichkeit zum Streit um den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft aufweist.<sup>52</sup> Diese Parallele für die Abo-Fallen fruchtbar zu machen, liegt auch insofern nahe, als der Betrug vielfach als Selbstschädigung in mittelbarer Täterschaft charakterisiert wird.<sup>53</sup> Die Distanzfälle sollen voraussetzen, dass die Grundkonstellation eines beendeten Versuchs (eines Einzeltäters) gegeben ist, der Täter also alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat, die Gefährdung aber nicht unmittelbar, sondern erst nach einer unter Umständen wesentlichen Zeitspanne eintreten

soll.<sup>54</sup> Das ist zumindest missverständlich: Der Hinweis auf den beendeten Versuch suggeriert nämlich, dass es sich schon um einen Versuch handelt, was in den einschlägigen Fällen ja gerade fraglich ist.<sup>55</sup> Es wird aber offensichtlich, dass eine Parallele zu den Distanzfällen nur dann besteht, wenn aus Sicht des Täters keine weiteren Täuschungen mehr erforderlich sind. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn schon mit der Registrierung ein Schaden eintritt. Nach hier vertretener Ansicht ist das spätestens seit der Einführung des § 312j Abs. 4 BGB zu verneinen.

Für die Gegenmeinung, die schon im Zeitpunkt der Registrierung einen Schaden annimmt, sowie in Altfällen, wenn man den Vertrag für wirksam hält, ist dagegen genau das Grundproblem der so genannten Distanzfälle einschlägig: Der Seitenbetreiber hat alles aus seiner Sicht zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan; es muss nur noch ein Opfer die Seite besuchen und sich dort (vermeintlich) kostenpflichtig registrieren. Selbst wenn die Parallele damit bei Abo-Fallen mangels Schadens schon bei der Registrierung eher selten praktisch relevant wird, ist sie aufschlussreich, weil sie bei zahlreichen anderen betrügerischen Verhaltensweisen im Internet einschlägig ist. Um nur ein Beispiel zu nennen: Der Seitenbetreiber bietet minderwertige Ware zum Verkauf an. Hier ist mit der Bestellung ein Eingehungsbetrug vollendet. Aber beginnt sein Versuch auch schon, wenn der Betreiber die Seite ins Netz stellt?

#### a) Tathandlung als relevanter Zeitpunkt des Versuchsbeginns

Die früher herrschende Ansicht hat in Distanzfällen den Versuchsbeginn immer schon dann angenommen, wenn der Täter die Tathandlung vornimmt. Danach würde der Betreiber unmittelbar ansetzen, wenn er die Seite ins Netz stellt. Es ist nicht zu übersehen, dass diese Ansicht noch stark vom Teilverwirklichungsgedanken geprägt ist. Deshalb hat ja auch die Kritik an ihr maßgeblich dazu beigetragen, dass das Dogma ins Wanken geriet.<sup>56</sup> Gegen die ehemals herrschende Ansicht wird vor allem eingewandt, dass sie auch Fälle erfasst, in denen der Täter das Geschehen noch wie bei einem unbeeendeten Versuch beherrsche. Das sei unbillig und führe zu zufälligen Ergebnissen: Vergiftet etwa der Ehemann die Suppe auf dem Herd, um seine Frau zu töten, so hinge seine Strafbarkeit davon ab, ob sie sich ihre Mahlzeit üblicherweise selbst hole oder ihr Gatte das Essen serviere.<sup>57</sup>

#### b) Eintritt des Opfers in den Wirkungsbereich

Eine andere Ansicht verlangt demgegenüber, dass sich das Opfer in den Wirkungsbereich des Tatmittels begibt.<sup>58</sup> Bei Abo-Fallen könnte diese Auffassung den Versuch frühestens

<sup>49</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 6.

<sup>50</sup> So Frisch, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 647 (650).

<sup>51</sup> Es muss aber nach der gesetzlichen Konzeption einen Irrtum ohne Täuschung ebenso geben wie eine Täuschung ohne Irrtum. Vgl. dazu Hoyer (Fn. 48), § 263 Rn. 23.

<sup>52</sup> Diese Parallele betont deutlich BGHSt 43, 177 (180).

<sup>53</sup> Vgl. dazu Kindhäuser, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 339. A.A. Gaede (Fn. 27), § 263 Rn. 65 m.N.

<sup>54</sup> Vgl. Roxin (Fn. 46), § 29 Rn. 192; ebenso Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25/71.

<sup>55</sup> Kühl (Fn. 40), § 15 Rn. 85b.

<sup>56</sup> Vgl. Roxin (Fn. 46), § 29 Rn. 119 sowie bereits oben bei Fn. 38.

<sup>57</sup> Beispiel (frei) nach Roxin (Fn. 46), § 29 Rn. 205 ff.

<sup>58</sup> Z.B. Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 43), § 40 Rn. 59; Otto, JA 1980, 644.

in dem Moment bejahen, in dem sich Nutzer auf der Seite umsehen. Die Kritik an dieser Ansicht ist in erster Linie eine kriminalpolitische: Es sei schlechterdings ungerecht, den Täter nur deshalb straffrei zu lassen, weil sein Tatmittel das Opfer nicht erreicht. Für einen Erpresserbrief mache es unter Wertungsgesichtspunkten keinen Unterschied, ob er auf dem Postweg verloren gehe oder ob das Opfer ihn zwar erhalte, aber nicht öffne oder ihn ignoriere.<sup>59</sup> Dagegen spricht jedoch, dass ein mutmaßlich „unerträgliches“ Ergebnis allein noch nicht die erforderliche Begründung des unmittelbaren Ansetzens entbehrllich macht: Entweder der Täter setzt unmittelbar an oder es handelt sich um eine Vorbereitungshandlung, mag deren Straflosigkeit auch „unerträglich“ sein.<sup>60</sup> Hinzu kommt, dass die Annahme einer bloßen Vorbereitungshandlung kriminalpolitisch nicht so unerträglich wäre, wie die Kritik suggeriert. Das zeigen schon die angeführten Beispiele: Warum sollte es etwa unerträglich sein, beim verlorengegangenen Brief keinen Versuch anzunehmen, während es nahezu einhelliger Ansicht entspricht, dass ein Versuch ausscheidet, wenn das Opfer, das überfallen werden soll, nicht erscheint? Oder, am Beispiel der Abo-Fallen: Warum soll der Betrieb einer Seite bereits versuchtes Betrugsunrecht sein, wenn diese Seite keinerlei Beachtung findet?

Die Kritik an der Ansicht, die auf das unmittelbare Ansetzen des Opfers abstellt, betont ferner, das Gesetz stelle für den Versuchsbeginn nun einmal auf ein unmittelbares Ansetzen des Täters ab.<sup>61</sup> Soweit in den Distanzfällen jedoch der Täter das Opferverhalten in seinen Tatplan integriert, spricht nichts gegen eine solche Konstruktion, wonach der Täter *durch das Opfer* ansetzt.<sup>62</sup> Insbesondere führt sie – entgegen *Roxin* – nicht dazu, dass es „dann fast keine unmittelbare, sondern nur noch mittelbare Täterschaft“ gäbe.<sup>63</sup> Zum einen wird nämlich bei den Distanzfällen überhaupt nicht von einer mittelbaren Täterschaft ausgegangen, sondern nur eine Parallele betont. Soweit *Roxin* ferner einwendet, auch „bei einem Diebstahl muß das Opfer sich in die Nähe des Täters begeben, sein Haus verlassen usw.“,<sup>64</sup> so sind dies außerdem durchweg keine Handlungen, die eine Parallele zur mittelbaren Täterschaft nahelegen. Dieses Beispiel belegt vielmehr den Unterschied zwischen beiden Konstellationen: Bei den Distanzfällen hat der Handelnde alles seinerseits Erforderliche getan, sodass allein das Opfer die Tat vollendet; zwar muss sich das Opfer auch im Normalfall auf eine bestimmte Weise verhalten, doch hier muss der Täter die Tathandlung noch vornehmen.

#### c) „Alternativ-Formel“

*Roxin* selbst hat eine vermittelnde so genannte „Alternativ-Formel“ entwickelt, der sich große Teile des Schrifttums

angeschlossen haben.<sup>65</sup> Danach gibt es zwei maßgebliche Kriterien und der Versuch beginnt, sobald eines von ihnen erfüllt ist. Zum einen setze jemand unmittelbar an, wenn der Täter alles aus seiner Sicht Erforderliche getan *und* den Geschehensablauf aus dem eigenen Herrschaftsbereich entlassen hat, zum anderen dann, „wenn das Opfer in der Weise unmittelbar gefährdet wird, daß in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung auf seine Sphäre eingewirkt wird.“<sup>66</sup> Fraglich ist zunächst, ob infolge des ersten Kriteriums der Versuch schon beginnt, wenn die Website ins Netz gestellt wird. Das wird nicht zuletzt von den Umständen des Einzelfalls abhängen: Hat der Täter die Seite selbst programmiert und kann er sie jederzeit aus dem Netz nehmen oder hat er sie programmieren lassen und muss sich somit erst an Dritte wenden? In der zweiten Variante liegt die Annahme eines unmittelbaren Ansetzens jedenfalls nahe. In der ersten Variante fällt die Subsumtion schwerer. Man kann einerseits sagen, der Seitenbetreiber halte den Geschehensablauf solange in der Hand, wie er die Seite noch problemlos sofort aus dem Netz nehmen könnte. Überzeugender dürfte aber die gegenteilige Annahme sein: Immerhin macht der Betreiber die Seite auf einen Schlag der Netzöffentlichkeit zugänglich und es liegt außerhalb seiner Kontrolle, ob sie sofort besucht wird.

#### d) Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat es bisher vermieden, sich einer Auffassung anzuschließen. Stattdessen hat der *1. Senat* im viel beachteten Bärwurz-Fall (auch: Passauer Giftfalle) eine weitere Differenzierung eingeführt, die allerdings der Auffassung nahesteht, wonach es auf das Opferverhalten ankommen soll. Maßgeblich sei insofern der Tatplan, weshalb der Versuch beginne, wenn für den Täter feststehe, das Opfer werde in engem Zusammenhang mit dem Abschluss der Täterhandlung erscheinen und die Vollendung daher (in der Tätervorstellung) „mit Sicherheit in absehbarer Zeit“ eintreten. Dagegen befinde sich noch im Vorbereitungsstadium, wer „ein Erscheinen des Opfers im Wirkungskreis des Tatmittels [...] für lediglich möglich, aber noch ungewiß oder gar für wenig wahrscheinlich“ halte.<sup>67</sup> Diese Ansicht hat den Vorzug, dass sie die vielfach geforderte „Tatbestandsnähe“ eher gewährleistet.<sup>68</sup> Gleichzeitig entgeht sie der Kritik an der Alternativ-Formel, diese sei geeignet, den Versuchsbeginn bedenklich

<sup>59</sup> So *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 201.

<sup>60</sup> *Hillenkamp* (Fn. 46), § 22 Rn. 134, 137.

<sup>61</sup> *Roxin*, JuS 1979, 1 (10).

<sup>62</sup> Siehe auch *Hillenkamp* (Fn. 46), Rn. 140.

<sup>63</sup> So aber *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 198.

<sup>64</sup> *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 198.

<sup>65</sup> Grundlegend *Roxin* (Fn. 38); zust. etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 857; *B. Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 736; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 22 Rn. 69; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 34 Rn. 51.

<sup>66</sup> *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 195.

<sup>67</sup> BGHSt 43, 177 (181).

<sup>68</sup> Zust. auch *Hillenkamp* (Fn. 46), § 22 Rn. 141; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 106; ähnlich – zumindest die zeitliche Komponente betreffend – auch *Jakobs* (Fn. 54), 25/73. Abl. *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 219 ff.

weit nach vorne zu verlagern.<sup>69</sup> Erinnerung sei nur an das Extrembeispiel eines Bombenlegers, der seinen scharfen Sprengsatz zwar bereits am Zielort versteckt hat, dessen Zeitzylinder aber erst in Tagen, Wochen oder Monaten abläuft.<sup>70</sup>

Man kann also festhalten: Nicht nach allen Ansichten beginnt der Betrugsversuch bei Abo-Fallen in dem Moment, indem die Seite mit täuschenden Angaben ins Netz gestellt wird. Für die engere Auffassung ist es erforderlich, dass sich Nutzer die Seite ansehen. Nach der differenzierenden Ansicht des BGH kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Auch deshalb ist die pauschale Aussage des BGH in der Routenplaner-Entscheidung überraschend. Praktisch mag in vielen Fällen der Versuch derart früh beginnen, weil die Betreiber von Abo-Fallen vielfach durchaus sicher davon ausgehen werden, dass sich alsbald zahlreiche Nutzer auf der Seite umsehen (und sich dies bestätigt). Aber auch das muss nicht immer so sein.

### *e) Die Unbestimmbarkeit und die offene Zahl der Opfer als zusätzliches Problem*

Es stellt sich im Übrigen noch ein weiteres Problem, das hier nur angedeutet werden kann: In den Distanzfällen richtet sich der Tatentschluss üblicherweise<sup>71</sup> auf ein bestimmtes Opfer, jedenfalls aber auf die Person, die zum Beispiel das mit einer Bombe versehene Auto zuerst benutzt. Das Opfer ist also eine – mehr oder weniger – bestimmte Person. Wer eine Internetseite ins Netz stellt, hat dagegen keinerlei Vorstellung davon, wer diese Seite nutzen wird. Es ist ihm nicht nur egal, er kann es überhaupt nicht wissen. Zu diesem Problem hat kürzlich *Herzberg* in ganz anderem Zusammenhang – nämlich zum Tötungsvorsatz bei illegalen Autorennen – festgestellt, die „Landkarte der Strafrechtswissenschaft“ weise einen „weißen Fleck“ auf: „Aber wir sind ganz und gar hilflos in unserem Urteil, wenn die Vorstellung des Täters offen ist: Er hat als Mordopfer weder bestimmte Personen noch eine begrenzte Gruppe vor Augen, und er macht sich auch kein (genaues) Bild, den Tod wie vieler Menschen er vielleicht verursachen wird. Schon die Anklage (allein oder auch) wegen Mordversuchs darf die Quantität aber eigentlich nicht offenlassen, denn für das kriminelle Unrecht macht es einen bedeutenden Unterschied, ob zu einem vollendeten Totschlag tateinheitlich Totschlagsversuche hinzukommen, und ebenso zum Beispiel, ob bei vollständigem Fehlschlag dem Täter zehn oder hundert Mordversuche anzulasten sind.“<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Siehe zu dieser Kritik etwa *Hillenkamp* (Fn. 46), § 22 Rn. 133 ff. m.N.

<sup>70</sup> Vgl. *Jakobs* (Fn. 54), 25/73.

<sup>71</sup> Aber nicht zwingend. Beispiel: Der Täter platziert eine Bombe in einer U-Bahn-Station.

<sup>72</sup> *Herzberg*, JZ 2018, 122 (128). *Eisele* (JZ 2018, 549 [554]) will auch hier mit der Dogmatik der Distanzfälle arbeiten. Während das in den Autorenn-Fällen auch praktisch weiterführen mag, bliebe die massenweise Begehung von Betrugs-taten aber problematisch, weil sich schwerlich alle Nutzer feststellen lassen, die in den Wirkungsbereich der Abo-Falle geraten sind.

### *f) Zwischenfazit*

Kommt es auf der Internetseite bereits zu einem wirksamen Vertragsschluss – oder soll auch trotz Unwirksamkeit ein Schaden durch den vermeintlichen Vertragsschluss in Betracht kommen –, so ist der Versuchsbeginn nach den Grundsätzen zu bestimmen, die zu den so genannten Distanzfällen entwickelt wurden. Damit verträgt sich die eher pauschale Annahme des BGH zum Versuchsbeginn bei den Abo-Fallen kaum.

### *3. Versuchsbeginn bei Zahlung als schadensrelevantem Zeitpunkt*

Kommt dagegen kein Vertrag zustande und sieht man in dem vermeintlichen Vertragsschluss noch keinen Schaden, liegen die Dinge scheinbar anders. Der Betreiber hat dann offenbar noch nicht alles Erforderliche getan – er muss ja erneut täuschen –, sodass auf den ersten Blick auch die Parallele zu den eben diskutierten Konstellationen entfällt. Diese Annahme wäre jedoch voreilig, weil es entscheidend auf die Funktionsweise der jeweiligen Internetseite ankommt.

#### *a) Automatischer Rechnungsversand*

Häufig dürfte schon im Zuge der Registrierung automatisch eine E-Mail mit einer Rechnung an neu angemeldete Nutzer verschickt werden. Dann unterscheidet sich aber die Situation kaum von der zuvor erörterten Konstellation und es liegt deshalb nahe, dass der Versuch auch hier schon beginnt, wenn die Seite ins Netz gestellt wird (und die Seite so programmiert ist, dass der Rechnungsversand automatisch erfolgt). Der Betreiber hat nämlich auch dann schon alles aus seiner Sicht Erforderliche getan.

#### *b) Eigenhändiger Rechnungsversand*

Etwas anderes gilt aber, wenn der Betreiber eigenhändig Rechnungen an die Opfer versendet. In diesem Fall muss er noch weitere Handlungen vornehmen und hat damit noch nicht alles Erforderliche getan, sodass der Versuchsbeginn nach allgemeinen Kriterien zu bestimmen ist. Entscheidend ist also im konkreten Einzelfall der vorgestellte zeitliche Ablauf und wieviel Bedeutung nach der Tätervorstellung der Rechnung beikommt.

Eine andere Frage ist es, ob der Betreiber eine Täuschung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB vornimmt, wenn er die Rechnung versendet.<sup>73</sup> Denn damit behauptet er zunächst einmal nur, einen Anspruch gegenüber dem Opfer zu haben. Das ist zwar wegen § 312j Abs. 4 BGB unzutreffend, aber im Ausgangspunkt eine Rechtsbehauptung und keine Täuschung über Tatsachen. In vielen Fällen, in denen Ansprüche geltend gemacht werden, kommt man zwar gleichwohl zur Annahme einer tatbestandlichen Täuschung, weil ein Tatsachenkern konkludent miterklärt wird.<sup>74</sup> Gerade das ist nun aber zwei-

<sup>73</sup> Bejahend *Ellbogen/Saerbeck*, CR 2009, 131 (134); ohne eindeutige Festlegung *Eisele*, NSTZ 2010, 193 (198); offengelassen auch bei *Krack*, ZIS 2014, 536 (544).

<sup>74</sup> Vgl. dazu OLG Köln NSTZ 2014, 327 (329); OLG Celle NSTZ-RR 2012, 111 (112); *Dannecker* (Fn. 4), § 263 Rn. 25,

felhaft, weil als Tatsachekern nur miterklärt wird, das Opfer habe sich auf der Seite angemeldet, was aber zutrifft. Es sprechen deshalb gute Gründe dafür, dass die Rechnung einzig und allein eine Rechtsbehauptung enthält. Das zwingt nun nicht dazu, den Versuchsbeginn weiter nach vorne zu verlagern. Unter Wertungsgesichtspunkten muss es keinen Unterschied machen, ob die noch erforderlichen Handlungen Täuschungen sind. Bemerkenswert ist es aber deshalb, weil man daraus ein weiteres Argument gegen die Lösung des OLG Karlsruhe und ein starres Teilverwirklichungsdogma herleiten kann. Diese Argumentation fällt nämlich in sich zusammen, wenn die noch erforderlichen Handlungen ausnahmsweise nicht als Täuschung qualifiziert werden können, will man nicht den Versuchsbeginn von solchen Zufälligkeiten abhängig machen.

#### IV. Der Zusammenhang zwischen Vollendungszeitpunkt, Schadens- und Versuchsdogmatik

Die bisherigen Überlegungen haben die (eher banale) Ausgangsthese bestätigt, dass ein früherer Vollendungszeitpunkt tendenziell auch zu einem früheren Versuchsbeginn führt – und umgekehrt. Ausnahmen bestätigen auch hier die Regel: Sofern eine Parallele zu den Distanzfällen vorliegt, kann der Versuch trotz späten Schadenseintritts verhältnismäßig früh beginnen. Die Überlegungen zum Einfluss des Schadens auf den Versuchsbeginn sind auch deshalb von Interesse, weil ein geläufiger Einwand gegen einen zu weit verstandenen Gefährdungsschaden darin liegt, dass dadurch Versuchsunrecht als Vollendungsunrecht bestraft würde.<sup>75</sup> Auch wenn das in Extremfällen möglicherweise zutreffen kann, erscheint dieser Einwand doch vielfach zirkulär, weil ein früherer Vollendungszeitpunkt, sofern er legitim begründet ist, einfach nur den Versuchsbeginn gleichsam mit nach vorne schiebt.<sup>76</sup> Da sich eine Parallele zu den so genannten Distanzfällen nur bei einem bestimmten Vollendungszeitpunkt ergibt, beeinflusst letzterer außerdem die Versuchsdogmatik. Und schließlich fällt auf, dass auch inhaltlich beim Versuchsbeginn und beim Gefährdungsschaden sehr ähnliche Überlegungen maßgeblich sind. Hier wie dort geht es entscheidend um den weiteren Verlauf und die Bedeutung noch ausstehender Zwischenschritte. Auch werden diese Zwischenschritte mit einem ähnlichen Ansatz bewertet: Wesentlich ist ein Zwischenschritt einer geläufigen Präzisierung zufolge, wenn eine unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung besteht,<sup>77</sup> wofür es auch auf Wahrscheinlichkeiten ankommen dürfte. Beim Gefährdungsschaden verfährt man oft entsprechend, wobei dort – wie das Beispiel des unwirksamen Vertrages zeigt – umstritten ist, ob eine bloße Wahrscheinlichkeit ausreicht oder noch normative Kriterien erfüllt sein müssen. Besonders deutlich tritt diese Parallele in der Ansicht zutage,

dass ein Gefährdungsschaden nach dem Unmittelbarkeitsprinzip zu bestimmen sei und insbesondere fehle, wenn der endgültige Vermögensverlust „noch von weiteren relevant eigenmächtigen Handlungen des Täters, des Opfers oder Dritter abhängt“.<sup>78</sup>

#### V. Fazit

Jedenfalls auf Basis des § 312j Abs. 4 BGB erscheint höchst zweifelhaft, ob mit der vermeintlich kostenpflichtigen Registrierung bei Abo-Fällen bereits ein Betrugsschaden eintritt. Überzeugender ist es, einen solchen erst bei der Zahlung anzunehmen. Das macht auch für den Versuchsbeginn einen Unterschied: Sieht man den Schaden schon in der Registrierung, rückt damit nicht nur der Versuchsbeginn weiter nach vorne; es liegt dann auch nahe, sich an der Versuchsdogmatik für die so genannten Distanzfälle zu orientieren. Eine solche Parallele kann man aber auch dann ziehen, wenn der Schaden erst in der Zahlung liegt, solange die Rechnung automatisch an die Opfer geschickt wird. Werden dagegen die Rechnungen eigenhändig verschickt, dürfte auch erst in diesem Zeitpunkt der Versuch beginnen.

