

AUSGABE 11/2020

S. 488 - 521

15. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Anmerkungen eines Rezensenten
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen 488

Deutsche juristische Promotionsverfahren und allgemeine wissenschaftliche Standards
Von Univ. Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg 496

**Schuldloses Unrecht im Kontext der Teilnahmevorschriften
Erwiderung auf Falcone, ZIS 2020, 212: Renaissance der strengen – sog. extremen – Akzessorietät**
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück 498

Europäisches Strafrecht

**Das Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls
Auswirkungen auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung?**
Von Wiss. Mitarbeiter Kostja Peters, Marburg 508

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

Filip Vojta, Imprisonment for International Crimes: An Interdisciplinary Analysis of the ICTY Sentence Enforcement Practice, 2020
(Prof. Dr. Frank Neubacher, M.A., Köln) 519

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 Dennis Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Veronika Schmidt

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Anmerkungen eines Rezensenten

Von Prof. Dr. Dr. h.c. **Lothar Kuhlen**, Mannheim

Meine in ZIS 2020, 327, erschienene Rezension einer Dissertation über die Auslandsbestechung hat erhebliche Resonanz gefunden. Im Oktober erschien anlässlich der Rezension eine ZIS-Sonderausgabe. Bereits zuvor waren mir zahlreiche Stellungnahmen zu ihr zugegangen. In diesem Beitrag möchte ich zunächst (unter I.) schildern, wie es zur Veröffentlichung der Buchbesprechung in der ZIS kam. Sodann werde ich (unter II.) über die an mich adressierten Stellungnahmen berichten und einige an sie anknüpfende Überlegungen vortragen. Auf diesen Abschnitt, der mir am wichtigsten ist, folgen (unter III.) einige Anmerkungen zur Sonderausgabe der ZIS.

I. Entstehung der Rezension

Die Besprechung der Arbeit über die Auslandsbestechung habe ich, ohne sie zu kennen, auf Anfrage des zuständigen Redakteurs Ende April 2020 für Goltdammer's Archiv übernommen. Ich habe die Dissertation mit wachsendem Befremden gelesen und war sehr überrascht, als mir der Verlag auf meine Anfrage mitteilte, sie sei von beiden Gutachtern mit *summa cum laude* bewertet worden. Ich habe diesen dann die Frage gestellt, ob ihnen denn nicht die zahlreichen sprachlichen Mängel der Arbeit aufgefallen seien. Der Erstgutachter hat mir mitgeteilt, er habe derartige Mängel moniert. Da mir diese Auskunft, wie in der Rezension unter V. ausgeführt, nicht zufriedenstellend erschien, stand ich vor der Entscheidung, entweder eine sehr kritische oder aber gar keine Besprechung der Arbeit zu schreiben.

Ich entschied mich für ersteres, weil ich der Auffassung war, die Dissertation und ihre Bewertung seien Ausdruck allgemeinerer Probleme der deutschen Strafrechtswissenschaft. Dass der dann verfasste Text für die Autorin und die Gutachter wenig erfreulich war und auch mir selbst Kritik eintragen würde, war mir klar. Weil ich mich über die Arbeit und ihre Bewertung sehr geärgert hatte und weil man sich in einer solchen Situation leicht verrennt und vielleicht Dinge schreibt, die man später bereut, bat ich einen Kollegen, auf dessen Urteil ich viel gebe, um eine kritische Einschätzung des Textes. Er bestärkte mich nachdrücklich in der Entscheidung, ihn zu veröffentlichen.¹

¹ Er wies mich übrigens darauf hin, dass mein Monitum, die Dissertation berücksichtige nicht meine Kommentierung des § 335a StGB, als Ausdruck gekränkter Professoreneitelkeit gedeutet und gegen mich verwendet werden könnte (was auf Twitter auch geschehen ist). Ich habe dieses Monitum dennoch nicht gestrichen, weil der Nomos Kommentar alsbald nach Einführung des § 335a StGB erschienen ist und eine der Verfasserin leicht zugängliche ausführliche Analyse der Vorschrift sowie Kritik an einer der wichtigsten Thesen der Dissertation enthält. Ich hielt es deshalb für angezeigt, die Leser über diesen sachlich belangvollen Einwand zu informieren, obwohl der übergangene Beitrag zufällig von mir stammt. Was den persönlichen Aspekt betrifft, hatte ich zudem die Hoffnung, dass nach der Lektüre der Rezension doch wohl niemand glauben würde, ich empfinde es als persönliche

Auch der Redakteur, dem ich die Rezension daraufhin im Juni übersandte, äußerte sich stark zustimmend und setzte sich für ihre Publikation in GA ein. Da sie für den Rezensentensteil zu umfangreich war,² kam allerdings nur eine Aufnahme als Abhandlung in Betracht. Der dafür zuständige Schriftleiter bot eine Veröffentlichung in GA an, jedoch erst im Märzheft des Jahres 2021, also neun Monate später. Das erschien mir aus verschiedenen Gründen für diesen Beitrag als völlig unangemessen. Die Begründung – eine Publikation im November 2020 sei erwogen worden, wegen protokollarischer Bedenken aber ausgeschlossen, weil das Novemberheft der Gratulation zum 70. Geburtstag eines Kollegen gewidmet sei – überzeugte mich ebenfalls nicht.

Ich richtete deshalb eine entsprechende Anfrage an die Juristenzeitung. Dass ich von dort, außer einer Empfangsbestätigung, zwei Wochen lang keine Antwort bekam, deutete ich als Zeichen fehlenden Interesses – wohl vorschnell, denn einige Tage später erhielt ich eine E-Mail des zuständigen Redakteurs, der eine Publikation in der JZ für wünschenswert erklärte, aber intern noch Abstimmungsbedarf sah.

Zu diesem Zeitpunkt war ich allerdings schon mit der ZIS darüber einig geworden, dass die Rezension dort erscheinen solle. Meine Anfrage erfolgte am 7.7.2020, die Veröffentlichung – nach einer sehr professionell durchgeführten Korrektur – am 15.7.2020. Zwischen diesem Prozedere und dem Vorschlag, mit einer Publikation neun Monate zuzuwarten, liegen Welten. Dass der Abstand einer traditionellen Zeitschrift wie GA zu einer Online-Zeitschrift wie der ZIS so groß ist, muss auch nicht sein – aber das nur am Rande.

II. An den Rezensenten gerichtete Stellungnahmen

1. In den ersten Wochen nach Erscheinen der Rezension³ erreichten mich 19 schriftliche Stellungnahmen. Zwei waren ablehnend, 17 zustimmend. Zusammen mit den schon vor der Veröffentlichung mir gegenüber erfolgten Reaktionen ergibt das 24 Stellungnahmen, von denen sich 22 zustimmend äußern. Weiterhin wurde mir von anderen die Rezension begrüßenden Voten aus dem Kollegenkreis berichtet, ebenso darüber, dass sie wegen ihrer Deutlichkeit auf Kritik gestoßen sei. Da es hier nicht um einen demoskopischen Befund geht, belasse ich es bei der Feststellung, dass ich weit überwiegend zustimmende Stellungnahmen erhalten habe.

Zumeist stammen die Zuschriften von Strafrechtswissenschaftlern (männlichen wie weiblichen Geschlechts); drei von ihnen sind an ausländischen Universitäten (in Spanien und Lateinamerika) tätig. Daneben haben sich Kollegen aus dem Öffentlichen Recht und aus dem Zivilrecht sowie zwei (pro-

Kränkung, in der kritisierten Arbeit nicht gebührend gewürdigt zu werden.

² Sie umfasst (mit Leerzeichen) über 50.000 Zeichen. Die mir im April mitgeteilte, für derartige Rezensionen übliche, Vorgabe des Redakteurs lautete: „Bis zu 12.000 Zeichen und Zeit bis 11/2020“.

³ Des näheren vom 15.7.2020 bis zum 18.8.2020.

movierte) juristische „Praktiker“ geäußert. Viele Zuschriften sind in einer Art und Weise formuliert, die mich überrascht und mir gezeigt hat, dass die in der Rezension angesprochenen Probleme der gegenwärtigen deutschen Strafrechtswissenschaft nicht nur von mir als gravierend betrachtet (und auch in anderen rechtswissenschaftlichen Fächern als solche wahrgenommen) werden.

So wird betont, der Beitrag sei „extrem wichtig“, „unbedingt notwendig“ bzw. „in grundsätzlicher Hinsicht überfällig“, weil er auf einen „verbreiteten Missstand“ und eine weit über den Einzelfall hinausgehende „Korrumpierung der Maßstäbe“ bzw. eine „erschreckende Entwicklung“ aufmerksam mache, für die die rezensierte Arbeit nur ein Symptom sei. Mehrfach findet sich die Formulierung, meine Ausführungen, insbesondere zur wünschenswerten Verständlichkeit und Klarheit rechtswissenschaftlicher Publikationen, seien dem Verfasser einer Stellungnahme „aus der Seele gesprochen“. Und viele Zuschriften beschränken sich nicht auf eine mehr oder weniger spezifizierte Zustimmung, sondern bedanken sich ausdrücklich und teilweise emphatisch für den Entschluss, die Rezension zu veröffentlichen.

Da ich keinerlei Neigung zu persönlich verletzender Kritik habe, hat es mich besonders gefreut, dass mir mehrfach unaufgefordert bescheinigt wird, ich sei darum bemüht gewesen, die sachlich gebotene Kritik an der Arbeit und den Gutachtern so schonend wie möglich, nämlich „ohne Häme“ oder „unnötige Bissigkeit“, ohne „unnötig ins Persönliche zu gehen“ sowie im „Tonfall [...] keineswegs unkollegial“, zu formulieren. Ein Kollege fügt freilich seinem Urteil, ihn beeindrucke „das intensive Bemühen darum, sachlich berechtigte Kritik zu üben, ohne jemanden zu diffamieren“, die zweifellos zutreffende Bemerkung an, die Verfasserin der Dissertation und die Gutachter seien „sicher nicht erbaut gewesen“.

Alle mir zugegangenen Stellungnahmen beziehen sich nicht auf spezielle Fragen der Auslandsbestechung, sondern auf die in meinem Text angesprochenen allgemeineren Probleme, vor allem also auf dessen Abschnitte III.–V. Dabei lassen sich drei Themen unterscheiden: Standards der rechtswissenschaftlichen Argumentation, Betreuung und Bewertung juristischer Dissertationen sowie die Rolle von Rezensionen in der Rechtswissenschaft.⁴

2. Mehrfach werden die in Abschnitt III. der Rezension thematisierten Fragen der *rechtswissenschaftlichen Argumentation* (Verständlichkeit, Wichtigtuerei, Problembezug) angesprochen. Die Äußerungen dazu beziehen sich nicht, oder doch nicht in erster Linie, auf die rezensierte Dissertation, sondern resümieren in prägnanter Form anderweit gemachte Lektüreerfahrungen. Formulierungen wie „unnötige Fremdworthuberei“, „Pfauengelehrsamkeit“, „drittmittelgestähltes Blabla“ oder die Aussage „Dies ist eine Zeit für Klugschwätzer und Klugschwätzerinnen“ können und sollen begründete

⁴ Meine folgenden Anmerkungen zu diesen Themen beschränken sich, so gut es geht, auf allgemeine Fragen. Was die Beurteilung der konkreten Dissertation angeht, glaube ich, meine Aufgabe als Rezensent durch die Besprechung erfüllt zu haben.

Urteile nicht ersetzen, vermitteln aber dem Zeitgenossen doch einen gewissen Eindruck von einem akademisch erfolgreichen Typus der juristischen Literatur, der offensichtlich nicht nur auf mich frustrierend wirkt.

Starke Resonanz hat die Auflistung sprachlicher Mängel im Abschnitt IV. der Rezension gefunden. Eine Kollegin vermutet zwar, man werde mir deswegen „Pedanterie“ vorwerfen (und fährt fort: „Aber wer mit der Sprache unsorgfältig umgeht, der geht auch mit dem Denken unsorgfältig um“). Diesen Vorwurf könnte jedoch nur erheben, wer die angeführten Fehler für „Flüchtigkeitsfehler“ oder „nicht optimale Formulierungen“ hält, wie sie in einer längeren Arbeit nun einmal vorkommen können. Diese Auffassung wird lediglich in einer Stellungnahme vertreten, die zugleich der Rezension vorwirft, sie sei „vernichtend“.⁵ In meiner Antwort habe ich darauf hingewiesen, dass die Aufzählung der Fehler, wenn es sich wirklich nur um Flüchtigkeitsfehler und suboptimale Formulierungen handelt, keine „vernichtende“ Kritik sei, sondern lediglich die Beckmesserei des Rezensenten belege.

Die mir zugegangenen zustimmenden Äußerungen scheinen allerdings, ebenso wie ich selbst, die aufgezählten sprachlichen Fehler nicht als Bagatelle einzustufen. So lautet ein Urteil: „Die aufgelisteten sprachlichen Fehler [...] sind in ihrer Fülle unglaublich. Sie sprechen für sich“. Gravierende sprachliche Probleme von Mitarbeitern und Doktoranden machen offenbar vielen Kollegen zu schaffen. Dem Redakteur einer juristischen Zeitschrift ist mit Blick auf die sprachliche Gestaltung zur Veröffentlichung eingereicherter Beiträge „der strafrechtliche Nachwuchs“ besonders negativ aufgefallen (unter anderem durch eine Neigung zu „verschwurbelten Formulierungen“). In einer anderen Stellungnahme heißt es dagegen: „Das von Ihnen beschriebene Phänomen des Verfalls sprachlicher Standards beobachte ich auch in meinem Arbeitsbereich des öffentlichen Rechts. Selbst ansonsten gut ausgewiesene Mitarbeiter haben Schwierigkeiten, ihre Gedanken geordnet und angemessen zu Papier zu bringen.“

Nun gibt es nach meiner Erfahrung nach wie vor eine ganze Reihe jüngerer Juristen,⁶ die sprachlich durchaus befähigt sind, ihre Gedanken präzise und verständlich auszudrücken. Es kommt allerdings darauf an, ihnen zu vermitteln, wie wichtig das auch und gerade in der Rechtswissenschaft ist. Die Betreuung von Doktorarbeiten und die Beurteilung anderer schriftlicher Ausarbeitungen von Lehrstuhlmitarbeitern bieten dafür ausgezeichnete Möglichkeiten (deren Nutzung freilich Zeit kostet). Ich finde es deshalb erfreulich, dass mehrere Stellungnahmen die in der Rezension enthaltenen sprachlichen Beanstandungen und Hinweise als wertvolle

⁵ Die Stellungnahme stammt von Frau *Hörnle*, die ihre Auffassung in ZIS 2020, 468, bekräftigt und mit zusätzlichen Argumenten begründet hat. Vgl. dazu unten III. 2.

⁶ Das umfasst wiederum (vgl. die einschlägige Anmerkung im Abschnitt III. 1. der Rezension) natürlich auch die Juristinnen. Schlimm, ich weiß, aber entgegen auf Twitter geäußerten (vermutlich unwiderleglichen) Vermutungen gewiss kein Zeichen von Frauenfeindlichkeit, sondern Ausdruck des Respekts und der Zuneigung, die ich für die deutsche Sprache empfinde.

(weil konkrete) Hilfe bei dem Versuch begrüßen, Doktoranden und Mitarbeiter zu einer angemessenen Formulierung dessen anzuhalten, was sie in ihren Texten sagen wollen.

3. Schockiert haben mich einige Äußerungen zur *Betreuung und Beurteilung von Dissertationen* in der heutigen deutschen Strafrechtswissenschaft. Eine Kollegin schreibt, sie habe „mehr und mehr das Gefühl, dass Doktorarbeiten einfach nur durchgewunken werden, ohne dass sie je jemand gelesen hätte“, und erklärt es für problematisch, dass Universitäten „Zielvereinbarungen mit Fakultäten schließen über eine Mindestanzahl an abgeschlossenen Promotionen“. Ein Kollege „möchte gar nicht wissen, wie viele Dissertationen außer ihren Verfassern niemand [vollständig] gelesen hat“.

Das sind erklärmaßen keine gerichtsfesten Beweise. Aber die Verfasser beider Zuschriften sind mir persönlich bekannt und ich habe keinen Anlass zu der Annahme, dass sie ihre Behauptungen bzw. Vermutungen einfach aus der Luft gegriffen hätten. Ich selbst wäre aufgrund meiner Erfahrungen als Erst- und Zweitkorrektor strafrechtlicher Doktorarbeiten in Mannheimer (und Heidelberger) Verfahren nicht auf die Idee gekommen, dass Gutachten zu juristischen Doktorarbeiten ohne deren gründliche Lektüre verfasst werden könnten. Und da ich alles andere als ein Fachmann für Promotionsfragen bin, muss ich gestehen, dass ich von der Existenz solcher Zielvereinbarungen bislang nichts wusste. Dass mit ihnen fatale Anreize gesetzt werden („mehr Masse als Klasse“), kann man aber doch auch ohne Spezialwissen leicht erkennen.⁷

Wenn – wie es anscheinend nicht nur in singulären Ausnahmefällen vorkommt – Doktorarbeiten von den Gutachtern, sagen wir einmal: nur flüchtig gelesen werden, so führt das unmittelbar zu der Frage, wie diese Arbeiten denn bewertet werden sollen. Naheliegender scheint mir eine pauschale Verschiebung der Noten in den Bereich der obersten Notenstufen magna und summa cum laude zu sein. Denn so tut man allen unmittelbar Beteiligten einen Gefallen und kann in ökonomischer, weil Zeit sparender, Weise Sympathien erwerben, ohne die Kritik befürchten zu müssen, die man bei einer gegenläufigen Pauschalierung zu gewärtigen hätte. Ganz unrealistisch scheint diese Hypothese nicht zu sein. Eine Kollegin hat mir in einem Telefongespräch über die Rezension erklärt, bei einem bestimmten Gutachter sei summa cum laude die Standardnote. Ihr selbst sei, als sie eine von ihr als gute Leistung eingestufte Dissertation mit cum laude bewerten wollte, bedeutet worden, diese Benotung sei ein Affront, den die Verfasserin der Arbeit doch wohl nicht verdiene.

In der Rezension habe ich es als Verletzung einer Dienstpflicht bezeichnet, eine Dissertation ohne gründliche Lektüre mit summa cum laude zu bewerten. Dabei habe ich vor allem

darin gedacht, dass durch eine solche Beurteilung die allgemeinen Standards wissenschaftlichen Argumentierens in der Rechtswissenschaft gefährdet werden. Einige Stellungnahmen zur Rezension betonen m.E. zu Recht, dass ungerechtfertigte Höchstbewertungen noch aus einem anderen und nicht weniger wichtigen Grund pflichtwidrig sind. Sie verschaffen nämlich denjenigen, deren Arbeiten zu gut beurteilt werden, einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber denen, deren Arbeiten angemessen und damit strenger bewertet werden. Ebenso wie die zunächst so menschenfreundlich wirkende übertrieben gute Beurteilung einer Dissertation trifft diese vor allem für die akademische Laufbahn relevante Benachteiligung konkrete Einzelpersonen, die im Zweifel nicht weniger sympathisch sind als die bevorzugten.

Natürlich stellt sich dieses Problem nicht mehr, wenn alle Gutachter die Höchstnote summa cum laude als Ausgangswert nehmen, von dem nur in begründeten Ausnahmefällen und allenfalls – für besonders dürftige Leistungen – bis zum Prädikat cum laude abzuweichen ist. Aber das entspräche weder den juristischen Promotionsordnungen, die eine breitere und doch offensichtlich auf Ausschöpfung angelegte Notenskala vorsehen,⁸ noch der bisher dominierenden Praxis (d.h. nach der Formulierung einer Zuschrift: der Praxis, der „die meisten, nämlich die redlich Bemühten“ folgen). Auch in absehbarer Zukunft wird es dazu schwerlich kommen. Es wäre jedenfalls ebenso fatal wie merkwürdig, wenn sich ausgerechnet die Juristen, die mehrheitlich so stolz auf die strengen und deshalb vergleichsweise aussagekräftigen juristischen Examensnoten sind, an einer Inflationierung der Höchstnoten für Dissertationen auf breiter Front beteiligen würden. Die Benachteiligung der angemessen Beurteilten bildet damit bis auf weiteres einen zentralen Einwand gegen die übertrieben gute Benotung juristischer Dissertationen.

4. Von besonderem Interesse waren für mich natürlich die Äußerungen zur rechtswissenschaftlichen *Rezensionskultur*. Ich beginne mit zwei Aussagen zu deren tatsächlicher Verfasserung. Sie stammen aus berufenem Munde, nämlich von Redakteuren juristischer Fachzeitschriften, die aufgrund dieser Funktion einen besonders guten Einblick in die Rezensionspraxis haben. Bei dem einen heißt es: „Ein Beispiel: Ich bekomme, nach mehreren Erinnerungsschreiben ohne Antwort, einen Anruf; im Gespräch teilt mir der Kollege mit, er wolle dem Autor der Arbeit nicht seine Zukunft verbauen, wolle deshalb von einer Rezension absehen.“ Der andere schreibt: „Ich persönlich ärgere mich über Aussagen wie die, dass man lieber keine Rezension schreibt, wenn diese ansonsten allzu kritisch ausfallen müsste“.

⁷ Historisch instruktiv zu den Folgen derartiger Anreize für das Promotionswesen *Hattenhauer*, FAZ v. 8.10.2020, S. 6. Vgl. auch die Anekdote (über den Dadaisten Walter Serner, der 1913 mit einem eindeutigen Plagiat an der Universität Greifswald, die „in dieser Zeit aus dem Promovieren ein Geschäft und es deshalb den Promovenden leicht“ machte, zum „doctor iuris utriusque“ promoviert wurde) bei *Mosbacher*, NJW 2020, 725 (726).

⁸ In Mannheim etwa steht nach § 12 Abs. 3 der Promotionsordnung „zur Erlangung des Doktorgrades der Rechte“ (übrigens kein sprachliches Meisterstück!) das Prädikat rite für eine ausreichende, satis bene für eine befriedigende, cum laude für eine gute, magna cum laude für eine sehr gute und summa cum laude für eine ausgezeichnete Leistung. Und schon um als ausreichend eingestuft zu werden, muss eine Dissertation „eine selbständige, vertiefte, die Rechtswissenschaft fördernde und der Veröffentlichung würdige Arbeit sein“ (§ 1 Abs. 2 der Promotionsordnung).

a) Ich entnehme diesen Aussagen, dass es einer unter potentiellen Rezensenten offenbar verbreiteten Maxime entspricht, als besonders schwach eingestufte Arbeiten nicht zu besprechen, und dies auch dann, wenn man die Rezension des entsprechenden Werks bereits übernommen hat. Da die von mir verfasste Rezension mit dieser Maxime augenscheinlich nicht verträglich ist, möchte ich einige Anmerkungen dazu machen, ob sie sich rechtfertigen lässt. Ich beschränke mich dabei auf die Rezension juristischer Qualifikationsschriften, insbesondere also von Dissertationen, weil bei diesen der Wunsch, den Verfassern nicht die „Zukunft zu verbauen“, besonders nachvollziehbar ist.

Anerkennung verdient zunächst, dass die so konkretisierte Maxime einer Anforderung genügt, die ich als konsentiert betrachte: Eine Rezension muss nicht nur gegenüber dem Autor des besprochenen Werks fair, sondern auch gegenüber ihrem Leser ehrlich sein. Es ist deshalb besser, auf eine Rezension ganz zu verzichten, als ein der Überzeugung des Rezensenten widersprechendes Lob zu erteilen. Allerdings liegt auf der Hand, dass der Verzicht auf die Besprechung stark kritikwürdiger Dissertationen das kritische Potential der Rezension als einer Gattung der rechtswissenschaftlichen Literatur erheblich schwächt.