35; Gaede (Fn. 27), § 263 Rn. 19; Kindhäuser (Fn. 4), § 263 Rn. 89; Seier, ZStW 102 (1990), 563 (568).

<sup>75</sup> Dieser Einwand wird zumeist für die Untreue erhoben, weil dort eine Versuchsstrafbarkeit fehlt. Vgl. auf der Betrugsebene etwa Kölbl (Fn. 25), 5. Teil Kap. 1 Rn. 117.

<sup>76</sup> Siehe dazu schon Krell, NZWiSt 2013, 370 (372).

<sup>77</sup> Vgl. Hillenkamp (Fn. 46), § 22 Rn. 85.

<sup>78</sup> So insbesondere Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Kommentar, Strafgesetzbuch, 2011, § 263 Rn. 229.

# Akteure und Probleme der Gesetzesimplementation im Strafrecht

## Das Beispiel der Korruptionsstraftatbestände für das Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB)

Von Dr. Thomas Schröder, Heidelberg\*

### I. Einführung

Als die Bundesregierung zu Beginn des Jahres 2015 das Gesetzgebungsverfahren für die eineinhalb Jahre später eingeführten Korruptionsstraftatbestände für das Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB) initiierte<sup>1</sup>, begründete sie ihr Vorhaben unter anderem mit einer knappen Stellungnahme zur Wirksamkeit der bereits bestehenden Normen und der auf sie bezogenen Implementierungsbemühungen. Die bisherigen berufs- und sozialrechtlichen Zuwendungsverbote und Sanktionen sowie die „anerkanntswerten Initiativen“ der betroffenen Branchen und Berufsgruppen zur Selbstregulierung, welche lauterer Verhalten im Gesundheitsmarkt fördern und korruptive Praktiken abwehren sollen, hätten, so die Gesetzentwürfe, eine strafrechtliche Regelung nicht entbehrlich gemacht.<sup>2</sup>

Die neuen Straftatbestände sind inzwischen seit über zwei Jahren in Kraft. Dieser Beitrag will sich nun – jedenfalls vornehmlich – keiner verfassungsrechtlichen, rechtsdogmatischen oder rechtspolitischen Bewertung der vom Gesetzgeber geschaffenen neuen Korruptionsmodelle zuwenden. Vielmehr ist sein Ziel, sich mit den tatsächlichen Umsetzungsprozessen des nunmehr zum Gesetz geronnenen Kompromissergebnisses der rechtspolitischen Diskussion zu befassen.

Am Beispiel der §§ 299a, 299b StGB wird der Frage nachgegangen, inwieweit im Strafrecht eine Notwendigkeit zur Gesetzesimplementation bestehen kann, welche Akteure in welcher Rolle an der Gesetzesimplementation beteiligt sind, welche tatsächlichen Auswirkungen ihrem Handeln zukommen könnte und inwieweit sich diese Einflussnahme mit der Aufgabenzuweisung, dem Selbstverständnis und den gerade (straf-)verfassungsrechtlich begrenzten Kompetenzen dieser Akteure in Einklang bringen lässt. Ferner könnten die Präferenzen für bestimmte Protagonisten der Gesetzesimplementation Rückschlüsse auf die damit eingenommene Position zur Steuerungsfähigkeit des Rechts insgesamt zulassen.

---

\* Der Verf. ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht bei Professor Dr. Gerhard Dannecker.

<sup>1</sup> Zu diesem Gesetzgebungsverfahren siehe Dannecker/T. Schröder, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299a Rn. 12 ff. (sowie die Rn. 1–11 zu der vorangegangenen rechtspolitischen Diskussion sowie zu den Vorgängerentwürfen).

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.10.2015, BT-Drs. 18/6446, S. 13 f.; zuvor bereits Referentenentwurf des BMJV vom 5.2.2015, S. 12, abrufbar unter:

[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Bekaempfung\\_Korruption\\_Gesundheitswesen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bekaempfung_Korruption_Gesundheitswesen.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (3.1.2019).

### II. Studien zur Gesetzesimplementation und ihre Bedeutung für das Strafrecht

Studien zur Implementation von Normen stellen einen Aspekt der Rechtswirkungsforschung dar. Rechtssoziologische Untersuchungen zur Wirksamkeit von Recht sind Bestandteil des Erkenntnisinteresses des Rechtswissenschaftlers, weil das Wissen über die Zusammenhänge von Recht als Sollensordnung einerseits und Realordnung andererseits (vor allem aber über die auftretenden Diskrepanzen) für die praktische Rechtsanwendung und Rechtsetzung genutzt werden kann.<sup>3</sup> Die tatsächliche Wirksamkeit von Gesetzgebung ist von unterschiedlichen Ausgangspunkten her bereits vielfach in Zweifel gezogen worden<sup>4</sup>, so etwa historisch durch Sumner, für den Sitten und Gebräuche stärker wirkten als ehrgeizige staatliche Reformvorhaben<sup>5</sup>, oder durch Ehrlich, der die Bürokratisierungsvorhaben seiner Zeit als weder anpassungs- noch akzeptanzfähig erachtete<sup>6</sup>, und heute, anders als noch auf den „Volksgeist“<sup>7</sup> abstellende Überlegungen, durch die Systemtheorie. Deren Vertreter bestreiten, dass es der am Code „Recht/Unrecht“ ausgerichteten Kommunikation des Subsystems Recht gelingen könnte, gerade mit dem am Effizienz-Code „Zahlung/Nicht-Zahlung“ orientierten Subsystem Wirtschaft hinreichend zu kommunizieren und es von außen zu steuern.<sup>8</sup>

Dieser „fundamentale Steuerungspessimismus“<sup>9</sup> gegenüber der Lenkungsaufgabe und -leistung des Rechts ist bereits insoweit in Frage zu stellen, als die – ihrerseits nicht unbestrittenen<sup>10</sup> – Annahmen der Systemtheorie nicht als die

---

<sup>3</sup> Zur Unterscheidung einer solchen soziologischen Rechtslehre von soziologischen Theorien des Rechts Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 10 ff.; Rehbinde, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, Rn. 5.

<sup>4</sup> Zur ideengeschichtlichen Entwicklung der Rechtswirkungsskepsis Röhl, Rsozblog vom 27.3.2017, abrufbar unter: <https://www.rsozblog.de/recht-hat-keine-wirkung-das-negative-framing-der-rechtswirkungsforschung/> (3.1.2019).

<sup>5</sup> Sumner, A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals, 1906, S. 77: „legislation cannot make mores“ (häufig wiedergegeben als „stateways cannot change folkways“).

<sup>6</sup> Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 302 ff.

<sup>7</sup> Zum Einfluss der historischen Rechtsschule auf Ehrlich siehe Röhl (Fn. 4).

<sup>8</sup> Teubner/Willke, SfrSoz 1984, 4 (9, 12 f.); weniger gegen Steuerungsmöglichkeiten als gegen die Steuerungen zugrunde gelegte Handlungstheorie Luhmann, PVS 1989, 4 (7 f.).

<sup>9</sup> Mayntz/Scharpf, ZfS 2005, 236.

<sup>10</sup> Zur Diskussion Esser, Soziologie, 2. Aufl. 1996, S. 375 ff., 509 ff.; Mayntz/Scharpf, ZfS 2005, 236 (237 ff., 241 f.); Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 63 ff.; Ryffel, Rechtssoziologie, 1974, S. 108 ff. (113 f.); Schimank, ZfS 1985, 421 ff.

zwingende Basis normativer Rechtsvorstellungen erscheinen.<sup>11</sup>

Doch auch in empirischer Hinsicht ergibt sich jedenfalls keine die systemtheoretischen Annahmen hinreichend belegende Forschungslage<sup>12</sup>, so dass es nicht angebracht erscheint, „das Kind mit dem Bade auszuschütten“<sup>13</sup> und gänzlich darauf zu verzichten, auf (vermeintlich) autopoetische Teilsysteme der Gesellschaft mit den Mitteln des staatlichen Rechts einzuwirken. Die zunehmende Verrechtlichung der Gesellschaft – oft als „Gesetzesflut“<sup>14</sup> kritisiert – kann zudem auch so gedeutet werden, dass das Recht nicht hoffnungslos gegen seine zunehmende Wirkungslosigkeit ankämpft, sondern in einer (werte-)pluralistischen Gesellschaft zum entscheidenden Integrationsmittel der Gesamtgesellschaft wird, dessen Positivierung für einen Rechtsstaat in vielen Teilbereichen unerlässlich ist.<sup>15</sup> Das ändert nichts daran, dass (Straf-)Rechtsnormen in außerrechtliche Präventions- und Reaktionsmaßnahmen eingebunden sein und sich idealiter gegenseitig verstärken sollten.<sup>16</sup>

Die Wirkungsmöglichkeit von Gesetzen als Teil rechtsstaatlicher Rationalität von Gesetzgebung ist nicht zuletzt auch von verfassungsrechtlicher Relevanz, da das BVerfG nicht nur Beobachtungs- und Evaluationspflichten des Ge-

setzgebers postuliert<sup>17</sup>, sondern ungeachtet der dem Gesetzgeber bekanntlich großzügig gewährten Einschätzungsprärogative Gesetze dann als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig zu verwerfen hat, wenn diese evident ungeeignet sind, die mit ihrem Erlass verbundenen Zwecke zu erreichen.<sup>18</sup>

### 1. Begriff und Entstehung der Implementationsforschung

Untersuchungsgegenstand der Implementationsforschung sind die zwischen der Programmebene des Gesetzes und dem einzelnen Normadressaten tätigen Behörden, Körperschaften, Institutionen und sonstigen Organisationen, die gerade bei zu weiteren Rechtssetzungen oder Ermessen ermächtigenden sowie mit relativ unbestimmten oder blankettähnlichen Tatbestandsmerkmalen operierenden Normen in der Rechtsanwendungsphase zu einer schrittweisen Konkretisierung des Gesetzes beitragen.<sup>19</sup> Im Zuge der Gesetzesimplementation können diese Akteure die nach den Gesetzgebungsmaterialien angestrebten Zwecke verzögern, verändern oder sogar vereiteln.<sup>20</sup> Positiv formuliert soll das Normprogramm zu einem gemeinsamen Projekt des Rechtssetzers sowie weiterer Umsetzungsakteure werden, im dem sich die Phasen der Programmentwicklung und Programmimplementation überlappen.<sup>21</sup> Im staatsrechtlichen Schrifttum werden die Implementationsakte durch die hierzu nach den staatsorganisationsrechtlichen Regeln berufenen Akteure überwiegend als „Konkretisierung“ bezeichnet, welche, stärker noch als die übliche Gesetzesauslegung, Elemente schöpferischer Gestaltung aufweise und damit Fragen nach den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung aufwerfe.<sup>22</sup>

Die Implementations- und Evaluationsforschung nahm ihren Anfang in den USA, als dort ein besonderes Forschungsinteresse daran aufkam, weshalb die insbesondere von der Johnson-Administration seit dem Jahr 1964 initiierten gesetzlichen Maßnahmen im „War on Poverty“ nicht fruchteten. Bereits amerikanische Studien zu dieser Frage führten in jener Zeit den Begriff der Implementation ein.<sup>23</sup> In Deutsch-

<sup>11</sup> Kritisch zur Fähigkeit der Systemtheorie, juristisch-normatives Leitbild zu sein, *Anders*, ZStW 130 (2018), 374 (407 ff.); *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2010, S. 649; *Lepsius* (Fn. 10), S. 35 ff. 71 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 751a.

<sup>12</sup> *Mayntz/Scharpf*, ZfS 2005, 236 (237); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2006, 1. Kap. B. Rn. 34. Für den Bereich des Strafrechts kann die – wenn auch bereichsspezifische – Wirksamkeit negativer Generalprävention ebenso bejaht werden wie die – stark von den jeweiligen Adressaten abhängige – Wirksamkeit der positiven Spezialprävention. Kaum bejahende Befunde bestehen dagegen für positiv-generalpräventive wie negativ-spezialpräventive Wirkmechanismen, vgl. *Eisenberg/Köbel*, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 41 Rn. 13, 25, 32 ff.; § 42 Rn. 5, 7 ff., speziell zur negativen Generalprävention *Dölling/Entorf/Hermann/Häring/Rupp/Woll*, Soziale Probleme 2006, 193 ff.; für den Bereich der Unternehmenskriminalität vgl. die von *Köbel*, MschrKrim 2017, 430 (436 ff.), präsentierte ambivalente Forschungslage. Grundsätzliche Kritik an der Ergiebigkeit von Sanktionsforschung bei *Bock*, Kriminologie, 4. Aufl. 2013, Rn. 871 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> *Raiser* (Fn. 3), S. 252.

<sup>14</sup> So etwa durch *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 259.

<sup>15</sup> *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 89 f., 112; für das Strafrecht ebenso *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (173 f.). Problematisch bleibt allerdings, dass das Individuum – nicht nur im Rahmen der § 17 StGB, § 11 Abs. 2 OWiG – im Fall der Zuwiderhandlung unter den Bedingungen der „Gesetzesflut“ regelmäßig die Last der Normkenntnis zu tragen hat; dazu *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 254; zustimmend *Röhl* (Fn. 14), S. 260 f.

<sup>16</sup> *Eisenberg/Köbel* (Fn. 12), § 41 Rn. 1.

<sup>17</sup> Dazu *Bieback*, ZfRSoz 2018, 42 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 63, 88 (115); 67, 157 (175); 96, 10 (23); 120, 224 (249 ff.).

<sup>19</sup> *Hoffmann-Riem*, ZfRSoz 2018, 20 (26 f.); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, Rn. 466 ff.; *Raiser* (Fn. 3), S. 249 ff.; *Röhl* (Fn. 14), S. 303.

<sup>20</sup> Dazu *Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 56; *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 173; *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 125; *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 1981, S. 113 ff.; *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (6).

<sup>21</sup> *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (181 f.); *Wollmann*, in: Nohlen (Hrsg.), Pipers Wörterbuch zur Politik, Bd. 1, 3. Aufl. 1989, S. 355 (356).

<sup>22</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 9 Rn. 2 ff. m.w.N. in Fn. 5; a.A. *Brugger*, AöR 119 (1994), 1 (2), der die Begriffe Konkretisierung und Interpretation als deckungsgleich ansieht.

<sup>23</sup> *Röhl* (Fn. 4), insbesondere mit Hinweis auf das Werk „Implementation“ von *Pressmann/Wildavsky*, 1973.

land wurden Implementationsstudien vor allem durch DFG-geförderte Projekte ab der zweiten Hälfte der 1970er Jahre bekannt, die sich mit der Umsetzung politischer Programme zur Luftreinhaltung befassten.<sup>24</sup> Auch wenn sich aus diesem Anfang wohl bisher keine kontinuierliche rechtsgebietsübergreifende Forschungspraxis zur Normenimplementation in der Rechtswissenschaft entwickelt hat<sup>25</sup>, scheinen Implementationsfragestellungen gegenwärtig insbesondere in den Verwaltungswissenschaften breit rezipiert zu werden, da die diesbezüglichen Normen des öffentlichen Rechts eines Vollzugs durch die Verwaltung in ihren mannigfaltigen Aufgabenfeldern der Eingriffs-, Lenkungs- und Leistungsverwaltung bedürfen und den vielfältigen behördlichen Akteuren des (europäischen) Mehrebenensystems dabei weite Spielräume der Beurteilung und des Ermessens einräumen müssen. Diese Umstände haben in der (rechts-)wissenschaftlichen Forschung eine steuerungstheoretische Perspektive auf das Recht hervorgebracht, die für die Vertreter der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ konstituierend ist und sich gerade an der Bewirkungsdimension des Rechts („Folgenorientierung“) und seiner Problemlösungsfähigkeit orientiert.<sup>26</sup>

## 2. Implementation im Strafrecht

Erläuterungsbedürftig bleibt, weshalb Implementationsfragen auch für das Strafrecht von besonderem Interesse sind. Bereits aufgrund der strafverfassungsrechtlichen Vorgaben, so könnte man meinen, sind für dieses Teilrechtsgebiet keine normkonkretisierenden Prozesse vorgesehen, die einer Ver-

arbeitung durch den Normadressaten vorangehen müssten. Das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG gebietet, dass die Straftatbestände nach traditioneller Sicht in kontradiktorischer Formulierung die Verhaltensnormen enthalten<sup>27</sup> und deshalb so formuliert sind, dass der Gesetzesunterwerfene das verbotene Verhalten eindeutig erkennen kann. Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, damit er sein Verhalten entsprechend einrichten kann. Das Gesetz soll Orientierungsgewissheit für den Bürger schaffen.<sup>28</sup> Dieses Verständnis wird gestützt durch auf das Strafrecht bezogene Stellungnahmen des rechtssoziologischen Schrifttums, wonach die Effektivitätsmessung von Recht noch am leichtesten anhand isolierter Eingriffe in Gestalt von Verhaltensnormen, die unmittelbar an Einzelmenschen adressiert sind, erfolgen könne<sup>29</sup> und staatliche Befehle am wirksamsten seien, wenn sie negativ sind und die Bürger nicht zu einem Tun, sondern zu einem Unterlassen zwingen.<sup>30</sup>

Bereits wegen der Unzulänglichkeiten der Sprache – aber auch wegen der Berechtigung der Legislative, bis zu einem gewissen Grad auch bei der Strafgesetzgebung wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln zu verwenden – müssen allerdings wenigstens im Randbereich der Strafgesetze – bereits von Anfang an und damit unabhängig vom Wandel der sozialen Realitäten – Unklarheiten über ihre Reichweite bleiben, die, sollen die Verhaltensnormen des Strafrechts den individuellen Freiheitsraum verlässlich festlegen, nach Auffassung des BVerfG durch die (höchstrichterliche) Rechtsprechung behoben werden können und müssen. Die Konkretisierung des Gesetzes durch Richterspruch ist daher der klassische Weg, die Offenheit des Gesetzes in eine

<sup>24</sup> Zu den Forschungsergebnissen Mayntz (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, Empirische Forschungsberichte, 1980; dies. (Hrsg.), *Implementation politischer Programme II – Ansätze einer Theoriebildung*, 1983.

<sup>25</sup> So Röhl (Fn. 4).

<sup>26</sup> Voßkuhle, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 1. Kap. B. Rn. 33 ff. Eine kritische Bewertung dieser Interpretation der Aufgaben und Methoden der Verwaltung als eine u.a. im Hinblick auf das Demokratieprinzip methodisch wie verfassungsrechtlich bedenkliche – weil das Parlamentsgesetz als „Schaltstelle von demokratischer Legitimation und Herrschaft“ verdrängende – Sichtweise trifft etwa Lepsius (Fn. 10), S. 14 ff., 21 ff. Insbesondere die ungenügende Trennung zwischen Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen kritisiert Hilbert, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2015, S. 204 ff.; Näher zu der für eine Unterscheidbarkeit von Recht und Politik gebotenen Rechtsgebundenheit gerade der folgenorientierten Auslegungsmethode Franzius, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 4 Rn. 72 ff.; Hassemer, *JZ* 2008, 1 (7 f.); MacCormick, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1995, S. 39 (49 f.); Möllers (Fn. 22), S. 166 f.; zum Verhältnis des durch Folgenberücksichtigung beeinträchtigten Gewaltenteilungsparadigmas zur notwendigen Berücksichtigung außerrechtlicher Expertise im Rahmen der Auslegung und Rechtsfortbildung Hoffmann-Riem, *ZfRSoz* 2018, 20 (25 f.).

<sup>27</sup> *Binding*, *Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 3. Aufl. 1916, S. 4 ff., 36 ff.; dazu Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 3 ff., 36 ff.; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 80, 433 ff.; Renzikowski, *ARSP* 2001, 110; Eisele, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu den §§ 13 ff. Rn. 48 f.; Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 19 Rn. 23 ff.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 93; Cornelius, *Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen*, 2016, S. 115 ff., 129 ff.; gesonderte Herleitung bei Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, S. 54 ff., 76 ff., 104 ff. (Usurpation der im bürgerlichen Recht zugewiesenen subjektiven Rechte als Bezugspunkt der teleologischen Ableitung strafrechtlicher Verhaltensnormen zum Schutz von Individualrechtsgütern). A.A. Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, S. 42 ff.; Freund/Rostalski, *GA* 2018, 264.

<sup>28</sup> BVerfGE 73, 206 (234 ff.); 75, 329 (341); 81, 228 (237); Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 179; Renzikowski, *ARSP* 2001, 110 (121 f.); Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 43.

<sup>29</sup> Röhl (Fn. 14), S. 300.

<sup>30</sup> Ehrlich (Fn. 6), S. 302 f.

bestimmte Entscheidung zu überführen.<sup>31</sup> Im Jahr 2010 hat das BVerfG ausdrücklich erklärt, dass nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsprechung dazu verpflichtet sei, an der Herstellung von Normbestimmtheit mitzuwirken. Die Fachgerichte hätten die Aufgabe, bestehende Unklarheiten über den Anwendungsbereich der Norm durch Präzisierung und Konkretisierung festzulegen (richterliches „Präzisierungsgebot“). Auch sei es den Fachgerichten von Verfassungen wegen untersagt, die bestehenden Unklarheiten durch eine konturlose oder fernliegende Auslegung zu vergrößern.<sup>32</sup> Mit Blick auf die durch Art. 103 Abs. 2 GG erhöhte verfassungsrechtliche Kontrolldichte hat das BVerfG ferner deutlich gemacht, dass es die Präzisierungspraxis der Fachgerichte einem verschärften Prüfungsmaßstab unterwerfen und vollumfänglich überprüfen werde, ob die grundgesetzlichen Anforderungen an die gerichtlichen Konkretisierungsmaßnahmen eingehalten werden.<sup>33</sup> Noch weitergehend hat das BVerfG bereits seit langem vertreten, dass Strafvorschriften, die eigentlich bedenklich unbestimmt sind, dadurch dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit entgehen könnten, dass sie zum überlieferten Normenbestand gehörten und durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert worden seien.<sup>34</sup> Diese nicht nur mit Blick auf die staatsorganisationsrechtliche Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips bedenkliche Position<sup>35</sup> belegt für den hier relevanten Zusammenhang, welche zentrale Rolle das BVerfG der Rechtsprechung auch im Strafrecht bei der Normenkonkretisierung zuweist. Insbesondere die Judikatur zum „Präzisierungsgebot“ kann letztlich als vollständig überprüfbarer Implementierungsauftrag des Grundgesetzes an die Strafjustiz aufgefasst werden. Auch jenseits dieser strafverfassungsrechtlichen Vorgaben trägt eine normkonkretisierende ständige Rechtsprechung wesentlich zum rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit sowie zum Freiheit und Orientierungssicherheit gewährenden Vertrauensschutz bei, was insbesondere bei Rechtsprechungsänderungen in Rechnung zu stellen ist.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Dannecker (Fn. 28), § 1 Rn. 213.

<sup>32</sup> BVerfGE 126, 170 (198), dazu Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 21; Saliger, NJW 2010, 3195; Gaede, medstra 2018, 264 (265); zuvor bereits Kuhlen, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, S. 89 (102 ff.); ablehnend Schmitz (Fn. 28), § 1 Rn. 52 ff. Siehe aber auch bereits BVerfGE 92, 1 (16 ff., „Sitzblockaden II“).

<sup>33</sup> BVerfGE 126, 170 (199).

<sup>34</sup> BVerfGE 28, 175 (183 ff.); 37, 201 (208); 41, 314 (320 ff.); 45, 363 (371 f.).

<sup>35</sup> Zur Kritik vgl. Schmitz (Fn. 28), § 1 Rn. 52 ff.; T. Schröder, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, 2013, S. 374; Satzger (Fn. 32), § 1 Rn. 23; Dannecker (Fn. 28), § 1 Rn. 188, 213.

<sup>36</sup> BVerfGE 72, 175 (196); BVerfGE 84, 212 (227); BVerfGE NJW 1990, 3140 (Absenkung der „Promille-Grenze“ für die

Zu den für die Erhöhung des Rechtssicherheitsstandards im Strafrecht notwendigen Konkretisierungen tragen neben den Fachgerichten ganz regelmäßig weitere Implementationsakteure bei. Hierfür ist nicht einmal ein Blick auf die häufig außerstrafrechtliche Bezüge aufweisenden Normen etwa des Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrechts notwendig.<sup>37</sup> Auch das Kernstrafrecht kommt je nach Fallgestaltung nicht ohne weitere Konkretisierungsinstanzen aus. So greift die Rechtsprechung für die Bestimmung einer konkludenten Täuschung i.S.d. § 263 StGB auf die (normative) Anschauung der Verkehrskreise zurück, also auf die Kommunikationsstandards und typischen Risikoverteilungen der Branche, in der sich das mögliche Täuschungsverhalten ereignet hat.<sup>38</sup> Für die nähere inhaltliche Bestimmung der §§ 222, 229 StGB zugrundeliegenden Rechtspflicht „neminem laede“ sind die für den Amts-, Berufs- oder Gewerkekreis des Täters geltenden Rechtssätze und Verkehrsgepflogenheiten zu beachten. Indizielle bzw. präjudizielle Bedeutung sollen insoweit nach ständiger Rechtsprechung<sup>39</sup> und der h.L.<sup>40</sup> gesetzliche, aber

Annahme absoluter Fahrunsicherheit i.S.d. § 316 StGB, § 111a StPO), Möllers (Fn. 22), § 3 Rn. 31 ff.

<sup>37</sup> Zu denken ist etwa an die Strafvorschrift des § 331 HGB („Unrichtige Darstellung“) und die Vermutungswirkung gemäß § 342 Abs. 2 HGB, dass die die Konzernrechnungslegung betreffenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung eingehalten wurden, wenn die Empfehlungen einer privatrechtlich organisierten und vom BMJV anerkannten Einrichtung (derzeit das „Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.“ [sic]) beachtet worden sind; vgl. Merk, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), Handelsgesetzbuch. Kommentar, 38. Aufl. 2018, § 342 Rn. 3 f. Genannt sei ferner die naheliegende Heranziehung arbeits- und sozialrechtlicher Rechtsprechung sowie von Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung (vgl. z.B. das in NZA 1999, 746 ff. abgedruckte), um die Eigenschaft als „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a StGB zu ermitteln; dazu Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 9, 12 ff. Schließlich sind z.B. das Umweltstrafrecht, die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB) und Teile des Außenwirtschaftsstrafrechts (etwa § 18 Abs. 2 AWG) verwaltungs-(akt)akzessorisch ausgestaltet, setzen also bereits tatbestandlich ein Handeln ohne Genehmigung voraus. Zu weiteren Fallgruppen vgl. Schünemann, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 367 (373 ff.); Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, S. 96 ff.

<sup>38</sup> BGHSt 51, 165 (170); BGH NStZ 2009, 506 (507); OLG Celle StV 1994, 188 (189); Saliger, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, § 263 StGB Rn. 33 ff.

<sup>39</sup> RGSt 56, 343; 73, 370; BGHSt 4, 182; 12, 75.

<sup>40</sup> Lenckner, in: Bockelmann/Art. Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490; Kudlich, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Fn. 32), S. 373; Große Vorholt, Behördliche Stellungnahmen in der strafrechtlichen Produkthaftung, 1997, S. 176

auch im Verkehr maßgebliche außerrechtliche Sondernormen haben, die für bestimmte Verkehrskreise spezifische Anforderungen an sorgfaltsgemäßes Verhalten stellen (so etwa die *lex artis* der ärztlichen Heilkunde<sup>41</sup>, die VDE-Normen des Verbands Deutscher Elektrotechniker<sup>42</sup> oder Unfallverhütungsvorschriften<sup>43</sup>). Dabei ist allerdings – und darauf wird auch für §§ 299a, 299b StGB zurückzukommen sein<sup>44</sup> – problematisch, wenn der Sorgfaltspflichtverstoß von durch Private erlassenen Normen abhängig gemacht wird. Darin kann – auch bei nur indizieller Berücksichtigung – eine unzulässige Selbstentmachtung des Gesetzgebers zu Gunsten nicht legitimierter Privater zu sehen sein.<sup>45</sup> Schließlich ist, um ein letztes Beispiel zu nennen, selbst das in § 212 StGB festgelegte und scheinbar keiner weiteren Erklärung bedürftige Verbot vorsätzlicher Tötung je nach Anwendungsbereich ohne angemessene Konkretisierungen nur schwer zu handhaben. Das zeigen etwa die Urteile im „Göttinger Transplantationskandal“<sup>46</sup>, in dessen Folge ein Göttinger Transplantations-Chirurg vom Vorwurf u.a. des versuchten Totschlags in elf Fällen freigesprochen wurde. Dem Angeklagten war unter anderem zur Last gelegt worden, die Aufnahme von Patienten mit alkoholinduzierter Leberzirrhose in die Warteliste bewirkt zu haben, obwohl die in Nr. II 2.1 S. 1 RL-BÄK 2009<sup>47</sup> enthaltene Ausschlussklausel betreffend eine Alkoholabstinenzzeit von sechs Monaten nicht eingehalten war. Entscheidend für die Anwendung des § 212 StGB sollten damit die aufgrund § 16 TPG a.F. erlassenen Richtlinien eines nicht rechtsfähigen Vereins (nämlich der Bundesärztekammer) werden.<sup>48</sup> Die Möglichkeit, diese Regelungen strafbegründend heranzuziehen, haben die Gerichte im Ergebnis zutreffend aus (straf-)verfassungsrechtlichen Gründen abgelehnt.<sup>49</sup>

ff.; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 15 Rn. 219 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 15 Rn. 16; *Roxin* (Fn. 27), § 24 Rn. 18 ff.; a.A. *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Fn. 28), § 15 Rn. 114 ff.

<sup>41</sup> BGH NStZ 1987, 505.

<sup>42</sup> *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 15 Rn. 220.

<sup>43</sup> OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 141.

<sup>44</sup> S.u. III. 2. c) bb).

<sup>45</sup> *Schünemann* (Fn. 37), S. 371 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 15 Rn. 135; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 15 Rn. 223.

<sup>46</sup> BGHSt 62, 223, vorangegangen LG Göttingen medstra 2016, 249.

<sup>47</sup> Richtlinien der Bundesärztekammer zur Organtransplantation gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TransplantationsG (TPG) – Regeln zur Aufnahme in die Warteliste und zur Organvermittlung“ i.d.F. vom 18.12.2009.

<sup>48</sup> Überwiegend wurden die Richtlinien gleichwohl als eine Form exekutiver Rechtssetzung qualifiziert, vgl. BGHSt 62, 223 (233) m.w.N.

<sup>49</sup> BGHSt 62, 223 (232 ff.); LG Göttingen medstra 2016, 249 (251 f.); zur Kritik an den Abstinenzklauseln zuvor bereits

### 3. Zur Abgrenzung der Implementationsforschung gegenüber weiteren Bereichen der Wirksamkeitsforschung

Nicht nur zum Zwecke einer überzeugenden Systematisierung, sondern auch für eine Untersuchung der jeweiligen Funktion sowie der Legitimität einer rechtlichen Anknüpfung an auf Rechteeffizienzsteigerungen abzielende Maßnahmen staatlicher wie privater Akteure erscheint es notwendig, den Gegenstand der Implementationsforschung von weiteren Teildisziplinen der Wirksamkeitsforschung abzugrenzen.

#### a) Evaluationsforschung

Die Fragen danach, ob eine Norm im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Ziele effektiv geworden ist und welche Beiträge gegebenenfalls die verschiedenen Akteure der Implementation dazu geleistet haben, sind solche der Rechtswirkungsforschung im Übrigen<sup>50</sup>, und zwar sowohl als Grundlagenforschung als auch, in praktischer Hinsicht, als Gesetzesevaluation *ex post*.<sup>51</sup> Diese komplexen Fragestellungen soll dieser Beitrag aussparen, denn bereits der kurze Zeitablauf und die geringen Fallzahlen<sup>52</sup> seit Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB erschweren das allgemeine Problem der Rechtswirk-

*Dannecker/A. Streng*, JZ 2012, 444 (451); *Schroth/Hofmann*, NStZ 2014, 486 (492); *Lang*, MedR 2005, 269 (275 ff.).

<sup>50</sup> Zur Unterscheidbarkeit der Teildisziplinen der Rechtswirkungsforschung siehe *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (177 f.); *Vofßkuhle* (Fn. 26), § 1 Rn. 35 mit Fn. 185. Für *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (6), scheint die Implementationsforschung dagegen zur Wirkungsforschung im engeren Sinne zu gehören, da sie unter dem Begriff der „Wirkung“ auch die Implementationsbemühungen selbst, also die Effekte beim „Rechtsstab“ vollwertig erfassen. Sie berufen sich für dieses weite Verständnis auf *Friedman*, *Impact*, 2016, S. 2; dieser fasst unter Wirkung von Recht jedes Verhalten „tied causally, in some way or other, to some particular law, rule, doctrine, or institution.“

<sup>51</sup> Zur fachübergreifenden Disziplin der Rechtswirkungsforschung vgl. etwa *Franzius* (Fn. 26), § 4 Rn. 88 ff.; *Friedman* (Fn. 50), insbesondere S. 73 ff.; *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 ff.; *Gusy*, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht I*, 1999, S. 645; *Hoffmann-Riem*, ZfRSoz 2018, 20; *Röhl* (Fn. 4); *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1; aus rechtvergleichender Sicht *Blankenburg*, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, S. 61.

<sup>52</sup> Im Jahr 2017 wurden 168 Straftaten gemäß §§ 299a, 299b StGB polizeilich registriert, im Vorjahr (in dem die §§ 299a, 299b StGB zum 4.6.2016 in Kraft getreten waren) waren es 14; siehe *BKA*, Bundeslagebild Korruption 2017, S. 4, abrufbar unter:

<https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Korruption/korruptionBundeslagebild2017.html> (3.1.2019). Auch die Antwort der Bundesregierung vom 2.10.2018 (BT-Drs. 19/4695) auf eine Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen sowie 17 ihrer Mitglieder vom 13.9.2018 (BT-Drs. 19/4315) u.a. zur bisherigen Anzahl der auf §§ 299a, 299b StGB bezogenen Strafverfahren erbrachte keine neuen Erkenntnisse.

samkeitsforschung, etwaige Verhaltensänderungen der Normunterworfenen, die über Implementationsbemühungen selbst hinausgehen, auf das neue Recht zurückzuführen.<sup>53</sup> Es sei daher zunächst dahingestellt, zu welchen Anteilen sich die bislang geringe Befassung der Strafverfolgungsorgane mit den neuen Korruptionsvorschriften darauf zurückführen lässt, dass die nunmehr tatbestandlich erfassten Verhaltensweisen tatsächlich keine besondere Relevanz für das Gesundheitswesen hatten und haben; sich korruptive Forderungen, Angebote und Abreden ungeachtet der nun verfügbaren Ermittlungsinstrumente der StPO nach wie vor schwer aufdecken und nachweisen lassen<sup>54</sup>; die Normadressaten bereits zuvor und nunmehr noch zunehmend auf legale Formen der Beeinflussung von Entscheidungsträgern ausgewichen sind und die Normen daher gleichsam ins Leere laufen lassen<sup>55</sup>; vielen Staatsanwaltschaften (noch) die personellen wie fachlichen Ressourcen sowie einheitlichen Strukturen fehlen, um Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen effektiv verfolgen zu können<sup>56</sup>.

Auch wenn Studien zur Implementation von Gesetzen einerseits und Gesetzesevaluationen andererseits demnach ihrer unterschiedlichen Untersuchungsinhalte wegen begrifflich voneinander getrennt werden können und sollten, bleibt die Implementationsforschung ein Bestandteil der Rechtswirkungsforschung im weiteren Sinne und es können bereits Untersuchungen zur Normimplementation durchaus an Wirksamkeitsfragen orientiert werden. Implementationsforschung nämlich kann sowohl bereits vor als auch im Zuge von Gesetzesevaluationen wichtige Erkenntnisse zur praktischen Bedeutung und Interpretation eines Gesetzes sowie – aus

Sicht der gesetzgeberischen Zielvorstellungen (soweit eindeutig ermittelbar) – mögliche Umsetzungsdefizite zu Tage fördern.<sup>57</sup> Implementationsforschung ist insoweit eng verwandt mit der prospektiven Gesetzesevaluation.<sup>58</sup>

#### b) Effektivitätsforschung

Effektivitätsstudien untersuchen Faktoren für die Wirkung des Rechts bei seinen Adressaten. Dabei wird eine Norm im soziologischen Sinne wirksam, wenn sie entweder eingehalten (Verhaltensgeltung) oder wenn ihre Nichteinhaltung sanktioniert wird (Sanktionsgeltung).<sup>59</sup> Die Untersuchungen betreffen daher nicht die rechtliche, sondern die faktische Geltung und Beachtung des Rechts.<sup>60</sup> Rechtspolitische Maßnahmen, die darauf abzielen, die Effektivitätsquote des Rechts zu heben, stützen sich daher idealiter auf Erkenntnisse zu den Faktoren, welche die Wirksamkeit des Rechts hemmen oder befördern.<sup>61</sup> Zwar sollten Maßnahmen zur Verbesserung von Rechtskenntnis und -bewusstsein auch direkt gegenüber dem Personal von Gerichten und Behörden (dem „Rechtsstab“<sup>62</sup>) ansetzen, doch stehen vor allem Parameter im Mittelpunkt, die Befolgung und Nichtbefolgung durch die Normadressaten der breiten Öffentlichkeit in den Blick nehmen.<sup>63</sup> Diese verhaltenswirksamen sozialpsychologischen Aspekte sind – in unterschiedlichem Maße – vor allem die Rechtskenntnis, die Wahrscheinlichkeit einer Sanktionierung bzw. eines hierauf gerichteten Verfahrens für Fälle der Zuwiderhandlung und die Schnelligkeit der Durchführung, ferner die Sanktionserwartung und schließlich das Rechtsbewusstsein und Rechtsethos des Publikums.<sup>64</sup>

<sup>53</sup> Dazu *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: Cottier/Estermann/Wrase (Fn. 51), S. 17; *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (9 f.).

<sup>54</sup> So auch das *BKA* (Fn. 52), S. 20; zur Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers, Befugnisse zur Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO nicht auf die §§ 299a, 299b StGB zu erstrecken, *Cosack*, ZRP 2016, 18 (19 f.); *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 22/15 (November 2015), S. 1 (4); *Gädigk*, medstra 2015, 268 (272). Mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Patienten diesem Verzicht dagegen zustimmend *Gaede* in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar*, 2017, § 299a StGB Rn. 26; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 32), § 299a Rn. 46; *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337 (338). Ob von der Kommunikation zwischen Vorteilsgeber und -nehmer typischerweise auch personenbezogene Daten der Patienten betroffen sind erscheint allerdings zweifelhaft.

<sup>55</sup> Zu diesen Ausweichstrategien „institutioneller Korruption“ *Kölbel*, ZIS 2016, 452 (462 ff.); *ders.*, GesR 2018, 11 (insbesondere S. 16: „formal legale“, gegenüber der „krude[n] Bestechung“ [...] „vielleicht etwas subtiler[e] [...] Marketingverfahren“, die aber weiterhin „als sachfremde Gesichtspunkte in die ärztliche Entscheidung ein[wirken]“); *T. Schröder*, medstra 2018, 207 (215 f.).

<sup>56</sup> *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 29; *Badle*, medstra 2015, 139 (141).

<sup>57</sup> *Raiser* (Fn. 3), S. 249 ff.; *Röhl*, in: Hof/Lübbe-Wolff (Fn. 51), S. 413 (424 ff.); *ders.* (Fn. 4); *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (7).

<sup>58</sup> Zu ihrer Methode siehe *Bussmann*, *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation 1997/3*, S. 109 ff. Zu einer Aufwertung prospektiver Implementationsforschung zu einer Theorie politischer Steuerung der Gesellschaft *Mayntz* (Hrsg.), *Implementation politischer Programme, Empirische Forschungsberichte*, 1980; skeptisch gegenüber den Möglichkeiten der (parlamentarischen) Gesetzesfolgenabschätzung *Edinger*, ZG 2004, 149; *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (869).

<sup>59</sup> *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 4.

<sup>60</sup> Untersuchungsgegenstand der Rechtssoziologie ist also die Faktizität des Rechts, dazu *Kunz/Mora*, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, 2. Aufl. 2015, S. 2 f., 108 f.; *Möllers* (Fn. 22), § 5 Rn. 91; *Rottleuthner* (Fn. 20), S. 191 ff.

<sup>61</sup> *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 126.

<sup>62</sup> Zu diesem auf Max Weber zurückgehenden Begriff *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 3; *Röhl* (Fn. 14), S. 35.

<sup>63</sup> *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (179 ff.); *Raiser* (Fn. 3), S. 256 ff., 263; *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 126 ff., 129 ff.

<sup>64</sup> *Baer* (Fn. 20), § 7 Rn. 3 ff.; *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (179 ff.); *Raiser* (Fn. 3), S. 256 ff., 263; *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 126 ff., 129 ff.; *Ryffel* (Fn. 10), S. 259 f.

Auch für das Strafrecht sind diese Korrelationen anerkannt.<sup>65</sup> Insbesondere verfolgt das strafrechtliche Gesetzkennprinzip nicht nur den Schutz der Grundrechte sowie des Demokratieprinzips, sondern ist seit *Feuerbach* als Voraussetzung der präventiven Wirkung des Strafrechts – heute noch insbesondere im Hinblick auf die positive Generalprävention – anerkannt, dass bereits der Gesetzgeber zu bestimmt gefassten Verboten gelangen muss.<sup>66</sup> Grundsätzlich besteht zwischen Rechtskenntnis und Verhalten daher eine positive Beziehung, die allerdings eingeschränkt oder sogar ins Gegenteil verkehrt wird, sofern bekannt ist, dass Zuwiderhandlungen nicht geahndet werden: „Bessere Gesetzeskenntnis kann darauf aufmerksam machen, wie wenig das Gesetz beachtet wird und dadurch das Vertrauen in das Gesetz schließlich ganz zerstören.“<sup>67</sup>

Effektivitätsforschung und Implementationsstudien unterscheiden sich im Grundsatz darin, dass Maßnahmen der Effektivierung im Rahmen der mannigfaltigen Formen des Vermittlungsprozesses (Gerichtsurteile, gesetzlich vorgesehene Rechtsbelehrungen, Compliance-Schulungen in Unternehmen sowie durch Fach- und Berufsverbände, rechtsanwaltliche Beratung, Medienberichte, Gespräche im Freundes- und Familienkreis etc.) zwar unterschiedliche (Fehl-)Interpretationen und (verfälschende) Zuspitzungen des geltenden Rechts mit sich bringen können, indes im Wesentlichen und regelmäßig auf eine Wiedergabe und Erläuterung der aktuellen oder sich neu abzeichnenden Rechtslage ausgerichtet sind. Implementationsprozesse betreffen dagegen in erster Linie die konkretisierende Ausformung der programmatischen Vorgaben des Gesetzgebers durch die zuständigen oder sonst involvierten Akteure im Rahmen der gegebenen rechtlichen Handlungsspielräume.<sup>68</sup> Auf diesen wichtigen Unterschied wird auch für das Beispiel der §§ 299a, 299b StGB zurückzukommen sein.<sup>69</sup> Die soeben gewählten relativierenden Formulierungen sollen allerdings darauf hinweisen, dass Implementierungshandlungen einerseits und Effektivierungsmaßnahmen andererseits nicht immer in Reinform auftreten, da Unterrichtungen über die Rechtslage bereits durch das Vorverständnis des Rechtsanwenders und die vom ihm gewählte narrative Einkleidung beeinflusst sein werden und

umgekehrt die allermeisten Implementationsmaßnahmen auch jedenfalls zur Publizität des Rechts beitragen. Zu unterscheiden ist daher weniger zwischen Effektivitätsaspekten einerseits und Implementationsfragen andererseits, als nach dem Schwerpunkt des jeweiligen Vorgangs.

### c) Regulierungsstrategien

Eng verwandt mit der Effektivitätsforschung sind schließlich die Untersuchungen zur Normenimplementation einerseits und diejenigen zu „Regulierungsstrategien“<sup>70</sup> andererseits.<sup>71</sup> Der auch im Zusammenhang mit staatlichen Markteingriffen verwendete Begriff der Regulierung soll hier als ein weit gefasster, sich an politik- und verwaltungswissenschaftliche Diskussionen anfügender Terminus verstanden werden. Regulierung ist danach „jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse, die einen spezifischen, über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht zentrales Medium und Grenze findet“.<sup>72</sup> Das Hauptinteresse der Regulierung gilt den Modi und Instrumenten staatlicher Aufgabenwahrnehmung.