Das könnte noch hinnehmbar sein, wenn man davon ausgehen dürfte, dass die erforderliche Qualitätskontrolle ja durch eine sorgfältige und kritische Begutachtung und Bewertung der Dissertationen erfolge. Das erscheint jedoch, wie dargelegt, als zweifelhaft. Soweit aber Doktorarbeiten von den Gutachtern übertrieben gut bewertet werden, führt die erörterte Maxime dazu, dass sich ein Bereich als hervorragend eingestuft und gleichsam unter Artenschutz gestellter Arbeiten bildet, für den die Devise gilt: „Too bad to fail“. Das halte ich für nicht akzeptabel und zwar wiederum nicht allein mit Blick auf die allgemeinen Standards rechtswissenschaftlichen Argumentierens, sondern auch wegen der damit verbundenen Benachteiligung konkreter Personen.

b) Natürlich bleibt es unangenehm, überbewertete Dissertationen zu kritisieren,⁹ und es gibt nachvollziehbare Gründe, es zu unterlassen. Dazu zählt neben der „intuitiven Parteinahme für den Schwächeren“¹⁰ die Rücksichtnahme auf Kollegen, mit denen man längerfristig zu tun hat.¹¹ Auch das persönliche Interesse des Rezensenten, den die gründliche Lektüre einer guten Arbeit fachlich bereichert und so für die Mühe des Rezensierens entlohnt, halte ich für einen durchaus vertretbaren Grund, sich diese Mühe bei weniger ertragreichen Werken zu ersparen. Ich gehe deshalb nicht davon aus, dass meine Überlegungen diejenigen, die der diskutierten

Maxime bisher gefolgt sind, zu einer Änderung ihrer Praxis veranlassen werden – missionarische Bestrebungen liegen mir denkbar fern. Aber es wäre schon viel gewonnen, wenn diejenigen, die anders handeln, nicht mit der – m.E. durchaus unberechtigten – moralischen Kritik rechnen müssten, ihre Rezension sei zwar sachlich zutreffend und fair vorgetragen, aber doch anstößig oder zumindest wenig vornehm, weil sie dem Verfasser des kritisierten Werks die berufliche Zukunft verbaue.

Mir gegenüber hat eine derartige Kritik ein Rechtsanwalt geäußert, der mir mögliche persönliche Folgen der Rezension für die Autorin in drastischer Form vor Augen stellte und aus ihnen folgerte, ich hätte meine Kritik nicht als Rezension veröffentlichen dürfen, sondern lediglich der Verfasserin und den Gutachtern zur Kenntnis bringen und meine „berechtigten Anliegen“ allenfalls „in einem allgemein gefassten Beitrag“ schildern sollen. Obwohl er einräumte, es möge sein, dass die „Kritik der Sache nach berechtigt ist“, empfahl er mir deshalb, mich „in aller Form“ bei der Verfasserin und den Gutachtern „zu entschuldigen“. Ich bin dieser Empfehlung nicht gefolgt, sondern habe meinen Kritiker darauf hingewiesen, dass ich die Aufgabe eines Rezensenten anders auffasse und zudem die Vorstellung, wegen einer sachlich berechtigten Kritik die Autorin oder gar die Gutachter um Entschuldigung zu bitten, für absurd halte.

c) Da der Hinweis auf negative Konsequenzen einer kritischen Rezension für den Autor des kritisierten Werks in diesem Zusammenhang eine zentrale Rolle spielt, möchte ich auch zu ihm etwas sagen. Ich stelle die Bemerkung voran, dass in einer akademischen Disziplin, die den Begriff „Wissenschaft“ in ihrem Namen trägt, die Vorstellung, der Verfasser einer sachlich zutreffenden (oder doch von ihm nach sorgfältiger Prüfung für zutreffend gehaltenen¹²) und fair vorgetragenen Kritik müsse sich für Folgen, die diese für die Karriere des Kritisierten haben könnte, rechtfertigen (oder entschuldigen), eigentlich einhellig als abwegig betrachtet werden sollte. Dass es sich tatsächlich anders verhält, wirft kein gutes Licht auf den Zustand dieser Disziplin.

Ich beginne mit einem Konsistenzargument. Die meisten, die juristische Dissertationen begutachten, sind auch an Prüfungen im Rahmen des Jurastudiums beteiligt und insbesondere mit der Korrektur von Examensklausuren befasst. Ich z.B. habe in meiner mehr als dreißigjährigen Tätigkeit als Prüfer im ersten Staatsexamen Hunderte von Strafrechtssklausuren als mangelhaft bewertet und so dazu beigetragen, dass mehrere Hundert Examenskandidaten das erste Staatsexamen nicht bestanden haben. Das war für die Betroffenen sicherlich eine sehr unangenehme, und für manche bestimmt auch eine nur schwer zu verarbeitende, Erfahrung. Und es hat vielen eine juristische Laufbahn erschwert und manchen diese auch endgültig „verbaut“. Ich habe dies immer als unerfreulichen Aspekt meines Berufs empfunden, bin deswegen aber nie

⁹ Es wäre für alle Beteiligten bei weitem besser, wenn die gebotene Kritik bereits vor Einreichung einer Dissertation durch den Betreuer erfolgen würde und deshalb nicht vom Rezensenten nachgeholt werden müsste. Aber darauf hat man, wenn man eine Rezension übernimmt, keinen Einfluss mehr.

¹⁰ So *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

¹¹ Es ist ja vielleicht kein Zufall, dass die Rezension, die den Anlass für diese Erwägungen bietet, von einem Pensionär geschrieben wurde.

¹² Diese Einschränkung ist nötig, weil natürlich Wissenschaftler beim Schreiben einer Rezension ebenso wenig unfehlbar sind wie beim Verfassen anderer wissenschaftlicher Texte.

moralisch kritisiert worden und würde eine solche Kritik auch zurückweisen.

Vergleicht man damit die Belastung, die sich für die Betroffenen aus der kritischen Rezension einer zu gut bewerteten Dissertation ergibt, so scheint mir diese jedenfalls nicht größer zu sein. Die kritisierten Gutachter haben sich die Kritik voraussetzungsgemäß durch eine übertrieben gute Bewertung selbst zugezogen und sollten, im Zweifel als beamtete Hochschullehrer, in der Lage sein, damit umzugehen. Stärker fällt die verständliche Enttäuschung des kritisierten Autors ins Gewicht. Aber wer eine Dissertation veröffentlicht, muss als erwachsene Person damit rechnen, dass die Arbeit in der Fachöffentlichkeit einer sachlich vertretbaren und fair vorgebrachten Kritik unterzogen wird. Selbst wenn diese Kritik so deutlich und überzeugend ausfällt, dass sie die Chance des Kritisierten auf eine akademische Laufbahn verringert oder gar „vernichtet“, bleibt diesem ein für andere juristische Berufe wertvoller Titel. Dass die Dissertation, die zur Verleihung dieses Titels geführt hat, in einer Fachzeitschrift mehr oder weniger scharf kritisiert wurde, dürfte außerhalb der akademischen Sphäre ebenso wenig eine Rolle spielen wie der Umstand, dass die Arbeit übertrieben gut bewertet wurde.

Des Weiteren ist durchaus fraglich, ob die kritische Rezension einer Dissertation deren Verfasser auch nur eine akademische Laufbahn wirklich „verbaut“. So mag es im Einzelfall sein, und vielleicht ist das ja nicht immer die schlechteste Lösung. Vielleicht kommt es aber auch anders. Wird die Rezension an einer für wissenschaftliche Publikationen üblichen Stelle (in der Regel also in einer Fachzeitschrift) veröffentlicht, können andere Wissenschaftler sie ihrerseits kritisieren und damit ihre Wirkung aufheben oder mindern.¹³ Wird die in einer Rezension geübte Kritik als sachlich unberechtigt oder überzogen, der Verfasser der Dissertation damit als deren Opfer betrachtet, könnte das einer akademischen Karriere sogar förderlich sein.¹⁴ Und wo steht eigentlich geschrieben, dass ein junger Mensch die Kritik an seiner Doktorarbeit nicht akzeptieren und beim Verfassen einer Habilitationsschrift beherzigen kann?

Über all diese möglichen Verläufe könnte derjenige, der eine Rezension übernommen hat, allenfalls spekulieren. Ich finde, dass man Rezensenten, die Anlass zu deutlicher Kritik an einer Dissertation sehen, mit einer Obliegenheit zu derartigen Spekulationen ebenso wenig belasten darf, wie man dies bei Korrektoren juristischer Examensarbeiten tut. Meines Erachtens genügt ein Rezensent der ihn treffenden Pflicht bereits dann, wenn er eine Dissertation oder sonstige Arbeit auf der Basis einer gründlichen Lektüre sachlich vertretbar und fair beurteilt. Und er genügt ihr auch mit einer scharfen

¹³ Meiner Rezension etwa ist mit *Tatjana Hörnle* eine renommierte und einflussreiche Strafrechtswissenschaftlerin entgegengetreten (dazu sogleich unter III. 2.). *Rotsch*, ZIS 2020, 481 Fn. 4, stuft (deswegen?) die Rezension als „kontrovers aufgenommenen Beitrag“ ein.

¹⁴ Und vielleicht genügt ja demnächst für die Zuschreibung der Opferrolle bereits der Umstand, dass die Kritik von einem alten weißen Mann stammt und sich gegen die Arbeit einer jungen Frau wendet.

Kritik besser als ein potentieller Rezensent, der die übernommene Besprechung aus Fürsorglichkeit oder Bequemlichkeit nicht veröffentlicht.

III. Die Sonderausgabe der ZIS

Die anlässlich der Rezension erschienene Sonderausgabe der ZIS enthält fünf Beiträge¹⁵. Nur zwei davon, nämlich die von *Hörnle* und *Schünemann*, gehen auf die Rezension ein, die anderen nehmen sie zum Anlass von Erwägungen, die überwiegend keinen spezifischen Bezug zu ihr aufweisen. Ich will das nicht kritisieren,¹⁶ finde diese Erwägungen zum Teil auch interessant, werde sie hier aber nicht erörtern. Vielmehr beschränke ich mich auf Anmerkungen zu den Stellungnahmen von *Schünemann* und *Hörnle*.

1. *Schünemann* thematisiert zunächst die in der Rezension geübte Kritik an der Dissertation über die Auslandsbestechung, nennt sodann mögliche Erklärungen für die übertrieben gute Bewertung juristischer Doktorarbeiten und schließt mit grundsätzlichen Erwägungen zur Strafrechtskultur, die sich in einen seit längerem etablierten Diskussionszusammenhang einfügen.¹⁷ Ich halte es nicht für angebracht, mich zu dieser Diskussion en passant zu äußern, und beschränke mich deshalb auf Anmerkungen zu *Schünemanns* Aussagen über die Rezension.

a) Anders als die bisher dargestellten Stellungnahmen äußert er sich auch zu den ersten Abschnitten, nach deren Abschluss ich „die Rezension eigentlich gerne beendet“ hätte.¹⁸ Er hält es für „etwas befremdlich“, dass die „zentrale wissenschaftliche These der Dissertation“¹⁹ „nur mit wenigen Bemerkungen gestreift wird.“²⁰ Letztere beschränkten sich zudem darauf, diese These als empirisch unplausibel zu kritisieren, ohne „ein die Gesetzgebung normativ eingrenzendes, naheliegender Weise auf der Ebene der Verfassung zu begründendes Prinzip“ zu nennen.²¹

Nun wird der Bezug der empirischen Kritik zu einem normativen Prinzip in der Rezension, stärker noch in den eigenen Arbeiten, auf die ich dort verweise, durchaus deutlich gemacht. Da der Schutz „der Integrität des öffentlichen Dienstes in allen Staaten dieser Erde [...] kein legitimer Zweck des § 335a StGB“ sei und die Annahme, es gehe um den Schutz der Integrität des deutschen öffentlichen Dienstes,

¹⁵ *Ambos*, ZIS 2020, 452; *Greco*, ZIS 2020, 463; *Hörnle*, ZIS 2020, 468; *Rotsch*, ZIS 2020, 471; *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

¹⁶ Sondern freue mich natürlich insbesondere über die Einstufung der Rezension als „Weckruf“, der „Anlass für eine aufrichtige Selbstkritik“ biete (so *Greco*, ZIS 2020, 463).

¹⁷ Diese Dreiteilung entspricht den Abschnitten I.–III. bei *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

¹⁸ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (330).

¹⁹ Wonach „die vom Korruptionsbekämpfungsgesetz 2015 angeordnete allgemeine Bestrafung der Bestechung ausländischer Amtsträger dadurch zu legitimieren [ist], dass hierin eine indirekte Gefährdung der Integrität der deutschen Verwaltung gesehen wird“ (*Schünemann*, ZIS 2020, 479).

²⁰ *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

²¹ *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

als empirisch völlig unplausibel ebenfalls ausscheide, sei die Vorschrift, „weil sie keinem legitimen Zweck dient, verfassungswidrig“.²² In einer Abhandlung über die Kriminalisierung der Auslandsbestechung wären diese knappen Bemerkungen zweifellos erheblich zu vertiefen. Auch wäre dort eine Auseinandersetzung mit der Kritik an der von mir vertretenen Auffassung erforderlich.²³

Beides begründet meines Erachtens aber keinen Einwand, da von einer Rezension eine vertiefte Diskussion der angesprochenen Sachprobleme ebenso wenig erwartet werden darf wie eine umfassende Darstellung der rezensierten Arbeit. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass die Rezension der Arbeit über die Auslandsbestechung ursprünglich für GA konzipiert war und dass bereits ihre beiden ersten Abschnitte den mir vorgegebenen Umfang²⁴ deutlich überschreiten.

b) Zum zweiten Teil der Rezension²⁵ heißt es bei *Schünemann*, es erscheine „auf den ersten Blick“ etwas befremdlich, dass sich meine Kritik „auf Formalien und vor allem sprachliche Mängel“ kapriziere.²⁶ Sein zweiter Blick ergibt freilich ein anderes Bild. „Bei genauerer Prüfung“ werde deutlich, dass „die sich auf grammatische und stilistische Fragen konzentrierende Kritik“ schon „bei den Mindestbedingungen ansetzt, die das Tor zum Eintritt in den wissenschaftlichen Diskurs markieren“.²⁷ Dieser Kritik stimmt *Schünemann* zu, etwa indem er auf die in der Rezension „im einzelnen belegte Kritik an dem heute so erfolgreichen Duktus“ verweist, „mit bombastischen Formulierungen Tiefsinn vorzugaukeln“.²⁸

Er teilt auch die Einschätzung, es handle sich bei der Rezension und ihrer Bewertung mit dem höchsten Prädikat nicht um einen Einzelfall, vielmehr bestehe „Grund zur Besorgnis“.²⁹ Zur Erklärung der von ihm angenommenen besorgniserregenden Entwicklung trägt er bedenkenwerte Überlegungen vor.³⁰

Diese sind hier nicht zu erörtern. Immerhin möchte ich anmerken, dass die im Titel von *Schünemanns* Beitrag³¹ verwendete plakative Wortschöpfung „Doktorgate“ jedenfalls nicht gebraucht werden sollte, um Argumentationsdefizite der in der Rezension kritisierten Art mit Plagiaten zusammenzufassen.³² Denn nur letztere sind (jedenfalls typischerweise)

bewusste Täuschungen und damit moralisch besonders anstößig.³³

2. Wichtigen Aussagen *Hörnles* stimme ich zu, insbesondere den allgemeinen über die Anforderungen an „gute wissenschaftliche Arbeiten“.³⁴ Das soll hier nicht im Einzelnen dargelegt werden. Ich möchte lediglich auf *Hörnles* Kritik an der Rezension eingehen.

a) Ihr Beitrag trägt den hübschen Titel „Plädoyer für einen behutsamen Umgang mit Kristallkugeln“. Dieser Titel bezieht sich auf den letzten Abschnitt der Rezension, in dem es heißt: „Ich befürchte, dass mir die Lektüre dieser Arbeit einen Blick in die Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft ermöglicht hat. Was ich gesehen habe, hat mir nicht gefallen. Aber als Kristallkugel war die Dissertation dann doch auch für den Rezensenten wertvoll.“³⁵

Hörnle sieht in der zitierten Äußerung die „markanteste Aussage“ der Rezension³⁶ und setzt sich mit ihr ernsthaft und kritisch auseinander. Ihr „Haupteinwand“ gegen diese Aussage und damit gegen die Rezension ist „ein methodischer“: „Systemkritik würde eine genauere Analyse des Status Quo erfordern, wofür eine entsprechend große Zahl an Qualifikationsschriften herangezogen werden müsste“, die „Idee, eine systematische, auf repräsentativen Daten beruhende Analyse durch eine einzelne, scharf kritische Buchrezension zu ersetzen“, sei „in mehrfacher Hinsicht problematisch“.³⁷

Diese Kritik beruht auf einem Missverständnis. Da ich – obwohl der „Herr der Ringe“ eines meiner Lieblingsbücher ist – nicht an die prognostische Kraft von Kristallkugeln glaube, ist der Satz der Rezension über die Kristallkugel ein ironischer Kommentar zu meinem eigenen, zwei Sätze zuvor erfolgten, Blick in die Zukunft. Wenn man ihn so versteht,³⁸ bringt er schon durch die Verwendung des Begriffs „Kristallkugel“ die Behutsamkeit im Umgang mit diesem Prognoseinstrument zum Ausdruck, für die *Hörnle* plädiert. Er macht nicht nur den „Vorbehalt fehlender empirischer Absicherung“ deutlich,³⁹ sondern auch, dass ich weder eine den Maßstäben empirischer Wissenschaft genügende Analyse des „Wissenschaftssystems“ noch eine entsprechende Prognose seiner Entwicklung beabsichtige. Und natürlich lässt er keinen Raum für die Vorstellung, dergleichen lasse sich durch eine Rezension „ersetzen“.

b) *Hörnles* wichtigstes Anliegen ist sicherlich, sich schützend vor die von ihr als Habilitandin betreute Verfasserin der

²² So *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (329), unter Verweis auf eigene Arbeiten, in denen das damit angesprochene Verhältnismäßigkeitsprinzip auch explizit genannt wird.

²³ Vgl. dazu *Schunck*, Die Legitimation des Verbotes der Amtsträgerkorruption im Ausland gem. § 335a StGB, 2020, S. 159 ff. mit weiteren Hinweisen.

²⁴ Vgl. oben Fn. 2.

²⁵ Also zu deren Abschnitten III.–V.

²⁶ *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

²⁷ *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

²⁸ *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

²⁹ *Schünemann*, ZIS 2020, 479 (480).

³⁰ *Schünemann*, ZIS 2020, 479 (480 ff.).

³¹ Und dann bei *Schünemann*, ZIS 2020, 479 (480), im Zusammenhang mit Plagiatsfällen „von Baron Gutenberg bis zu Franziska Giffey“.

³² Was bei *Schünemann* nicht explizit geschieht, durch seinen Text aber nahegelegt werden könnte.

³³ Auch wenn man unbewusste Plagiate begrifflich zulässt, bildet doch das vorsätzliche Plagiat den typischen Fall.

³⁴ Dazu *Hörnle*, ZIS 2020, 468 (469), mit dem berechtigten Hinweis, dass rechtswissenschaftliche Publikationen auch jenseits der Qualifikationsschriften diesen Anforderungen vielfach nicht genügen.

³⁵ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (335).

³⁶ *Hörnle*, ZIS 2020, 468.

³⁷ *Hörnle*, ZIS 2020, 468 (469).

³⁸ Was ich beim Verfassen der Rezension als selbstverständlich betrachtet habe und immer noch für sehr naheliegend halte.

³⁹ Um eine Formulierung von *Ambos*, ZIS 2020, 452 (454), aufzugreifen.

Dissertation zu stellen.⁴⁰ Ich finde das sympathisch und glaube, dass es mit der von mir geübten Kritik durchaus verträglich ist. Der Betreuer in einem Habilitationsverfahren hat eine andere Rolle als der Rezensent einer Dissertation. Nicht überzeugend finde ich allerdings, dass *Hörnle* ihre Habilitandin zu verteidigen versucht, indem sie die Mängel der Dissertation bagatellisiert.

c) So wendet sie sich dagegen, dass die Rezension die sprachliche Gestaltung der Dissertation als Desaster bezeichnet. Das sei „falsch“.⁴¹ „Die passendere Beschreibung wäre: Die Arbeit wurde nicht mehrfach Korrektur gelesen, was bei längeren Texten erforderlich ist. 30 grammatische und orthographische Flüchtigkeitsfehler auf knapp 300 Seiten Druckfassung sind zu beanstanden [...]“. Allerdings seien „sprachliche Beanstandungen in Relation zur inhaltlichen Bewertung [zu] setzen. Überzeugende Ideen sind viel wichtiger.“

Nach *Hörnle* enthält die Dissertation 30 bzw. „etwa 30“ sprachliche Fehler. Demgegenüber habe ich darauf hingewiesen, dass sich die Aufzählung derartiger Fehler⁴² „noch lange fortsetzen ließe“.⁴³ Das ist keine bloße Floskel, tatsächlich wird in der Rezension nicht einmal die Hälfte der sprachlichen Fehler angeführt, die mir aufgefallen sind.⁴⁴ Die Auffassung, es gehe dabei bloß um Flüchtigkeitsfehler, teile ich nicht, auch in den mir zugegangenen Stellungnahmen wird sie lediglich von *Hörnle* vertreten.⁴⁵ Richtig ist, dass die Aufzählung auch Flüchtigkeitsfehler enthält, in einem Fall stuft die Rezension selbst ein offenkundiges Versehen als derartigen Fehler ein.⁴⁶ Viele der monierten sprachlichen Fehler sind jedoch von anderem Kaliber.

Letztlich sind Zahl und Art der sprachlichen Mängel *Hörnle* zufolge für die Beurteilung einer rechtswissenschaftlichen Dissertation aber gar nicht entscheidend, denn „überzeugende Ideen“ seien „viel wichtiger“. Im Kontext einer Diskussion, die durch die Höchstbewertung einer Arbeit mit gravierenden sprachlichen Mängeln ausgelöst wurde, verringert diese Formulierung die Anforderungen an die sprachliche Qualität rechtswissenschaftlicher Arbeiten drastisch. Ich möchte dem entschieden widersprechen.⁴⁷ Natürlich gibt es keine überzeugenden rechtswissenschaftlichen Arbeiten ohne überzeugende Ideen. Aber für die wissenschaftliche Qualität dieser Arbeiten ist unverzichtbar, dass die Ideen auf einem gedanklichen Niveau formuliert und begründet werden, das

ohne ein entsprechendes sprachliches Niveau nicht erreichbar ist.

d) In der Rezension werden einige „klare *strafrechtliche Fehler*“ kritisiert.⁴⁸ *Hörnle* räumt ein, es handle sich dabei um „Fehler bzw. fehlende Präzision“; sie ließen „aber nicht auf fehlende Kenntnis des Strafrechts schließen“.⁴⁹ Ich könnte mich nun mit der Erwiderung begnügen, für meine Kritik seien allein die Fehler entscheidend, nicht dagegen, ob sie auf fehlender Kenntnis des Strafrechts oder anderen Ursachen beruhen.⁵⁰ Aber das würde *Hörnles* Ausführungen nicht gerecht. Deshalb will ich immerhin auf zwei der Fehler kurz eingehen.

Die Rezension kritisiert die Aussage, dass bei einem Irrtum über die Amtsträgereigenschaft, der den Vorsatz bestehen lässt, „allenfalls ein schuldausschließender Subsumtionsirrtum gem. § 17 StGB in Betracht kommt“. Sie zeige, „dass der *Verfasserin* der Unterschied zwischen Subsumtions- und Verbotsirrtum nicht geläufig ist“.⁵¹ *Hörnles* Kommentar lautet: „die Einordnung der in Fn. 1276 behandelten Situation als entweder Subsumtions- oder anderen Verbotsirrtum ist kompliziert und zeigt nicht, dass die *Verfasserin* den Unterschied von Subsumtions- und Verbotsirrtum als solchen nicht kenne“.⁵²

Nach heute wohl einhelliger Auffassung schließt ein bloßer Subsumtionsirrtum den Vorsatz nicht aus. Er kann zwar dazu führen, dass dem Handelnden die „Einsicht, Unrecht zu tun“ fehlt,⁵³ er also in einem Verbotsirrtum⁵⁴ handelt,⁵⁵ zwingend ist das jedoch nicht. Als solcher ist der Subsumtionsirrtum somit unbeachtlich. Wer z.B. einen fremden Hund vergiftet und dabei annimmt, der Hund sei (als Tier) keine Sache, begeht trotz dieses Subsumtionsirrtums eine vorsätzliche Sachbeschädigung und handelt, da ihm wohl kaum die Unrechtseinsicht fehlen wird, auch nicht in einem Verbotsirrtum.