Dabei werden üblicherweise drei Grundformen unterschieden: die staatlich-imperative Regulierung (Setzung und Durchsetzung von Standards in den Händen des Staates, etwa bei polizeilichen Standardmaßnahmen im öffentlichen Raum), die staatlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung (mittelbare Steuerung privater Standards und deren Durchsetzung mittels gezielter Anreize<sup>73</sup> und – sanktionsbewehrter – Pflichten, z.B. durch „Compliance-Management-Systeme“ in Unternehmen) sowie die gesellschaftliche Selbstregulierung (bloße Bereitstellungsfunktion des Rechts für gesellschaftliche Ordnungsbildungen und deren Absicherung, etwa durch Verbandsklagemöglichkeiten für Verbraucherschutzvereinigungen oder durch das Presserecht und durch das Kampagnen von NGOs absichernde Grundrecht auf Meinungsfreiheit).<sup>74</sup> Die Antwort auf die Frage, welches Regulie-

<sup>65</sup> Eisenberg/Köbel (Fn. 12), § 41 Rn. 11; Schneider/Grau/Kißling, CCZ 2013, 48 (49), in Bezug auf die Rechtskenntnis.

<sup>66</sup> Dazu Dannecker (Fn. 28), § 1 Entstehungsgeschichte; Roxin (Fn. 27), § 5 Rn. 22 f.; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, 1978, S. 11 ff. Zum materiell-rechtlichen Gehalt der öffentlichen Regelkommunikation als Element des Rechtsbegriffs Schünemann, ARSP Beiheft 1996, 97 (110 f.); Kasiske, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, 2014, S. 117.

<sup>67</sup> Röhl (Fn. 14), S. 263.

<sup>68</sup> Gawron/Rogowski, ZfRSoz 1996, 177 (180 f.). Eisenberg/Köbel (Fn. 12), § 41 Rn. 11, bezeichnen Publizität, Sanktionswahrscheinlichkeit etc. dagegen als Effektivitätskriterien ebenfalls der „Implementierung“.

<sup>69</sup> S.u. III. 2. c) aa).

<sup>70</sup> Begriffsbildung nach Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 1 ff.

<sup>71</sup> Köbel, MschKrim 2017, 430 f., scheint sogar von einer begrifflichen Identität auszugehen.

<sup>72</sup> Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 1 ff., 5.

<sup>73</sup> Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 52 ff.; Theile, JuS 2017, 913 (914). Für ein wohl engeres Begriffsverständnis vgl. Kubiciel, JZ 2018, 171 (175): „Regulierte Selbstregulierung“ setze voraus, dass das (Straf-)Recht die privaten Akteure zur Setzung eigener Regelungen verpflichtet und nicht nur private Regulierung zur Wahrnehmung einer Obliegenheit initiiere; ebenso Baer (Fn. 20), § 6 Rn. 47. Dazu ist allerdings anzumerken, dass es ungeachtet einer fehlenden expliziten und allgemeinen Anordnung längst einen faktischen Compliance-Zwang geben dürfte, der über eine bloße Obliegenheit hinausgeht; vgl. Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, 2015, § 1 Rn. 19 f., § 2 Rn. 14.

<sup>74</sup> Baer (Fn. 20), § 6 Rn. 35 ff.; Gawron/Rogowski, ZfRSoz 1996, 177 (181); Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/

rungsarrangement als „gute Regulierung“ (i.e. als effektive und angemessene staatliche Aufgabenwahrnehmung<sup>75</sup>) anzusehen ist, wird nicht nur von den jeweiligen (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben des in den Blick genommenen Teilrechtsgebiets abhängig sein, sondern auch von den theoretischen Grundannahmen, insbesondere der Bewertung zentralstaatlicher Maßnahmen im Vergleich zu möglichst selbstregulierenden Enforcement-Instrumenten.<sup>76</sup>

Sollen die Begriffe der Regulierung einerseits und der Implementation andererseits getrennt werden, so ist wohl im Wesentlichen eine zeitliche Komponente maßgeblich, da sich die Regulierungsforschung jedenfalls bei einer bewussten Wahl des Gesetzgebers für sein „Rechtsdurchsetzungs-Paket“ bereits auf die Auswahl und Festlegung der für zweckmäßig erachteten Kriterien fokussiert, während die Implementationsforschung die Umsetzung der einmal getroffenen Auswahl in den Blick nimmt. Ein bewusst festgelegtes Instrumentarium wird allerdings zugegebenermaßen weder für den einen noch anderen Fall stets erkennbar sein. Vielmehr ist es nicht selten der Fall, dass sich das tatsächlich bewirkte Regulierungs- und Implementationsinstrumentarium von den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers – soweit widerspruchsfrei ermittelbar – unterscheidet. Insbesondere die Einbindung materieller Strafgesetze in außerstrafrechtliche Präventions- und Reaktionsmaßnahmen erfolgt „mehr oder weniger intensional“<sup>77</sup>, wie sich auch für die §§ 299a, 299b StGB zeigen wird.

### III. Gesetzesimplementation im Strafrecht am Beispiel der §§ 299a, 299b StGB

Der Implementationsbedarf für eine Strafnorm sowie die hierfür bereitstehenden Implementationsmöglichkeiten (nicht zuletzt die hierfür naheliegenden sowie rechtlich kompetenten Akteure) sind abhängig von der Ausgestaltung der Strafnorm, insbesondere von der – relativen – Unbestimmtheit ihrer Tatbestandsmerkmale sowie der – vornehmlich<sup>78</sup> für echte Blankettmerkmale bestehenden – Notwendigkeit, für die nähere Konkretisierung des Straftatbestandes auf weitere Rechtssetzungs- oder Verwaltungsakte der Europäischen Union sowie von Bund, Länder und Kommunen zurückzugreifen. Daneben könnte es sich, wie bereits für Fahrlässigkeitsdelikte angesprochen<sup>79</sup>, als sinnvoll erweisen, die von Privaten für bestimmte Verkehrskreise gesetzten Standards zu berücksichtigen.

Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 14; Kölbl, MschKrim 2017, 430 f.

<sup>75</sup> Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 14; Kölbl, MschKrim 2017, 430 (431).

<sup>76</sup> Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 13; Kölbl, MschKrim 2017, 430 (434 ff.).

<sup>77</sup> Eisenberg/Kölbl (Fn. 12), § 41 Rn. 1.

<sup>78</sup> Zur Frage, im welchem Umfang normative Tatbestandsmerkmale durch einen Bezug auf Normen gekennzeichnet sind, Kuhli, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 119 ff.

<sup>79</sup> S.o. II. 2. m. Fn. 39–43.

#### 1. Implementierungsbedarf für die §§ 299a, 299b StGB

Mit der letztlich Gesetz gewordenen Fassung der §§ 299a, 299b StGB sind komplexe Strafnormen entstanden, die erstmals spezifisch gegen Korruption im Gesundheitswesen gerichtet sind.<sup>80</sup> Dabei hat sich der Strafgesetzgeber mit diesen Sonderstraftatbeständen in den normativen wie rechtstat-sächlichen Mikrokosmos des Gesundheitswesens begeben. Die intrikate Fragen aufwerfende Modellierung der beiden Straftatbestände sowie ihr vielschichtiges Regelungsumfeld lassen es notwendig erscheinen, zunächst die sich aus den Strafnormen ergebenden, noch nicht hinreichend geklärten Fragestellungen ihrer Interpretation zu skizzieren, bevor die einzelnen möglichen Implementationsakteure näher dargestellt werden.

Das neue Recht repräsentiert die mittlere Linie der in der rechtspolitischen Diskussion favorisierten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers.<sup>81</sup> Die bis zuletzt auch koalitions-intern umstrittene Ausgestaltung des neuen Rechts im Einzelnen hat erheblich zu dem starken Kompromisscharakter der auf der Zielgeraden des Gesetzgebungsverfahrens noch einmal erheblich geänderten Straftatbestände beigetragen.<sup>82</sup> Als Ausgangspunkt der Straftatbestände dient dem Gesetzgeber zwar das in § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB festgelegte Wettbewerbsmodell – die Straftatbestände enthalten anders als die Vorgängerentwürfe keinen Blankettverweis auf die im Berufsrecht (im engeren Sinne) und im SGB V festgelegten Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit mehr –, doch soll mit den §§ 299a, 299b StGB nach der überzeugenderen, allerdings vielstimmig bestrittenen Ansicht nicht nur der Wettbewerb im Gesundheitswesen, sondern auch das Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen im Interesse der Patienten geschützt werden.<sup>83</sup> Im Hinblick auf die auslegungsleitende Funktion der

<sup>80</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016, BGBl. I 2016, S. 1254; in Kraft getreten zum 4.6.2016. Zur Diskussion um die Zunahme sektorspezifischer Straftatbestände in der letzten Legislaturperiode Kubiciel, JZ 2018, 171 (174).

<sup>81</sup> T. Schröder, medstra 2018, 207.

<sup>82</sup> Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 24 ff.

<sup>83</sup> Zu diesem doppelten Rechtsgut zunächst die Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 18/6446, S. 1, 12 f., 16 f.; BT-Drs. 18/8106, S. 13; zustimmend Fischer (Fn. 40), § 299a Rn. 3; Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 33 ff.; Geiger, CCZ 2016, 172 (174); C. Jäger, MedR 2017, 694 (696); Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, §§ 299a, 299b StGB Rn. 8; wohl auch Kubiciel, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 69 (70 f.); a.A. (geschützt sei allein der Wettbewerb im Gesundheitswesen) Dann/Scholz, NJW 2016, 2077 (2078); Duttge, in: Kubiciel/Hoven (Fn. 83), S. 15 (22); Gaede (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 12 ff.; Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. V, 9. Aufl. 2019, § 299a Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 299a Rn. 2; Kölbl, medstra 2016, 193; Rosenau (Fn. 32), § 299a Rn. 2; Rübenstahl/Teubner, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Fn. 38), § 299a StGB Rn. 4; Tsambikakis,

Rechtsgutbestimmung ist die Entscheidung in diesem Streitpunkt bereits eine wichtige Weichenstellung für die Interpretation der Strafnormen, die gerade in Zweifelsfällen Bedeutung erlangt.<sup>84</sup>

Auch wenn Kritik aus der Strafrechtswissenschaft zu berücksichtigen hat, dass der Gesetzgeber unter den Bedingungen konkreter, sich beständig ändernder gesellschaftlicher Probleme und unter dem Zwang der politischen Mehrheitsfindung nicht zu über mehrere Jahre hinweg ausdiskutierten und vollständig kohärenten Lösungen gelangen kann<sup>85</sup>, weist die konkrete Umsetzung der begrüßenswerten Grundentscheidung des Gesetzgebers<sup>86</sup> zur Schließung dieser „echten Strafbarkeitslücke“ doch einige Inhomogenitäten auf, welche die Implementation und Effektivierung der gesetzgeberischen Zwecksetzungen nicht gerade erleichtern. So ist nun zwar für eine Vielzahl von Fallgestaltungen gekaufter heilberuflicher Entscheidungen, die bereits nach dem Berufs- oder Sozialrecht der Ärzte und Zahnärzte untersagt waren, auch eine strafrechtliche Sanktionsbewehrung gegeben, allerdings nur soweit die Bevorzugung im Wettbewerb erfolgen soll. Zudem hat der Strafgesetzgeber zur Absicherung des fairen Wettbewerbs zwar den § 299a StGB auf einen recht breiten Täterkreis erstreckt (nämlich auf alle Heilberufe, die eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern), obwohl gerade viele Gesundheitsfachberufe kaum über berufsständische Regeln zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verfügen, doch sind die Apotheker wegen des Zuschnitts der Tathandlungen bis auf Sonderfälle vom Anwendungsbereich der Norm weitgehend ausgeschlossen, obgleich sie eine wichtige Stellung auf dem Gesundheitsmarkt einnehmen und ihre Berufsordnungen verschiedene Korruptionsverbote vorsehen.<sup>87</sup>

Schließlich scheinen die im Berufs- und Sozialrecht gezogenen Grenzen der Verfolgung finanzieller Eigeninteressen nach bislang einhelliger Auffassung von elementarer Bedeutung für die Frage zu bleiben, ob die im Rahmen der §§ 299a, 299b StGB (angestrebte) Abrede eine „unlautere“ Bevorzugung zum Inhalt hat.<sup>88</sup> Und obwohl der Gesetzgeber die ur-

sprünglich vorgesehene explizite Inbezugnahme dieses Regelungskomplexes wegen verfassungsrechtlicher Bedenken gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens getilgt hat, könnte diesen Normen nun eine strafbarkeitsbeschränkende, rechtskonkretisierende Bedeutung bei der Interpretation des verbliebenen rechtsnormativen Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit“ zukommen.<sup>89</sup> Es erscheint daher zumindest zweifelhaft, ob es sich bei dem Verzicht auf eine explizite Inbezugnahme des Berufs- und Sozialrechts um einen Sieg des „liberalen Vernunftstrafrechts“ gegen eine „feindstrafrechtliche Linie“ der Antikorruptionsgesetzgebung handelte.<sup>90</sup>

Die derzeit für die Anwender der §§ 299a, 299b StGB noch nicht befriedigend geklärten Einzelfragen betreffen etwa das Zusammenwirken von Orthopäden und Sanitätshäusern, die honorarärztliche Tätigkeit niedergelassener (Vertrags-)Ärzte mit Krankenhäusern, die Förderung von Beleghebammen<sup>91</sup>, die Weitergabe kostenlos erhaltener Blutzuckermessgeräte an Patienten<sup>92</sup>, die apothekenseitige Einzelverpackung von Medikamenten („Verblistering“) insbesondere für Pflegeheime<sup>93</sup>, Unternehmens- und Gewinnbeteiligungen<sup>94</sup> oder die vergütete Teilnahme an Anwendungsbeobachtungen<sup>95</sup>.

## 2. Die einzelnen Protagonisten der Normimplementierung und die rechtliche Bewertung ihrer Rolle

Der Einbettung der neuen Korruptionsstraftatbestände in das vielschichtige Gesundheitswesen entspricht die Vielzahl an Protagonisten, die als Akteure der Normimplementierung in Betracht kommen. Zu nennen sind etwa – also ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Strafgerichte, Branchen- und Berufsverbände, Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen, der GKV-Spitzenverband, die Heilberufangehörigen und die für sie jeweils zuständigen heilberuflichen

medstra 2016, 131 (132 f.); *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 816.

<sup>84</sup> *T. Schröder*, medstra 2018, 207.

<sup>85</sup> *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (173); *Lepsius*, Rechtsgeschichte 25 (2017), 152 (153 f.).

<sup>86</sup> Bereits der *Große Senat* für Strafsachen des BGH hat in seiner Entscheidung vom 29.3.2012 an den Gesetzgeber appelliert, wegen der seines Erachtens de lege lata bestehenden Straflosigkeit für korruptive Einflussnahmen auf die heilberuflichen Entscheidungen niedergelassener Vertragsärzte tätig zu werden, BGHSt 57, 202 (218).

<sup>87</sup> Zur Kritik am Zuschnitt des Kreises tauglicher Täter des § 299a StGB vgl. *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142 (148 f.); *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 680 f.

<sup>88</sup> *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (102 f.); *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 153 ff.; *Frister*, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen, 2015, S. 75 (82); *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 80; *Rogall* (Fn. 83), § 299a Rn. 46 ff.; *Eisele* (Fn. 83), § 200a Rn. 39;

*Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 37), § 299a Rn. 34; *Geiger*, CCZ 2016, 172 (176); *Grzesiek/Sauerwein*, NZWiSt 2016, 369 (371 f.); *C. Jäger*, MedR 2017, 694 (698 ff.); *Kubiciel*, MedR 2016, 1 (4); *Rosenau* (Fn. 32), § 299a Rn. 17 ff.; *Schroth/Hofmann*, medstra 2017, 259; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (137).

<sup>89</sup> *T. Schröder*, medstra 2018, 207 (208); *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 157.

<sup>90</sup> So aber *Schneider*, medstra 2016, 195; *ders./Seifert*, Der Krankenhaus-Justitiar 2016, 8.

<sup>91</sup> Zu den vorstehenden Fallgruppen *Gaede*, medstra 2018, 264 (270 ff.).

<sup>92</sup> *Rönnau/Wegner*, MedR 2017, 206 ff.

<sup>93</sup> Dazu *Schneider/Reich*, GesR 2017, 497 ff.

<sup>94</sup> *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 189; *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 84; *Rogall* (Fn. 83), § 299a Rn. 57; *Rosenau* (Fn. 32), § 299a Rn. 20; *Scholz*, in: *Kubiciel/Hoven* (Fn. 83), S. 89 (104); *Badle*, medstra 2015, 139 (140); *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (137 f.); *Wising/Cierniak*, NZWiSt 2016, 41 (47).

<sup>95</sup> *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 124, 137, 140, 175; *Gädigk*, medstra 2015, 268 (270); *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 85; *Eisele* (Fn. 83), § 299a Rn. 26; *Koch/Appel/Lubner/Kölbel/Lieb*, MedR 2018, 225.

Kammern (einschließlich ihrer Spitzenverbände), die Rechtsanwaltschaft, die Strafrechtswissenschaft<sup>96</sup>, Unternehmen (vor allem mittels ihrer Compliance-Regelwerke) sowie zivilgesellschaftliche Interessenverbände. Die meisten dieser Akteure treten dabei natürlich nicht erst mit Inkrafttreten der neuen Vorschriften in Erscheinung, vielmehr haben sie bereits die Normgenese durch Stellungnahmen für oder gegen neues Korruptionsstrafrecht<sup>97</sup> sowie weitere Diskussionsbeiträge zu den Gesetzentwürfen im Einzelnen<sup>98</sup> kommentiert, beeinflusst oder zu beeinflussen gesucht – auch im Wege der nicht publizierten Politikberatung.<sup>99</sup>

Eine auch nach den rechtlichen Aufgabenzuweisungen naheliegende Rolle als Implementator haben neben der Rechtsprechung gerade mit Blick auf ihre Entscheidungsmacht im Vorverfahren und – zumal mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung zu §§ 299a, 299b StGB – für die Frage der Anklageerhebung auch die Staatsanwaltschaften. Daneben eint wohl alle der genannten Protagonisten das Erkenntnisinteresse an der genauen Reichweite der Strafnormen in Grenzfällen und darüber hinaus viele auch das Ziel, diese Grenzen den in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Einheiten und Personengruppen zu vermitteln. Dabei können die Akteure, bisweilen sogar dieselben Akteure, ganz unterschiedliche Ziele verfolgen. So kann ein Unternehmen durch bessere Erkenntnisse zu den tatbestandlichen Grenzen der §§ 299a, 299b StGB einerseits darauf abzielen, den Verband selbst, die von § 130 OWiG erfassten Führungskräfte und das sonstige Personal durch geeignete Compliance-Maßnahmen vor den nachteiligen Folgen strafrechtlich relevanter Handlungen abzusichern, andererseits dieses Wissen aber auch nutzen, um Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen korrupte Wettbewerber durchzusetzen.<sup>100</sup> Kassenärztliche Vereinigungen beraten ihre Mitglieder zur möglichen Korruptionsrelevanz geplanter Geschäftsmodelle, zugleich sollen sie gemäß § 81a Abs. 4 SGB V die Staatsanwaltschaft über einen Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung unterrichten.<sup>101</sup>

Eine eingehende Diskussion der Gesamtheit dieser und weiterer möglicherweise an der Implementation der §§ 299a, 299b StGB beteiligten Institutionen, Organisationen, Perso-

nengruppen kann an dieser Stelle nicht erfolgen, erscheint indes auch nicht notwendig, um Fragestellungen der Implementation im Strafrecht zu veranschaulichen. Hierfür soll es genügen, drei Akteure herauszugreifen und gegenüberzustellen, deren Beitrag zur Konkretisierung des im neuen Korruptionsstrafrecht bezweckten Programms problematische Aspekte der Gesetzesimplementation exemplarisch hervorzuheben verspricht, namentlich die Strafgerichte (dazu a), die in §§ 81a, 197a SGB V genannten Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (dazu b) und schließlich die Compliance-Tätigkeit von Verbänden und Initiativen der Healthcare-Industrie sowie einzelner Unternehmen (dazu c).

#### a) Die Rechtsprechung

Wie bereits angesprochen<sup>102</sup>, leitet das BVerfG aus Art. 103 Abs. 2 GG eine strafverfassungsrechtliche Implementierungspflicht für die Strafgerichte ab. Diese Aufgabe steht in enger Verbindung zu der Stellung des Richters als „zentrale[s] Organ im Strafverfahren“<sup>103</sup>: Allein er darf die verbindliche Entscheidung über die Schuld oder Unschuld des Beschuldigten sowie gegebenenfalls die Verhängung der strafrechtlichen Sanktion treffen; dieses Aburteilungsmonopol ergibt sich aus Art. 92 1. Hs. GG, da es zum unentziehbaren Kernbereich der rechtsprechenden Gewalt gehört, Kriminalstrafen zu verhängen.<sup>104</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit verfestigen sich einzelne Judikate idealiter durch Grundsatzentscheidungen zu „ständiger“<sup>105</sup> bzw. „gefestigter“<sup>106</sup> Rechtsprechung.<sup>107</sup> Die dadurch entstehende Orientierungssicherheit des Einzelnen ist ferner dadurch zu stützen, dass Gerichten, die von der eigenen Rechtsprechung abweichen möchten, über die damit bereits postulierte Befassungspflicht zutreffend eine subsidiäre Befolgungspflicht<sup>108</sup> auferlegt wird, die den Gerichten um den Erhalt eines systematischen, geordneten Fallrechts willen abfordert, die nunmehr gegen das bisherige Präjudiz sprechenden Gründe immerhin darzulegen.<sup>109</sup> Überdies werden in der Strafrechtspre-

<sup>102</sup> S.o. II. 2.

<sup>103</sup> Fischer, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 224.

<sup>104</sup> BVerfGE 22, 49 (73 ff.); Kühne, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. J Rn. 6.

<sup>105</sup> BVerfGE 92, 122 (123); BGH, Urteil v. 13.9.2018 – 5 StR 107/18.

<sup>106</sup> BGHZ 85, 64 (66).

<sup>107</sup> Zur Terminologie Möllers (Fn. 22), § 9 Rn. 73.

<sup>108</sup> Zur fehlenden unmittelbaren Präjudizienbindung im deutschen Recht außerhalb insbesondere von § 31 Abs. 1 BVerfGG, § 358 Abs. 1 StPO und § 563 Abs. 2 ZPO vgl. BVerfGE 84, 212; Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 565 ff.

<sup>109</sup> Zu den Vertretern dieser Auffassung gehören Möllers (Fn. 22), § 3 Rn. 13 ff.; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 506 ff.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 252 ff., 257; P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Kom-

<sup>96</sup> Art und Umfang der Beteiligung der strafrechtswissenschaftlichen Forschung an Normgenese und -implementation dürften dabei wesentlich davon abhängen, ob die Strafrechtswissenschaft insoweit ein Selbstverständnis als primär gesetzgebungsberatende (so etwa Kubiciel, *JZ* 2018, 171 [177]) oder als eine gesetzgebungskritische (vgl. Schünemann, *ZRP* 2015, 68 [70]; ders., *ZIS* 2016, 654 [663 f.]) Institution präferiert.

<sup>97</sup> Zur Dokumentation der Diskussion siehe Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 52 m.w.N.

<sup>98</sup> Dazu Gaede (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 3 ff. m.w.N.

<sup>99</sup> T. Schröder, *medstra* 2018, 207.

<sup>100</sup> §§ 299a, 299b StGB sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 StGB, siehe Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 85; Gaede (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 1, 10.

<sup>101</sup> Dazu näher sogleich unter III. 2. b).

chung des BGH die Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) einerseits und die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) andererseits durch die Vorlageregelungen der § 132 Abs. 2–4 GVG, § 2 RsprEinhG zu einem Ausgleich gebracht.<sup>110</sup>

Die wichtigste Rechtsquelle des Strafrichters ist von Verfassungen wegen das formelle Gesetz, Art. 20 Abs. 3; 97; 103 Abs. 2; 104 GG. Anhand einiger Beispiele<sup>111</sup> sollte indes bereits exemplifiziert werden, dass es sich hierbei auch im Strafrecht nicht um die einzigen Regeln handelt, aus denen der Rechtsstab seine Entscheidungen ableitet. Während sich das rechtstheoretische Schrifttum im Rahmen der „heftig umstrittenen“<sup>112</sup> Rechtsquellenlehre vor allem der Frage zuwendet, aus welchen Quellen der Rechtsstab seine Entscheidungen ableiten soll und darf („primäre und sekundäre Rechtsquellen“<sup>113</sup>), „juristischer Rechtsquellenbegriff“<sup>114</sup>), „Rechtsquelle im engen Sinne“<sup>115</sup>), können in einem soziologischen Sinne alle Umstände als Rechtsquellen gelten, die für gerichtliche Entscheidungen von Bedeutung sind, weil sie tatsächlich herangezogen werden („soziologische Rechtsquellen“<sup>116</sup> / „Rechtsinhaltsquellen“<sup>117</sup>), „Rechtserkenntnisquellen“<sup>118</sup> / „Rechtserkenntnisquellen“<sup>119</sup>). Im letzteren Sinne ist es naheliegend, dass der Strafrichter für seine Rechtsfindung – also die Implementierung der neuen Strafvorschriften – auf die Gesetzesbegründung<sup>120</sup> und sonstigen Gesetzgebungsmaterialien

zu §§ 299a, 299b StGB ebenso zurückgreifen wird wie auf das Berufs- und Sozialrecht und die dazu ergangene Judikatur, die Rechtsliteratur, frühere Rechtsprechung zu den §§ 299, 331 ff. StGB, Unternehmens- und Branchenstandards sowie auf Positionierungen der Verfahrensbeteiligten (insbesondere auf die Anklageschrift und die Einlassungen und Stellungnahmen des Beschuldigten, seiner Rechtsbeistände sowie auf von ihnen beauftragte weitere Rechtsgutachten). Ebenso kann sich die soziale Herkunft, das (politische) Vorverständnis des Richters zum Gesundheitswesen sowie seine persönliche Haltung zu den Verfahrensbeteiligten in seiner Entscheidung niederschlagen. Die Rechtswissenschaft aber fragt danach, ob und inwieweit diese Faktoren die Entscheidung binden oder jedenfalls präjudizieren dürfen. Diese Diskussion um diese beiden strikt voneinander zu trennenden Blickwinkel auf die Frage der Rechtsquellen<sup>121</sup> weist damit eine enge Beziehung zu der Problemstellung auf, welche Akteure zum einen §§ 299a, 299b StGB tatsächlich implementieren und inwieweit sie zum anderen dazu rechtlich legitimiert erscheinen.

Konkret auf die hier untersuchten Korruptionsstraftatbestände bezogen handelt es sich allerdings – noch – um eine hypothetische Diskussion<sup>122</sup>, denn der Richter erwirbt seine Kognitionsbefugnis für einen Lebenssachverhalt gemäß dem Anklagegrundsatz erst aufgrund einer Klageerhebung nach Abschluss des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens.<sup>123</sup> Auf §§ 299a, 299b StGB bezogene Hauptverfahren lassen bisher – soweit ersichtlich – auf sich warten. Zu den bereits genannten möglichen Faktoren der bislang geringen Anzahl polizeilich bekannt gewordener Fälle<sup>124</sup> treten weitere Aspekte, die es auch für die Zukunft als unsicher erscheinen lassen, ob die Gerichte – insbesondere die Revisionsinstanz – hinreichend Gelegenheit erhalten werden, jedenfalls in näherer Zukunft die ihnen von Verfassungen wegen zugedachte Implementationsrolle auch tatsächlich auszufüllen. Unter anderem die generelle Überlastung der Strafverfolgungsorgane durch unzureichend angepasste Stellenschlüssel, der deutliche Zuwachs an rechtlich oder ihrem Umfang nach besonders anspruchsvollen Wirtschaftsstrafverfahren sowie die Ausdehnung des materiellen (Wirtschafts-)Strafrechts<sup>125</sup> können die Bereitschaft der Strafverfolgungsorgane, Strafver-

mentar, 84. Lfg., Stand: August 2018, Teil. B., Art. 3 Abs. 1 Rn. 288.

<sup>110</sup> Dazu *Cierniak/Pohlit*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/2, 2018, § 132 GVG Rn. 1; *W. Zimmermann*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 132 GVG Rn. 3 ff.

<sup>111</sup> S.o. II. 2.

<sup>112</sup> *Möllers* (Fn. 22), § 3 Rn. 2.; zum Streitstand im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG siehe *Hilbert*, JZ 2013, 130 (130 f.); *Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 97 ff., 127 ff.

<sup>113</sup> *Möllers* (Fn. 22), § 3 Rn. 12 ff.

<sup>114</sup> *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 519.

<sup>115</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 217.

<sup>116</sup> *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 519; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 217.

<sup>117</sup> *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 520

<sup>118</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 217.

<sup>119</sup> *Möllers* (Fn. 22), § 2 Rn. 6, § 3 Rn. 17.

<sup>120</sup> Genannt seien insoweit etwa die Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.4.2016. Zur Relativierung der auf die etwaig durch die Streichung der im Regierungsentwurf zunächst vorgesehenen berufsrechtsakzessorischen Tatvariante entstehenden Strafbarkeitslücken erklärte die Ausschussmehrheit in einer an eine „Segelanweisung“ erinnernden Art und Weise, dass an das Vorliegen des Merkmals „Wettbewerb“ wie bei § 299 StGB keine zu strengen Maßstäbe anzulegen seien (BT-Drs. 18/8106, S. 15). Die Rechtsprechung ist allerdings

nicht gezwungen, sich dieser unverbindlichen Meinungsäußerung auch für §§ 299a, 299b StGB anzuschließen.

<sup>121</sup> Ebenso *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 520: „Die Grenze [...] wird selten so scharf gezogen, wie es möglich wäre.“

<sup>122</sup> Siehe aber dazu sogleich unter III. 2. c) bb).

<sup>123</sup> *Kühne* (Fn. 104), Einl. J Rn. 7.

<sup>124</sup> S.o. II. 3 a).

<sup>125</sup> Zu diesen und weiteren, auch deutlich justizkritischeren Faktoren für das Erstarken wie die Persistenz formeller wie informeller Absprachen über das Verfahrensergebnis (zur erstgenannten Erscheinungsform vgl. §§ 153 f., 160b, 202a, 257c StPO) siehe *Stuckenberg*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 2 f.; *Moldenhauer/Wenske*, in: Hannich (Fn. 103), § 257c Rn. 2.

fahren durch ein ohne tatsächliche Verständigung beeinflusstes Urteil zu beenden, absinken lassen. Hinzu tritt der nachvollziehbare Unwillen des Beschuldigten oder betroffener Unternehmen, jedenfalls dann, wenn die Alternative besteht, eine verhandelte – allerdings nur bedingt freiwillig zu nennende<sup>126</sup> – Verfahrenserledigung herbeizuführen, mittels eines jahrelangen und durch alle Instanzen hindurch getragenen Kampfs um das Recht einen persönlichen Beitrag zur Normkonkretisierung zu leisten. Dieser Sichtweise ihrer Mandanten werden bei unklarer Tat- und Rechtslage auch die allermeisten (Unternehmens-)Strafverteidiger nicht entgegen-treten und auf eine möglichst frühzeitige und schonende Verfahrenserledigung hinwirken. Schließlich bleibt den Revisionsgerichten zu Implementationszwecken selbst im Fall des ohne Verständigung zustande gekommenen erstinstanzlichen Urteils allenfalls das zweifelhafte Instrument des obiter dictum<sup>127</sup>, sofern das Tatgericht seinen Freispruch darauf stützt, dass es sich nicht vom Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung hat überzeugen können und damit seine Entscheidung – von Darstellungsmängeln abgesehen<sup>128</sup> – zum einen insoweit einer revisionsrechtlichen Überprüfung entzieht und zum anderen die revisionsgerichtliche Erörterung materiell-rechtlicher Fragestellungen (etwa zur Interpretation des Merkmals der „unlauteren Bevorzugung“) überflüssig macht.<sup>129</sup>

Da die im strafrechtlichen Schrifttum zu §§ 299a 299b StGB kontrovers diskutierten Fallkonstellationen der Kooperation im Gesundheitswesen auch in der berufs- und sozialrechtlichen Judikatur bislang nicht eindeutig bewertet werden und es überdies mit Blick auf die einfachgesetzlich zulässige strafrechtsautonome Auslegung rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale nicht zwingend ist, dass die Strafgerichte das – sachgerechte – Konzept der „negativen Akzessorität“ berufs- und sozialrechtlich nicht beanstandeter Kooperationsformen<sup>130</sup> zukünftig ausnahmslos rezipieren werden, kann auch die derzeitige berufs- und sozialrechtliche Rechtspre-

chung keine hinreichende „stellvertretende Implementation“ für die fehlende strafrechtliche Judikatur leisten.

Die tatsächliche Implementation der §§ 299a, 299b StGB könnte daher (bis auf Weiteres) durch andere Akteure erfolgen, auch wenn deren Kompetenz in Zweifel zu ziehen sein sollte. Der Beitrag soll sich exemplarisch zwei dieser Akteure näher zuwenden.

*b) Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen, §§ 81a, 197a SGB V*

Seit dem Jahr 2004 verpflichtet der Sozialgesetzgeber die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und die Kassen(zahn)-ärztliche Bundesvereinigung (§ 81a SGB V) sowie die gesetzlichen Krankenkassen und den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§ 197a SGB V) dazu, organisatorische Einheiten einzurichten, die Fällen und Sachverhalten nachzugehen haben, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln im Zusammenhang mit ihren Aufgaben hindeuten. Das gilt gemäß § 47a SGB XI auch für die Pflegekassen, ihre Landesverbände und den Spitzenverband Bund der Pflegekassen (gemeinsam im Folgenden „Stellen“). Die Stellen sollen „den effizienten Einsatz von Finanzmitteln im Krankenversicherungsbereich“ stärken und „die Selbstreinigung innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung fördern“<sup>131</sup>. Im Zuge der Einführung der §§ 299a, 299b StGB sind die Stellen im Jahr 2016 dazu verpflichtet worden, ihren Austausch untereinander sowie das Berichtswesen zu vereinheitlichen und zu intensivieren.<sup>132</sup> Die Stellen sind als eigenständige und weisungsunabhängige Einrichtungen zu organisieren.<sup>133</sup> Außerhalb der sich aus §§ 81a Abs. 1 S. 2, Abs. 3a SGB V, 197a Abs. 1 S. 2, Abs. 3a SGB V, § 67c Abs. 3 SGB X ergebenden Datenverarbeitungsrechte besitzen sie allerdings keinerlei zusätzliche Kontrollbefugnisse und haben das Ergebnis ihrer Ermittlungs- und Prüftätigkeit den für die Beseitigung der festgestellten Mängel oder Ahndung des Verhaltens bzw. Honorarrückforderungen gemäß §§ 75 Abs. 2 S. 2, 106 f. SGB V zuständigen Einheiten weiterzugeben.<sup>134</sup> Im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeiten haben die Stellen zusammenzuarbeiten; sie organisieren einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch, an dem auch die berufsständischen Kammern und die Staatsanwaltschaft zu beteiligen sind (§§ 81a Abs. 3, 197a Abs. 3 SGB V). Den Vorstand der die

<sup>126</sup> Vgl. *Kotsoglou*, ZIS 2015, 175.

<sup>127</sup> Zur Kritik am obiter dictum in Entscheidungen der BGH-Strafsenate *Fezer*, in: *Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 45.

<sup>128</sup> Zur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolldichte bei Fragen der Beweiswürdigung *Wenske*, in: *Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 2, 2016, § 267 Rn. 169 ff. m.w.N.

<sup>129</sup> Dazu eindrucklich BGHSt 53, 6 (22), ergangen zu § 333 StGB: „Dass sich das LG trotz dieser belastenden Indizien nicht davon hat überzeugen können, dass der Angekl. die Versendung der Gutscheine veranlasste, um etwaige dienstliche Tätigkeiten [...] zu beeinflussen, ist jedoch [...] nach revisionsrechtlichen Maßstäben hinzunehmen. Dass eine gegenteilige Überzeugung möglicherweise ebenso revisionsrechtlich unbeanstandet geblieben wäre, ändert hieran nichts.“

<sup>130</sup> Dazu *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 154; *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 81, jeweils m.w.N.

<sup>131</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 99.

<sup>132</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016, in Kraft getreten zum 4.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1254 (1255 f.); dazu *Steinhilper*, in: *Katzenmeier/Ratzel* (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, 2017, S. 463 (466 ff.).

<sup>133</sup> *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), *SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar*, 6. Aufl. 2018, § 81a Rn. 1 m.w.N.

<sup>134</sup> *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar*, 99. Lfg., Stand: Juni 2018, § 81a Rn. 4 f.; *Kerber*, in: *Lindemann/Ratzel* (Hrsg.), *Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen*, 2010, S. 70 (77 f.).

Stellen errichtenden Institutionen trifft ferner regelmäßig („sollen“) die Mitteilungspflicht, bei Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung unverzüglich die Staatsanwaltschaft zu informieren (§§ 81a Abs. 4, 197a Abs. 4 SGB V).<sup>135</sup> Unterbliebene Mitteilungen sollen nach wohl h.M. für verantwortliche Mitarbeiter der die Stellen errichtenden Organisationen gemäß §§ 258(a), 13 StGB strafbar sein.<sup>136</sup> Schließlich verfassen die Stellen für die Vertreterversammlungen und Aufsichtsbehörden alle zwei Jahre Berichte über ihre Tätigkeit, die u.a. auf Anzahl und Art der Pflichtverletzungen und den entstandenen sowie verhinderten Schaden eingehen; außerdem sind wiederholt aufgetretene Fälle sowie sonstige geeignete Fälle als anonymisierte Fallbeispiele zu beschreiben. Die durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen konsolidierten Berichte sind im Internet zu veröffentlichen (§§ 81a Abs. 5, 6, 197a Abs. 5, 6 SGB V).

Das Aufgabenfeld der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen erscheint ambivalent. Sie werden zuweilen als „Compliance-Abteilungen“<sup>137</sup> und die Inhalte der §§ 81a, 197a SGB V, 47a SGB XI als „gesetzliche Compliancepflichten“<sup>138</sup> charakterisiert. Das ist deshalb naheliegend, weil der Aufgabenkatalog der Stellen seinerseits den Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag der kassen(zahn)ärztlichen (Bundes-)Vereinigungen<sup>139</sup> sowie das u.a. die Krankenkassen adressierende Wirtschaftlichkeitsgebot<sup>140</sup> konkretisiert, die Maßnahmen der Stellen also dazu beitragen sollen, dass die nach §§ 81a, 197a SGB V, 47a SGB XI zu ihrer Einrichtung aufgeförderten Akteure ihre gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit erfüllen. Allerdings betreffen die Aufgaben der Stellen nur am Rande die üblichen präventiven Bestandteile eines Compliance-Management-Systems, sondern vornehmlich Vorgaben zur Reaktion auf mögliches Fehlverhalten der Vergangenheit.<sup>141</sup>

<sup>135</sup> Kritisch *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152 (154 f.). Zu möglichen Interessenkonflikten der einerseits anzeigeverpflichteten, andererseits in der (Rechts-)Beratung ihrer Mitglieder engagierten kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen vgl. *T. Schröder*, medstra 2018, 207 (209 mit Fn. 20; 210 mit Fn. 32); *Geiger*, CCZ 2016, 172 (174).

<sup>136</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 99; *Ellbogen*, MedR 2006, 457 ff.; *Mahnkopf*, MedR 2006, 647; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 258 Rn. 44; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 258 Rn. 7a; a.A. *Dannecker/Bülte*, NZWiSt 2012, 1 (8); *Fischer* (Fn. 40), § 258 Rn. 11; *Cramer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 258a Rn. 8 (m. Fn. 34).

<sup>137</sup> *Scholz* (Fn. 133), § 81a Rn. 1.

<sup>138</sup> *Dannecker/Bülte*, NZWiSt 2012, 1.

<sup>139</sup> *Huster*, in: Becker/Kingreen (Fn. 133), § 75 Rn. 5 ff., 16.

<sup>140</sup> Dazu *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff (Fn. 83), § 12 SGB V Rn. 5; *Scholz* (Fn. 133), § 81a Rn. 3.

<sup>141</sup> Zur Diskussion um die Frage, ob über die reine Präventionsarbeit hinausgehende Maßnahmen aus Anlass eines auf-

In der Diktion unternehmensbezogener Compliance- und Aufklärungsarbeit<sup>142</sup> enthalten die Aufgabenzuweisungen für die Stellen demnach Versatzstücke interner Ermittlungstätigkeiten, eines Hinweisgebersystems zu unmittelbar eigenen sowie zu Strafverfolgungszwecken, eines „Profit Centers“<sup>143</sup> für die Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung sowie – mittels der Berichtspflichten – eines kontinuierlichen, anlassbezogenen Verbesserungsprozesses („Compliance Remediation Measures“<sup>144</sup>). Immerhin dürften die Tätigkeiten der Stellen gewisse präventive Effekte erzielen<sup>145</sup>, die sich zum einen aus den von den Stellen vorzubereiteten und zur Abschreckung geeigneten Honorarrückforderungen und Verdachtsmeldungen gegenüber der Staatsanwaltschaft ergeben, zum anderen aus den im Internet zu veröffentlichen Berichten, da sie aktuell relevante Fallgestaltungen darlegen und als Rechtsverstoß herausstellen. Über den Austausch zu aktuellen Entwicklungen hinaus kann die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Austausch der Stellen – unverbindliche – Hinweise zu den tatbestandlichen Grenzen der besonders relevanten §§ 263, 266, 331 ff., 299 ff. StGB geben.<sup>146</sup>

Die Stellen tragen daher durchaus zur Effektivierung auch der §§ 299a, 299b StGB bei, soweit sie Fallbeispiele zu den neuen Korruptionsstrafatbeständen gesondert ausweisen. Auf diese Weise nämlich werden die Strafvorschriften bekannt(er) und durch die Regressforderungen und Verdachtsanzeigen wird verdeutlicht, dass etwaige Zuwiderhandlungen nicht sanktionslos bleiben sollen. Insbesondere abhängig vom Präzisionsgrad der im Internet zu veröffentlichen Berichte der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und des GKV-Spitzenverbandes dürfte die Tätigkeit der Stellen auch eine Implementationswirkung besitzen, da eine rechtliche Festlegung zu den Grenz- und Streitfragen insbesondere hinsicht-

gedeckten Rechtsverstoßes Bestandteil von „Criminal Compliance“ sind, vgl. *Rotsch* (Fn. 73), § 1 Rn. 40 m.w.N.

<sup>142</sup> Zu den nachfolgend benannten Einzelementen der Criminal Compliance vgl. statt vieler *Rotsch* (Fn. 73), § 2 Rn. 23 ff. m.w.N.

<sup>143</sup> Wegen der erfolgreichen Durchsetzung von Schadensersatz gegen Kartellanten bezeichnet der Deutsche Bahn-Konzern seine hierfür zuständige Rechtsabteilung mit Bezug auf das betriebliche Kostenwesen als „Profit Center“, dazu *Reimann*, in: Lenz (Hrsg.), Die Rechtsabteilung, 2. Aufl. 2015, S. 55 f. Diese Begriffsbildung vermag allerdings nichts daran zu ändern, dass Strafschadensersatz im deutschen Recht bislang nicht vorgesehen ist.

<sup>144</sup> Zu „Remediation“ als (Re-)Organisation der Compliance *Idler/Waeber*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, S. 623 ff.

<sup>145</sup> Zur Diskussion um die tatsächliche Wirksamkeit der Stellen bei der Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten vgl. *Kaempfe*, in: Becker/Kingreen (Fn. 133), § 197a Rn. 2; *Steinhilper* (Fn. 132), S. 464 ff.; *Kerber* (Fn. 134), S. 90.

<sup>146</sup> *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 192; *Hess*, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 100. Lfg., Stand: Juni 2018, § 81a SGB V Rn. 11.

lich §§ 299a Nr. 3, 299b Nr. 3 StGB in diesen Publikationen – aber auch im Rahmen der Verdachtsanzeigen – einen gewissen Einfluss jedenfalls auf die allgemeine Rechtsauffassung der kassenärztlichen Vereinigungen und der Krankenkassen zu den fallgruppenbezogenen Inhalten und Grenzen der §§ 299a, 299b StGB haben könnte. Eine entsprechende Breitenwirkung dieser Interpretation könnte sich dabei auch aus der bereits erwähnten Abstimmung mit Berufsverbänden und Staatsanwaltschaften sowie aufgrund des bereits erörterten Mangels an (höchstrichterlicher) Rechtsprechung ergeben. Es ist überdies nicht auszuschließen, dass Staatsanwaltschaften und Strafgerichte ihrerseits jedenfalls im Sinne von Rechtserkenntnisquellen (zum Begriff s.o. III. 2. a) zumindest für eine erste Orientierung auch auf die in den Berichten dargelegte Rechtsposition zurückgreifen und die Stellen sowie die sie tragenden Akteure mithin mittelbaren Einfluss auf die Implementationstätigkeit der Strafverfolgungsorgane nehmen.