Hiernach gibt es keinen „Subsumtionsirrtum gemäß § 17 StGB“,⁵⁶ sondern nur die Möglichkeit, dass ein Subsumtionsirrtum zu einem Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB führt.⁵⁷ Die Schwierigkeit, in Einzelfällen zwischen bloßem Subsumtions-

⁴⁰ Daneben spricht sie allerdings auch pro domo, denn die Dissertation sollte ja doch für die Entscheidung, deren Verfasserin als Habilitandin anzunehmen, eine wichtige Rolle gespielt haben.

⁴¹ So *Hörnle*, ZIS 2020, 468, wo sich auch die hier unter c) folgenden Zitate ihres Beitrags finden.

⁴² In der Rezension werden nach meiner Zählung 34 genannt.

⁴³ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (334).

⁴⁴ Um von den sonstigen sprachlichen Mängeln ganz zu schweigen.

⁴⁵ Vgl. oben II. 2.

⁴⁶ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (333 linke Spalte).

⁴⁷ Und sehe dabei von der Frage, welche überzeugenden Ideen die rezensierte Dissertation enthält, völlig ab.

⁴⁸ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (330).

⁴⁹ *Hörnle*, ZIS 2020, 468 (469 Fn. 2).

⁵⁰ Was man als Leser der Dissertation ja kaum beurteilen kann.

⁵¹ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (330).

⁵² *Hörnle*, ZIS 2020, 268 (469 Fn. 2).

⁵³ So die gesetzliche Formulierung (§ 17 S. 1 StGB).

⁵⁴ So die dogmatisch übliche Bezeichnung für das Fehlen der Unrechtseinsicht.

⁵⁵ Was gemäß § 17 S. 1 StGB bei Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums den Schuldausschluss, gemäß § 17 S. 2 StGB bei Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums die Möglichkeit einer Strafmilderung zur Folge hat.

⁵⁶ Weshalb die Verwendung dieser Formulierung die fehlende Kenntnis der heute üblichen Unterscheidung zwischen Subsumtions- und Verbotsirrtum zeigt.

⁵⁷ Und selbst dann kommt nicht nur ein schuldausschließender (weil unvermeidbarer), sondern auch ein vermeidbarer Verbotsirrtum in Betracht.

irrtum und Verbotsirrtum abzugrenzen, ändert daran nichts. Und wenn *Hörnle* erklärt, es sei „kompliziert“, einen Irrtum als „Subsumtions- oder *anderen* Verbotsirrtum“⁵⁸ einzuordnen, betrachtet sie offenbar den Subsumtionsirrtum als eine Art des Verbotsirrtums. Mit dem erläuterten Verständnis dieser Begriffe ist auch das (wie der Fall der Hundevergiftung deutlich macht) nicht verträglich.

Als weiteren Fehler nennt die Rezension, dass in der Dissertation der strafrechtlich wichtige Begriff „Strafbewehrung“ unzutreffend verwendet wird, nämlich zur Kennzeichnung nicht von Verhaltensnormen, deren Verletzung mit Strafe bedroht ist, sondern von Verhaltensweisen, die unter Strafe gestellt sind.⁵⁹ Dabei weise ich auch darauf hin, dass das Wort „strafbewehrt“ zweimal falsch geschrieben wird. *Hörnle* schreibt hierzu: „Der vierte angeführte Fehler ist offensichtlich orthographischer Natur (Bewährung statt Bewehrung)“.⁶⁰ Was soll man dazu sagen?

⁵⁸ *Hervorhebung durch den Verfasser.*

⁵⁹ Bei *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (330), heißt es deshalb, „dass die *Verfasserin* den Begriff nicht richtig verstanden hat“.

⁶⁰ *Hörnle*, ZIS 2020, 468 (469 Fn. 2).

Deutsche juristische Promotionsverfahren und allgemeine wissenschaftliche Standards

Von Univ. Prof. Dr. **Otto Lagodny**, Salzburg

Lothar Kuhlen hat in dieser Zeitschrift eine Dissertation besprochen¹ und damit in der deutschen Rechtswissenschaft eine längst überfällige Diskussion ausgelöst.² Ob dies der richtige Anlass war, weil das Ganze zu Lasten der Doktorandin geht und damit an jemandem exemplifiziert wird, der sich kaum mit eigenen Mitteln gegen eine Verschlechterung der Berufsaussichten wehren kann, sei hier aus Platzgründen dahingestellt. Jedenfalls kann *Kuhlen* nichts dafür, dass diese Diskussion nicht schon längst geführt wird. Ich habe großes Verständnis dafür, dass für ihn ein ganz wichtiges Fass übergelaufen ist.

Die Überlegungen seien deshalb angereichert durch Beobachtungen „von außen“. Die von *Kuhlen* gerügten handwerklichen Mängel hätten nämlich kaum das Salzburger Promotionsverfahren überstehen können. Dessen Standards sind dieselben wie an allen anderen Fakultäten und Fachbereichen in Salzburg, also auch und vor allem den naturwissenschaftlichen (unten I.). Sie basieren auf allgemeinen Regeln wissenschaftlichen Arbeitens (unten II.). So etwas ist auch an deutschen Fakultäten möglich (unten III.).

I. Früher war eine rechtswissenschaftliche Dissertation aus Österreich in aller Regel nicht gut angesehen. Bis 1975 hat man den Doktorgrad in den Rechtswissenschaften sogar automatisch bekommen. Auch danach sprach man noch vom „Alpendoktor“. Seit einiger Zeit hat sich das aber grundlegend gewandelt.

Heute ist das Promotionsverfahren an der juristischen Fakultät der Universität Salzburg folgendermaßen strukturiert³: Jeder Absolvent eines juristischen Studiums kann grundsätzlich promovieren. Auf eine bestimmte Abschlussnote kommt es nicht an. Die entscheidende Hürde ist ein Begutachtungsverfahren durch die Promotionskommission der Fakultät. Ihr gehören Professoren und Studenten aus allen Fachbereichen der Fakultät an. Die Kommission empfiehlt dem Dekan die förmliche Annahme eines Bewerbers als Doktorand. Dazu legt ihr jeder Interessent eine Disposition von rund 20 Textseiten vor. Darin erläutert er sein Vorhaben und insbesondere seine Forschungsfrage(n). Dazu erklärt er auch deren wissenschaftliche Bedeutung und den aktuellen Stand der Forschung hierzu. Bevor er diese Disposition bei der Promotionskommission jedoch einreichen kann, muss er sein Vorhaben in einem Fachbereichskolloquium erläutern.

¹ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327.

² Siehe dazu die Beiträge in der Sonderausgabe der ZIS 10/2020: *Ambos*, ZIS 2020, 452; *Greco*, ZIS 2020, 463; *Hörnle*, ZIS 2020, 468; *Rotsch*, ZIS 2020, 471; *Schünemann*, ZIS 2020, 479.

³ Zu Einzelheiten siehe die Homepage der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (Prüfungsreferat) unter <https://www.uni-salzburg.at/index.php?id=42197&MP=200409-200745%2C38-200727> (3.11.2020).

Wenn der Dekan den Bewerber auf Empfehlung der Promotionskommission zur Dissertation zulässt, benennt er zugleich einen Haupt- und einen Nebenbetreuer. Das sind in der Regel vom Interessenten vorgeschlagene Kollegen. Während der Erstellung der Arbeit finden drei weitere Präsentationen vor einer fachinternen Öffentlichkeit (z.B. Kolloquium, Doktorandenseminar) statt. Wenn die Arbeit fertig ist, erstellt der Erstbetreuer das Erstgutachten. Das Zweitgutachten muss zwingend von einem auswärtigen Gutachter erstattet werden, nicht jedoch vom Nebenbetreuer. Dieser fungiert also gerade *nicht* als Zweitgutachter. Folgende Gründe waren dafür maßgeblich:

1. Die unausgesprochenen und ausgesprochenen Hauptziele waren es, Gefälligkeitsgutachten und fakultätsinterne „Gutachter-Tandems“ zu verhindern. Dass es diese in Deutschland ebenso gab und gibt, steht außer Frage. Vielmehr sollte vor allem die Abhängigkeit von nur „dem einen“ Betreuer abgebaut werden, wie es vor allem bei strukturierten naturwissenschaftlichen Doktoratsprogrammen schon länger üblich ist: Die wissenschaftliche Verantwortung wird auf mehrere Schultern verteilt.

2. Das Dispositionsverfahren verhindert es, dass eine schon fertiggestellte Arbeit vom Erstgutachter „durchgewinkt“ wird und der Zweitgutachter dann in der misslichen Lage ist, in diesem späten Stadium der Arbeit entscheiden zu müssen, ob es sich vielleicht um eine „von Anfang an“ ungeeignete Arbeit handelt, weil z.B. überhaupt keine klare Fragestellung vorlag, oder eine solche, die zu eng oder zu weit ist. Selbst wenn man überhaupt nicht „mauscheln“ möchte: In diesem späten Stadium noch die Arbeit abzulehnen, das geht nur zu Lasten des Doktoranden, also „gar nicht“. Die Folge ist klar: Selbst der strenge wissenschaftliche Purist ist geneigt, die Arbeit eben „durchzuwinken.“ Denn: Wer sagt in diesem späten Stadium noch „nein“?

3. Die „Präsentationen“ verhindern, dass eine Arbeit nur „im stillen Kämmerlein“ oder gar jenseits der Augen der fakultären Fachöffentlichkeit erstellt wird. Es werden Arbeitsfortschritte präsentiert und diskutiert. Dies dient der Arbeit und verstärkt den oben bereits erwähnten Gedanken der „mehreren Schultern“, ist aber nicht mit einem überkommenen „Ordinarien“-Vorverständnis zu vereinbaren. Danach gibt es nur einen einzigen Wissenschaftler und sonst niemanden, der die Arbeit „betreut“. Servile Schüler „auf Linie“ zu trimmen, ist damit nicht mehr möglich. Der so genannte „wissenschaftliche Nachwuchs“ (in der Regel mindestens 25 Jahre alte Erwachsene) ist weniger abhängig und mehr selbstständig.

4. Das Erfordernis eines auswärtigen Zweitgutachtens verhindert wissenschaftliche Inzucht und fordert allgemeine wissenschaftliche Standards ein.

II. In Salzburg wurden die Voraussetzungen einer rechtswissenschaftlichen Dissertation mit diesem Verfahren an die universitätsweit geltenden allgemeinen wissenschaftlichen Standards angepasst. Dadurch wurde mir bewusst, dass die

rechtswissenschaftlichen Gebräuche, die ich aus Deutschland kenne, nicht mehr als Vergleichsmaßstab dienen können. Auch als Rechtswissenschaftler muss ich mich nämlich damit auseinandersetzen,

- was eine Forschungsfrage ist,
- was wissenschaftliche Methoden zur Klärung dieser Forschungsfrage sind und vor allem
- ob und inwieweit die wissenschaftlichen Methoden überhaupt dazu geeignet sind, die Forschungsfrage(n) zu beantworten.

Dies führt bei jedem wissenschaftlichen Vorhaben zu folgenden weiteren Grundsatzfragen:

1. Versuche ich eine Forschungsfrage mit empirischen oder mit nicht-empirischen Methoden zu klären?
2. Wenn ich empirische Methoden nutze, dann stellt sich die Folgefrage, ob vorhandene empirische Daten verwendet werden können oder ob eigene Daten erhoben werden müssen.
3. Wenn empirische Methoden nicht in Betracht kommen, dann stellt sich die andere Folgefrage: Welche nicht-empirische Methode ist tauglich zur Klärung der Forschungsfrage? Ein Mittel kann z.B. die Auslegung von Kommunikationsmedien (visuelle oder nicht-visuelle; elektronische oder herkömmliche) sein. Erst ein Unterfall sind Texte.

Erst hier bei der *dritten* Frage, genauer sogar: bei einer Unterfrage davon, fangen also typisch juristische wissenschaftliche Methoden und typisch juristische Fragestellungen an. Darüber muss man sich im Klaren sein. Das kann man sich nicht dadurch quasi „ersparen“, dass man sich sagt: Naja, die Rechtswissenschaften arbeiten ohnehin nie empirisch. Ein solches Denken wäre fatal und unwissenschaftlich. Die Einbeziehung kriminologischer Erkenntnisse würde außen vor bleiben.

Diese generellen Überlegungen muss man also bei *allen* wissenschaftlichen Arbeiten anstellen. Auch als Rechtswissenschaftler wird man damit konfrontiert, wenn man z.B. Drittmittel beantragen möchte. Aber das ist noch nicht der Regelfall. Und das ist gut so. Nicht gut ist es aber, wenn die Rechtswissenschaften weiterhin im wissenschaftlichen „Off“ stehen und sich wundern, wenn sie von anderen Wissenschaften so behandelt werden.

Mir selbst wurde das in Salzburg bewusst, als ich bemerkte, dass mir in der österreichischen Rechtswissenschaft auf Schritt und Tritt der rechtswissenschaftliche Forschungsansatz von *Kelsen* begegnet. Erst die Auseinandersetzung mit dessen Konzeption des Rechts machte mir viele Dinge bewusst. Dabei geht es überhaupt nicht um die Frage eines Rechtspositivismus. Das ist nur das Label, unter dem in Deutschland viele Diskussionen über *Kelsen* geführt und in der Regel pauschal abgewiegelt werden. *Kelsens* zentrales Anliegen war es jedoch, die Rechtswissenschaften an den allgemeinen wissenschaftlichen Standard heranzuführen, wie er etwa vom „Wiener Kreis“ und besonders auch von *Popper*

geprägt worden ist. Das ist die zentrale Idee, die weiterverfolgt werden muss. Dass mich *Kelsens* Ansatz der Trennung von Recht und Politik ansonsten überhaupt nicht überzeugt hat, steht auf einem ganz anderen Blatt.⁴

III. Die deutschen Fakultäten können sich schon lange und sehr wohl lösen von der justizministeriellen Bevormundung oder „Fremdsteuerung“, wie es *Greco* in seinem Kommentar⁵ zur Besprechung von *Kuhlen* treffend formuliert hat. Das gilt auf jeden Fall für das Promotionsverfahren. Vor dem Hintergrund meiner Erfahrungen in Salzburg wird es für mich völlig klar: Wenn das Studium der Rechtswissenschaften überhaupt ein akademisches sein möchte, können und sollen die deutschen Fakultäten ohne weiteres ihre eigenen Anforderungen anlegen. Es steht nirgends – auch nicht im Deutschen Richtergesetz –, dass man die Promotionsvoraussetzungen an die Noten im Ersten Juristischen Staatsexamen angleichen müsste. Ohne weiteres könnte man an deutschen Rechtsfakultäten ebenfalls ein „Dispositionsverfahren“ einführen und sich völlig von der Staatsexamensnote lösen. Das ist allein eine Frage von autonomen universitären Regelungen. Die Note im Staatsexamen sagt nämlich oft gar nichts darüber aus, wie gut oder wie schlecht jemand eigenständig wissenschaftlich arbeiten, mithin promovieren kann. Jedenfalls habe ich in den vergangenen 20 Jahren in Salzburg genau diese Erfahrung mit deutschen „Doktoratsflüchtlings“ gemacht. Oder fehlt den deutschen Rechtsfakultäten dazu das Selbstbewusstsein oder das wissenschaftliche Selbstverständnis?

IV. Zusammenfassend: Eine vernünftige Disposition ist sehr viel aussagekräftiger für ein aussichtsreiches Dissertationsvorhaben als jede Staatsexamensnote.

⁴ Siehe dazu *Lagodny*, Zwei Strafrechtswelten – Rechtsvergleichende Betrachtungen und Erfahrungen aus deutscher Sicht in Österreich, Teil 2 F. und Teil 4 B. (im Druck).

⁵ *Greco*, ZIS 2020, 463 (465).

Schuldloses Unrecht im Kontext der Teilnahmevorschriften

Erwiderung auf *Falcone*, ZIS 2020, 212: Renaissance der strengen – sog. extremen – Akzessorietät

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Pepe Schladitz**, Osnabrück*

Andrés Falcone hat neulich in dieser Zeitschrift unter Rückgriff auf die großen Theoriengebäude von Jakobs und Pawlik für die „Renaissance der strengen Akzessorietät“ plädiert. Die folgenden Zeilen wenden sich sowohl gegen die systematischen Grundlagen als auch gegen die Schlussfolgerungen, die Falcone hieraus für das Recht der Teilnahme deduziert.

I. Einleitung

Noch 2006 erklärte *Claus Roxin* in der 4. Auflage seines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts (Band I), dass die Trennung von Unrecht und Schuld als gesichert gilt.¹ Diese Aussage muss nach aktuellem Stand der Diskussion als überholt qualifiziert werden.² Tatsächlich sind in der modernen Diskussion diejenigen Autorinnen und Autoren, welche die „objektive Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht“³ postulieren, auf dem Vormarsch.⁴ Derlei Systeme müssen sich zwangsläufig auf sämtliche Lehrsätze der allgemeinen Straftatsystematik auswirken. *Falcones* Beitrag illustriert dies im Rahmen der Beteiligungsdogmatik.

II. Darlegung von *Falcones* Gedankengang und seiner Argumentationsstruktur

1. Prämissen

Anders als die h.L. begreift *Falcone* die Handlung nicht als „willkürliche Körperbewegung“, sondern als „Stellungnahme gegenüber der Rechtsordnung“. Die im Delikt liegende Wertentscheidung verletze daher nicht nur das Opfer, sondern auch die Rechtsgemeinschaft, die im Wege einer „gemeinsamen Teilhabe an einer kollektiven Praxis“ die Rechtsordnung, gegen die der Täter sich positioniert, fundiere. Durch

* Der Verf. ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Universität Osnabrück (Prof. Dr. Roland Schmitz).

¹ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 93.

² Siehe jetzt *Roxin/Greco*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 93, 101b f.

³ Vgl. *Rostalski*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 105.

⁴ Siehe *Freund*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, Bd. 1, Vor § 13 Rn. 103; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 105, § 3 Rn. 40, § 4 Rn. 2 ff.; *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 41 ff.; *Kremer-Bax*, Das personale Verhaltensunrecht, 1999, S. 184 ff.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 213 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 257 ff., 280 f.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 102 ff.; *Simm*, Straffreistelung aufgrund von Drittverhalten, 2007, S. 45 ff., 190 ff., S. 244; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 84. Grundlegende Würdigung dieser Strömung bei *Greco*, GA 2009, 636.

die Strafe werde die durch den Straftäter in Frage gestellte Geltung der Rechtsordnung, aber auch die Rechtsstellung des Opfers wiederhergestellt und das Verbrechen symbolisch aufgehoben (S. 214). Sowohl Straftat als auch Strafe werden in diesem Konzept also kommunikativ-expressiv gedeutet: Die Straftat stellt die Geltung der jeweils übertretenen Norm in Abrede, die Strafe einen „Widerspruch gegen die Geltungsverneinung“ des Straftäters dar. Die Straftat ist folglich die „Rede“, die Strafe die „Antwort“.⁵

Die Trennung von Unrecht und Schuld, die ursprünglich im Rahmen eines objektiven Unrechtsverständnisses etabliert worden sei, sieht *Falcone* im aktuellen, einer personalen Unrechtslehre verpflichteten Straftatsystem als undurchführbar an (S. 214 ff.). Der *Verfasser* wendet sich gegen die Überlegungen *Welzels*, der im Unrecht ein Unwerturteil über eine normwidrige Handlung erblickte, während die Schuld danach frage, ob der Täter in der Lage gewesen ist, sich normgemäß zu verhalten.⁶ *Falcone* bringt hiergegen den Grundsatz „ultra posse nemo obligatur“ in Stellung und fragt, „warum das Sollen nicht von vornherein so könnensabhängig bestimmt wird, dass sämtliche freiheitsbeeinträchtigenden Faktoren gemeinsam in einer einheitlichen Zurechnungsprüfung [...] behandelt werden“, wie es unter freiheitstheoretischen Gesichtspunkten sinnvoller sei (S. 216 f.). In Konsequenz dieser Forderung könnten Verhaltensnormen nicht als Verursachungsverbote gedeutet werden, sondern bestimmten die Freiheitssphäre des Einzelnen bereits vor dem Handlungsvollzug (S. 216).

Richtig ist in diesem Zusammenhang *Falcones* Kritik an der Normtheorie *Kindhäusers*. Dessen Plädoyer für ein Verständnis der Primärnormen als Erfolgsverursachungsverbote ist nicht potent genug und leistet sich zu viele Friktionen, um ein personales Unrechtssystem fundieren zu können.⁷ Aus der Ineinsetzung von Unrecht und Schuld folgert *Falcone* auch, dass der Vorsatz als *dolus malus* zu konzipieren sei (S. 221).

Das *Falcones* Argumentation zugrunde liegende Theorem betont, dass sich menschliche Gesellschaften durch soziale Interaktion auszeichnen. Recht müsse sich notwendig auf diese Interaktionen beziehen (explizit auf S. 217). *Falcone*

⁵ Siehe auch *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13 f.; *Frisch*, GA 2019, 185 (191); *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 52, 59.

⁶ *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951, S. 28. Ähnlich *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 81 f.: Mit der Stufe des Unrechts werde die Frage danach beantwortet, ob der Täter bei unterstellter normgemäßer Intention in der Lage gewesen wäre, sich normgemäß zu verhalten. Die Schuldebene frage demgegenüber konkret danach, ob der Täter die Möglichkeit hatte, eine normgemäße Intention zu bilden; siehe hierzu auch *Falcone*, ZIS 2020, 212 (216).

⁷ Ausführlich hierzu *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung (erscheint Anfang 2021), S. 265 ff. m.w.N. Siehe auch Fn. 50.

beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf *Pawlik*, der in einer gewichtigen Veröffentlichung eine geschlossene Theorie von Straftat und Strafe ausgearbeitet hat⁸, die sich nicht nur aus einem dogmatischen Argumentationsarsenal speist, sondern auch auf philosophischen und gesellschaftstheoretischen Überlegungen ruht.⁹ Die Details dieses Konzepts, dem sich *Falcone* in wesentlichen Punkten anschließt (S. 217 mit Fn. 69), können an dieser Stelle nicht näher dargelegt oder gar diskutiert werden.¹⁰

Für den hier interessierenden Bereich ist jedoch von Interesse, dass in *Pawliks* Theoriegebäude der Einzelne eine „Mitwirkungspflicht zur Aufrechterhaltung des freiheitlichen Zustands, der die Ausübung seiner Grundrechte ermöglicht“ (S. 217), innehat und ihm daher eine entsprechende *Zuständigkeit* obliegt. Diese Obliegenheit verletze der Bürger durch Kriminalunrecht. Wer (durch Kriminalunrecht) die Freiheitsphären anderer beeinträchtigt, müsse wegen des *Fairness-Gebots* die Strafe dulden (S. 217). Die in einer Straftat liegende *Zuständigkeitsverletzung* erfordere logisch vorrangig, dass das Recht den Einzelnen als Träger einer solchen Mitwirkungspflicht „gekennzeichnet“ habe, dass dessen Tätigkeit folglich als mit Blick auf die Rechtsordnung kommunikativ relevante Handlung gelten kann (S. 217 f.).¹¹ Entsprechend dieser Prämisse setze Kriminalunrecht schuldhaftes Handeln voraus.¹² Das „Verhalten“ eines Schuldunfähigen wird als bloße Natur begriffen: „Ein schuldloses Verhalten zählt im Rahmen der Zurechnungsprozesse einer freiheitsorientierten Verbrechenslehre als Natur, genauso wie ein Blitz, ein Erdbeben oder ein fallender Baum“ (S. 218).

2. Folgerungen für die Beteiligungsdogmatik

Nach Darlegung dieser theoretischen Grundlagen widmet sich *Falcone* deren beteiligungssystematischen Implikationen. Mit der in eine rhetorische Frage gekleideten Überschrift „Teilnahme an Naturereignissen?“ wird unmittelbar klargestellt, wohin die Reise geht: *Falcone* stellt unmissverständlich klar, dass es „der Lehre der limitierten Akzessorietät zum Trotz genauso ausgeschlossen sein [muss], an einer Tötung teilzunehmen, die durch einen Blitz oder einen Minderjährigen verursacht wird“.¹³ Die Schuldlosigkeit des Vordermannes führe folglich dazu, dass dessen Tätigkeit strafrechtlich als Handlung des Hintermannes gelten müsse.¹⁴

Die Voraussetzungen der Straftat (sieht man einmal vom Erfolgseintritt ab) werden in diesem Zusammenhang ohne nähere Begründung mit den Voraussetzungen des Übertretens einer Verhaltensnorm gleichgesetzt, wenn der *Verfasser* klarstellt, dass einem Minderjährigen nicht die „autonome

Verletzung“ einer Verhaltensnorm zugerechnet werden könne (S. 218).

Bemerkenswert an diesen Zeilen ist, dass innerhalb des Beitrages die Beweisführung an dieser Stelle schon als abgeschlossen gilt und die Prämissen als vermeintlich zwingend etabliert worden sind. *Falcone* formuliert, dass im Falle einer schuldlosen Haupttat keine Pflichtverletzung vorliege und deklassiert die gesetzlichen Regelungen als Fremdkörper, schließlich „war bereits im 19. Jahrhundert unter den strafrechtlichen Schülern *Hegels* klar: Schuldlose Haupttaten erlauben nur eine mittelbare Täterschaft und keine Teilnahme“.¹⁵ Auch *Pawlik* plädiert unter Rückgriff auf die Hegelianer und *Kant* dafür, dass man einen Vorgang entweder als natürlich und damit unter dem Kausalgesetz stehend oder als eine aus Freiheit entsprungene Handlung ansehen könne; die Einnahme eines verbindenden Standpunktes sei widersprüchlich.¹⁶

Ich wage zu bezweifeln, dass diese strenge Dichotomie in dieser Form durchführbar ist. Indem Autoren das Handeln schuldunfähiger Menschen zuweilen mit dem Wirken von Tieren gleichsetzen (!), sprechen sie diesen Menschen bestimmte Qualitäten ab, was sich schwer mit Art. 1 Abs. 1 GG verträgt.¹⁷

Falcone geht es im Folgenden scheinbar vor allem darum, darzulegen, dass die grundsätzlich mit systematischer Sprengkraft verbundene Ineinsetzung von Unrecht und Schuld im Recht der Beteiligung ohne größere Probleme inkorporiert werden kann, weil auch nach h.M. Teilnahme an nicht schuldhaft begangenen Haupttaten (zumindest regelmäßig) ausgeschlossen sei (S. 219, 222). Hierzu analysiert *Falcone* auf Basis von *Roxins* Habilitationsschrift „Täterschaft und Tatherrschaft“ Konstellationen, bei denen der Vordermann ein Schulddefizit aufweist. Er betont, dass die Beteiligung an schuldlosen Haupttaten den „Kernbereich“ der mittelbaren Täterschaft bilde; die Teilnahme an derlei Taten stehe im Hintergrund (S. 219 ff.).

Bei den Sachverhaltsgestaltungen, in denen der Vordermann in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum handelt, sei nur mittelbare Täterschaft des Hintermannes möglich (S. 219 f.). Diese Überlegung soll also wie eben erwähnt belegen, dass es der limitierten Akzessorietät in diesen Konstellationen nicht bedarf. *Falcone* stellt nachvollziehbar dar, dass nach *Roxins* Ausführungen die bloße Teilnahme des Hintermannes nur dann denkbar ist, wenn der Verbotsirrtum des Vordermannes vermeidbar war (S. 219). Tatsächlich führt *Roxin* zu diesem Problemfeld aus, dass der Hintermann immer mittelbarer Täter sei, wenn er über Unrechtsbewusstsein verfügt und der Vordermann einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt, und zwar „unabhängig davon, ob sich die Mitwirkung, wenn der Ausführende Unrechtsbewusstsein besäße, als Anstiftung oder Beihilfe darstellen würde“.¹⁸ Eine Teilnahme (insbesondere in Form der Anstif-

⁸ *Pawlik* (Fn. 4), passim.

⁹ Vgl. *Möllers*, JoZG 2015, 83 (85).

¹⁰ Siehe insbesondere *Pawlik* (Fn. 4), S. 99 ff., 371.

¹¹ Siehe auch *Pawlik* (Fn. 5), S. 19, 40.

¹² Allgemein zu dieser Konklusion in den Systemen von *Jakobs* und seinen Schülern *Roxin*, GA 2011, 678 (689).

¹³ So im Ergebnis auch *Pawlik* (Fn. 4), S. 273; *Jakobs* (Fn. 5), S. 59; *ders.*, GA 1996, 253.

¹⁴ *Pawlik* (Fn. 4), S. 273.

¹⁵ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (218).

¹⁶ *Pawlik* (Fn. 4), S. 273 ff. Siehe auch *Jakobs* (Fn. 5), S. 59.

¹⁷ Siehe bspw. *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 4 Rn. 4. Hierzu *Schladitz* (Fn. 7), S. 506.

¹⁸ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 200.

tung) ist hiernach nur beim in vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vordermann möglich. Dann aber kommt nach h.M. phänomenologisch tatsächlich sowohl eine mittelbare Täterschaft als auch eine Teilnahme des Hintermannes in Betracht und es ist – wie im berühmten Katzenkönig-Fall¹⁹ – zu analysieren, ob der Hintermann Tatherrschaft hatte, ob dieser das Geschehen also „sinnhaft gestaltet hat“, was insbesondere ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein voraussetzt.²⁰ Der BGH hat in dieser Entscheidung vollkommen zutreffend betont, dass sich Anstiftung und mittelbare Täterschaft qualitativ unterscheiden: „Die Abgrenzung [von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung, P.S.] hängt im Einzelfall von Art und Tragweite des Irrtums und der Intensität der Einwirkung des Hintermannes ab. Mittelbarer Täter eines Tötungs- oder versuchten Tötungsdelikts ist jedenfalls derjenige, der mit Hilfe des von ihm bewußt hervorgerufenen Irrtums das Geschehen gewollt auslöst und steuert, so daß der Irrende bei wertender Betrachtung als ein – wenn auch (noch) schuldhaft handelndes – Werkzeug anzusehen ist.“²¹ Diesen Zeilen lässt sich der zutreffende Standpunkt entnehmen, dass nicht allein deswegen mittelbare Täterschaft gegeben ist, weil der Vordermann nicht schuldhaft gehandelt hat und es daher auf Basis der strengen Akzessorietät an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlt. Maßgeblich ist vielmehr auch die „Intensität der Einwirkung des Hintermannes“.

Des Weiteren sei Teilnahme „prinzipiell ausgeschlossen“, wenn der Vordermann gem. § 35 StGB entschuldigt handelt (S. 220).²² Indes ignoriert *Falcone* in seinen Ausführungen eine von *Roxin* diskutierte Fallgestaltung: In Fällen, in denen der Außenstehende bzw. Hintermann den in die Notstandslage Geratenen auffordert, die Gefahr durch eine rechtswidrige Tat von sich abzuwenden und der Angesprochene diesen Rat befolgt, sei der Außenstehende nicht mittelbarer Täter, denn dieser beherrsche die tatbestandsmäßige Situation nicht, da der Motivationsdruck nicht von ihm, sondern von der von ihm unabhängigen Situation, scil. der Notstandslage, ausgehe.²³ Ich halte diesen Standpunkt *Roxins* für korrekt. Die mittelbare Täterschaft zeichnet sich durch die beherrschende Stellung des Hintermannes, also seine Tatherrschaft aus. Der Außenstehende aber beherrscht das Geschehen nicht, „beherrschend“ ist die Gefahr.

Wenn der Vordermann (gem. §§ 19, 20 StGB) schuldunfähig ist, handele der Hintermann ebenfalls regelmäßig als mittelbarer Täter (S. 220). Tatsächlich bestätigt *Roxin*, dass

¹⁹ BGHSt 36, 347 (352 ff.).

²⁰ Siehe *Roxin* (Fn. 18), S. 200; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 89 ff.; *Schaffstein*, NSZ 1989, 153 (154 ff.).

²¹ BGH NJW 1989, 912 (914).

²² Mittelbare Täterschaft ist unstrittig gegeben, wenn der Hintermann i.S.v. § 35 StGB Nötigungsherrschaft über den Handelnden hat, wohl aber auch, wenn der Hintermann die Notstandslage ausnutzt bzw. dem unmittelbar Handelnden seine Tat ermöglicht. Siehe zum Ganzen *Roxin* (Fn. 18), S. 151 ff.; *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 69 ff.

²³ *Roxin* (Fn. 18), S. 151.

der veranlassende Hintermann der Tat eines Kindes „in jedem Falle mittelbarer Täter“ sei. Selbst wenn das Kind intellektuell versteht, dass es Unrecht tut, fehlt ihm doch die Fähigkeit nach dieser Einsicht zu handeln. Dem Hintermann komme in diesen Fällen eine „Willensherrschaft kraft sinnhafter Überdetermination zu“.²⁴ Demgegenüber hält *Roxin* eine Beihilfe für möglich, wenn dem unmittelbar Handelnden zwar die Rechtswidrigkeit seines Tuns bewusst ist, ihm aber i.S.d. § 20 StGB die Fähigkeit fehlt, nach dieser Einsicht zu handeln. Wer allerdings einer solchen Person den Tatplan suggeriert, bestimme nicht etwa gem. § 26 StGB den Schuldunfähigen zur Tat, sondern sei mittelbarer Täter. Da dem unmittelbar Handelnden „jedes Hemmungsvermögen fehlt, kann ihm der Tatentschluss nicht als sein Werk zugerechnet werden. Er ist vielmehr unfrei und – da er dem Antrieb nicht widerstehen kann – bei der Willensbildung vom Außenstehenden beherrscht“.²⁵

Falcone will diese subtilen qualitativen Unterschiede nicht als Abgrenzungskriterien von Täterschaft und Teilnahme akzeptieren. Auf Basis einer strengen Akzessorietät ist das ja auch nicht nötig. Vielmehr soll das Ausmaß des Tatbeitrages für die Strafzumessung relevant sein (S. 220).

Zuletzt betont *Falcone* im Ergebnis folgerichtig, dass für ein Straftatsystem, welches nur schuldhaftes Unrecht kennt, kein dogmatischer Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft besteht. Wenn sich mittelbare Täterschaft dadurch auszeichne, dass der Vordermann bloße Natur darstellt, dann handelt sowohl bei der unmittelbaren wie bei der mittelbaren Täterschaft „nur ein Zurechnungssubjekt“ (S.221).²⁶

II. Kritik

Die Kritik dieser Ausführungen betrifft drei verschiedene Aspekte: das zugrunde liegende straftheoretische Konzept (unten 1.), die Leugnung der Möglichkeit schuldlosen Unrechts (unten 2.) und zuletzt Einwände gegen die vorgestellte Konzeption der strengen Akzessorietät selbst (unten 3.). Angelpunkt der Kritik ist der Umstand, dass weder den theoretischen Prämissen noch den beteiligungssystematischen Schlussfolgerungen eine gültige Interpretation des geltenden Rechts zugrunde liegen.

1. Grundlegende Einwände gegen *Falcones* theoretischen Ausgangspunkt

Das Problem der Systeme von *Jakobs* und seinen Schülern ist wissenschaftstheoretischer Natur, weil diese der expressiv-kommunikativen Metatheorie von Straftat und Strafe den absoluten Primat einräumen, dem sich die Lösung der einzelnen Sachprobleme unterzuordnen hat. *Jakobs* bspw. entwirft ein metadogmatisches Konzept (scil. eine Theorie von Strafe

²⁴ *Roxin* (Fn. 18), S. 239.

²⁵ *Roxin* (Fn. 18), S. 235 f.

²⁶ So auch *Jakobs*, GA 1996, 253 (256); siehe auch *ders.*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 38: Mittelbare Täterschaft als „phänotypisch fremd geratene“ Form der unmittelbaren Täterschaft.

und Straftat auf Metaebene), das als Schablone dient, aus der er sämtliche materiellrechtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen herauszupressen versucht.²⁷

Das ist in dieser Form abzulehnen²⁸ – insbesondere wenn explizite gesetzliche Regelungen unter die Räder dieser Metatheorie gelangen.²⁹ Der Primat des Gesetzes, wie er in Art. 20 Abs. 3 GG seinen sinnfälligen Ausdruck gefunden hat, wird von *Jakobs* durch einen Primat des Systems wegdiskutiert.³⁰ *Jakobs* entwickelt sein System nicht induktiv auf Basis der einzelnen Sachprobleme, sondern entwirft ein gesellschaftstheoretisch und philosophisch fundiertes Theoriegebäude, das für diverse Straftatmerkmale nur ein Prokrustesbett zur Verfügung stellt³¹, weil tragende Struktur des Bauwerkes nicht das Gesetz ist,³² sondern eine bestimmte „Semantik der Straftat“ und der Strafe.³³

²⁷ Zu dieser Einschätzung *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (7). Kritisch auch *Puppe*, in: Samson/Dencker/P. Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 469 (493). Siehe auch *Feijoo Sanchez*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 75 (79).

²⁸ *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (12). Kritisch auch *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 7 Rn. 331 ff., 85p.

²⁹ Das wird besonders deutlich bei *Jakobs'* und *Pawliks* Vorsatzkonzepten, die im Einzelfall eine Vorsatzzurechnung auch dann legitimieren können, wenn der Täter keine tatsächliche Kenntnis von der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung hatte. Hierzu *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 584 (589 ff.); *ders.*, RW 2010, 283 (307); *ders.* (Fn. 5), S. 53 ff.; *Pawlik* (Fn. 4), S. 374 ff., 381. Der Verstoß gegen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, der tatsächliche Kenntnis verlangt, ist evident, siehe hierzu *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (262); *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Bd. 1, § 15 Rn. 70; *Ruppenthal*, Der bedingte Tötungsvorsatz, 2017, S. 238; *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1, 14 f. Nicht durchführbar ist es auch, wenn *Jakobs*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 271, aus dem Bereich strafbarer untauglicher Versuche solche Handlungen ausschließen will, die nicht als kommunikativ relevant angesehen werden könnten. Das ist mit den Regelungen der §§ 22, 23 Abs. 3 StGB nicht auf einen Nenner zu bringen. Siehe *Schladitz* (Fn. 7), S. 556 ff.

³⁰ Siehe auch *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (12, 24): nicht auf das Gesetz rückführbare Semantik.

³¹ Siehe Fn. 29.

³² Kritisch auch *Puppe* (Fn. 28), S. 469 (487): „Das kommunikationstheoretische Paradigma von der Straftat als interpretiertes Verhalten hat in der allgemeinen Lehre vom Sinn der Strafe seinen Platz und leistet hier notwendiges, wenn auch nicht alles. In den Zusammenhang der Lösung einzelner dogmatischer Probleme oder gar der Beurteilung eines Einzelfalls gehört es nicht“.

³³ So *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (4), der in diesem Beitrag auch auf weitere Friktionen hinweist. Siehe auch *Neumann*, in: Pawlik/Zaczyk (Fn. 27), S. 435 (445).

Die auch von *Falcone* zugrunde gelegte Semantik führt gelegentlich zu nicht recht einleuchtenden Folgerungen³⁴, bspw. wenn das Handeln Schuldloser als bloße Natur klassifiziert wird (s.o.).³⁵ *Falcone* bildet den Fall, dass ein Richter ein rechtsbeugendes Urteil im unvermeidbaren Verbotsirrtum spricht. Dieser Irrtum wurde vorsätzlich durch eine Prozesspartei verursacht. Dass beide Beteiligte sich nicht strafbar machen, hält der *Verfasser* für korrekt: „Ohne schuldhaftes Handeln des Vordermannes hat der Hintermann nur reine Naturkausalität eingesetzt“.³⁶ Mir will tatsächlich nicht recht einleuchten, wie bloße Naturkausalität zum Sprechen eines (falschen) Urteils führen können soll, wird doch mittels Urteilen von Richtern „Recht erkannt“ und somit eine durch den Menschen geschaffene Kultur-Leistung angewandt.

Jakobs selbst geht es erklärtermaßen darum, „der Gesellschaft ihre Semantik abzulauschen“.³⁷ Er betont in diesem Zusammenhang auch, dass „das positive Recht nichts als Folge, Überbau eines Grundes [ist], den es seinerseits erst einmal zu entdecken und zu formulieren gilt“.³⁸ Zu einer solchen Entdeckungsreise scheint *Jakobs* sich berufen zu fühlen. Es entsteht in Folge dessen der Eindruck, dass *Jakobs* nur – mit objektivem Erkenntnisinteresse und der Forderung *Max Webers* nach der Werturteilsfreiheit sozialwissenschaftlicher Theoriebildung³⁹ verpflichtet – einen (wenn auch normativ-präskriptiven) Ist-Zustand⁴⁰ der Gesellschaft neutral *beschreiben* will.⁴¹ Das ist mehr als zweifelhaft. Der normative Ist-Zustand der sich unter der Geltung des Grundgesetzes formierten Gesellschaft wird entsprechend der maßgeblichen Verfassungswirklichkeit vor allem durch formelle Gesetze gezeichnet. Umso verblüffender ist es, dass *Jakobs* zuweilen „das geltende Recht in souveräner Nichtachtung beiseite schiebt“.⁴² In diesem Zusammenhang hat *Gaede* nachdrücklich betont, dass es *Jakobs* zuweilen nicht gelingt, seine gesellschaftstheoretisch fundierten Analysen mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen und hierauf nicht etwa durch eine Anpassung der eigenen Analyse reagiert, sondern mit Vorwürfen und Kritik am geltenden Recht. Das ist – wie

³⁴ Nicht recht passend erscheint es auch, das unbewusst fahrlässige Delikt als Kommunikation über die Normgeltung zu beschreiben, siehe hierzu *Roxin*, GA 2011, 678 (691).

³⁵ Siehe auch *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 4 Rn. 4; *Jakobs*, GA 1996, 253 f.; *Pawlik* (Fn. 4), S. 273.

³⁶ *Falcone*, ZIS 2020, S. 212 (222).

³⁷ *Jakobs* (Fn. 5), S. 30.

³⁸ *Jakobs*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 45 (48).

³⁹ Vgl. hierzu *Schmid*, in: Müller/Sigmund (Hrsg.), *Max Weber Handbuch*, 2. Aufl. 2020, S. 193 f. m.w.N.

⁴⁰ Laut *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (9), lässt die expressive Straftheorie *Jakobs'* „eine Kategorienvermischung befürchten“.

⁴¹ Siehe auch *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (272) m.w.N. Deutlich i.d.S. bspw. *Jakobs* (Fn. 4), S. 12.

⁴² Zutreffend *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (15, 12) zu *Jakobs'* Vorsatzlehre. Siehe auch Fn. 29.

Gaede vollkommen richtig bemerkt – methodisch unsauber.⁴³ Tatsächlich fühle ich mich beim Studium von *Jakobs*⁴ Schriften gelegentlich an die historische Rechtsschule erinnert, die nach heutigem Wertmaßstäben eine illegitime Absage an den demokratischen Gesetzgeber verbalisierte und durch ein übersteigertes Vertrauen in die eigenen Fähigkeiten sich die Definitionsmacht über das von den „still wirkenden Kräften des Volksgeistes“ (v. Savigny) geschaffene Recht anmaßte.⁴⁴

Eine solche Position wird unserer Verfassungsordnung freilich nicht gerecht.

Der Rechtsanwender leistet seinen Beitrag zur Gewaltenteilung, indem er die normativ-abstrakten Leitentscheidungen des Gesetzgebers unter Zuhilfenahme einer theoretisch reflektierten Methodenlehre zu konkretisieren versucht. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass der Gesetzgeber mit den Normunterworfenen vor allem mit den Sprachzeichen des Gesetzes kommuniziert⁴⁵, und somit – noch dazu im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG!) – dem Gesetz der Primat dogmatischer Bestrebungen einzuräumen ist. Die von *Jakobs* angesprochene Suche nach dem Grund, der im positiven Recht seinen Überbau gefunden hat, ist für eine mit wissenschaftlichem Anspruch auftretende Rechtsdogmatik sicherlich wichtig. Wenn der gefundene Grund aber mit dem geschriebenen Wort des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen ist, indiziert das eine verfehlt Analyse.⁴⁶

2. Schuldloses Unrecht?

Im Ausgangspunkt ist *Falcone* uneingeschränkt darin beizupflichten, wenn er ausführt, dass ein objektives Verständnis der Rechtswidrigkeit „nur schwer mit der heute noch herrschenden personalen Unrechtslehre vereinbar“ ist.⁴⁷ Deren normtheoretische Prämissen zwingen dazu, die Person des Handelnden schon für die Frage nach der Normwidrigkeit der Handlung und damit auf Ebene des (Handlungs-)Unrechts in den Blick zu nehmen.⁴⁸ Ein Konzept objektiver Rechtswidrigkeit, das als Unwert bereits die bloße Verursachung des

tatbestandsmäßigen Erfolges genügen lässt, wird den Anforderungen des modernen Straftatsystems nicht gerecht.⁴⁹

Nichtsdestotrotz ist die Trennung von Unrecht und Schuld im Gesetz festgeschrieben⁵⁰ und lässt sich daher richtigerweise nicht wegdiskutieren. Hierzu habe ich an anderer Stelle umfangreich Stellung bezogen.⁵¹ Ansprechen möchte ich im hiesigen Kontext aber immerhin zwei Aspekte:

a) Schuldloses Unrecht im Recht der Maßregeln der Besserung und Sicherung

Die Ansicht, die Unrecht und Schuld nicht trennen will, hat ein offenkundiges Problem: die Vorschriften über die Maßregeln der Besserung und Sicherung. So stellen die §§ 63, 69 Abs. 1 S. 1, § 70 Abs. 1 S. 1 StGB expressis verbis klar, dass jemand im Zustand der Schuldunfähigkeit sehr wohl eine rechtswidrige Tat begehen kann.⁵² Hiergegen wird vermehrt die Überlegung vorgebracht, dass es sich bei der zweiten Spur des deutschen Sanktionsrechts⁵³ um Polizeirecht, mithin nicht um Strafrecht im eigentlichen Sinne handele, und dass in diesem Regelungsgefüge ein anderer Begriff der Rechtswidrigkeit maßgeblich sei.⁵⁴ Auf mich macht dieser Einwand den Eindruck eines bloßen Rettungsversuchs, nicht eines

⁴⁹ Das anerkennt im Übrigen auch *Kindhäuser*, der zwar die Verhaltensnormen als bloße Verursachungsverbote begreift, den Umstand der Verursachung des Erfolges aber für die Begründung des Unrechts nicht genügen lässt, sondern auf zweiter Stufe fragt, ob dem Handelnden die Normwidrigkeit auch als Pflichtwidrigkeit zurechenbar ist und in diesem Zusammenhang nunmehr insbesondere den Vorsatz bzw. die individuellen Voraussetzungen der Fahrlässigkeit als Zurechnungsgründe geprüft wissen will. Damit aber verschiebt *Kindhäuser* nur (und in nicht überzeugender Weise) die Problemlösungsmechanismen. Siehe hierzu ausführlich *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 121 ff.; *Renzikowski*, in: Borowski/Paulson/Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, S. 631 (634 f.); *Schladitz* (Fn. 7), S. 265 ff. Der Kritik *Falcones*, ZIS 2020, 212 (216), ist also zuzustimmen.

⁵⁰ Siehe bspw. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 20; *Greco*, GA 2009, 636; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 11 Rn. 2, § 7 Rn. 58; *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 29), Vor § 32 Rn. 207; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2000, § 12 Rn. 5 ff.; siehe auch *Momsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 505 ff., 513 ff. Weitere Nachweise bei *Schladitz* (Fn. 7), S. 56.

⁵¹ *Schladitz* (Fn. 7), S. 496 ff.

⁵² Siehe auch *Schladitz* (Fn. 7), S. 499 ff.

⁵³ Allgemein *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 12.

⁵⁴ *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 1 Rn. 65; *Lesch* (Fn. 4), S. 225 f.; *Pawlik* (Fn. 47), S. 149 f.; *ders.* (Fn. 4), S. 268 f.; *Renzikowski*, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung (ARSP-Beiheft 104), 2005, S. 114 (133 ff.); *Rostalski* (Fn. 3), S. 105 (116); *dies.* (Fn. 4), S. 110; *Walter* (Fn. 4), S. 209.