Dabei werden die Gerichte jedoch zu berücksichtigen haben, dass strafbares Fehlverhalten der Healthcare-Industrie sowie der Leistungserbringer im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung oftmals zu einer Vermögensschädigung der Krankenkassen führen kann und diese daher ein natürliches Interesse daran haben, dass sowohl deliktische Schadensersatzansprüche wegen Schutzgesetzverletzungen als auch strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse auf einem möglichst breiten materiell-rechtlichen Fundament ruhen. Insofern sei nur an die bisher wesentlich praxisrelevantere Streitfrage um den Schadensumfang beim Abrechnungsbetrug und die umstrittene sozialversicherungsrechtsakzessorische Interpretation des § 263 StGB durch den BGH erinnert.<sup>147</sup> Dabei könnte es vor allem naheliegend sein, mittels der Berichte eine Gegenmeinung zu einzelnen Autoren zu etablieren, die für bereits relevante Streitfragen zu einem sehr restriktiven Verständnis der §§ 299a, 299b StGB gelangen.<sup>148</sup> Es erscheint deshalb, aber auch darüber hinaus fraglich, inwieweit die Auslegung von Strafrecht durch Akteure des Gesundheitswesens mittelbar Eingang in die (zukünftige) Implementationsarbeit der Gerichte finden sollte. Noch augenfälliger und mit mutmaßlich deutlich höherer praktischer Relevanz stellt sich diese Frage für eine andere, wenigstens „rechtsprechungsvertretende“ Interpretations- und Umsetzungsform des

<sup>147</sup> BGH NStZ 1995, 85; BGH NStZ 2003, 313 (315); BGH NJW 2014, 3170 (3171 f.); dazu *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2017, § 263 StGB Rn. 189; *Satzger* (Fn. 32), § 263 Rn. 268; *Saliger* (Fn. 38), § 263 StGB Rn. 214; *T. Schröder*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 2. Aufl. 2019 (im Erscheinen), Kap. 5 A. (Betrug im Wirtschaftsverkehr) Rn. 169.

<sup>148</sup> Z.B. für eine enge Auslegung des Begriffs der „Zuführung“ gemäß §§ 299a Nr. 3, 299b Nr. 3 StGB plädieren *Schneider*, *medstra* 2016, 195 (202); *ders./Ebermann*, *medstra* 2018, 67; *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn 29; a.A. *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 172; *Schuhr* (Fn. 83), §§ 299a, 299b StGB Rn. 30; *Rosenau* (Fn. 32), § 299a Rn. 29; *Wissing/Cierniak*, *NZWiSt* 2016, 41 (45).

neuen Strafrechts, nämlich die Compliance-Regelwerke und -Empfehlungen der Unternehmen, Branchenverbände und Körperschaften des öffentlichen Rechts, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll.

*c) Hoheitlich bewirkte Selbstregulierung durch die Normadressaten und „reflexives Recht“*

Bereits die intensive publizistische Begleitung des Gesetzgebungsverfahrens für die §§ 299a, 299b StGB nicht nur im juristischen Schrifttum, sondern auch in Branchenzeitschriften und Presseartikeln dürfte die Existenz neuen (Korruptions-)Strafrechts deutlich bekannter gemacht haben als es für manche aktuelle Neuerung des StGB im Übrigen der Fall ist.<sup>149</sup> Es ist ferner davon auszugehen, dass die hierdurch bereits bewirkte Grundsensibilisierung viele der nach den neuen Strafvorschriften potentiell auf Geber- oder Nehmerseite Betroffenen dazu gebracht haben wird, die eigenen Tätigkeiten rechtsanwaltlich überprüfen zu lassen.<sup>150</sup> Neben die individuelle Rechtsberatung treten zahlreiche Informationsquellen sowohl für Heilberufsträger als auch für Mitarbeiter der Healthcare-Industrie. Ärzte etwa können für ihre Rechtsfortbildung z.B. auf Informationsbroschüren<sup>151</sup>, Beiträge in Mitgliederzeitschriften<sup>152</sup>, Fortbildungsveranstaltungen<sup>153</sup> und neu gebildete „Clearing-Stellen“<sup>154</sup> zurückgreifen.

<sup>149</sup> Genannt seien die aktuellen Erweiterungen des materiellen Strafrechts gemäß §§ 114, 238, 244 Abs. 4, 323c Abs. 2 StGB

<sup>150</sup> *Gaede*, *medstra* 2018, 264.

<sup>151</sup> Siehe etwa die gemeinsame Broschüre „Auf Nummer sicher“ der Kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg, der Landesärztekammer Baden-Württemberg und der Landespsychotherapeutenkammer Baden-Württemberg aus dem Oktober 2016, abrufbar unter:

<http://www.aerztekammer-bw.de/10aerzte/40merkblaetter/10merkblaetter/antikorrupcion.pdf> (3.1.2019); die Broschüre „Erlaubte Kooperationen versus Korruption“ der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern vom 14.12.2017, abrufbar unter:

<https://www.kvb.de/fileadmin/kvb/dokumente/Praxis/Infomaterial/Praxisbetrieb/KVB-Broschuere-Kooperation-versus-Korrupcion.pdf> (3.1.2019) oder die Broschüre „Richtig kooperieren“ der Kassenärztlichen Bundesvereinigung aus dem Oktober 2016, abrufbar unter:

[http://www.kbv.de/media/sp/Broschuere\\_Kooperation.pdf](http://www.kbv.de/media/sp/Broschuere_Kooperation.pdf) (3.1.2019).

<sup>152</sup> Z. B. *Eibl/Schulenburg*, *Rheinisches Ärzteblatt* 6/2016, 22; *Kieckbusch*, *Hamburger Ärzteblatt* 1/2017, 20; *Maier*, *Hessisches Ärzteblatt* 2016, 469; *Schiller/Richter*, *Bayerisches Ärzteblatt* 2016, 360.

<sup>153</sup> Vgl. pars pro toto „Das Antikorruptionsgesetz: Was kommt auf Ärztinnen und Ärzte zu?“, Informationsveranstaltung der Ärztekammer Niedersachsen und der Kassenärztlichen Vereinigung Niedersachsen zur Korruption im Gesundheitswesen am 17.8.2016 in Hannover (Zusammenfassung abrufbar unter:

[http://www.haeuverlag.de/nae/n\\_beitrag.php?id=5324](http://www.haeuverlag.de/nae/n_beitrag.php?id=5324) (3.1.2019).

Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukte-Industrie engagieren sich in Initiativen zur Selbstkontrolle<sup>155</sup>, hinzu treten die für Mitarbeiter verpflichtenden unternehmensinternen Verhaltensregeln zum Umgang mit Heilberufsangehörigen als wesentlicher Bestandteil des Compliance-Management-Systems, deren Anpassungsbedarf an die §§ 299a, 299b StGB längst überprüft und, gegebenenfalls, erfolgt sein dürfte.<sup>156</sup> Wichtige Voraussetzungen für eine effektive Umsetzung der neuen bzw. nun strafrechtlich abgesicherten Verhaltensregeln sind damit gegeben, wenn auch, wie schon angesprochen<sup>157</sup>, der Nachweis kausaler Wirksamkeit der Strafvorschriften sowie der auf sie bezogenen Selbstregulierungsmaßnahmen<sup>158</sup> bislang nicht geführt ist. Ferner steht die „Wirksamkeit“ des neuen Strafrechts ohnehin ungleich stärker in Frage, wenn als sein Ziel nicht allein das Unterbleiben tatbestandlichen Verhaltens gesehen wird, sondern generell die Zurückdrängung solcher heilberuflichen Entscheidungen, die von Interessenkonflikten und sachfremden Erwägungen geprägt sind.<sup>159</sup> Da sich indes dieser Beitrag vornehmlich für die Implementierung des Programms der §§ 299a, 299b StGB interessiert, sei eine weit verbreitete – und nicht unplausible – Bereitschaft, den auch auf das neue Strafrecht abgestimmten Branchen-Kodizes, KV-Broschüren, Compliance-Richtlinien der Unternehmen etc. Folge zu leisten, im Folgenden unterstellt.

Damit steht nicht länger die Problemstellung im Mittelpunkt, ob das neue Recht wirkt, sondern die Frage, *welche*

Normen wirken – und *wie* sie wirken sollten. Für diese Frage nach Implementationseffekten der hoheitlich bewirkten Selbstregulierung soll wiederum zwischen ihren rechtsprechungsvertretenden unmittelbaren Effekten einerseits und den möglichen Rückwirkungen auf zukünftige Judikatur der Strafgerichte andererseits unterschieden werden.

*aa) Direkte Implementationswirkung von Compliance-Regeln qua Befolgung*

Lässt man sich auf den vorsichtig geäußerten Befund ein, dass „das neue Recht durchaus zu wirken scheint“<sup>160</sup> und hierzu Compliance-Empfehlungen oder -Vorgaben wesentlich beitragen, so erscheint es naheliegend, diesen Leitfäden auch einen Implementierungseffekt zuzusprechen. Im Sinne einer „Kontextsteuerung“<sup>161</sup> ist die Strafandrohung der §§ 299a, 299b StGB und die übrige Rechtsfolgenpalette einer Tatbestandsverwirklichung (oder auch nur die eines Anfangsverdachts) zu Lasten von „natürlichen“ und juristischen Personen zwar Anlass und Bezugsobjekt der nicht-gesetzlichen Handlungsempfehlungen und -anweisungen, doch beschränken sich diese ganz regelmäßig nicht auf einen Abdruck der neuen Straftatbestände. Vielmehr findet eine mannigfaltige Umgestaltung statt.<sup>162</sup> Diese kann aus didaktisch orientierten Erläuterungen der Tatbestandsmerkmale und der für die adressierte Gruppe besonders wichtigen Fallgestaltungen bestehen. Ganz regelmäßig werden die Leitfäden die betroffenen Individuen und ihre Organisationen bereits gegen einen Anfangsverdacht sowie die (reputations-)schädigenden Folgen hieraus resultierender Ermittlungsmaßnahmen abzuschern suchen.<sup>163</sup> Werden die auf §§ 299a, 299b StGB bezogenen Handlungsempfehlungen zudem mit den für die übrigen Korruptionsdelikte (also insbesondere §§ 331 ff., 299 StGB) und andere rechtliche Vorgaben vorgesehenen verschmolzen, entsteht die für Antikorruptions-Compliance typische breite und gegenüber den einzelnen Tatbestandsmerkmalen abstrahierte Absicherung im Vorfeld des eigentlichen jeweiligen materiell-rechtlichen Anwendungsbereich der Straftatbestände.<sup>164</sup> Hinzu können weitere Regelungszwecke treten, die etwa den Reputationsschutz der Branche bzw. des Unternehmens betreffen oder die Berücksichtigung ausländischen (Straf-)Rechts, sofern die für das Regelwerk verantwortliche Organisation durch ihre internationale Geschäftstätigkeit entsprechend exponiert ist.

Werden die die §§ 299a 299b StGB weiterverarbeitenden Empfehlungen und Regelwerke befolgt, kann tatsächlich eine auf die Verhaltensnormen des Strafrechts bezogene Präventi-

<sup>154</sup> Die Ärztekammer des Saarlandes und die Kassenärztliche Vereinigung Saarland bieten in einer gemeinsamen Clearing-Stelle an, bestehende oder neu entworfene Verträge zur Begutachtung einzureichen, vgl.

<https://www.aerztekammer-saarland.de/aerzte/arzt-und-recht/clearingstelle/> (3.1.2019). Im Hinblick auf die für die „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ in §§ 81a, 197a SGB V festgelegte Kooperation (die unter Beteiligung der berufsständischen Kammern zu erfolgen hat) und insbesondere mit Blick auf die gemäß §§ 81 Abs. 4, 197a Abs. 4 SGB V angeordneten Verdachtsmeldungen dieser Stellen an die Staatsanwaltschaft kann es für den Arzt allerdings je nach Einzelfall sicherer sein, direkt einen Rechtsanwalt zu konsultieren; siehe *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 192; *Geiger*, CCZ 2016, 172 (174).

<sup>155</sup> Etwa die eingetragenen Vereine „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie“ (<https://www.fsa-pharma.de>, 3.1.2019) und „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen“ (<https://www.ak-gesundheitswesen.de>, 3.1.2019); dazu näher *Dieners*, in: *Dieners* (Hrsg.), *Handbuch Compliance im Gesundheitswesen*, 3. Aufl. 2010, Kap. 4 Rn. 1 ff; Kap. 11 Rn. 1 ff; *C. Jäger*, *MedR* 2017, 694 (700); *Krüger*, in: *Rotsch* (Fn. 73), § 20 Rn. 53 ff.

<sup>156</sup> *Kubiciel*, *JZ* 2018, 171 (175).

<sup>157</sup> S.o. II. 3. a).

<sup>158</sup> Zur ambivalenten Forschungslage im Hinblick auf die Wirksamkeit von Compliance-Maßnahmen *Kölbel*, *Msch-Krim* 2017, 430 (440 ff.).

<sup>159</sup> S.o. II. 3. a) m. Fn. 55.

<sup>160</sup> *Gaede*, *medstra* 2018, 264 (272).

<sup>161</sup> Zur Erläuterung dieses Begriffs *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 252 ff.

<sup>162</sup> *Kuhlen*, in: *Neumann/Herzog* (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 875 (888 f.).

<sup>163</sup> *Rotsch* (Fn. 73), § 1 Rn. 45.

<sup>164</sup> So etwa die im FSA-Kodex Fachkreise näher konkretisierten Prinzipien der Trennung, Transparenz/Genehmigung, Dokumentation und Äquivalenz – oder vergleichbarer Standards der präventiven Selbstregulierung; für nähere Informationen vgl. die Nachweise in Fn. 155.

onsarbeit gelingen, ohne den an den Rechtsstab gerichteten Umsetzungsbefehl der Rechtsfolge im Fall der Tatbestandserfüllung – oder auch nur das hierfür notwendige Erkenntnisverfahren – zum Einsatz bringen zu müssen. Aus diesem Grund wird die Regulierungsstrategie „Compliance“ als zukunfts-trächtig angesehen.<sup>165</sup> Unter Implementierungsgesichtspunkten bleibt indes zweifelhaft, ob die Akteure der regulierten Selbstregulierung für die Konkretisierung des neuen Strafrechts einen überzeugenden Beitrag leisten können. Vielmehr liegt es nahe, dass die unter der Herrschaft eines „strafrechtlichen Vorsichtsprinzips“ publizierten Handlungsempfehlungen die Unschärfen des gesetzlichen Programms wenigstens tradieren, wenn nicht sogar noch verstärken – bei fehlender Judikatur allemal. Die von den Regelwerken adressierten Personen werden dazu angehalten, unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten bestehende Handlungsspielräume aufzugeben. Dieser erhebliche „Sicherheitszuschlag“ ist nicht allein den (noch) fehlenden gerichtlichen Leitlinien für Grenzfälle der §§ 299a, 299b StGB geschuldet, sondern auch der unabhängig hiervon fortbestehenden, im Korruptionsstrafrecht notorisch diffusen tatsächlichen Ausgangslage (insbesondere im Hinblick auf die „Unrechtsvereinbarung“), deren Aufklärung bei immerhin bestehendem Anfangsverdacht (eingriffs-) intensive Ermittlungsmaßnahmen der Ermittlungsbehörden nach sich ziehen kann.

Die durch Korruptionsstrafgesetzgebung erzeugten Regulierungen auf Compliance-Ebene mögen daher zu einer besseren Wirksamkeit der aufgestellten staatlichen Verhaltensnormen führen, die – bislang – vor allem in den Händen der Körperschaften des öffentlichen Rechts und privater Unternehmen liegende Umsetzung des konkretisierungsbedürftigen Normprogramms führt allerdings zu einer angesichts der Strafandrohung und staatsanwaltlicher Eingriffsbefugnisse nur bedingt freiwillig zu nennenden Tendenz der Strafnorm-unterworfenen, sich selbst neue, also gegenüber den tatbestandlichen Grenzen erweiterte Handlungsbeschränkungen aufzuerlegen. Diese sekundäre Ebene strafrechtlicher Freiheitsverteilung ist nicht nur aufgrund der mit ihr einhergehenden zusätzlichen individuellen Handlungsbeschränkungen diskussionswürdig, sondern auch wegen des Eingriffs in den Wettbewerb im Gesundheitswesen, insbesondere mit Blick auf aus Effizienzgründen durchaus gewünschte Kooperationsformen, fragwürdig.<sup>166</sup>

Umgekehrt kann jedenfalls im Hinblick auf aktuelle Wirksamkeitsstudien<sup>167</sup> derzeit nicht unwiderleglich davon ausgegangen werden, die bereits dem Anschein eines strafbaren Interessenkonflikts entgegenwirkenden Handlungsempfehlungen und -anweisungen der Kodizes und Compliance-Richtlinien seien allein der inneren Einsicht geschuldet, dass sachfremde Erwägungen bei heilberuflichen Entscheidungs-

prozessen um der hiervon betroffenen Institutionen und der Allgemeinheit willen zu vermeiden seien. Die vielmehr handlungsmotivierende Drohkulisse eines Ermittlungsverfahrens mag also zwar einem wünschenswerten Zweck dienen (nämlich der Vermeidung einiger Interessenkonflikte im Gesundheitswesen auch jenseits der tatbestandlichen Grenzen der §§ 299a, 299b StGB), dieses Ergebnis ist aber einem explizit auf den Nachweis *allein tatbestandsmäßigen* Verhaltens ausgerichteten<sup>168</sup>, mit erheblichen Zwangsmitteln gestützten und zur Produktion von Kollateraleffekten neigenden Inquisitionsverfahren geschuldet, dessen Eigenschaft, *tatbestandslose* Präventionswirkungen – auch und gerade mittels der bereits gegen den Anfangsverdacht operierenden Selbstregulierungsmaßnahmen – zu erzielen, daher rechtsstaatlich wie freiheitsrechtlich fragwürdig bleiben muss.<sup>169</sup>

*bb) Die Straftatbestände der §§ 299a, 299b StGB – Strafrecht nach dem Prinzip der Kooperation zwischen Staat und Privaten?*

Von der bereits stattfindenden Implementation der §§ 299a, 299b StGB durch Körperschaften und private Akteure ist die noch hypothetische, für das übrige (Korruptionsstraf-)Recht allerdings bereits erörterte Fragestellung zu trennen, ob diese untergesetzlichen Verhaltenskodizes und -empfehlungen bei der gerichtlichen Interpretation insbesondere des Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit“ berücksichtigt werden und berücksichtigt werden sollten, um den Straftatbeständen ihre „vollständige Unrechtsgravur [zu] verleihen“<sup>170</sup>.

Wenn auch – soweit ersichtlich – bislang nicht zum Gegenstand empirischer Studien gemacht, so äußern Praktiker doch die Erfahrung oder Erwartung, dass Branchen-Kodizes und Compliance-Regelwerke eine indizielle bzw. präjudizielle Wirkung für die Interpretation des Korruptionsstraf- und Wettbewerbsrechts durch Gerichte und Staatsanwaltschaften zukommt, auch im Hinblick auf Verstöße gegen einen Leitfaden und deren Bedeutung für die Bejahung einer Unrechtsvereinbarung.<sup>171</sup> Diese Einwirkung der Kodizes und sonstigen Compliance-Regelwerke auf die Interpretation der Straftatbestände wird zum Teil als sinnvoll und methodologisch

<sup>165</sup> *Taschke*, GesR 2018, 7 ff.; *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (175); *ders.*, MedR 2016, 1 (4); *Kuhlen* (Fn. 162), S. 875; *Badle*, medstra 2015, 139 (140).

<sup>166</sup> *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 65; *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (106); *Duttge*, in: *Kubiciel/Hoven* (Fn. 83), S. 28 f.

<sup>167</sup> S.o. II. 3. a) m. Fn. 55.

<sup>168</sup> Dem durch das Strafverfahren und seinen Abschluss bezweckten Rechtsfrieden nähern sich die Strafverfolgungsorgane nicht im Sinne einer „Wahrheitskommission“ an, vielmehr ist durch den Strafprozess in erster Linie das Ziel der Verurteilung angestrebt; vgl. *T. Schröder*, in: *Oğlacioğlu/Schuh/Rückert* (Hrsg.), *Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts*, 2016, S. 121 (126) m.w.N.

<sup>169</sup> Dagegen stellt *Kuhlen* (Fn. 162), S. 888, stärker in den Mittelpunkt, dass die sich auf den FSA-Kodex verpflichtenden Marktteilnehmer aufgrund ihrer Sachnähe offenbar in der Lage seien, die Regeln so aufzustellen und zu konkretisieren, dass die Betroffenen im Großen und Ganzen damit leben könnten.

<sup>170</sup> *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (175).

<sup>171</sup> *Taschke/Schoop*, in: *Rotsch* (Fn. 73), § 21 Rn. 16; *Hugger*, CCZ 2012, 65 (67); *Dieners*, *Handbuch Compliance im Gesundheitswesen*, 3. Aufl. 2010, Kap. 11 Rn. 21.

vielversprechendes „reflexives Strafrecht“ angesehen.<sup>172</sup> Straftatbestände würden dadurch, dass sie auf nicht-staatliche Regeln Bezug nehmen, erst durch dieses soft law hinreichend ausgefüllt und damit „gehärtet“. Private Regulierung wirke damit z.B. über die Auslegung des Merkmals „unlauter“ auf die staatliche zurück.<sup>173</sup>

Ein solches strafrechtliches Kooperationsprinzip zwischen parlamentarischem und sonstigem Normgeber erscheint allerdings grundsätzlich – und vor allem mit Blick auf das Korruptionsstrafrecht – fragwürdig und jedenfalls recht voraussetzungsvoll zu sein. Nachfolgend sollen fünf Kritikpunkte näher ausgeführt werden.