⁴³ *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (272). Siehe auch *Sacher*, ZStW 118 (2006), 574 (589), die *Jakobs* zirkuläre Begriffsbildung attestiert.

⁴⁴ Siehe nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 451 ff.

⁴⁵ Siehe *Sinn*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 503 (506 ff.); *Schmitz*, in: Hefendehl/Hörmle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, S. 235 (236).

⁴⁶ *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (272).

⁴⁷ *Falcone*, ZIS 2020, S. 212 (215). Siehe hierzu auch *Pawlik*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 133 (134 ff.); *Schladitz* (Fn. 7), S. 63 ff., 449 ff.

⁴⁸ Siehe *Schladitz* (Fn. 7), S. 63 ff., 234 ff. m.w.N. Siehe auch *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 89.

schlagenden Arguments. So oder so ist die reflexartige Kennzeichnung der Maßregeln als Polizeirecht nicht geeignet, die eigene Theorie zu verteidigen.

Grund hierfür ist, dass die Autoren, die diesen Gedanken formulieren, den Begriff der Rechtswidrigkeit im Maßregelrecht nicht in konsequenter Weise erklären können. Es ist auffällig, dass namentlich *Freund*, *Rostalski* und *Renzikowski* für die Ineinsetzung von Unrecht und Schuld im („eigentlichen“) Strafrecht dezidiert normtheoretisch argumentieren.⁵⁵ Umso verblüffender ist es aber, dass keiner der genannten Vertreter auch nur im Ansatz diskutiert, wie das Werturteil der Rechtswidrigkeit im Maßregelrecht normtheoretisch fundiert wird.⁵⁶ Der Verstoß gegen eine Bestimmungsnorm⁵⁷ kann es nach dieser Auffassung ja nicht sein, Adressat dieser Normen ist nach theorieinterner Perspektive nur der schuldfähige Bürger.⁵⁸ Nach derzeitigem Stand der normtheoretischen Diskussion⁵⁹ bleibt wohl nur eine Bewertungsnorm, welche die Tätigkeit des Schuldunfähigen als rechtswidrig bewertet. Damit aber ist nach meiner Auffassung der entscheidende Aspekt angesprochen: Die Primärnorm kann nicht singulär als Bestimmungs- und/oder Bewertungsnorm gedacht werden, sie hat vielmehr im Sinne einer Konjunktion eine Bestimmungs- und Bewertungsfunktion.⁶⁰ Wenn im konkreten Einzelfall die Bestimmungsfunktion aus normativen oder tatsächlichen Gründen keine Wirksamkeit entfaltet, kann immer noch die Bewertungsfunktion greifen und ein Handeln als rechtswidrig bewerten. So hat der unbewusst fahrlässig Handelnde sich in tatsächlicher Hinsicht nicht von einer entsprechenden Primärnorm ansprechen und zu einem umsichtigen, rechtmäßigen Verhalten motivieren lassen; der Schuldunfähige kann unfähig sein, das Unrecht seiner Tat zu erkennen und entsprechend – d.h. normgemäß – zu handeln (vgl. § 20 StGB), nichtsdestotrotz wird das Handeln beider von der Primärnorm als Unrecht bewertet, wenn beide bei Unterstellung einer normgemäßen Intention in der Lage gewesen wären, sich normgemäß zu verhalten.⁶¹

⁵⁵ Siehe die in der vorangegangenen Fn. zitierten Beiträge.

⁵⁶ Auch *Pawlik* (Fn. 4), S. 259 ff., setzt sich durchaus mit normtheoretischen Überlegungen auseinander. Bei der kurzen Stellungnahme zu den Maßregeln bleibt es aber ebenfalls bei einer schlichten Darlegung ihrer Rechtsnatur (a.a.O., S. 268 f.).

⁵⁷ Grundlegend zu den Begriffen der Bewertungs- und Bestimmungsnorm *Renzikowski* (Fn. 49), S. 635 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 93.

⁵⁸ Siehe *Renzikowski* (Fn. 54), S. 133 ff. m.w.N.; *Rostalski* (Fn. 4), S. 104. Angesprochen ist das klassische Adressatenproblem, siehe hierzu *Schladitz* (Fn. 7), S. 504 ff. m.w.N.

⁵⁹ Ich will an dieser Stelle nicht ausschließen, dass noch eine weitere Möglichkeit besteht, sodass ein Schluss i.S.e. Kontravalenz logisch nicht zwingend wäre.

⁶⁰ *Renzikowski* (Fn. 49), S. 635 f.

⁶¹ Diesem Standpunkt entspricht die richtige Differenzierung zwischen Handlungs- und Motivationsfähigkeit. Siehe hierzu *Kindhäuser* (Fn. 6), S. 66, 123; *ders.*, GA 1994, 197 (202); *ders.*, in: *Hefendehl/Hörnle/Greco* (Fn. 45), S. 143 (144); *ders.*, GA 2007, 447 (456 ff.). Hierzu auch *Schladitz* (Fn. 7), S. 509.

Wer die Unmöglichkeit schuldlosen Unrechts propagiert, überspannt meines Erachtens die Bestimmungsfunktion und ignoriert die Bewertungsfunktion der Primärnorm.⁶² Das wird besonders deutlich bei *Freund/Rostalski*, die der Ansicht sind, dass der Bürger an der Bildung seiner für ihn geltenden Verhaltensnorm mitwirken müsse.⁶³ Diese Ansicht führt ohne Weiteres dazu, dass der Schuldunfähige nicht gegen eine Norm verstößt, weil er nicht in der Lage ist, eine solche zu bilden. Aber diese Argumentation ist verfehlt, sie versagt schon bei der unbewussten Fahrlässigkeit und wird vor allem Art. 103 Abs. 2 GG nicht gerecht.⁶⁴

b) Speziell: Zur Trennung von Unrecht und Schuld im Recht der Teilnahme

Bevor ich mich sogleich gesondert der limitierten Akzessorietät widme, soll noch auf die speziellen Implikationen der §§ 26, 27 StGB für die Frage nach der Möglichkeit schuldlosen Unrechts eingegangen werden. Richtigerweise belegt die Anordnung der limitierten Akzessorietät die der h.L. entsprechende Möglichkeit schuldlosen Unrechts.⁶⁵ Demgegenüber muss die Ineinsetzung von Unrecht und Schuld konsequenterweise dazu führen, dass eine teilnahmefähige, i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB rechtswidrige Haupttat deren schuldhaftige Verwirklichung durch den Täter voraussetzt.⁶⁶

Die kritisierte Ansicht ist innerhalb des Rechts der Maßregeln dann aber zu einer weiteren Konzession gezwungen, weil sie nunmehr doch den Wortlaut der §§ 26, 27 StGB für maßgeblich halten muss: Wenn sowohl der unmittelbar Handelnde als auch der Teilnehmer schuldunfähig sind, ist die für die Verhängung einer Maßregel gegenüber dem Teilnehmer notwendige Anlasstat⁶⁷ nur dann gegeben, wenn man sich mit der limitierten Akzessorietät begnügt.⁶⁸ Zur Rettung der Unmöglichkeit schuldlosen Unrechts muss diese Ansicht also nicht nur im StGB zwei Begriffe der Rechtswidrigkeit erblicken, sondern auch eine gesplante Auslegung der §§ 26, 27 StGB propagieren.⁶⁹

In diesem Zusammenhang vertreten *Freund/Rostalski* eine in ihrer Inkonsequenz überraschende These. *Freund* und *Rostalski* können ohne Frage zu den profiliertesten und meinungsstärksten Vertretern der Ansicht von der Unmöglichkeit

⁶² *Schladitz* (Fn. 7), S. 504 ff.

⁶³ *Freund/Rostalski*, GA 2018, 264 ff. (266, 270); *Freund*, GA 1991, 387 (397 ff.); siehe auch *ders.* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 183; *ders.*, in: *Zöllner/Hilger/Küper/Roxin* (Fn. 45), S. 35 (38); *Rostalski* (Fn. 4), S. 65.

⁶⁴ Ausführlich *Schladitz* (Fn. 7), S. 348 ff.

⁶⁵ Siehe nur *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 25 Rn. 9; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 50), Vor § 25 Rn. 32.

⁶⁶ A.A. *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 14. Zu dieser Ansicht sogleich im Fließtext.

⁶⁷ Vgl. BVerfG, BeckRS 2008, 37719.

⁶⁸ Vgl. v. *Gemmeren*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, Bd. 2, § 63 Rn. 11.

⁶⁹ So im Ergebnis *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 15.

schuldlosen Unrechts gezählt werden.⁷⁰ Im Recht der Teilnahme befreien sie jedoch das Urteil der Rechtswidrigkeit über die Haupttat von Schuldmomenten und führen aus, dass das Gesetz „mit Recht“ auf eine schuldhafte Haupttatbegehung verzichtet.⁷¹ Die Haupttat sei für den Teilnehmer ein bloßer „Erfolgssachverhalt“. Wenn es um die Strafbarkeit des Teilnehmers geht, müsse die Haupttat also nicht strafrechtlich relevantes personales – d.h. schuldhaftes – Verhaltensunrecht darstellen.⁷² Die Autoren betonen, dass es sich bei den §§ 26, 27 StGB um Sanktionsnormen (der Teilnehmer) handelt. Daher habe „die vom Gesetz geforderte ‚Rechtswidrigkeit‘ der Haupttat als Sanktionsvoraussetzung eine völlig andere Funktion als die Rechtswidrigkeit der Haupttat bei der den Haupttäter betreffenden Sanktionsnorm“.⁷³ Dementsprechend sei das Rechtswidrigkeitsurteil relativ vorzunehmen. Mit Hilfe eines solchen relativen Rechtswidrigkeitsurteils sei es auch möglich, in einem „erfolgsbezogenen Sinn“ den Angriff eines Schuldunfähigen als rechtswidrig i.S.d. § 32 StGB auszuweisen.⁷⁴

Es fragt sich dennoch, wie denn die Rechtswidrigkeit der schuldlosen Haupttat i.S.d. §§ 26, 27 StGB normtheoretisch fundiert wird. Anders als das Wort „Erfolgssachverhalt“ suggeriert, kann hierfür schwerlich objektives Unrecht i.S.e. bloßen Erfolgsverursachung genügen. Auch *Freund/Rostalski* bezeichnen die Teilnahme ja als „mittelbaren Rechtsgutsangriff“,⁷⁵ was impliziert, dass der Haupttäter einen Rechtsgutsangriff in Form einer unwerten Handlung verübt, an der Anstifter und Gehilfe mittelbar beteiligt sind. Dementsprechend bedarf eine solchermaßen verstandene „rechtswidrige Haupttat“ bzw. der hierin liegende Rechtsgutsangriff sicherlich doch personaler Elemente. So jedenfalls begründen *Freund/Rostalski* auch die Rechtswidrigkeit des Angriffs eines Schuldunfähigen i.S.d. § 32 StGB: „Das, was der Betreffende mit seinem Verhalten bewirkt, soll (eigentlich) nicht sein. Nur in einem solchen Sinn ‚verhält‘ sich der Schuldunfähige (oder sonst schuldlos Handelnde) rechtswidrig, wenn er ein Verhalten vornimmt, das bei einem Schuldfähigen tatbestandsmäßig und rechtswidrig wäre. Es handelt sich dabei um ein hypothetisches Urteil“.⁷⁶ Man darf zusammengefasst also konstatieren, dass *Freund/Rostalski* es im Ergebnis im Einklang mit der herrschenden personalen Unrechtslehre zumin-

dest in ausgewählten Problembereichen für möglich halten, dass das von der Primärnorm geforderte Sollen nicht in seiner Gänze individuell könnensabhängig zu bestimmen ist, sondern sich durchaus Abstufungen bzw. Abstrahierungen denken lassen⁷⁷ – nach h.L. dergestalt, dass für die Frage der Normwidrigkeit Schuldfähigkeit unterstellt wird. Im Übrigen muss die Haupttat natürlich auch bei *Freund/Rostalski* von einer entsprechenden Norm als rechtswidrig bewertet werden. Nach hier vertretener Auffassung ist dieser normtheoretische Mechanismus auch unmittelbar für die Haupttat ausschlaggebend, sodass ein schuldhafter Übertritt der Verhaltensnorm nicht erforderlich ist.

3. Verteidigung der limitierten Akzessorietät

Wenn *Falcone* die limitierte Akzessorietät als Relikt einer objektiven Unrechtskonzeption einordnet,⁷⁸ mag man ihm noch zustimmen. Tatsächlich konnte die große Reform des Allgemeinen Teils⁷⁹ aus chronologischen Gründen den Einsichten der personalen Unrechtslehre und ihres normtheoretischen Fundaments noch nicht gerecht werden.⁸⁰ Das zeigt sich bspw. an der nicht ganz unproblematischen Formulierung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, der für den Vorsatz die Kenntnis der Tatumstände verlangt. Zum einzig relevanten Zeitpunkt der Vornahme der Handlung konnte der Täter aber noch keine Kenntnis vom Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges („in seiner konkreten Gestalt“) haben.⁸¹

Auch lässt sich die Regelungssystematik der §§ 26, 27 StGB und der entsprechende Gesetzgebungsvorgang beanstanden.⁸² Die Kritik an der limitierten Akzessorietät ist jedoch ein äußerst schlechter Zeuge für *Falcones* grundlegende These, wonach Unrecht Schuld voraussetzt. Anders als er

⁷⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 3, 4.

⁷¹ *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 14. Demgegenüber (aus theorieinterner Perspektive) konsequent *Jakobs*, GA 1996, 253. Siehe auch *Pawlik* (Fn. 4), S. 275 f.

⁷² *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 15 f.

⁷³ *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 3 Rn. 34 – *Hervorhebung* im Original. In diesem Sinne auch *Rostalski* (Fn. 3), S. 113 f.

⁷⁴ Näher *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 3 Rn. 38 – *Hervorhebung* im Original. Wenn eine Randnummer weiter ausgeführt wird, dass es auf die „Etikettierung“ des Verhaltens Schuldloser als rechtswidrig nicht ankomme, muss dem offensichtlich widersprochen werden: Weil diese Etikettierung in der Sache ein Tatbestandsmerkmal des § 32 Abs. 2 StGB darstellt, kommt es darauf sehr wohl an.

⁷⁵ *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 16.

⁷⁶ *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 3 Rn. 38.

⁷⁷ Siehe *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 18: Erforderlich sei, „dass für den Fall der Schuldfähigkeit des Haupttäters eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat vorgelegen hätte. Die Prüfung der erforderlichen Haupttat bei der Teilnehmersanktionsnorm hat damit zumindest teilweise einen bloß hypothetischen Charakter. Denn sie abstrahiert von gewissen Momenten des konkreten wirklichen Geschehens beim Haupttäter.“ – *Hervorhebung* im Original. Warum diese Abstrahierung (d.h. die Vermutung schuldhaften Handelns) bei der Frage nach der originären Normwidrigkeit der Handlung des Haupttäters unmöglich sein soll – vgl. *Rostalski* (Fn. 3), S. 105 ff. –, ist unklar.

⁷⁸ *Falcone*, ZIS 2020, 212. So auch *Pawlik* (Fn. 4), S. 273

⁷⁹ Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 4. Juli 1969, BGBl. I, S. 717.

⁸⁰ Ausführlich zum Ganzen *Stein*, in: *Zöller/Hilger/Küper/Roxin* (Fn. 45), S. 521

⁸¹ Zu diesem Kritikpunkt *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 56 ff. Siehe auch *Stein* (Fn. 80), S. 521

⁸² *Falcone*, ZIS 2020, S. 212 (219), verweist u.a. auf *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 61 VII. 1. (weitere Nachw. a.a.O., Fn. 82), wonach die Reform „überstürzt“ durchgeführt worden ist und der gesetzgeberische Wunsch, Strafbarkeitslücken zu schließen, angesichts der Möglichkeiten der mittelbaren Täterschaft keine rechte materielle Grundlage hatte.

dies zu indizieren scheint, kritisieren die von ihm zitierten *Jescheck/Weigend* nämlich nicht, dass mit der limitierten Akzessorietät die Trennung von Unrecht und Schuld gesetzlichen Ausdruck gefunden hat.⁸³ Vielmehr finden sich bspw. Stimmen, die die Beschränkung der §§ 26, 27 StGB, wonach nur Vorsatztaten teilnahmefähig sind, angreifen.⁸⁴ Diese Restriktion führt bspw. zu dem vieldiskutierten Problem im Kontext der Sonderdelikte, wenn der handelnde Intraneus einem Erlaubnistatbestandsirrtum erliegt, der von einem Hintermann und Extraneus hervorgerufen wurde.⁸⁵ Mangels Sonderpflicht des Hintermannes scheidet eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes dann ebenso aus wie eine Anstiftung – zumindest wenn man auf Basis der eingeschränkten Schuldtheorie richtigerweise der Auffassung ist, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB einen Vorsatzausschluss begründet⁸⁶ und eine taugliche Haupttat i.S.d. § 26 Abs. 1 StGB daher nicht gegeben ist.⁸⁷ Während eine mittelbare Täterschaft des Extraneus mangels deliktspezifischer Täter voraussetzungen nicht in Frage kommt, wird demgegenüber in der Literatur doch der Versuch unternommen, eine Strafbarkeit des Hintermannes wegen Anstiftung des Intraneus zu konstruieren, weil anderenfalls „unerträgliche Strafbarkeitslücken“ drohen.⁸⁸ Diese Ansicht hat freilich zur Voraussetzung, dass sich das Vorsatzerfordernis des § 26 StGB ausschließlich auf den „objektiven Leitbildtatbestand“ bezieht, den der im Erlaubnistatbestand handelnde Intraneus schlechterdings „mit Wissen und Wollen“ verwirklicht habe.⁸⁹ Diese Konstruktion, die einen

⁸³ Siehe *Jescheck/Weigend* (Fn. 82), § 61 VII. 1., 2. Siehe auch die umfangreiche Studie von *Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, 2011, passim, zusammenfassend S. 467 ff., der die limitierte Akzessorietät als „durchaus durchdachte Konzeption“ (S. 472) qualifiziert.

⁸⁴ Siehe bspw. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, Abschn. 22 Rn. 15; *Kühl* (Fn. 65), Vor § 25 Rn. 10; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 35 ff. Siehe auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 25 Rn. 26.

⁸⁵ Siehe *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), Vor § 26 Rn. 22 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 82), § 41 III. 1. d); *Poppe* (Fn. 83), S. 40; *Schünemann* (Fn. 20), Vor § 26 Rn. 21. Weitere Nachweise in den kommenden Fußnoten. Als „Paradebeispiel“, – so *Roxin* (Fn. 18), S. 554 – gilt die Konstellation, in der der Extraneus einem Arzt vorspiegelt, dieser sei von der Schweigepflicht entbunden, worauf der Arzt dem Hintermann fremde Geheimnisse i.S.d. § 203 Abs. 1 (Nr. 1) StGB offenbart (siehe zu einem solchen Fall BGHSt 4, 355).

⁸⁶ *Schladitz* (Fn. 7), S. 575 f. So auch *Freund* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 206, 295 ff.; *Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, Bd. 1, § 16 Rn. 16. Siehe auch *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777.

⁸⁷ So auch *Otto* (Fn. 50), § 22 Rn. 29 f. Zum Ganzen auch *Roxin* (Fn. 18), S. 554.

⁸⁸ So *Fischer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 77. Aufl. 2020, § 16 Rn. 22d; *Frisch* (Fn. 81), S. 252; *Kühl* (Fn. 65), Vor § 25 Rn. 9.

⁸⁹ So *Roxin* (Fn. 18), S. 555.

dreistufigen Deliktsaufbau erfordert⁹⁰, ist schon aus diesem Grund verfehlt.⁹¹ Die zutreffende Gegenmeinung⁹² hinterlässt also in der Tat eine Strafbarkeitslücke; ob diese so „unerträglich“ ist wie behauptet, muss allerdings bezweifelt werden.⁹³

Anders als *Falcone* vermag ich auch in der vom geltenden Recht vorgesehenen Möglichkeit, zwischen der Teilnahme an der rechtswidrigen Tat eines Schuldunfähigen und der mittelbar täterschaftlichen Verwirklichung durch ein schuldunfähiges Werkzeug zu differenzieren, keine Inkonsequenz sehen.⁹⁴ Es handelt sich vielmehr um eine durch sachliche Unterschiede der denkbaren Fallkonstellationen hinreichend legitimierte Differenzierung.

Falcone ist mit seinen Darlegungen sicherlich der Beweis gelungen, dass das auch von ihm zitierte Postulat *Roxins*⁹⁵, wonach die praktische Bedeutung der limitierten Akzessorietät nicht sehr groß sei⁹⁶, zutreffend ist. Dies allein genügt nun natürlich nicht als Beleg dafür, dass Teilnahme an schuldlosen Handlungen – wegen der Ineinsetzung von Unrecht und Schuld – unmöglich ist.

So finden sich bei *Schünemann* durchaus Beispiele, bei denen der Hintermann richtigerweise doch als Teilnehmer der nicht schuldhaft begangenen Haupttat anzusehen ist.⁹⁷ Neben der bereits oben genannten Konstellation der Mitwirkung an einer Notstandstat ist auch die Fallgruppe diskussionswürdig, in der sowohl Vorder- als auch Hintermann gleichermaßen einem Verbotsirrtum unterliegen. Wenn der Irrtum des unmittelbar Handelnden unvermeidbar, derjenige des Hintermannes aber vermeidbar ist, ist letzterer richtigerweise (entsprechend der gesetzlichen Lage) als Anstifter zu beurteilen, da seine bloß potentielle Kenntnis des Verbots ihm keinen beherrschenden Einfluss vermittelt.⁹⁸

Aber auch die (dem „Katzekönig-Fall“ zugrunde liegende) Konstellation, bei der der Vordermann einem vermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt, den der Hintermann sich steuernd zunutze macht, lässt sich gegen *Falcones* Thesen in Stellung bringen. Ich halte die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft in den Fällen des vermeidbaren Verbotsirrtums

⁹⁰ Vgl. *Kühl* (Fn. 65), Vor § 25 Rn. 9.

⁹¹ Ausführlich *Schladitz* (Fn. 7), S. 581 ff.

⁹² Vertreten u.a. von *Herzberg*, JA 1989, 294 (297); *Hoyer*, in: Wolter (Fn. 86), Vor § 26 Rn. 37; *Heine/Weißer* (Fn. 65), Vor § 25 Rn. 29; *Schünemann* (Fn. 20), Vor § 26 Rn. 21. Siehe auch *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 1136 ff.; *Jakobs* (Fn. 84), Abschn. 22 Rn. 12.

⁹³ So *Otto* (Fn. 50), § 22 Rn. 30; *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), Vor § 26 Rn. 21.

⁹⁴ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (219).

⁹⁵ Siehe *Falcones*, ZIS 2020, 212 (219)

⁹⁶ *Roxin* (Fn. 84), § 26 Rn. 33; so auch *Schünemann* (Fn. 20), Vor § 26 Rn. 20.

⁹⁷ *Schünemann* (Fn. 20), Vor § 26 Rn. 20. Siehe auch *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 10 Rn. 14 ff., die die limitierte Akzessorietät ebenfalls verteidigen und Beispielskonstellationen benennen.