Erstens können sich bereits (straf-)verfassungsrechtliche Bedenken gegen „reflexives Strafrecht“ ergeben, sofern der Strafrichter private und körperschaftliche Regulierung im Sinne einer Rechtsquelle verbindlich zu berücksichtigen hätte.<sup>174</sup> Dann nämlich läuft die – nach Lesart des BVerfG gemäß Art. 103 Abs. 2 GG dem Richter obliegende – inhaltliche Konkretisierung relativ unbestimmter rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale genau auf das Ergebnis hinaus, das dem Gesetzgeber bei einer stattdessen gewählten Regelungstechnik dynamischer Blankettverweisungen gerade verwehrt bliebe<sup>175</sup>, weil darin eine gemäß Art. 80, 103 f. GG verbotene Delegation legislativer Kompetenz auf private Akteure zu sehen wäre.<sup>176</sup> Zwar hat der Strafrichter inter partes geschaffenes privates Recht durchaus zu berücksichtigen. Dies gilt etwa für eine vertraglich vereinbarte vermögensbezogene Pflicht, deren Verletzung der Richter z.B. in einem auf § 266 StGB bezogenen Subsumtionsprozess zu verarbeiten hat. Von dieser Gesetzesanwendung wird er aber nicht dadurch entbunden, dass die Parteien als Teil eines Vertragswerkes zu einer Vermögensverwaltungstätigkeit vereinbart haben, be-

stimmte Fallgruppen des Vertragsbruches „sind Vermögensbetreuungspflichtverletzungen gemäß § 266 StGB“. Doch auch dann, wenn private Regelwerke lediglich als unverbindliche Rechtserkenntnisquellen des Gerichts angesehen werden, ist weiterhin dafür zu plädieren, dass der Richter bei der Anwendung des gesetzlichen Rechts sein eigenes Urteil in den Mittelpunkt stellt und erkennen lässt. So ist für den Einsatz des persönlichen Beweismittels des Sachverständigen anerkannt, dass dieser dem Richter nicht die Verantwortung für die seinem Urteil zugrunde gelegten Tatsachen abnehmen kann.<sup>177</sup> Für die im Rahmen der Unrechtsvereinbarung gemäß §§ 299a, 299b StGB zu klärenden Fragen, ob eine (angestrebte) Vereinbarung auf Gegenseitigkeit besteht und die angestrebte Bevorzugung unlauter wäre, ist indes ohnehin fraglich, ob sie einem Sachverständigenbeweis offenstehen (dazu sogleich, „Viertens“).

Zweitens können sich Bedenken ergeben, inwieweit die von den Strafverfolgungsorganen zu berücksichtigenden Standards eine hinreichende Einheitlichkeit haben und, verneinendenfalls, dennoch allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen können. Am ehesten können noch anerkannte Verhaltens-Kodizes von Branchenverbänden zu einer Vereinheitlichung der Verhaltensregeln führen, doch bleibt gleichwohl die Frage zu stellen, weshalb einzelne Wettbewerber allein deshalb einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sein sollen, weil sie sich dagegen entscheiden, die Verhaltensvorschläge für ihre Branche zu berücksichtigen. Ferner verbleibt dadurch, dass z.B. Arzneimittelhersteller einerseits und Medizinproduktehersteller andererseits eigene Kodizes publizieren<sup>178</sup>, das Problem bestehen, dass sich bei fehlender Deckungsgleichheit der Empfehlungen entweder ein uneinheitliches Bild der Unlauterkeit für §§ 299a, 299b StGB zu ergeben droht oder sich das Gericht für einen der beiden Standards entscheiden muss – und damit etwa Pharmaunternehmensangehörige am Maßstab der Kodizes der Industrie für Medizintechnologie bewertet. Schließlich fehlen Kriterien dafür, welcher der Kodizes für eine Normkonkretisierung zugrunde zu legen ist, wenn für dieselbe Branche – auch dem Inhalt nach – unterschiedliche und jeweils anerkannte Empfehlungen vorliegen.<sup>179</sup> Bereits aufgrund der Existenz widersprüchlicher Empfehlungen für die verfahrensgegenständlichen Handlungen (z.B. für Wertgrenzen bei Einladungen und Fortbildungssponsoring) dürfte es dem Richter verwehrt sein, bei seiner mit Blick auf die Unrechtsvereinbarung betriebenen Präjudizien- bzw. Indizien-schau in freier De-zision über den heranzuziehenden Empfehlungskatalog zu entscheiden.

Sehr zweifelhaft erscheint aus diesen Gründen jedenfalls die Eignung unternehmensspezifischer Compliance-Richt-

<sup>172</sup> Kubiciel, JZ 2018, 171 (175); ders., MedR 2016, 1 (4); Badle, medstra 2015, 139 (140); Taschke/Schoop, in: Rotsch (Fn. 73), § 21 Rn. 11.

<sup>173</sup> Kubiciel, JZ 2018, 171 (175).

<sup>174</sup> Zwar kann eine solche Forderung den Befürwortern reflexiven Rechts trotz einiger ambivalenter Formulierungen nicht ohne Weiteres untergeschoben werden. Umgekehrt jedoch bliebe reflexives Recht einigermaßen substanzlos, wenn Verbands-Kodizes und unternehmensinterne Compliance-Vorgaben lediglich als zwei von zahllosen Rechtserkenntnisquellen im rechtssoziologischen Sinne zu kategorisieren wären. „Reflexives Recht“ scheint sich daher in einer Art von Limbus zwischen diesen beiden Welten zu bewegen, und sein Status bedarf bereits insoweit weiterer Präzisierung; ebenso Röhl/H. C. Röhl (Fn. 108), S. 254.

<sup>175</sup> Zu den Grenzen der Blankettverweisungstechnik im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG vgl. Cornelius (Fn. 27), S. 306 ff., 475 f.; Dannecker (Fn. 28), § 1 Rn. 148 ff.; Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 258 ff.; T. Schröder, NZWiSt 2015, 321, 330 ff.

<sup>176</sup> So bereits Schönemann (Fn. 37), S. 391; siehe auch BGH GRUR 2011, 431 (432, zur Auslegung von § 3 UWG); Theile, in: Rotsch (Fn. 73), § 34 A. Rn. 28; ders., JuS 2017, 913 (915 f.).

<sup>177</sup> BGHSt 8, 113 (117 f.); 45, 164; Senge, in: Hannich (Fn. 103), Vorbem. zu den §§ 72 ff. Rn. 1; Krause, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 27. Aufl. 2018, Vor § 72 Rn. 4 f.

<sup>178</sup> Vgl. Badle, medstra 2015, 139 (140).

<sup>179</sup> Zu den verschiedenen Kodizes für die Arzneimittelindustrie Badle, medstra 2015, 139 (140); Kuhlen (Fn. 162), S. 879 ff.

linien, gemeinsam mit der gesetzlichen Vorlage zu einer kooperativen und einheitlichen Konkretisierung der §§ 299a, 299b StGB beizutragen. Wie bereits angesprochen, bilden die einzelnen Regelwerke der Pharma- und Medizinprodukteunternehmen das Produkt der verschiedensten Erwägungen, Zwecksetzungen und deren Gewichtung zueinander, so dass ihre Berücksichtigung dazu führen müsste, diesen Flickenteppich an Verhaltensanforderungen gleichsam auf dem Boden der §§ 299a, 299b StGB zu verlegen. Zudem sind Heilberufsangehörige gemäß § 299a StGB von vornherein nicht die Adressaten dieser Regelungen ebenso wie Compliance-Leitfäden z.B. der Berufskammern oder Kassenärztlichen Vereinigungen nicht auf Mitarbeiter von Pharmaunternehmen zugeschnitten sind. Geradezu willkürlich erschiene es ferner, würden die Strafverfolgungsorgane ein – dann auch eher nicht zufällig – mit vergleichsweise hoher Publizität kommuniziertes Compliance-Regelwerk eines bestimmten Unternehmens zur Richtschnur für eine ganze Branche erheben. Dann nämlich würde z.B. der mögliche Abschluss einer Unrechtsvereinbarung durch den Vertriebsmitarbeiter des deutschen Unternehmens X dadurch indiziert bzw. präjudiziert, dass das deutsche Unternehmen Y sich und seinen Mitarbeitern z.B. deshalb besonders strenge Standards auferlegt hat, weil a) es einen kooperativen Eindruck auf US-Behörden machen möchte, mit denen es in Verhandlungen über die Strafzumessung zur Beendigung eines Strafverfahrens steht, b) potentielle schwedische Geschäftspartner ein entsprechendes Regelwerk zur Voraussetzung für einen Geschäftsabschluss gemacht haben oder c) das Unternehmen Y sich vorgenommen hat, „ethical leader“ im entsprechenden Industrie-segment zu werden. Gerade im letzteren Fall könnte ausgerechnet eine eher der Öffentlichkeitsarbeit als seriösen Präventionsbemühungen geschuldete Schein-Compliance (nahe-liegend auch als „Paper Compliance“<sup>180</sup> bezeichnet) diejenigen Wettbewerber zu inkriminieren drohen, die sich umsetzbareren – und damit effektiveren – Standards verschrieben und insoweit auf einen „race to the top“ verzichtet hatten.<sup>181</sup>

Drittens enthalten Branchen-Kodizes, unternehmensseitige Compliance-Regelwerke und sonstige Richtlinien das bereits angesprochene, im Textkörper schwerlich auftrennbare Zwecksetzungs-Potpourri aus Aufklärungen zur materiellen Rechtslage, Vermeidung von staatsanwaltlichen Ermittlungsansätzen, weiteren Reputationsschutzelementen etc.<sup>182</sup>

Es dürfte daher Staatsanwaltschaften und Gerichte vor erhebliche Schwierigkeiten stellen, die vom Beschuldigten verletzte Verhaltensrichtschnur als normkonkretisierende Positionierung zum materiellen Strafrecht einzuordnen. Vielmehr kann die Zuwiderhandlung noch am eindeutigsten zunächst nur belegen, dass der Adressat der Verhaltensempfehlung bzw. -anweisung sich nicht an die Leitlinien gehalten hat, die ihn davor bewahren sollten, in eine Situation zu gelangen, in der Strafverfolgungsorgane den Verdacht einer Korruptionsstraf-tat schöpfen. Das Regelwerk bestätigt Staatsanwälten oder Richtern also letztlich die – noch unsichere – prozessuale Situation, in der sie sich gegenwärtig befinden; eine weitergehende Indizwirkung für den Nachweis einer Unrechtsvereinbarung ergibt sich daraus nicht. Gerade die forensische Berücksichtigung der zugleich auf die Prävention von Straftaten einerseits und von Ermittlungsverfahren andererseits angelegten Regelwerke würde aber die Gefahr in sich tragen, das strafrechtliche Unwerturteil auszudehnen.<sup>183</sup>

Viertens bleibt es fragwürdig, ob die nicht-gesetzlichen Regelwerke selbst dann, wenn sie nicht zur indiziellen Ermittlung einer (angestrebten) Gegenseitigkeitsvereinbarung, sondern als Präjudiz für rechtsnormative Tatbestandsmerkmale (hier also: Bevorzugung „in unlauterer Weise“) herangezogen werden, überhaupt einen Implementationsbeitrag leisten. Die Befürworter eines reflexiven Rechts scheinen in diesem Zusammenhang zuversichtlich zu sein, dass die Akteure des Gesundheitswesens in ihrem Regelwerk zur Selbstregulierung eine eigenständige Festlegung dazu treffen, welches Wettbewerbsverhalten in bestimmten Konstellationen der Kooperation und sonstigen beruflichen Tätigkeit nach Branchen-Maßstäben als „lauter“ oder „unlauter“ zu gelten habe. Die Kodizes und sonstigen Compliance-Richtlinien könnten danach, wie bereits seit langer Zeit für die Rechts-(erkenntnis)quellen der Fahrlässigkeitsdelikte und des (Umwelt-)Verwaltungsrechts diskutiert, etwa als „Dokumentation der redlichen Praxis“<sup>184</sup> oder als antizipierte Sachverständigengutachten<sup>185</sup> heranzuziehen sein. Im Zusammenhang mit der zuletzt genannten Qualifikation könnte assoziativ einfließen, dass die Tätigkeit des Sachverständigen im Strafverfahren nicht allein darauf beschränkt ist, wissenschaftliche Erkenntnisse zu vermitteln, sondern auch kaufmännische Ge-

<sup>180</sup> Dazu Hugger/Röhrich, BB 2010, 2643 (2646).

<sup>181</sup> Kuhlen (Fn. 162), S. 889; ders., in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 11 (22 ff.); S. A. Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, S. 92 ff., 247 ff.; Theile, JuS 2017, 913 (916); ders., in: Rotsch (Fn. 73), § 34 A. Rn. 31 f.; Rotsch, ZIS 2010, 614 (616); ders. (Fn. 73), § 2 Rn. 5, 11; Bock, Criminal Compliance, 2011, S. 209, 226 f.; Hugger, CCZ 2012, 65 (67).

<sup>182</sup> S.o. III. 2. c) aa). Ein typisches Beispiel für diese Mischgestaltungen bildet der von der Bundesärztekammer am 29.1.2018 veröffentlichte „Fragenkatalog zum Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“, abrufbar unter: [www.rebrand.ly/fragenkatalog](http://www.rebrand.ly/fragenkatalog). Zur Kritik T. Schröder, medstra 2018, 207 ff.

<sup>183</sup> Kuhlen (Fn. 162), S. 889; ders. (Fn. 181), S. 22 ff. Zu ähnlichen Bedenken im Hinblick auf das Lauterkeitsrecht, die allerdings stärker auf eine Ausweitungstendenz bei der Interpretation bereits des materiellen Rechts durch Private abstellen, vgl. Sosnizza, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, Teil I Rn. 58.

<sup>184</sup> Schünemann (Fn. 37), S. 386, zur strafprozessualen Bedeutung technischer Regeln.

<sup>185</sup> BVerwGE 55, 250 (256); Breuer, DVBl 1978, 28 (34 ff.); ablehnend BVerwGE 72, 300 (320); Rittstiegl, NJW 1983, 1098; Rudisile, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 34. Lfg., Stand: Mai 2018, § 98 Rn. 112; Sendler, NJW 1986, 2907 (2913), Schünemann (Fn. 37), S. 384 ff.

pflogenheiten oder eine bestimmte Branchenübung Gegenstand eines Sachverständigengutachtens sein können.<sup>186</sup>

Es ist allerdings bereits zweifelhaft, ob die materiellrechtlichen Festlegungen der Compliance-Richtlinien – falls sich diese entgegen der soeben geäußerten Skepsis (s.o., „Drittens“ sowie III. 2. c) aa) aus dem überschießenden Gesamtpräventionsprogramm (und dabei gerade auf den strafrechtlichen Lauterkeitsbegriff zugeschnitten) aussondern lassen sollten – tatsächlich das Ergebnis einer auf das Gesundheitswesen gerichteten Schau der dort vorherrschenden Werte und Handelsbräuche sowie einer daraus resultierenden verschriftlichten Übereinkunft zu den Anschauungen des ver- und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden sind. Vielmehr liegt es nahe, dass sich die vornehmlich auf Verantwortungs- und Haftungsvermeidung ausgerichteten Grundsätze, Regeln und Empfehlungen zu einem überwiegenden Anteil an den Ergebnissen einer Analyse der relevanten Rechtsprechung (und, ergänzend, des juristischen Schrifttums) orientieren, also eine Prognose darüber abbilden, welches Verhalten die Strafverfolgungsbehörden und sonstigen staatlichen Regulatoren den jeweiligen Protagonisten abverlangen werden. Die Compliance-Regelwerke dürften also regelmäßig eine auf die forensische (Spruch-)Praxis ausgerichtete Erwartungserwartung formulieren. Man kann sie also insoweit als für ein Laienpublikum weiterverarbeitete Rechtsgutachten zum inländischen Recht bezeichnen. Gegenstand eines Sachverständigengutachtens im Strafverfahren darf das inländische gesetzliche Recht aber „natürlich nicht“<sup>187</sup> werden, und die Strafverfolgungsbehörden sollten auch nicht die verschlungenen Pfade privater Regelwerke betreten, um sich die eigene Spruch- und sonstige Entscheidungspraxis zu vergegenwärtigen.

Fünftens bleibt es auch jenseits der als erstem Kritikpunkt bereits geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken fragwürdig, ob – und hierbei sei für die nachfolgenden Zeilen einmal unterstellt, die privaten Regelwerke enthielten tatsächlich eine autonome Positionierung zu lauterem und unlauterem Geschäftspraktiken<sup>188</sup> – die wertende Ausfüllung rechtsnor-

mativer Tatbestandsmerkmale des Strafrechts in die Hände der Normadressaten gelegt werden sollte.

Im lauterkeitsrechtlichen Schrifttum ist es zwar für grundsätzlich legitim und sinnvoll erachtet worden, durch entsprechende Verlautbarungen einen Konsens der Gewerbetreibenden anzustreben, Missstände durch Selbstkontrolle einzudämmen und dadurch nicht nur die Gerichte zu entlasten, sondern auch geplante gesetzgeberische Eingriffe zu vermeiden (letzteres ist mit Blick auf §§ 299a, 299b StGB nur der Normreichweite nach gelungen).<sup>189</sup> Bei der Beurteilung und Heranziehung verbandsmäßig formulierter Selbstregulierungen zur gerichtlichen Festlegung lauterem und unlauterem Wettbewerbsverhaltens sei dennoch größte Zurückhaltung geboten: Häufig handele es sich um mehr oder weniger offene Versuche zur gezielten Einflussnahme auf die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung, die zudem oftmals kartellrechtlich höchst bedenklich sei, zumal auch noch Druck auf Außenseiter entfaltet werden könne.<sup>190</sup> Bereits dieser knappe Seitenblick auf das Kartellrecht belegt, dass fehlende staatliche Steuerung keine erhöhte Freiheit für die Gesamtheit der Marktteilnehmer nach sich ziehen muss und sogar die Selbstregulierung selbst Gegenstand wettbewerbswidriger Kartellabsprachen sein kann.<sup>191</sup>

Allein schon dieser abstrakten Gefahr einer an wirtschaftlichen Eigeninteressen orientierten Einflussnahme auf die forensische Implementation gesetzlichen Rechts wegen sollte auch für das Strafrecht nicht verlangt werden, dass alles, was im konkreten Einzelfall innerhalb der durch Selbstregulie-

lich vom bislang Branchenüblichen abzuheben bzw. abheben zu wollen, im Rahmen der Konkretisierungsarbeit der Strafverfolgungsorgane einer Präjudizienbildung dienen sollten.

<sup>189</sup> *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 46. Für einen umfassenden, einheitlichen Katalog der Vor- und Nachteile regulierter Selbstregulierung unabhängig von ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen vgl. *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 58 ff.; *Sieber*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 449 (475 f.).

<sup>190</sup> *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 46, 58; *ders.*, in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7. Aufl. 2016, § 3 Rn. 29. Im hiesigen Zusammenhang kann insoweit zum einen darauf hingewiesen werden, dass in den beiden bereits genannten (s.o. Fn. 155), als Vereinen organisierten Selbstregulierungsgruppen der Pharma-Industrie – soweit ersichtlich – kein Unternehmen Mitglied beider Vereine zugleich ist, und dass sich dem FSA eher die international tätigen Konzerne angeschlossen haben, während der AKG eher mittelständische Unternehmen anzusprechen scheint. Zum anderen eint beide Vereine, dass sie es ihren Satzungen gemäß als ihre Aufgabe ansehen, wettbewerbsrelevante Gesetzesverstöße durch Nichtmitglieder (also durch solche Wettbewerber, die sich nicht den jeweiligen Kodizes sowie Schlichtungs- und Schiedsstellen unterworfen hatten) mit Abmahnungen und gegebenenfalls Beseitigungs- und Unterlassungsklagen zu verfolgen.

<sup>191</sup> *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 58.

<sup>186</sup> *Krause* (Fn. 177), Vor § 72 Rn. 2 m.w.N.

<sup>187</sup> *Trück*, in: Kudlich (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 2014, § 72 Rn. 4.

<sup>188</sup> Der BGH – GRUR 2011, 431 (432) – dagegen behauptet, Verbandsregeln könne allenfalls entnommen werden, ob innerhalb der in Rede stehenden Verkehrskreise eine bestimmte tatsächliche Übung herrsche. Das Übliche aber dürfe nicht zur Norm erhoben werden. Dieser zusätzliche Einwand gegen die forensische Berücksichtigung von Selbstregulierung ist zwar je nach Regelwerk durchaus Zustimmungswürdig, nur erscheint es nicht überzeugend, allen Urhebern der diversen Branchen-Kodizes, Compliance-Regelwerke etc. pauschal die Fähigkeit abzuspüren, die bisher üblichen von den zukünftig gewünschten Verhaltensstandards im Wettbewerb zu unterscheiden und diese Differenzierung in Regelwerken zum Ausdruck zu bringen; so auch *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 58. Dementsprechend soll hier die Frage im Mittelpunkt stehen, ob gerade diejenigen untergesetzlichen Regelwerke, denen zuerkannt werden kann, sich inhalt-

rung eingezogenen „Leitplanken“ geschehe, seitens des Staates zu akzeptieren und nicht strafrechtlich zu verfolgen sei.<sup>192</sup> Eine vor der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane schützende Eigenschaft der Compliance-Regelwerke ergibt sich vielmehr daraus, dass sie die das Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiko erhöhenden Umstände zutreffend identifizieren. Ein „noli me tangere!“, kann indessen nicht allein deshalb eingefordert werden, weil überhaupt selbstregulierende Regelwerke geschaffen wurden. Anderenfalls könnten eher gut organisierte Partikular- als Gemeinwohlinteressen zum Tragen kommen und diese Effekte dann über die Handlungsformen der Strafverfolgungsorgane staatlich abgesichert werden.<sup>193</sup> Staatsanwaltschaften und Gerichte sind daher nach wie vor dazu angehalten, unabhängig von etwaig bestehendem Regelwerk der Selbstkontrolle das konkrete Marktverhalten autonom und insbesondere auch unter Einbeziehung der Interessen der übrigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit auf seine Zulässigkeit hin zu prüfen.<sup>194</sup>

Doch auch unabhängig von den Bedenken, die mächtigsten Akteure auf dem Gesundheitsmarkt könnten (auch) das Korruptions- und Lauterkeitsrecht, insbesondere die bislang unscharfen Randbereiche, entsprechend den eigenen Präferenzen ausformen, ist die dahinterstehende grundsätzliche Regulierungsidee zu hinterfragen. Es ist grundsätzlich sachgerecht wie unvermeidbar, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte zur Normimplementation auf private Regeln zurückgreifen und das in diesen gespeicherte Wissen in differenzierter Form aufnehmen, indem sie ihnen Indizcharakter beimessen oder sie als Orientierungs- und Entscheidungshilfe bzw. als eine Auslegungsofferte auffassen.<sup>195</sup> Dabei erscheinen diese untergesetzlichen Normen und Empfehlungen umso beachtlicher, je stärker der auszulegende Rechtsbegriff tatsachenbezogen ist.<sup>196</sup> Auch mit Blick auf den Amtsermittlungsgrundsatz ist es daher sinnvoll, wenn Strafverfolgungsorgane im Rahmen der gebotenen umfassenden Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalls Regelungen einbeziehen, die von privaten Institutionen unter sachverständiger Beratung und unter Beteiligung der Fachöffentlichkeit aufgestellt werden, wie etwa CDI-Richtlinien, DIN-Normen oder sonstige Regelwerke.<sup>197</sup> Bereits diese Regelungen enthalten allerdings unvermeidlich Wertungen, falls sie z.B. eine Kompro-

misslösung zwischen kontroversen Sichtweisen der am Normentwurf beteiligten Experten darstellen oder die Festschreibung eines besonders hohen Sicherheitsstandards gegen Wirtschaftlichkeitsaspekte abzuwägen war.<sup>198</sup> Je stärker aber die Implementation der Norm diejenigen Tatbestandsmerkmale betrifft, deren Interpretation bereits vordergründig einen besonders hohen Wertungsanteil erfordern<sup>199</sup>, desto eher sollte sich die forensische Gesetzesauslegung darauf beschränken, die zur Deutung rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale entwickelten untergesetzlichen Regelwerke und Leitfäden als unverbindliche Stellungnahme mit keinerlei präjudiziellem Gehalt anzusehen.<sup>200</sup> Anderenfalls droht die für eine widersprucharme und systematische Rechtsanwendung, -konkretisierung und -fortbildung notwendige Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung in der richterlichen Subsumtionsarbeit zugunsten eines geschlossenen Dialogs mit vermeintlich auf dem Silbertablett servierten, das mühselige Verfahren der Rechtsfindung erheblich abkürzenden privaten Vorarbeiten zu verkümmern.

#### IV. Implementationsprobleme als Bestätigung der fehlenden Steuerbarkeit der Wirtschaft durch (Straf-)Recht?

Die vorstehend erörterten Implementationsdefizite haben spezifische Probleme des Rechts aufgezeigt, insbesondere die materiell-rechtlichen wie beweisrechtlichen Unschärfen des Korruptionsstrafrechts, die unbefriedigende Modellierung gerade der §§ 299a, 299b StGB und ihr hochkomplexes Regelungsumfeld, ein unter Konkretisierungsgesichtspunkten dysfunktionales (bisheriges) Ausbleiben von Rechtsprechung sowie verschiedene bedenkliche Effekte der verschiedenen Ausprägungen regulierter Selbstregulierung. Gleichwohl bestätigen sich jedenfalls aufgrund dieser Mankos nicht die systemtheoretischen Einwände gegen Strafrecht als staatliches Steuerungsmittel des Marktes. Zum einen betreffen die hier erörterten Implikationen der Normimplementierung nicht die Wirksamkeit der strafrechtlichen Programmverwirklichung. Daher kann die Frage, ob die jüngst erfolgten Erhebungen zu den möglichen erheblichen Ausweichbewegungen der Akteure im Gesundheitswesen in den Bereich der legalen Korruption<sup>201</sup> Beleg für die autopoetische Geschlossenheit bzw. Eigenrationalität des Subsystems Wirtschaft gegenüber Kommunikationsversuchen staatlichen Rechts sind, dahinstehen. Zum anderen hat sich wenigstens für den in diesem Beitrag untersuchten Bereich des Strafrechts gezeigt, dass die

<sup>192</sup> So aber *Taschke/Schoop*, in: Rotsch (Fn. 73), § 21 Rn. 11; der ebenda zur Bekräftigung angeführte Verweis auf *Kuhlen* (Fn. 162), S. 875 trägt mit Blick auf S. 888 f. nur begrenzt. A.A. ebenfalls *Theile*, JuS 2017, 913 (916).

<sup>193</sup> *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 60.

<sup>194</sup> So bereits für das Lauterkeitsrecht *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 59.

<sup>195</sup> *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 63; dazu näher aus Sicht des Strafrechts *Schünemann* (Fn. 37), S. 367 ff.

<sup>196</sup> *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 63.

<sup>197</sup> *Große Vorholt* (Fn. 40), S. 176 ff. So auch BVerwGE 29, 254 (264), für die parallele Problemstellung im Verwaltungsgerichtsverfahren.

<sup>198</sup> Wegen der nicht unerheblich einfließenden rechtspolitischen Wertungen wird daher z.B. die Kategorisierung von Technischen Anleitungen (insbesondere der „TA Luft“ sowie der „TA Lärm“) als antizipierte Sachverständigengutachten im Verwaltungsrecht inzwischen ganz überwiegend abgelehnt, vgl. *Rudisile* (Fn. 185), § 98 Rn. 112 m.w.N.

<sup>199</sup> Zum wertenden Gehalt als Eigenschaft normativer Tatbestandsmerkmale *Kuhli* (Fn. 78), S. 124 ff., 154 f.

<sup>200</sup> Für eine immerhin indizielle Wirkung privater Regelwerke für die staatliche Strafrechtsanwendung *Theile*, in: Rotsch (Fn. 73), § 34 A. Rn. 35 ff.; *ders.*, JuS 2017, 913 (916); *Kuhlen* (Fn. 162), S. 886 ff.

<sup>201</sup> S.o. II. 3. a) m. Fn. 55.

Umsetzung der Grundannahmen reflexiven bzw. prozeduralen Rechts, der Gesetzgeber sei in einer komplexen, sich ständig verändernden Wirklichkeit schon seines Wissensdefizits wegen gar nicht in der Lage, allgemeine Gesetze zu erlassen, und die Ebenen der Rechtssetzung und Rechtsanwendung müssten im Sinne „lernenden Rechts“<sup>202</sup> zusammenwachsen<sup>203</sup>, erhebliche Nachteile für die Allgemeinheit, die Implementation und Fortbildung des Rechts und auch für die Subjekte der Selbstregulierung mit sich bringen kann. Es muss daher zweifelhaft bleiben, ob die Beschreibung dessen, wie Recht seine Inhalte von außen gewinnt, zu der systemtheoretisch erneuerten Forderung der Freirechtsschule übergehen sollte, gesellschaftliche Regelsetzung als Recht anzuerkennen.<sup>204</sup>

## V. Fazit

### *1. Untersuchung der Normimplementation und ihres Wirkungsgrades und Bewertung der Sachgerechtigkeit der Einflussnahme und ihrer Effekte*

Gemäß Art. 103 Abs. 2, 104 GG erfordert das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip, dass bereits die vom Parlament erlassenen Straftatbestände für den einzelnen Bürger hinreichend erkennen lassen, welches Verhalten bei Strafe untersagt ist. Dennoch bedürfen auch strafrechtliche Verhaltensnormen ungeachtet dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Typisierung einer näheren Konkretisierung, um gerade in Randbereichen und häufig auftretenden Fallkonstellationen eine weitergehende Orientierungssicherheit bieten zu können. Die Implementationsforschung befasst sich mit diesem Prozess der Präzisierung und den zwischen der Programmebene des Gesetzes und dem einzelnen Normadressaten tätigen Behörden, Körperschaften, Institutionen und sonstigen Organisationen sowie den – auch ungewünschten – Effekten dieser Weiterverarbeitung des staatlichen Rechts.

Für eine Exemplifizierung der Normimplementation im Strafrecht wurden die Straftatbestände der §§ 299a, 299b StGB gewählt, zum einen weil diese neuen Strafvorschriften ihrer intrikaten Modellierung und des komplexen Regelungsumfeldes wegen einen Konkretisierungsbedarf aufweisen, der noch über den durch die materiell-rechtlichen wie forensischen Unschärfen des Korruptionsstrafrechts im Übrigen bestehenden hinausgeht. Zum anderen weist das Gesundheitswesen eine Vielzahl an Akteuren auf, die für eine Implementierungsrolle in Betracht kommen. Darin liegt einerseits eine Chance für eine kooperative Konkretisierungsarbeit, die das Recht tief auf den Gesundheitsmarkt einwirken lässt und durch die Einbindung der Marktteilnehmer und deren Wissens eine gesteigerte Flexibilität und höhere Akzeptanz für die staatlichen Verhaltensregeln erhoffen lässt. Andererseits kann ein solcher personaler Pluralismus des

Implementationsprozesses das gesetzliche Programm verwischen, verändern oder sogar unterminieren und zudem eigene Rechtsprobleme aufwerfen. Die vorstehenden Ausführungen sollten dabei verdeutlichen, dass grundlegend zwischen Implementationstätigkeiten und ihrem Wirkungsgrad einerseits und der normativen Sachgerechtigkeit der Einflussnahme und ihrer Effekte andererseits zu unterscheiden ist.

### *2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den vom Gesetzgeber gewählten Weg der Implementation der §§ 299a, 299b StGB*

Über die in Art. 93 ff. GG festgelegte allgemeine Rechtsprechungskompetenz hinaus entnimmt das BVerfG dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) seit dem Jahr 2010 einen vollständig überprüfbaren Implementierungsauftrag des Grundgesetzes an die Strafjustiz. Diese von Verfassungs wegen zentrale Aufgabe bei der Normkonkretisierung haben die Strafgerichte mangels staatsanwaltlicher Anklagen (bisher) nicht wahrnehmen können, und es erscheint auch für die Zukunft nicht gewiss, dass sie diese Kompetenz hinreichend ausfüllen werden.

An ihre Stelle treten (zunächst) andere Protagonisten des Gesundheitswesens, z.B. die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (insbesondere mittels der regelmäßig zu publizierenden Berichte sowie der Verdachtsanzeigen) oder – und insbesondere – Branchenvereinigungen sowie Unternehmen mittels sanktionsbewehrter Verhaltenskodizes bzw. Compliance-Richtlinien und -Schulungen. Während ein deutlicher Effektivierungseffekt dieser Tätigkeiten in Bezug auf *illegale* Korruption durchaus plausibel erscheint, ist die Implementierungsleistung dieser Erscheinungsformen „kooperativen Rechts“ in vielerlei Hinsicht fragwürdig. So führt die in den Handlungsleitlinien regelmäßig vorgesehene zusätzliche Absicherung bereits gegen das Entstehen staatsanwaltlicher Ermittlungsansätze zu deutlich über die jeweiligen Tatbestandsgrenzen hinausgehenden Handlungsbeschränkungen, die wohl nicht nur der inneren Einsicht in die sinnvolle Vermeidung gewichtiger Anreize für sachfremde heilberufliche Entscheidungen geschuldet sind, sondern dem Ziel, Ermittlungsverfahren abzuwenden. Damit aber wirkt Strafrecht nicht über das Verbot bestimmter verbotener Handlungen, sondern durch die Bedrohung mit den zu deren Aufklärung eingesetzten Zwangsmaßnahmen.

Die zum Teil befürwortete, über eine „stellvertretende“ Implementation hinausgehende Rückkopplung untergesetzlicher Regeln mit staatlichem Strafrecht zur wenigstens indiziellen bzw. präjudiziellen Ausfüllung rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale (für §§ 299a, 299b StGB also der Unrechtsvereinbarung, insbesondere die „unlautere“ Bevorzugung betreffend) im Rahmen der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Rechtsanwendung weist mehr Nach- als Vorteile auf. Neben strafverfassungsrechtlichen Bedenken ist einzuwenden, dass der Status der privaten Rechtssetzung auf der Skala zwischen den Endpunkten „Rechtsquelle“ einerseits und „einfacher Rechtskenntnisquelle im soziologischen Sinne“ andererseits noch nicht recht verortet zu sein scheint. Zudem sind noch keine Kriterien dafür ausgearbeitet, auf welche der mitunter sogar konkurrierenden Compliance-Standards zu

<sup>202</sup> Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 121 f., 269 f.; La-deur, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl. 1995, S. 103 ff.

<sup>203</sup> Einführend zu den Theorien reflexiven und prozeduralen Rechts, auch zu ihrer Unterscheidbarkeit, Röhl/H. C. Röhl (Fn. 108), S. 252 ff.

<sup>204</sup> Röhl/H. C. Röhl (Fn. 108), S. 256.

rückzugreifen ist, sofern sie inhaltlich voneinander abweichen. Hinzu kommt, dass die untergesetzlichen Regelwerke dadurch, dass sie regelmäßig Verhalten untersagen, das a) den Anfangsverdacht einer Straftat begründen kann und b) materiell-rechtlich mit Blick auf die bisherige Judikatur der Strafgerichte als strafbar erachtet werden könnte, lediglich die geltende Rechtslage referieren und damit dem rechtskundigen Richter keine neuen Erkenntnisse oder Hilfsfakten vermitteln. Soweit die Verhaltens-Kodizes von Industrievereinungen dagegen tatsächlich eigenständige Verhaltensregeln enthalten, die gegen Mitglieder wie Nicht-Mitglieder durchgesetzt werden, ist ihre Berücksichtigung mit Blick auf die damit bestehende, wenigstens abstrakte Gefahr der staatlichen Absicherung von Partikularinteressen und kartellrechtlich nicht unbedenklicher Branchenregulierung allenfalls äußerst zurückhaltend geboten. Es zeigt sich damit, dass das Subsystem Wirtschaft auf eine staatliche Steuerung qua Recht im Interesse aller Marktteilnehmer nicht verzichten kann. Schließlich gefährdet der vermeintlich bequeme Zugriff auf angeblich passgenaue Ausfüllungsregelungen privater Urheber die dogmatische Durchdringung und systematische Weiterentwicklung der jeweiligen Rechtsmaterie durch die Gerichte.

Aus alledem ergibt sich das Bild einer unter (verfassungs-)rechtlichen Gesichtspunkten dysfunktionalen Normimplementation der §§ 299a, 299b StGB. Die mit Blick auf die zuvor überkommene Sichtweise auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz progressiv wirkende, unter Implementationsgesichtspunkten allerdings eher traditionelle Aufgabenzuweisung des BVerfG an die Strafgerichte, relativ unbestimmte Straftatbestände zu konkretisieren, geht ins Leere, sofern es zu keinen Urteilen kommt. Das neue Strafrecht wirkt auf den ersten Blick jedoch auch dann, wenn es deshalb nicht zu einer gerichtlichen Befassung mit den Straftatbeständen kommen sollte, da die Normunterworfenen in Eigenregie präventive Maßnahmen treffen, um tatbestandsmäßiges Verhalten abzuwenden. Die Effektivierung des Strafrechts einerseits und seine Implementation andererseits sind allerdings auseinanderzuhalten – insbesondere Compliance-Maßnahmen der Verbände und Unternehmen können letztere nur begrenzt und unter erheblichen Opportunitätskosten für die individuelle Handlungsfreiheit der adressierten Akteure und der anderen Marktteilnehmer erreichen.

### 3. Alternativen zur bisherigen Normimplementation?

Soll dieser problematische Befund zugleich ein konstruktives Misstrauensvotum beinhalten, so sind Alternativen aufzuzeigen, wie diesem Missstand abgeholfen werden könnte. Hierfür erscheinen neue Ansätze unverzichtbar, die eine steuerungstheoretische Perspektive auf das Strafrecht einnehmen, um zum einen die fehlende staatliche Implementation neuen Strafrechts und zum anderen die deutlich nachteiligen Effekte der derzeit vorherrschenden Formen der Selbstregulierung und „Ko-Regulierung“ zu überwinden.

Hierbei könnten Anleihen aus der „Neuen Verwaltungswissenschaft“ erwogen werden, die sich an der Wirkungsdimension des Rechts („Folgenorientierung“) und seiner Problemlösungsfähigkeit orientiert. Ein erster gangbarer

Weg könnte darin bestehen, in Anlehnung an § 331 Abs. 3 StGB die Möglichkeit von Genehmigungen durch die für die jeweiligen (zahn-)ärztlichen Berufsträger zuständigen Kammern zu schaffen und strafbefreiend wirken zu lassen.<sup>205</sup> Neben dem zusätzlichen Verwaltungsaufwand<sup>206</sup> birgt dieser Lösungsvorschlag allerdings die Gefahr einer uneinheitlichen Genehmigungspraxis in sich.

Die Alternative, ein Genehmigungsverfahren (inklusive einer anonymisierten Publikation der für unbedenklich erklärten Ansinnen) für bestimmte Kooperationspraktiken oder -vorhaben bei einer Bundes(ober)behörde zu bündeln (hier könnte die Genehmigungstätigkeit des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle als Vorbild dienen), würde Probleme im Hinblick auf die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen für das Gesundheitswesen aufwerfen.<sup>207</sup>

Eine ebenfalls unbefriedigend uneinheitliche, doch immerhin der Orientierung und Implementierung dienende Maßnahme könnte darin bestehen, instruktiv begründete staatsanwaltliche Abschlussentscheidungen – insbesondere solche der zuständigen Schwerpunktstaatsanwaltschaften<sup>208</sup> – sowie Entscheidungen im Klageerzwingungsverfahren (§ 172 Abs. 1 StPO) in anonymisierter Form zu veröffentlichen.

Diese behelfsmäßigen Erwägungen belegen nur die (verfassungsrechtliche) Sonderlage des Strafrechts gegenüber anderen Teildisziplinen des Rechts, die auch die Implementierung seiner materiell-rechtlichen Normen erfasst. Dieses Gepräge ergibt sich nicht zuletzt aus der internen Spannungslage<sup>209</sup> zwischen den beiden Zwecken des strafrechtlichen Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsgrundsatzes gemäß Art. 103 Abs. 2, 104 GG.<sup>210</sup> Der Bürger muss zwar der Strafnorm entnehmen können, welche Handlungsverbote ihm auferlegt werden, doch verlangt ihm die Verfassung zur Wahrung des parlamentarischen Strafmonopols zugleich im Grundsatz ab, die Normkonkretisierung ohne Hilfe der weiteren Gewalten oder Privater allein zu verantworten. Das BVerfG hat dem Einzelnen – unter Beeinträchtigung der kompetenzwahrenden Funktion des Art. 103 Abs. 2 GG – inzwischen allein die Rechtsprechung der Strafgerichte an die Seite gestellt.<sup>211</sup>

<sup>205</sup> Zu entsprechenden, nicht aufgegriffenen Vorschlägen im Gesetzgebungsverfahren vgl. *Brettel/Duttge/Schuh*, JZ 2015, 929 (935); *Badle*, medstra 2015, 139 (140 f.); *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis*, WiJ 2015, 176 (193).

<sup>206</sup> *Brettel/Duttge/Schuh*, JZ 2015, 929 (935).

<sup>207</sup> Vgl. *T. Schröder*, NZWiSt 2015, 321 (333, 365).

<sup>208</sup> Vgl. *Badle*, medstra 2015, 139 (141).

<sup>209</sup> Dazu näher *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 103 Abs. 2 Rn. 108 ff. m.w.N.

<sup>210</sup> BVerfGE 25, 269 (285); 71, 108 (114); 87, 399 (411); 92, 1 (12); 105, 135 (153); *Dannecker*, in: LK (Fn. 1), § 1 Rn. 114, 179; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 103 Abs. 2 Rn. 77; *T. Schröder*, NZWiSt 2015, 321 (330).

<sup>211</sup> Der EuGH fordert im *Schenker-Urteil* (NJW 2013, 3083), dass die Normadressaten selbst Verantwortung übernehmen und sich nicht auf Rechtsgutachten ihrer Rechtsanwälte oder Entscheidungen der nationalen Gerichte zu unionsrechtlichen Fragen verlassen.

Diese Zumutung könnte den Preis eines Verfassungs- und Rechtsstaats darstellen.

Eine bis an die Verschmelzung reichende Annäherung von kooperativer Rechtssetzung und -anwendung erscheint für das Strafrecht kein gangbarer Weg zu sein. Anders als die anderen, zum Teil in diesem Beitrag erörterten Rechtsgebiete kann das materielle Strafrecht auch nicht darauf zurückgreifen, seine Normen im Verfahren näher auszugestalten. Die Verwaltung – oftmals in Verhandlungen mit dem Bürger im Rahmen des Ausgangs- und Widerspruchsverfahrens – formt das Recht im Verwaltungsverfahren näher aus; die nach wie vor wichtigste Handlungsform der Verwaltung, der Verwaltungsakt, besitzt eine Regelungsfunktion und Feststellungswirkung, ihm kommt formelle wie materielle Bestandskraft zu. Die dabei gegen eine steuerungswissenschaftliche Systembildung im Verwaltungsrecht (die überkommenen Regelungsansätze seien nur noch Grundmodelle einer Verwaltung, deren Gesetzesbindung und Legitimation Gegenstand „komplexer Prozesse“ sei<sup>212</sup>) aus rechtsstaatlicher Sicht vorgebrachten Einwände müssen indessen für das Strafrecht erst recht gelten.

Das Lauterkeitsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es in relativ kurzen kontradiktorischen Verfahren – oftmals im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes – zur Geltung gebracht wird und die Parteien die Grenzziehung lauterer Handelns im Wettbewerb durch die Initiierung streitiger Verfahren selbst mitgestalten. Dabei können die Marktteilnehmer ungeachtet der nicht zu verharmlosenden Rechtsfolgen einer Feststellung unlauteren und damit wettbewerbswidrigen Handelns durch die Wettbewerbskammer die Normkonkretisierung qua Rechtsstreit eher tolerieren als für ein Rechtsgebiet, in dem die forensische Präzisierung tatbestandsmäßigen Handelns Freiheitsstrafen zur Folge haben kann.

Damit bleibt es für das Strafrecht bei einem Primat des Strafverfassungsrechts und der Notwendigkeit, den spezifisch strafrechtlichen Problemen und Besonderheiten Rechnung zu tragen, insbesondere die Vorhersehbarkeit für den Bürger ernst zu nehmen, Normkonkretisierungen durch den Gesetzgeber vorzunehmen und allenfalls Konkretisierungsakte der Rechtsprechung anzuerkennen. Diese muss damit aber die hierfür notwendigen Ressourcen erhalten, damit sie ihren zur Normimplementation wesentlichen Beitrag leisten kann und nicht auf eine rechtsstaatlich bedenkliche (wenn auch für die Staatskasse mitunter lukrative) Verständigungspraxis ausweichen muss.

---

<sup>212</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 12), 1. Kap. B. Rn. 33.