⁹⁸ *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 93; *Murmann*, GA 1998, 78 (87).

für zutreffend.⁹⁹ Will *Falcone* in diesem Fall den Hintermann als Anstifter qualifizieren? Wenn er diese Frage mit der h.M. verneint – und dafür gibt es gute Gründe –, müsste er einen Täter hinter dem Täter¹⁰⁰ anerkennen, sodass bei der mittelbaren Täterschaft (zumindest in Einzelfällen) doch zwei Zurechnungssubjekte agieren können. Dann aber wäre der von *Falcone* behauptete dogmatische Gleichschritt von unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft aufgebrochen. Bleibt *Falcone* demgegenüber bei seinem Dogma, würde er die Regeln der von ihm selbst gelobten Tatherrschaftslehre¹⁰¹ aufweichen und den Hintermann trotz seines bestimmenden Einflusses als Teilnehmer qualifizieren. Meines Erachtens gibt es keinen guten Grund, die Tatherrschaftslehre auf dem Altar eines Systems zu opfern, das – wie oben dargestellt – keine Grundlage im Gesetz hat.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, für wie austauschbar *Pawlik* Anstiftung und mittelbare Täterschaft scheinbar hält. So formuliert er: „Die Straftat, auf welche die Teilnahmehandlung sich bezieht, muss *schuldhaft* begangen worden sein; wo es daran fehlt, ist dem Destabilisierungsbeitrag des Hintermannes über die Figur der mittelbaren Täterschaft Rechnung zu tragen“.¹⁰² Diese Ausführungen indizieren, dass das bloße Defizit des Vordermannes hinreichend für die mittelbare Täterschaft (und somit nach h.M. die Tatherrschaft¹⁰³) des Hintermannes ist. Das bloße Defizit des Vordermannes allein genügt aber richtigerweise nicht für die Begründung mittelbarer Täterschaft, notwendig ist auch die von einem entsprechenden Willen getragene ausgeübte Steuerungsmacht des Hintermannes.¹⁰⁴ Indem

⁹⁹ *Roxin* weist zutreffend darauf hin, dass das normative Verantwortungsprinzip, wie es § 17 StGB zugrunde liegt, nicht der realen Situation gerecht wird: Tatsächlich hat der Hintermann bestimmenden Einfluss auf den Vordermann. Dessen potentielle Kenntnis kann hieran nichts ändern. So auch die h.M., siehe nur BGHSt 35, 347; *Heine/Weißer* (Fn. 65), § 25 Rn. 43; *Hoyer* (Fn. 92), § 25 Rn. 74; *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), § 25 Rn. 99; *Kühl* (Fn. 50), § 20 Rn. 81; *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 29), § 25 Rn. 31; *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 91 f.

¹⁰⁰ Ausführlich hierzu *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, passim; siehe auch *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 146 ff.; *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 62 ff.

¹⁰¹ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (219 Fn. 93). Auch *Jakobs* (Fn. 26 – Beteiligung), S. 37 ff., diskutiert diese Fallgestaltung nicht.

¹⁰² *Pawlik* (Fn. 4), S. 275 f. – *Hervorhebung* im Original.

¹⁰³ Siehe *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), § 25 Rn. 60. Freilich gelten für die Ermittlung der Tatherrschaft bei der mittelbaren Täterschaft zum Teil eigenständige Maßstäbe gegenüber der unmittelbaren Allein- und der Mitttäterschaft. Üblicherweise wird im Rahmen der mittelbaren Täterschaft im Anschluss an *Roxin* Tatherrschaft kraft überlegenen Willens, kraft überlegenen Wissens und kraft überlegener Organisationsmacht anerkannt. Siehe *Roxin* (Fn. 18), S. 142 ff., 527 f.

¹⁰⁴ *Heine/Weißer* (Fn. 65), Vor § 25 Rn. 32; *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), Vor § 26 Rn. 22. Ausführlich auch *Bloy*, ZStW 117 (2205), 3 (8).

Pawlik es scheinbar für möglich hält, ohne weiteres von der Anstiftung (mangels teilnahmefähiger Haupttat) auf die mittelbare Täterschaft zurückzufallen, bläst er bei Lichte betrachtet also nicht nur zum Angriff auf die limitierte Akzessorität, sondern desavouiert auch den restriktiven Täterbegriff, wie er dem StGB zugrunde liegt.¹⁰⁵ Dieser bedingt eine Deutung der Teilnahmevorschriften der §§ 26, 27 StGB als Strafausdehnungsnormen¹⁰⁶ und begründet so auch eine normtheoretische Divergenz zwischen Täterschaft und Teilnahme. Diesen Unterschied hat insbesondere *Stein* herausgearbeitet.¹⁰⁷ Der gewichtige strukturelle Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme zeitigt auch im Rahmen von § 160 StGB in derjenigen Konstellation Auswirkungen, in der der Vordermann unerkannt bösgläubig ist. Nach zutreffender Auffassung verwirklicht der Hintermann nicht eine vollendete Verleitung zur Falschaussage. Grund hierfür sei (auch¹⁰⁸) der Umstand, dass der Vorsatz i.S.d. § 160 StGB nicht mit dem Vorsatz zur Anstiftung zu einer (eidlichen oder uneidlichen) Falschaussage identisch ist.¹⁰⁹ Das ist korrekt, weil die mittelbare Täterschaft qualitativ andere, scil. strengere Voraussetzungen hat als die Anstiftung.¹¹⁰

Aus diesem Grund ist zuletzt der These *Falcones* zu widersprechen, wonach sich ein Hintermann, der irrig annimmt, der Vordermann „kenne die Rechtswidrigkeit seiner Handlung“, bei einer entsprechenden Strafandrohung nur wegen eines Versuchs der Beteiligung gem. § 30 Abs. 1 StGB straf-

¹⁰⁵ Klarstellend, dass der restriktive Täterbegriff dem StGB zugrunde liegt *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), Vor § 25 Rn. 5 ff., 15; *Schünemann* (Fn. 20), Vor § 25 Rn. 14; *ders.*, GA 2020, 224. Siehe auch *Jakobs* (Fn. 84), Abschn. 21 Rn. 6.

¹⁰⁶ *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), Vor § 25 Rn. 15; *Kretschmer*, Jura 2008, 265. Siehe auch *Schild* (Fn. 99), Vor § 26 Rn. 2.

¹⁰⁷ *Stein*, Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 85 f., 221 ff., 283 ff. Siehe auch *Schild* (Fn. 99), Vor § 26 Rn. 2, der zutreffend betont, dass den §§ 26, 27 StGB eigenständige *Strafunrechtstypen* zugrunde liegen. Siehe auch die umfangreiche Studie von *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 525 ff. und passim; sowie *Camargo*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 49 (64).

¹⁰⁸ Diskutieren lässt sich freilich auch, ob ein bösgläubiger Vordermann überhaupt i.S.d. § 160 StGB objektiv verleitet werden kann. Vgl. *Müller*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2017, Bd. 3, § 160 Rn. 16.

¹⁰⁹ *Ruß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 160 Rn. 8; *Eschenbach*, Jura 1993, 407; *Küper*, JZ 2012, 992 (999); *Vormbaum*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Bd. 2, § 160 Rn. 12. A.A. BGHSt 21, 116 (117 f.); *Heger*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 65), § 160 Rn. 4; *Heinrich*, JuS 1995, 1115 (1118); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2020, § 49 Rn. 57.

¹¹⁰ *Schild* (Fn. 99), Vor § 26 Rn. 5; *Kreuzberg* (Fn. 107), S. 525 ff.

bar macht.¹¹¹ Zwar kommt eine (versuchte) mittelbare Täterschaft des Hintermannes mangels Vorstellung eines beherrschenden Einflusses über den Vordermann tatsächlich nicht in Betracht. Diese Fehlvorstellung geht aber nicht so weit, dass sie gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch den Vorsatz i.S.d. § 26 StGB ausschließt. Einer „normativen Zurechnungslehre“ zum Trotz ist die Lösung des Gesetzes in diesem Fall durch den Wortlaut des § 26 StGB vorgezeichnet und der über seinen beherrschenden Einfluss irrende Hintermann ist Anstifter zur rechtswidrigen Tat des im Verbotsirrtum Handelnden.¹¹²

III. Ergebnis

Das Unrecht ist nach heute herrschender Auffassung richtigerweise personal zu verstehen und zeichnet sich primär durch eine normwidrige Handlung des konkreten Bürgers aus. Deswegen sind die individuellen Voraussetzungen der Fahrlässigkeit richtigerweise solche des Handlungsunrechts. Mit der Personalisierung des Unrechts gehen – das sei explizit zugestanden – Probleme bei der Abgrenzung zu den Voraussetzungen der Schuldzurechnung einher. Der vermeintlich konsequente Weg, die Voraussetzungen der Schuld als solche des Unrechts zu deuten, ist durch das Gesetz gesperrt. Wer diesen Wortlaut übergeht, öffnet innerhalb der allgemeinen Lehre vom Verbrechen die Büchse der Pandora und provoziert diverse Friktionen. Die vorangestellten Zeilen plädieren demgegenüber dafür, den Wortlaut des Gesetzes zu respektieren, was u.a. zur Folge hat, dass im Recht der Teilnahme – entgegen von *Falcone* – die limitierte Akzessorietät gilt.

¹¹¹ So die Terminologie von *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221). Gemeint ist wohl, dass der Vordermann einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt, während der Hintermann von einem entsprechenden Unrechtsbewusstsein des Vordermannes ausgeht.

¹¹² *Heine/Weißer* (Fn. 65), Vor § 25 Rn. 76; *Roxin* (Fn. 18), S. 265 ff.; *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 145; *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 85), § 25 Rn. 166.

Das Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls

Auswirkungen auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung?

Von Wiss. Mitarbeiter **Kostja Peters**, Marburg*

In seinem vielbeachteten Urteil zur notwendigen Unabhängigkeit der einen Europäischen Haftbefehl ausstellenden Justizbehörde hat der EuGH im Mai 2019 der deutschen Staatsanwaltschaft diese erforderliche Unabhängigkeit wegen des in Deutschland gem. §§ 146, 147 GVG existierenden Weisungsrechts der Exekutive gegenüber der Staatsanwaltschaft abgesprochen. Ebenso wie der Europäische Haftbefehl erfolgt auch die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung in Deutschland in der Regel durch die Staatsanwaltschaft. Bei der Anordnung handelt es sich genauso wie bei einem Europäischen Haftbefehl um eine Maßnahme der gegenseitigen Anerkennung im Bereich der europäischen justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Der folgende Beitrag untersucht, ob sich die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur notwendigen Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls auch auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung übertragen lassen. Zu diesem Zweck werden die beiden Rechtsakte des Europäischen Haftbefehls und der Europäischen Ermittlungsanordnung im Lichte der Rechtsprechung des EuGH miteinander verglichen. Zudem erfolgt noch ein kurzer Ausblick, wie wahrscheinlich eine solche Übertragung ist und welche Auswirkungen diese auf die derzeit in Deutschland bestehende Rechtspraxis bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung hätte.

In May 2019, the European Court of Justice, in its widely recognised judgement on the required independence of the judicial authority issuing a European Arrest Warrant, deprived the German Public Prosecutor's Office of this necessary independence on the basis of the executive's right to issue instructions to the Public Prosecutor's Office, which exists in Germany under Paragraphs 146 and 147 GVG. In Germany, the public prosecutor's office is also generally in charge of issuing a European Investigation Order. Just like a European Arrest Warrant, the European Investigation Order is a measure of mutual recognition in the area of European judicial cooperation in criminal law. The following article examines whether the principles established by the ECJ on the necessary independence of the issuing judicial authority of a European Arrest Warrant can also be applied to the issuing of a European Investigation Order. For that purpose, the two legal acts of the European Arrest Warrant and the European Investigation Order will be compared in the light of the case law of the ECJ. Additionally, a brief outlook will be given on the likelihood of such a transferability and what effects it would have on the legal practice currently existing in Germany regarding the issuing of a European Arrest Order.

* Der Verf. ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Straf-

I. Einleitung

In seinem Urteil¹ zu den Anforderungen an die gem. Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (Rb-EuHb)² ausstellende Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls hatte sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die deutsche Staatsanwaltschaft die daran zu stellenden Anforderungen erfüllt. Dabei erörtert der EuGH zunächst, dass der Begriff der Justizbehörde innerhalb der Union einer autonomen und einheitlichen Auslegung bedarf. Als Justizbehörden sind dabei solche Behörden zu verstehen, die an der Strafrechtspflege mitwirken. Die deutsche Staatsanwaltschaft, die eine wesentliche Rolle im Strafverfahren spielt, erfülle grundsätzlich diese Voraussetzungen.³ In den darauffolgenden Ausführungen geht der EuGH auf die erforderliche Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde ein. Dabei hebt er zunächst die Rechtsnatur eines Europäischen Haftbefehls als Maßnahme der gegenseitigen Anerkennung hervor. Dieses System soll das klassische internationale Rechtshilfesystem, welches von politischen Entscheidungen abhängig ist,⁴ ersetzen und so den freien Verkehr strafrechtlicher justizieller Entscheidungen sicherstellen. Dabei existiere für die Betroffenen ein zweistufiger Schutz der Verfahrens- und Grundrechte – zum einen auf der Ebene der nationalen Haftentscheidung und zum anderen auf der Ebene der Entscheidung über die Ausstellung eines europäischen Haftbefehls. Aufgrund des schwerwiegenden Eingriffes eines solchen Europäischen Haftbefehls in das Recht auf Freiheit aus Art. 6 der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh) sei es erforderlich, dass die Entscheidung über dessen Ausstellung von einer

recht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Stefanie Bock an der Philipps-Universität Marburg tätig.

¹ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456.

² Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), EU ABl. Nr. L 190/1 v. 18.7.2002, S. 1 ff.

³ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 47–63.

⁴ In der klassischen internationalen Rechtshilfe wird zwischen Bewilligungs- und Zulässigkeitsverfahren unterschieden. Während bei der Zulässigkeitsprüfung noch eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt wird, handelt es sich bei der Bewilligungsentscheidung in erster Linie um eine zwischenstaatliche Entscheidung. Bei dieser steht der Bewilligungsbehörde grundsätzlich ein weites außenpolitisches Grundsatzermessen über das Bestehen einer völkerrechtlichen Leistungspflicht zu, vgl. dazu etwa Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 6. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 29–56.

unabhängigen Justizbehörde getroffen wird. Aufgrund der auch für solche Fälle gem. §§ 146, 147 GVG existierenden Weisungsbefugnis der Exekutive gegenüber der deutschen Staatsanwaltschaft sei diese gerade nicht unabhängig und damit keine Justizbehörde im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb.⁵ Diese Rechtsprechung wurde mittlerweile durch mehrere Folgeentscheidungen des EuGH zur Unabhängigkeit der österreichischen⁶, schwedischen⁷, belgischen⁸ und französischen⁹ Staatsanwaltschaft bestätigt und präzisiert. Dabei ging es vornehmlich um die Fragen, in welchen Fällen eine Weisungsbefugnis die erforderliche Unabhängigkeit entfallen lässt und in welcher Form der Betroffenenenschutz garantiert werden muss.¹⁰ Das grundsätzlich bestehende Erfordernis dieser Unabhängigkeit hingegen wurde lediglich bekräftigt bzw. wiederholt.¹¹

Neben den vielfach diskutierten Auswirkungen dieser Entscheidung auf die deutsche Praxis bei der Ausstellung von Europäischen Haftbefehlen¹² könnte sie sich möglicherweise auch mittelbar auf die Ausstellung Europäischer Ermittlungsanordnungen im Sinne der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL-EEA)¹³ auswirken. So muss nach Art. 1 Abs. 1 RL-EEA, wie auch beim Europäischen Haftbe-

fehl,¹⁴ eine „Justizbehörde“ im Sinne des Art. 2 lit. c RL-EEA eine solche Europäische Ermittlungsanordnung anordnen bzw. diese validieren. In Deutschland ist dafür nach § 91j Abs. 2 S. 1 IRG in der Regel die Staatsanwaltschaft zuständig. Wird nun aber ein einheitlicher „Justizbehörden“-Begriff zugrunde gelegt, müsste möglicherweise auch das vom EuGH aufgestellte Unabhängigkeitserfordernis von der Anordnungsbehörde erfüllt sein. Es stellt sich also die Frage, ob der EuGH bei einer Entscheidung über eine von der deutschen Staatsanwaltschaft ausgestellte bzw. validierte Europäische Ermittlungsanordnung ebenfalls die fehlende Unabhängigkeit dieser monieren und die Unzuständigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft für die Anordnung einer solchen feststellen würde.¹⁵

II. Keine unmittelbare Übertragbarkeit auf die RL-EEA

Fest steht dabei zunächst, dass die vom EuGH angestellten Überlegungen nicht unmittelbar auf die RL-EEA übertragbar sind. Vielmehr wirkt eine derartige Vorabentscheidung nur inter partes, und zwar zwischen dem vorlegenden Gericht sowie allen weiteren mit der Sache befassten Instanzgerichten.¹⁶ Ob darüber hinaus auch eine – jedenfalls vom EuGH angenommene¹⁷ – Bindungswirkung bei der Auslegung des Unionsrecht existiert,¹⁸ kann an dieser Stelle dahinstehen. Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens im Sinne von Art. 267 AEUV kann u.a. die Auslegung von „Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Organen der Union“ sein. Zu solchen Handlungen zählt insbesondere das gesamte sekundäre Unionsrecht und damit auch Richtlinien.¹⁹ In dem Urteil des EuGH war die konkret zu beantwortende Auslegungsfrage die, ob die deutsche Staatsanwaltschaft als ausstellende Justizbehörde im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb angesehen werden kann.²⁰ Die Frage, ob die deutsche Staatsanwaltschaft Europäische Ermittlungsanordnungen anordnen darf, richtet sich allerdings nicht nach Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb. Vielmehr regelt Art. 1 Abs. 1 (i.V.m. Art. 2 lit. c) RL-EEA, wer als Anordnungsbehörde für die Anordnung

⁵ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 64–90.

⁶ EuGH, Urt. v. 9.10.2019 – C-489/19 = ECLI:EU:C:2019:849.

⁷ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-625/19 = ECLI:EU:C:2019:1078.

⁸ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-627/19 = ECLI:EU:C:2019:1079.

⁹ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-566/19, C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1077.

¹⁰ So wird im Urteil zur Unabhängigkeit der österreichischen Staatsanwaltschaft festgestellt, dass die Staatsanwaltschaft auch zur Ausstellung eines EuHb befugt ist, wenn diese zwar Einzelweisungen unterworfen werden kann, es aber sichergestellt ist, dass ein Gericht diesen vor der Übermittlung bewilligt, EuGH, Urt. v. 9.10.2019 – C-489/19 = ECLI:EU:C:2019:849, Rn. 49; zum Urteil über die französische Staatsanwaltschaft vgl. etwa *Gierok*, IWRZ 2020, 89 (91).

¹¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 9.10.2019 – C-489/19 = ECLI:EU:C:2019:849, insbes. Rn. 35–38; EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-625/19 = ECLI:EU:C:2019:1078, Rn. 38–41.

¹² Vgl. etwa die Anmerkungen zum Urteil des EuGH (ECLI:EU:C:2019:456) von *Schubert*, NJW 2019, 2145 (2150); *Ambos*, JZ 2019, 728 (732 ff.); *Roth*, GSZ 2019, 163 (167 ff.). Zum Umgang der Justiz mit dem Urteil *Beukelmann*, NJW-Spezial 2019, 568. Kritisch zu den (un-)mittelbaren Auswirkungen des Urteils *Böhm*, NZWiSt 2019, 325; *ders.*, NSTZ 2020, 204 (206 f.); *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811. Zu den Abhilfemöglichkeiten *Gärditz*, GSZ 2019, 133.

¹³ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 1 ff.

¹⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb, EU ABl. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 4, nach dem ebenfalls eine Justizbehörde für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständig ist.

¹⁵ Dies ohne nähere Begründung andeutend *Ambos*, JZ 2019, 728 (734); ähnlich auch der StA beim GBA Weiß, siehe *Sehl*, LTO v. 23.10.2019, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/staatsanwaelte-weisungsrecht-externes-justizminister-behoerde-unabhaengigkeit/> (4.11.2020).

¹⁶ Vgl. etwa *Schwarze/Wunderlich*, in: Becker/Hatje/Schoof/Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 267 Rn. 69.

¹⁷ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 27.3.1980 – verb. Rs. 66/79, 127/79, 128/79 = Slg. 1980, 1237, Rn. 9.

¹⁸ In diese Richtung gehend jedenfalls *Schwarze/Wunderlich* (Fn. 16), AUEV Art. 267 Rn. 72 m.w.N.

¹⁹ *Schwarze/Wunderlich* (Fn. 16), AEUV Art. 267 Rn. 10.

²⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 42.

einer Europäischen Ermittlungsanordnung zuständig ist.²¹ Mithin richtet sich die Ausstellungs- bzw. Anordnungs- zuständigkeit für einen Europäischen Haftbefehl bzw. eine Europäischen Ermittlungsanordnung nach unterschiedlichen sekundärrechtlichen Rechtsgrundlagen. Die Anordnungs- zuständigkeit einer Europäischen Ermittlungsanordnung ist dabei gerade nicht Teil der Auslegungsfrage gewesen.

III. Vergleich des Rb-EuHb und der RL-EEA

Möglicherweise lassen sich aber die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zum Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde nach Sinn und Zweck auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung übertragen. Entscheidend ist dabei, ob es auch bei der Europäischen Ermittlungsanordnung notwendig und angemessen ist, dass diese nur durch unabhängige Behörden ausgestellt werden kann. Um dies zu beantworten, sollen im Folgenden die einschlägigen Rechtsgrundlagen im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zum Rb-EuHb und insbesondere in dessen Begründung des Unabhängigkeitserfordernisses verglichen werden.

1. Die Staatsanwaltschaft als grundsätzlich zuständige Behörde

Für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls ist nach Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb die nach nationalem Recht zuständige „Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats“ zuständig. Dabei fehlt es an einer ausdrücklichen Aufzählung dieser Stellen. Insofern musste der EuGH zunächst die Frage klären, ob die deutsche Staatsanwaltschaft überhaupt eine Justizbehörde im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb darstellt. Grundsätzlich könne der Begriff der Justizbehörde auch solche Behörden erfassen, die nicht Richter oder Gerichte seien, aber an der Strafrechtspflege mitwirken. Der Begriff des Strafverfahrens sei dabei weit zu verstehen und erstrecke sich auf das gesamte Strafverfahren. Bei Behörden wie der Staatsanwaltschaft, die im Rahmen des Strafverfahrens befugt sind, eine verdächtige Person zu verfolgen, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass sie an der Strafrechtspflege mitwirke.²² Die Erfüllung dieser Anforderungen bescheinigt der EuGH auch der deutschen Staatsanwaltschaft. Diese sei für die Erhebung der öffentlichen Klage berufen und damit alleine für die Einleitung der Strafverfolgung zuständig. Zudem sei die Staatsanwaltschaft dabei an das Legalitätsprinzip gebunden. Daher habe die Staatsanwaltschaft die Vorbedingungen für die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch Strafgerichte zu schaffen und wirke an der Strafrechtspflege mit.²³

Für die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ist nach Art. 1 Abs. 1 RL-EEA ebenfalls eine „Justizbehörde des Mitgliedstaates“ zuständig. Allerdings werden in

Art. 2 lit. c RL-EEA die Anordnungsbehörden ausdrücklich aufgezählt; namentlich können dies der für den Fall zuständige Richter, Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter sowie das zuständige Gericht sein²⁴ oder jede andere vom Anordnungsstaat bezeichnete Behörde, die nach nationalem Recht für die Anordnung oder Erhebung von Beweismitteln im Strafverfahren zuständig ist.²⁵ Zwar können solche sonstigen Behörden auch Stellen sein, die der Exekutive zuzuordnen sind. Allerdings muss in diesem Fall ein besonderes Validierungsverfahren durchgeführt werden. In diesem Verfahren muss die Anordnung durch die sonstige Stelle von einem Richter, Gericht, Ermittlungsgericht oder Staatsanwalt vor ihrer Übermittlung an den Vollstreckungsstaat überprüft und bestätigt werden.²⁶ Ist dies der Fall, ist nicht die sonstige Behörde, sondern vielmehr die validierende Stelle als Anordnungsbehörde anzusehen.²⁷ Mithin erfolgt auch die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung im Ergebnis stets durch eine Justizbehörde; die endgültige Entscheidung soll gerade nicht durch die Exekutive getroffen werden. Bei der RL-EEA stellt sich also die Frage, ob die Staatsanwaltschaft eine grundsätzlich für die Anordnung von Europäischen Ermittlungsanordnungen zuständige Stelle ist, gerade nicht. Davon geht wohl auch der deutsche Gesetzgeber aus. Dieser hat in § 91j Abs. 2 IRG, welcher der Umsetzung der RL-EEA dient, festgelegt, dass im Grundsatz die Staatsanwaltschaft für die Validierung behördlicher Anordnungen zuständig ist.²⁸ Als Gemeinsamkeit lässt sich allerdings feststellen, dass bei beiden Maßnahmen – Europäischer Haftbefehl und Europäische Ermittlungsanordnung – in „letzter Instanz“ eine Justizbehörde für deren Ausstellung bzw. Anordnung zuständig ist.

Allerdings verlangt der EuGH darüber hinaus auch die Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde.²⁹ Zur Begründung dieser Unabhängigkeit beruft er sich jedoch nicht (nur) auf den Begriff der Justizbehörde. Vielmehr wird diese Notwendigkeit aus der Rechtsnatur des Rb-EuHb sowie dem dort enthaltenen Schutzsystem zur Absicherung der Verfahrens- und Grundrechte des von einem Europäischen Haftbefehl Betroffenen abgeleitet.³⁰ Insofern kann die namentliche Aufzählung der Staatsanwaltschaft in der RL-EEA als Anordnungsbehörde lediglich als Klarstellung angesehen werden. Ob diese jedoch auch die gegebenenfalls notwendige Unabhängigkeit von der Exekutive – wie sie auch beim Eu-

²⁴ Art. 2 lit. c Nr. i RL-EEA, EU ABI. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 7.

²⁵ Art. 2 lit. c Nr. ii S. 1 RL-EEA, EU ABI. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 7.

²⁶ Vgl. zu dem Begriff der Anordnungsbehörde *Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2017, S. 15 f.

²⁷ Vgl. Art. 2 lit. c Nr. ii S. 2, 3 RL-EEA, EU ABI. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 7.

²⁸ *Trautmann*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 4), IRG § 91j Rn. 8.

²⁹ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU: C:2019:456, Rn. 50–60.

³⁰ *Böhm*, NZWiSt 2019, 325 (326); auf die Ausführungen des EuGH wird im weiteren Verlauf noch näher eingegangen.

²¹ Vgl. für die Rechtslage in Deutschland *Oehmichen*, in: Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht aktuell, 2018, Kap. 23 Rn. 38 f.

²² EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU: C:2019:456, Rn. 50–60.

²³ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU: C:2019:456, Rn. 61–63.

ropäischen Haftbefehl gefordert wird – aufweisen muss, ergibt sich aus der Aufzählung nicht.³¹

2. Die Begründung des Unabhängigkeitserfordernisses der Staatsanwaltschaft

Entscheidend für die Übertragbarkeit des Unabhängigkeitserfordernisses ist vielmehr, ob die vom EuGH in Bezug auf den EuHB angestellten Erwägungen in gleicher Weise auch für die Europäischen Ermittlungsanordnung greifen.

a) Die gegenseitige Anerkennung als gemeinsamer Hintergrund

Bereits einleitend weist der EuGH in seinen Entscheidungsgründen auf die fundamentale Bedeutung der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens hin. Dabei wird betont, dass aus diesen folge, dass Mitgliedstaaten grundsätzlich davon ausgehen können, dass das Unionsrecht und die dort verankerten Grundrechte von allen anderen Mitgliedstaaten beachtet werden.³² So soll ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geschaffen werden, in dem auch der „freie Verkehr“ bezüglich strafrechtlicher justizieller Entscheidungen möglich ist.³³ Für die Durchsetzung eines solchen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ist es allerdings zwingend notwendig, gegenseitiges Vertrauen zu schaffen. Dazu bedarf es langfristig einer gewissen Harmonisierung der unterschiedlichen Strafverfahrensrechte der verschiedenen Mitgliedstaaten.³⁴ Werden nun der Rb-EuHb und die RL-EEA miteinander verglichen, fällt zunächst auf, dass es sich bei beiden Instrumenten um Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung im Bereich des

Strafrechts handelt.³⁵ Dies zeigt sich schon an den gewählten Rechtsgrundlagen dieser unionistischen Rechtsakte. Beide basieren auf Vorschriften, welche die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen innerhalb Europas regeln. Während Art. 31 lit. a, b EUV a.F. (und Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV a.F.) die Rechtsgrundlage des Rb-EuHb darstellt,³⁶ fußt die RL-EEA auf Art. 82 Abs. 1 lit. a AEUV,³⁷ also der Rechtsnachfolgerregelung des Art. 31 EUV a.F. Zu beachten ist allerdings, dass sowohl der Rb-EuHb wie auch die RL-EEA keine Harmonisierungen des Strafverfahrensrechts darstellen und insofern auch nicht zur Schaffung gegenseitigen Vertrauens durch eine solche Harmonisierung beitragen.³⁸ Insofern dienen beide Maßnahmen zunächst nicht der Schaffung gegenseitigen Vertrauens. Vielmehr bedarf es des gegenseitigen Vertrauens zur Legitimation beider Rechtsakte. Die Existenz eines solchen, zur Legitimation notwendigen Maßes an gegenseitigem Vertrauen innerhalb der Union erscheint in der Praxis ohnehin schon zweifelhaft.³⁹ Wenn nun aber, aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit der ausstellenden bzw. anordnenden Justizbehörden, politische Einflussnahmemöglichkeiten auf eigentlich der Justiz vorbehaltene Entscheidungen existieren, kann dies zu einer weiteren Schwächung des gegenseitigen Vertrauens führen.

Überdies soll durch das System der gegenseitigen Anerkennung das von politischen Entscheidungen abhängige System der klassischen Kooperation zwischen souveränen Staaten ersetzt werden.⁴⁰ Wenn die Exekutive jedoch Einfluss auf die Entscheidung der Justizbehörde nehmen kann, bleibt in einem gewissen Maße auch eine Abhängigkeit von politischen Entscheidungen bestehen. Mithin wird der „freie Ver-

³¹ Insbesondere kann auch die vom EuGH genannte Notwendigkeit einer „einheitlichen und autonomen Auslegung“ des Begriffs der Justizbehörde innerhalb der Union (EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 49) nicht so verstanden werden, dass dieser bei jeglichen unionsrechtlichen Maßnahmen gleich verstanden werden muss. Vielmehr zeigt sich seiner Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb sowie dem Zweck der Richtlinie, dass der EuGH „nur“ eine einheitliche und autonome Auslegung des Justizbehörden-Begriffes bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb für erforderlich hält. Anders hingegen der Generalanwalt des EuGH (EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494, Rn. 47–57), der bereits die ausdrückliche Benennung der Staatsanwaltschaft als bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers für sämtliche Arten von Staatsanwälten ansieht.

³² EuGH, Urt. v. 27.05.2019, C-508/19, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 43.

³³ EuGH, Urt. v. 27.05.2019, C-508/19, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 65.

³⁴ Gleß, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Auflage 2014, § 38 Rn. 5.

³⁵ Vgl. für den Rb-EuHb Erwägungsgrund 6 des Rb-EuHb, EU ABI. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 1; für die RL-EEA vgl. Art. 1 Abs. 2 RL-EEA, EU ABI. L 130 v. 1.5.2014, S. 7.

³⁶ Vgl. Präambel des Rb-EuHb, EU ABI. L 190 v. 18.7.2002, S.1.

³⁷ Vgl. Präambel der RL-EEA, EU ABI. L 130 v. 1.5.2014, S. 1.

³⁸ Hinsichtlich der RL-EEA könnte höchstens in Bezug auf die in Art. 10 Abs. 2 RL-EEA aufgeführten Ermittlungsmaßnahmen, die in jedem Mitgliedstaat verfügbar sein müssen, an eine transnationale Harmonisierung von Strafverfahrensrecht zu denken sein, vgl. dazu auch Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 4), III. B. 1a Rn. 4.

³⁹ Insbesondere die Häufung von Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH gegen Polen und Ungarn (vgl. dazu etwa EuGH, Urt. v. 5.11.2019 – C-192/18 = ECLI:EU:C:2019:924) aufgrund von Zweifeln an der Rechtsstaatlichkeit dürften dazu führen, dass das gegenseitige Vertrauen in die Justizsysteme der Mitgliedstaaten in der Praxis nicht immer vorhanden ist, vgl. auch Schomburg/Lagodny (Fn. 4), Einleitung Rn. 245 m.w.N. Defizite im gegenseitigen Vertrauen sieht auch Wasmeier, in Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 34), § 32 Rn. 39 m.w.N.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 27.05.2019, C-508/19, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 65; vgl. zur Entwicklung der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa etwa Wasmeier (Fn. 39), § 32 Rn. 1 ff.

kehr“ bezüglich strafrechtlicher justizieller Entscheidungen durch Weisungsmöglichkeiten der Exekutive jedenfalls beeinträchtigt. Dies hat freilich nicht zu bedeuten, dass bei Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung jegliche Form politischer Einflussnahme komplett ausgeschlossen sein muss. Vielmehr geht es bei Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung u.a. darum, das in der klassischen Rechtshilfe bestehende „politische Bewilligungsverfahren“ abzuschaffen und durch ein „einstufiges“, rein justizielles Verfahren zu ersetzen.⁴¹

Zudem findet sich auch in der Urteilsbegründung des EuGH zur notwendigen Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft⁴² kein Hinweis darauf, dass das Unabhängigkeitserfordernis alleine aufgrund der Einordnung des Rb-EuHb als Maßnahme der gegenseitigen Anerkennung für sämtliche Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung gelten muss. Ein solches dürfte der EuGH auch nicht im Sinn gehabt haben. Vielmehr würde das alleinige Abstellen auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als Begründung für die Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde bei sämtlichen Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung zu weit gehen. So handelt es sich bei den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens lediglich um übergeordnete Prinzipien, welche nicht unmittelbar anwendbar sind und der Konkretisierung durch sekundärrechtliche Regelungen bedürfen.⁴³ Bei der Auslegung dieser sekundärrechtlichen Regelungen muss dann wiederum das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beachtet werden.⁴⁴

Insofern kann zwar das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht als Begründung für ein „absolutes“ Unabhängigkeitserfordernis, welches keinerlei politische Einflussnahme auf die Entscheidung über Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung erlaubt, herangezogen werden. Allerdings würde durch eine politische Beeinflussbarkeit der anordnenden Justizbehörden das für die gegenseitige Anerkennung notwendige gegenseitige Vertrauen (noch weiter) geschwächt. Daher sollte von Justizbehörden, die Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung anordnen dürfen, durchaus ein gewisses Maß an Unabhängigkeit gefordert werden. In welchem Maße dieses Unabhängigkeitserfordernis bestehen

⁴¹ *Gleiß/Wahl*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 4), III. Rn. 55. Für die problematische Umsetzung eines „einstufigen“ Verfahrens in Deutschland beim Rb-EuHb v. *Heintschel-Heinegg*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 34), § 37 Rn. 3, 34 m.w.N.

⁴² EuGH, Urt. v. 27.05.2019 – C-508/19, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456.

⁴³ *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, AEUV Art. 82 Rn. 5 m.w.N.

⁴⁴ Dies ergibt sich auch aus dem Urteil des EuGH vom 27.5.2019 (C-508/18C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 49), wonach es für die Auslegung des Begriffs der Justizbehörde neben dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb auch auf den Kontext, in den die Vorschrift sich einfügt, sowie das mit dem Rb-EuHb verfolgte Ziel ankommt.

muss, richtet sich dann jedoch nach dem Sinn und Zweck der unterschiedlichen Maßnahmen und kann je nach Maßnahme divergieren.⁴⁵

b) Systematische Erwägungen als Begründung des Unabhängigkeitserfordernisses?

aa) Versagungsgründe des vollstreckenden Staats

Werden nun die beiden konkretisierenden Rechtsgrundlagen näher betrachtet, zeigt sich, dass in ihnen Regelungen zu den Voraussetzungen der Ausstellung der jeweiligen Maßnahme enthalten sind. Dabei gilt – wie bei Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung üblich – die Maßgabe, dass dem Ersuchen im Grundsatz stattgegeben werden muss und es nur in den eng begrenzten, grundsätzlich ausdrücklich benannten Fällen⁴⁶ abgelehnt werden darf.⁴⁷ Insofern könnte davon ausgegangen werden, dass bei beiden Maßnahmen eine mehr oder weniger automatisierte Anerkennung einer justiziellen Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates vorgesehen ist.⁴⁸ Bei einer solchen automatisierten Anerkennung der Entscheidung im Vollstreckungsstaat hat dieser ein legitimes Interesse daran, dass die Entscheidung auch von einer unabhängigen justiziellen Stelle getroffen worden ist und die Exekutive keinen Einfluss auf die Entscheidung hatte. Ansonsten könnte der vollstreckende Staat unter Umständen in die Lage gebracht werden, dass er zum „Werkzeug“ politischer Entscheidungen gemacht werden würde, ohne dies verhindern zu können.

Zu beachten ist jedoch, dass dem Vollstreckungsstaat bei einer Europäischen Ermittlungsanordnung umfangreiche Überprüfungs- und Ablehnungsgründe zur Verfügung stehen.⁴⁹ Insofern kann bei der RL-EEA wohl auch weniger von einem uneingeschränkten Automatismus die Rede sein.⁵⁰ Vielmehr erweitert die RL-EEA die Anordnungskompetenz des Anordnungsstaates auf das Territorium eines anderen Mitgliedstaates, wobei diese Kompetenz unter Vorbehalt der zuvor erwähnten Überprüfungs- und Ablehnungsgründe des Vollstre-

⁴⁵ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/19, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 49, welcher klarstellt, dass die Auslegung des Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHb kontextbezogen erfolgen muss.

⁴⁶ Vgl. für den EuHb etwa Art. 3, 4 Rb-EuHb, EU ABl. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 3 f.; für die EEA Art. 11, 15 RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 11, 13.

⁴⁷ *Gleiß* (Fn. 34), § 38 Rn. 2.

⁴⁸ So jedenfalls *Gleiß* (Fn. 34), § 38 Rn. 2, die jedoch die RL-EEA als eine Abkehr von einer zwangsläufigen Umsetzung ansieht.

⁴⁹ Zu den einzelnen Ablehnungsgründen etwa *Zimmermann* (Fn. 38), III. B. 1a Rn. 5–8, sowie ausführlich zu den Ausnahmen von einer automatisierten Anerkennung *Leonhardt* (Fn. 26), S. 48 ff.

⁵⁰ Vgl. *Leonhardt* (Fn. 26), S. 149, nach dem dies gleichermaßen für die Versagungsgründe im Rahmen des Rb-EuHb gilt und der Beschuldigtenschutz im Rahmen der RL-EEA gegenüber dem Rb-EuHb nicht unbedingt erweitert wird.

ckungsstaates steht.⁵¹ Im Hinblick auf das Unabhängigkeitserfordernis sind diese Versagungsgründe dabei nur insofern relevant, als diese dem Vollstreckungsstaat ggf. eine Ablehnung der angeordneten Maßnahme im Falle einer politischen Beeinflussung ermöglichen.

Zwar ist in den Ablehnungsgründen die politische Einflussnahme der Exekutive nicht ausdrücklich benannt. Allerdings sieht Art. 11 Abs. 1 lit. f RL-EEA – im Gegensatz zum Rb-EuHb – einen Verstoß gegen den europäischen ordre public als einen ausdrücklich normierten Versagungsgrund vor.⁵² Teil dieses ordres publics sind auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie die Einhaltung der in der GRCh und der EMRK und durch den EuGH bzw. den EGMR präzisierten Justizgrundrechte.⁵³ Darüber hinaus findet auch der Grundsatz der Verfahrensfairness über Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 GRCh sowie Art. 6 EMRK Einzug in den europäischen ordre public. Als Teil der Verfahrensfairness gilt auch die richterliche Unabhängigkeit bzw. die Unabhängigkeit von Justizbehörden im Allgemeinen.⁵⁴ Bei durch die Exekutive beeinflussten Entscheidungen ist ein Verstoß gegen das Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren aus Art. 47 Abs. 2, 48 Abs. 2 GRCh bzw. Art. 6 EMRK durchaus denkbar.⁵⁵ In diesem Fall würde dem Vollstreckungsstaat auch ein Ablehnungsgrund gegen die „politisierte“ Entscheidung zur Verfügung stehen. Zwar findet der europäische ordre public über § 73 S. 2 IRG, welcher sich wiederum auf Art. 1 Abs. 3 Rb-EuHb stützen lässt, ebenfalls Einzug in das Europäische Auslieferungsrecht in Form eines Auslieferungshindernisses.⁵⁶ Allerdings wird die Einführung eines ausdrücklichen Versagungsgrunds in Form eines ordre public-Vorbehaltes in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend als bedeutender Fortschritt qualifiziert.⁵⁷ Auch

wenn das Verhältnis von nationalem und europäischem ordre public weiterhin gewisse Schwierigkeiten bereiten kann,⁵⁸ wird die Einführung eines verbindlichen europäischen ordres publics als Stärkung der Beschuldigtenrechte und als ein weiterer Schritt in Richtung eines europäischen Mindestschutzes von Betroffenen eingeordnet.⁵⁹

Hinzu kommt, dass eine von politischen Erwägungen getragene Europäische Ermittlungsanordnung sich im Einzelfall auch gegen wesentliche Sicherheitsinteressen des Vollstreckungsstaates richten könnte.⁶⁰ In diesem Fall stünde dem Vollstreckungsstaat nach Art. 11 lit. b RL-EEA ein weiterer Versagungsgrund zur Verfügung. Folglich stehen dem Vollstreckungsstaat durchaus Möglichkeiten zur Verfügung, einer von politischen Erwägungen getragenen Europäischen Ermittlungsanordnung nicht nachzukommen. Freilich sind nicht jegliche Weisungen der Exekutive automatisch als Verstoß gegen den europäischen ordre public oder gegen wesentliche Sicherheitsinteressen des Vollstreckungsstaates zu qualifizieren. Die Gefahr einer Politisierung solcher Entscheidungen, die der Vollstreckungsstaat aufgrund des grundsätzlich geltenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Bewilligung und Ablehnung dennoch treffen muss, besteht demnach bei einer fehlenden Unabhängigkeit der anordnenden Justizbehörde auch bei der RL-EEA.

Hinzu kommt, dass die Feststellung einer politischen Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess der Anordnungsbehörde für den Vollstreckungsstaat nur schwerlich möglich sein dürfte. So sind in dem Formblatt zur Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung keine Vorgaben zu finden, nach denen eine etwaige Weisung der Exekutive an die ausstellende Behörde angegeben werden müsste.⁶¹ Zudem dürfte die Vollstreckungsbehörde keine bzw. kaum Kenntnis-

⁵¹ Gleß (Fn. 34), § 38 Rn. 84d.

⁵² Vgl. etwa Zimmermann (Fn. 38), III. B. 1a Rn. 8; ausführlich dazu auch Leonhardt (Fn. 26), S. 60 ff.

⁵³ Zu den Garantien des europäischen ordres publics vgl. Gleß/Wahl/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 4), IRG § 73 Rn. 159 ff.

⁵⁴ Vgl. Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 53), IRG § 73 Rn. 172.

⁵⁵ Vgl. etwa Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 53), IRG § 73 Rn. 142a, die einen solchen Verstoß für möglich halten, wenn ein nicht unter diesen Unabhängigkeitsbegriff zu fassendes Gericht eine bereits ergangene und nun zu vollstreckende Entscheidung über einen Haftbefehl getroffen hat. Würde nun eine als nicht unabhängig zu qualifizierende Justizbehörde eine Entscheidung über eine Europäische Ermittlungsanordnung treffen, könnte dies gleichermaßen gegen die Rechte des Betroffenen aus Art. 47 II, 48 II GRCh bzw. Art. 6 EMRK verstoßen.

⁵⁶ Vgl. etwa Heintschel-Heinegg (Fn. 41), § 37 Rn. 56; Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 53), IRG § 73 Rn. 130.

⁵⁷ Vgl. etwa Böhm, NJW 2017, 1512 (1513, 1515), der diese ausdrückliche Aufnahme einer Grundrechtsschutz-Klausel als „gesetzgeberischen Glücksfall“ bezeichnet. Vgl. auch Oehmichen (Fn. 21), Kap. 23 Rn. 6, die die im Vergleich zum Rb-EuHb vorhandenen grundrechtsschützenden Regelungen der RL-EEA aufführt. Auch Zimmermann, ZStW 127 (2015),

143 (157), sieht einen Mehrwert dieser Regelung und hebt insbesondere die explizite Nennung einer Rechtsfolge hervor.

⁵⁸ So auch Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (157). Vgl. zu der grundlegenden Problematik der Vereinbarkeit von § 73 S. 2 IRG mit Verfassungs- und EU-Recht und den unterschiedlichen Positionen von BVerfG und EuGH, Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 53), IRG § 73 Rn. 112 ff. Allerdings dürfte sich die Frage, ob bei einem Verstoß gegen europäische Grundrechte lediglich ein Aufschub der Vollstreckung oder aber vielmehr die Ablehnung der Auslieferung in Frage kommt (dazu Gleß/Wahl/Zimmermann [Fn. 53], IRG § 73 Rn. 178), nicht mehr stellen. Durch die Aufzählung als Ablehnungsgrund in Art. 11 Abs. 1 lit. f RL-EEA dürfte eindeutig festgelegt sein, dass ein solcher Verstoß auch zur Ablehnung des Rechtshilfeverlangens führen kann.

⁵⁹ Vgl. etwa Gleß (Fn. 34), § 38 Rn. 84e; Zimmermann (Fn. 38), III. B. 1a Rn. 8; Leonhardt (Fn. 26), S. 61 f.

⁶⁰ Zu dem Begriff der wesentlichen Sicherheitsinteressen Schierholt, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 4), IRG § 91e Rn. 2, nach dem diese Alternative außer in Terrorverfahren wohl eher selten in Betracht kommen dürfte und auch bei diesen eine intensiven Zusammenarbeit wohl eher angestrebt und Lösungen gefunden werden.

⁶¹ Vgl. Anlage A, RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 24 ff.

se über das anordnungsstaatliche Rechtssystem besitzen. Insofern ist die Vollstreckungsbehörde kaum in der Lage, die Rechtslage in dem Anordnungsstaat einzuschätzen. Mithin wird sie auch nur schwer beurteilen können, ob die von der Anordnungsbehörde getroffenen Einschätzungen im Anordnungsstaat nicht zu beanstanden sind oder ob sie auf einer (möglicherweise sogar rechtswidrigen) Weisung der Exekutive basieren.

bb) Der unterschiedliche Grad des Betroffenenenschutzes

Ein weiterer Punkt, den der EuGH in seinem Urteil über die fehlende Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft hervorhebt, ist der zweistufige Schutz der Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen eines Europäischen Haftbefehls. Neben dem Schutz auf der ersten Stufe, also bei der Ausstellung des nationalen Haftbefehls, müssen auch auf der zweiten Stufe, der Ausstellung des Europäischen Haftbefehls, die Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen gewahrt werden. Dabei betont der EuGH, dass auf der zweiten Ebene, also bei der Ausstellung des Europäischen Haftbefehls, die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Rb-EuHb überprüft sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt werden muss. Dieser Schutz sei jedoch nur gegeben, wenn die Überprüfung durch eine unabhängige Justizbehörde erfolge.⁶²

Auch bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung findet sich ein ähnlich ausgestalteter Schutz der Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen. So muss die Anordnungsbehörde überprüfen, ob die angeordnete Maßnahme in einem innerstaatlichen Fall im Anordnungsstaat ebenfalls möglich gewesen wäre.⁶³ Zudem ist auch eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit durch die Anordnungsbehörde in der RL-EEA ausdrücklich vorgesehen.⁶⁴ Hinzu kommt, dass auch die Vollstreckungsbehörde überprüft, ob die Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall im Vollstreckungsstaat zur Verfügung gestanden hätte und verhältnismäßig gewesen wäre. Ist dies nicht der Fall, kann sie die Maßnahme ablehnen bzw. eine mildere nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zulässige Maßnahme ergreifen.⁶⁵ Insofern wird die Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahme bei einer Europäischen Ermittlungsanordnung nicht nur von der Anordnungsbehörde, sondern vielmehr von gleich zwei Justizbehörden, der Anordnungs- und der Vollstreckungsbehörde, überprüft. Mithin dürfte das Schutzniveau des Betroffenen bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung in Bezug auf die Überprüfung der Ver-

hältnismäßigkeit der Anordnung im Vergleich zu einem Europäischen Haftbefehl höher liegen.⁶⁶

Allerdings wird bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung die Wahrung der Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen nur einmalig durch die Pflichten der Anordnungsbehörde aus Art. 6 Abs. 1 RL-EEA sichergestellt.⁶⁷ Beim Europäischen Haftbefehl hingegen wird auf erster Ebene geprüft, ob die nationalen Voraussetzungen zum Erlass eines nationalen Haftbefehls eingehalten und die Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen auf nationaler Ebene gewahrt wurden. Auf der zweiten Ebene erfolgt dann die Prüfung, ob auch die Voraussetzungen für einen Europäischen Haftbefehl vorliegen, wobei auch hier die Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen beachtet werden müssen.⁶⁸ Bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung hingegen fehlt es an einem solchen nationalen Erlass der Ermittlungsmaßnahme.⁶⁹ Vielmehr werden von der An-

⁶⁶ Bei diesem wird eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch die Vollstreckungsbehörde nicht ausdrücklich vorgeschrieben und findet sich auch nicht in den enumerativ aufgezählten Ablehnungsgründen der Art. 3, 4 Rb-EuHB (EU ABl. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 3 f.). Zwar wird bei einem Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Teil ein ungeschriebener Ablehnungsgrund des Auslieferungsbegehrens aufgrund eines Verstoßes gegen den europäischen ordre public angenommen, so jedenfalls *Gleiß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 53), § 73 Rn. 174. Allerdings führt nicht jeder Verstoß gegen den europäischen ordre public automatisch zu der Annahme eines Auslieferungshindernisses. Vielmehr führt ein solcher nur zur Ablehnung, wenn er den Kernbestand der im europäischen ordre public erfassten Garantien berührt (v. *Heintschel-Heinegg* [Fn. 41], § 37 Rn. 56). Zum Verhältnis von Rb-EuHb und RL-EEA und dabei den problematischen Umgang mit der Verhältnismäßigkeit bei der Durchführung eines EuHb sowie den verbesserten Beschuldigtenschutz der RL-EEA im Vergleich zum EuHb betonend *Leonhardt* (Fn. 26), S. 143 ff. und insbes. S. 161 f.

⁶⁷ So darf die Behörde die Europäische Ermittlungsanordnung nur erlassen, wenn diese in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen erlassen werden könnte (Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA) und die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL-EEA). Zu der deutschen Umsetzung und den allgemeinen Anforderungen an eine solche vgl. *Trautmann* (Fn. 28), IRG § 91j Rn. 2 ff., sowie *Leonhardt* (Fn. 26), S. 33 ff.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 71 f. Dazu auch *Hackner*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 4), Vor § 78 IRG Rn. 16b.

⁶⁹ Zwar muss bei Maßnahmen mit Richtervorbehalt zunächst eine Entscheidung des Ermittlungsrichters eingeholt werden, ein eigenständiges nationales Verfahren über den Erlass der Ermittlungsmaßnahme, welches gesondert geführt wird, findet jedoch im Gegensatz zum EuHb, in dem zunächst ein nationaler Haftbefehl erlassen werden muss, gerade nicht statt, vgl. Art. 5 RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 8; ausführlich zum Inhalt und Form einer EEA auch *Leonhardt* (Fn. 26), S. 30 f.

⁶² EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456, Rn. 67-74.

⁶³ Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 8.

⁶⁴ Art. 6 Abs. 1 lit. a RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 8; vgl. auch *Zimmermann* (Fn. 38), III. B. 1a Rn. 9.

⁶⁵ Vgl. Art. 10 RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 10.

ordnungsbehörde sowohl die Vereinbarkeit der Anordnung der Europäischen Ermittlungsanordnung mit nationalem Recht, wie auch die übrigen Voraussetzungen für die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung in einem einzigen Schritt geprüft. Insofern existiert bei der Europäischen Ermittlungsanordnung kein dem Europäischen Haftbefehl entsprechender „zweistufiger“ Schutz der Verfahrens- und Grundrechte des Betroffenen im Anordnungsstaat. Die „zweite“ Stufe besteht vielmehr darin, dass die Vollstreckungsbehörde die Anordnung auf die Vereinbarkeit mit dem Recht des Vollstreckungsstaates sowie auf ggf. in Betracht kommende Ablehnungs- bzw. Bewilligungshindernisse überprüft.⁷⁰ Ob die von der Anordnungsbehörde angefragte Maßnahme auch tatsächlich im Anordnungsstaat möglich wäre, wird hingegen nicht erneut hinterfragt. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die den Europäischen Haftbefehl ausstellende Justizbehörde nicht mehr überprüft, ob die Voraussetzungen für die Ausstellung eines nationalen Haftbefehls eingehalten sind. Zudem prüft das den nationalen Haftbefehl ausstellende Gericht auch nicht das Vorliegen der Voraussetzungen eines Europäischen Haftbefehls. Insofern erfolgt auch bei der Ausstellung des Europäischen Haftbefehls keine „doppelte“ Prüfung der Ausstellungsvoraussetzungen.

Zu beachten ist allerdings, dass die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ggf. aufgrund der Entscheidung einer als abhängig zu qualifizierenden Justizbehörde ergeht.⁷¹ Wie bereits erläutert, erfolgt bei der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zunächst eine nationale Entscheidung, welche durch ein Gericht und somit durch eine unstreitig als unabhängig zu qualifizierende Justizbehörde getroffen wird.⁷² Selbst wenn also bei der ausstellenden Justizbehörde des Europäischen Haftbefehls die Unabhängigkeit in Frage steht, erfolgt jedenfalls auf nationaler Ebene eine Entscheidung durch eine unzweifelhaft unabhängige Justizbehörde. Bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung fehlt es hingegen an einer solchen nationalen Entscheidung über die durchzuführende Ermittlungsmaßnahme. Wenn nun aber die Unabhängigkeit der anordnenden Justizbehörde in Frage steht, gibt es folglich keine „vorgeschnittene“ Entscheidung durch eine unzweifelhaft als unabhängig zu qualifizierende Justizbehörde.

Insgesamt ist das Schutzsystem für Betroffene eines Europäischen Haftbefehls sowie einer Europäischen Ermittlungsanordnung grundsätzlich als ähnlich ausgestaltet einzustufen. Bei beiden Maßnahmen müssen sowohl die anordnungsstaatlichen Voraussetzungen als auch die Voraussetzungen für die Europäische Maßnahme durch Justizbehörden überprüft und dabei die Verfahrens- und Grundrechte des

Betroffenen gewahrt werden. Bestehen allerdings Zweifel an der Unabhängigkeit der die Europäische Ermittlungsanordnung anordnenden Justizbehörde, fehlt es an einer vorgeschalteten nationalen Entscheidung durch eine unabhängige Justizbehörde. Daher erscheint die Entscheidung über die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung anfälliger für politische Beeinflussung. Dies wiederum spricht grundsätzlich für das Erfordernis der Unabhängigkeit der Justizbehörde, die eine Europäische Ermittlungsanordnung ausspricht.

c) Die unterschiedlichen Eingriffsintensitäten eines EuHb und einer Europäischen Ermittlungsanordnung

Gegen eine Übertragbarkeit könnte allerdings die unterschiedliche Intensität der Grundrechtseingriffe bei der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls und der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung sprechen. So betont der EuGH die besondere Bedeutung des Grundrechtsschutzes bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung.⁷³ Dabei wird unter anderem der mit der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls einhergehende Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen als Begründung für die notwendige Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde herangezogen.⁷⁴ Gerade in Fällen, in denen der europäische Haftbefehl im Rahmen der Strafverfolgung – also im Vorfeld einer rechtskräftigen Entscheidung – erlassen wird, ist der Eingriff in die Rechte des Betroffenen von besonders hoher Intensität.

Zu beachten ist dabei, dass der EuGH die Ausstellung eines europäischen Haftbefehls als einen eigenständigen Eingriff in die Rechte des Betroffenen ansieht.⁷⁵ Die Ausstellung des Europäischen Haftbefehls wird also trotz der bereits zuvor erfolgten Ausstellung eines nationalen Haftbefehls – was bereits ein erster eigenständiger Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen ist⁷⁶ – als weiterer eigenständiger Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen qualifiziert. Bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung hingegen erfolgt, wie bereits erläutert, keine vorherige nationale Entscheidung durch eine nationale Justizbehörde über die Durchführung der Ermittlungsmaßnahme. Es fehlt also schon an einer nationalen Entscheidung, welche als erster Eingriff in die Rechte des Betroffenen gewertet werden könnte und an die die Europäische Ermittlungsanordnung als unselbstständige, diesen Eingriff lediglich durchsetzende Handlung anknüpfen könnte. Dementsprechend stellt die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung durch die Anordnungsbehörde erst recht einen eigenständigen Ein-

⁷⁰ Ausführlich zu den Rechten der Vollstreckungsbehörde *Leonhardt* (Fn. 26), S. 48 ff.

⁷¹ Dies kann u.U. auch zur Umgehung eines im Anordnungsstaat bestehenden Richtervorbehalts führen, wenn die Europäische Ermittlungsanordnung von der Staatsanwaltschaft ausgestellt wird, vgl. dazu *Zimmermann* (Fn. 38), III. B. 1a Rn. 12.

⁷² Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Erlass des nationalen Haftbefehls in dem jeweiligen Mitgliedstaat unter einem Richtervorbehalt steht.

⁷³ Vgl. etwa *Kluth*, NVwZ 2019, 1175 (1176).

⁷⁴ So jedenfalls *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811 (2811 f.).

⁷⁵ Vgl. etwa *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811 (2811 f.).

⁷⁶ Vgl. etwa zur Untersuchungshaft *Graf*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, Vor § 112– § 130 Rn. 6.

griff in die Grund- und Verfahrensrechte des von der Anordnung Betroffenen dar.⁷⁷

Zwar wird auch eine Europäische Ermittlungsanordnung im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung, auf der Ebene der Strafverfolgung, erlassen. Im Gegensatz zum Europäischen Haftbefehl unterscheiden sich die Intensität und Art des Eingriffes einer Europäischen Ermittlungsanordnung jedoch je nach Maßnahme.⁷⁸ Insbesondere erfolgt nur in seltenen Fällen ein Eingriff in das in Art. 6 GRCh verankerte und besonders hoch anzusetzende Freiheitsrecht. Allerdings sind auch bei einer Europäischen Ermittlungsanordnung schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte von Betroffenen – auch in das Freiheitsrecht des Art. 6 GRCh – denkbar.⁷⁹ Zu beachten sind dabei jedoch die in den Art. 22, 23 RL-EEA getroffenen ergänzenden Regelungen für derartige Maßnahmen. Insbesondere kann eine solche Überstellung nach Art. 22 Abs. 2 lit. a (i.V.m. Art. 23 Abs. 2) RL-EEA nur durchgeführt werden, wenn der Inhaftierte der Überstellung zustimmt.⁸⁰ Auch andere grundrechtsintensive Ermittlungsmaßnahmen, wie etwa verdeckte Ermittlungen, eine Echtzeitüberwachung oder eine Telekommunikationsüberwachung, sind in der RL-EEA mit besonderen, über die allgemeinen Zurückweisungsgründe des Art. 11 RL-EEA hinausgehenden, Regelungen versehen.⁸¹ Diese dienen jedenfalls auch dem Schutz der Rechte des Betroffenen.⁸² Insofern existieren in der RL-EEA bei grundrechtsintensiven Ermittlungsmaßnahmen Instrumente zur Absicherung der Verfahrens- und Grundrechte der Betroffenen. Zwar sind auch vereinzelt Ermittlungsmaßnahmen denkbar, für die keine Sonderregelungen getroffen sind und die mit einer ähnlichen Intensität in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen.⁸³ Grundsätzlich wird in der RL-EEA jedoch ein hohes Schutzniveau der Verfahrens- und Grundrechte der Betroffenen garantiert, welches das Schutzniveau des Rb-EuHb übersteigen dürfte.⁸⁴

⁷⁷ An einem Eingriff in die Rechte von Betroffenen fehlt es allerdings in solchen Fällen, in denen bereits die Ermittlungsmaßnahme in keinerlei Rechte des Betroffenen eingreift.

⁷⁸ Zum Beispiel wiegt die Eingriffsintensität einer Hausdurchsuchung ohne Einwilligung des Wohnungsinhabers deutlich schwerer als eine einfache Befragung eines Verdächtigen.

⁷⁹ Ein solcher Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit aus Art. 6 GRCh ist etwa in der (zeitweisen) Überstellung einer inhaftierten Person zur Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme zu sehen.

⁸⁰ Ausführlich dazu *Leonhardt* (Fn. 26), S. 74–76.

⁸¹ Vgl. Art. 22–31 RL-EEA, EU ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 15 ff.; ausführlich *Leonhardt* (Fn. 26), S. 71–92.

⁸² *Zimmermann* (Fn. 38), III. B. 1a Rn. 12.

⁸³ Zu denken ist beispielsweise an eine Durchsuchung, welche in erheblichem Maße in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen bzw. das Wohnungsgrundrecht aus Art. 7 GRCh eingreift.

⁸⁴ In diese Richtung auch *Gleiß* (Fn. 34), § 38 Rn. 84c f.

IV. Fazit und Ausblick

Insgesamt existieren einige Anhaltspunkte dafür, dass das vom EuGH aufgestellte Unabhängigkeitserfordernis auch für Europäische Ermittlungsanordnungen anordnende bzw. validierende Justizbehörden eingefordert werden könnte. Insbesondere die fehlende nationale Entscheidung über die Ermittlungsmaßnahme und die damit einhergehende größere Beeinflussbarkeit der anordnenden Justizbehörde bei Zweifeln an deren Unabhängigkeit sprechen für eine solche Forderung. Auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung und die damit einhergehende Gefahr von politisierten Entscheidungen streiten für das Erfordernis der Unabhängigkeit der Justizbehörde, die nach Art. 1 Abs. 1 (i.v.m. Art. 2 lit. c) RL-EEA für die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung zuständig ist. Andererseits spricht die – jedenfalls nicht bei allen Europäischen Ermittlungsanordnungen vergleichbare – geringere Eingriffsintensität der Ermittlungsmaßnahme im Vergleich zu der Eingriffsintensität eines Europäischen Haftbefehls gegen die Übertragbarkeit des Unabhängigkeitserfordernisses auf die RL-EEA. Auch die umfassenden Ablehnungsgründe der RL-EEA, welche grundsätzlich auch bei politisch beeinflussten Entscheidungen über die Anordnung in Betracht kommen und den Betroffenenenschutz stärken, lassen sich gegen eine Übertragbarkeit des Unabhängigkeitserfordernisses auf die RL-EEA anführen.

Letztendlich kann – aufgrund des vom Rb-EuHb abweichenden Regelungsgegenstands der RL-EEA – ohnehin keine sichere Aussage darüber getätigt werden, wie der EuGH in einem entsprechenden Vorabentscheidungsverfahren⁸⁵ urteilen würde. Dennoch hat er mit seinen Feststellungen einen Raum für ein derartiges Unabhängigkeitserfordernis von Justizbehörden, die für die Anordnung einer Maßnahme der gegenseitigen Anerkennung zuständig sind, geschaffen. Ob der EuGH solche Auswirkungen beabsichtigt hatte, erscheint zweifelhaft. Vielmehr deutet seine Nachfolgerechtsprechung darauf hin, dass er die Tragweite seiner Ausführungen unterschätzt hatte.⁸⁶ So hat er in den seine Rechtsprechung präzisierenden Urteilen zur Unabhängigkeit der belgischen⁸⁷,

⁸⁵ Ein entsprechendes Vorabentsuchersuchen, in dem die Staatsanwaltschaft Wien wissen will, ob unter den Begriff der Justizbehörde i.S.v. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 lit. c) RL-EEA auch Staatsanwaltschaften fallen, die – wie etwa die deutsche Staatsanwaltschaft – bei dem Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung der Gefahr einer Einzelweisung seitens der Exekutive ausgesetzt sind, ist seit dem 2. August 2019 bei dem EuGH anhängig – Rs. C-584/19.

⁸⁶ So auch *Wahl* in seiner Anmerkung zu den Urteilen des EuGH zur Unabhängigkeit der französischen, belgischen und schwedischen Staatsanwaltschaft, eurcrim v. 22.2.2020, abrufbar unter

<https://eucrim.eu/news/cjeu-clarifies-its-case-law-on-concept-of-judicial-authority-entitled-to-issue-ewaws/> (4.11.2020).

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-627/19 = ECLI:EU:C:2019:1079.

österreichischen⁸⁸, französischen⁸⁹ und schwedischen⁹⁰ Staatsanwaltschaft klargestellt, dass es an der erforderlichen Unabhängigkeit nur fehle, wenn die abstrakte Gefahr besteht, dass Weisungen der Exekutive einen konkreten Einzelfall betreffend gegeben werden. Generelle Vorgaben zum Strafverfahren sollen die Unabhängigkeit der ausstellenden Staatsanwaltschaft hingegen nicht berühren.⁹¹ Auch hat er die Anforderungen an den notwendigen gerichtlichen Rechtsschutz des Betroffenen gegen Entscheidungen der zweiten Stufe (also gegen die Anordnung der europäischen Maßnahme) insoweit präzisiert, als dieser auf unterschiedliche Art gewährleistet werden kann. Insbesondere müsse nicht zwangsläufig ein Rechtsmittel gegen die Anordnung der europäischen Maßnahme bestehen. Vielmehr genüge es, wenn ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz gegen die nationale Entscheidung existiert.⁹² Mithin zeigt sich, dass der EuGH – mit Blick auf die deutlich weitergehenden Auslegungsmöglichkeiten – das Unabhängigkeitserfordernis vergleichsweise restriktiv auffasst. Bemerkenswert ist dabei auch, dass sich der EuGH gegen die Stellungnahme des Generalanwalts⁹³ stellt. Dieser forderte, dass die ausstellende Justizbehörde in keiner Weise Teil eines hierarchischen Systems oder Adressat (allgemeiner) Weisungen sein dürfe.⁹⁴ Auch die Anforderungen an einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz wurden von ihm deutlich strenger interpretiert. Nach Ansicht des Generalanwalts wäre es notwendig gewesen, dass der von dem Europäischen Haftbefehl Betroffene diesen direkt vor einem Richter bzw. einem Gericht angreifen kann.⁹⁵ Die enge Auffassung des Unabhängigkeitserfordernisses hat zur Folge, dass Deutschland bisher der einzige Mitgliedstaat ist, welcher das Unabhängigkeitserfordernis nicht erfüllt.⁹⁶ Die restriktive

Auffassung des EuGH und die damit einhergehenden vergleichsweise geringen Auswirkungen auf europäischer Ebene können jedenfalls als Indiz dafür gewertet werden, dass der EuGH diese Auswirkungen nun nicht – entgegen dieser Tendenz zur Relativierung – auf die RL-EEA ausweiten wird.

Hinzu kommt, dass mittlerweile auch der Generalanwalt des EuGH zu der Frage der Übertragbarkeit des vom EuGH für den Europäischen Haftbefehl aufgestellten Unabhängigkeitserfordernisses der ausstellenden Justizbehörde auf die eine Europäische Ermittlungsanordnung anordnende Justizbehörde, Stellung bezogen hat.⁹⁷ Dabei spricht sich der Generalanwalt gegen eine automatische Übertragung der für den Europäischen Haftbefehl gefundenen Formel aus und legt Gründe dar, die aus seiner Sicht gegen die Gleichstellung von Europäischem Haftbefehl und Europäischer Ermittlungsanordnung sprechen.⁹⁸ Neben der ausdrücklichen Nennung der Staatsanwaltschaft in der RL-EEA und der damit getroffenen Entscheidung des Unionsgesetzgebers gegen eine Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts⁹⁹ begründet er seine Einschätzung insbesondere auch mit der gestärkten Stellung der Vollstreckungsbehörde von Europäischen Ermittlungsanordnungen im Vergleich zur Stellung der Vollstreckungsbehörde beim Europäischen Haftbefehl.¹⁰⁰ Zudem führt er die – verglichen mit einem Europäischen Haftbefehl – grundsätzlich geringere Intensität von Ermittlungsmaßnahmen an.¹⁰¹ Insgesamt achte die RL-EEA die Grundrechte und übrigen Verfahrensrechte von Betroffenen in hinreichendem Maße und die Staatsanwaltschaften sämtlicher Mitgliedstaaten seien, unabhängig von ihrer institutionellen Stellung, dazu befugt, eine Europäische Ermittlungsanordnung anzuordnen.¹⁰²

Sollte der EuGH – entgegen dieser Vermutung und der Einschätzung des Generalanwalts – dennoch zu dem Schluss kommen, dass das von ihm für den Europäischen Haftbefehl aufgestellte Unabhängigkeitserfordernis für die Europäische Ermittlungsanordnung herangezogen werden muss, würde dies für die deutsche Praxis bei der Anordnung von Europäi-

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 9.10.2019 – C-489/19 = ECLI:EU:C:2019:849.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-566/19, C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1077.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-625/19 = ECLI:EU:C:2019:1078.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-566/19, C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1077, Rn. 54-58.

⁹² Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-625/19 = ECLI:EU:C:2019:1078, Rn. 42-44, und EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-566/19, C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1077, Rn. 63-71.

⁹³ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 26.11.2019 – C-566/19, C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1012; vgl. auch *Gierok*, IWRZ 2020, 89 (91).

⁹⁴ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 26.11.2019 – C-566/19, C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1012, Rn. 35-42.

⁹⁵ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 26.11.2019 – C-566/19 und C-626/19 = ECLI:EU:C:2019:1012 Rn. 91.

⁹⁶ Nach Ansicht des Generalanwalts erfüllt auch die niederländische Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen des Unabhängigkeitserfordernisses nicht, vgl. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 25.6.2020 – C-510/19 = ECLI:EU:C:2020:94, Rn. 83. Das

Urteil des EuGH in der Rechtssache steht allerdings zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch aus.

⁹⁷ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona, v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494. Vgl. zur Anhängigkeit des Verfahrens bereits Fn. 85.

⁹⁸ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona, v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494, Rn. 43 ff.

⁹⁹ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona, v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494, Rn. 47-57.

¹⁰⁰ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona, v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494, Rn. 58-65.

¹⁰¹ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona, v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494, Rn. 69.

¹⁰² EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona, v. 16.7.2020 – C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:494, Rn. 66 ff.

schen Ermittlungsanordnungen erhebliche Folgen haben.¹⁰³ So würde die in Deutschland festgelegte Rolle der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens¹⁰⁴ zumindest bei Ermittlungen auf europäischer Ebene im Allgemeinen in Frage gestellt werden.¹⁰⁵ Zur Lösung dieser Problematik müsste entweder das Weisungsrecht endgültig abgeschafft oder zumindest umgestaltet werden.¹⁰⁶ Eine andere Lösungsvariante wäre die Übertragung dieser Aufgabe auf den Ermittlungsrichter.¹⁰⁷ Eine Übertragung der Anordnungszuständigkeit auf den Ermittlungsrichter würde aber zu einer Aufwertung seiner Rolle im Ermittlungsverfahren führen,¹⁰⁸ welche in dieser Form in dem deutschen Strafprozessrecht nicht vorgesehen ist. So würde es jede Ermittlungsmaßnahme auf europäischer Ebene unter einen Richtervorbehalt stellen.

Dies erscheint in Anbetracht der jedenfalls zum Teil doch eher geringen Eingriffsintensität einiger Ermittlungsmaßnahmen als überzogen. Für solche Ermittlungsmaßnahmen, bei denen ein Richtervorbehalt auch vom deutschen Recht gefordert wird, muss die Staatsanwaltschaft ohnehin eine richterliche Bestätigung der Maßnahme einholen und diese der Übermittlung der Europäischen Ermittlungsanordnung anfügen.¹⁰⁹

¹⁰³ Zu den Folgen des Urteils auf die Ausstellung eines EuHb durch deutsche Staatsanwaltschaften etwa *Gärditz*, GSZ 2019, 133; *Böhm*, NZWiSt 2019, 325. Siehe auch *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811, welche eine Rechtsgrundlage für den Erlass eines EuHbs fordern, da insbesondere die Gerichte derzeit keine Ermächtigung zur Ausstellung eines EuHbs besitzen sollen. Dies kann u.U. auch für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung gelten. Sollte hingegen ein Rückgriff auf die StPO nach § 77 IRG für möglich (und nicht für durch § 74 IRG gesperrt), gehalten werden, dürfte nach §§ 77 IRG i.V.m. § 162 I StPO eine solche Anordnung durch die Gerichte möglich sein, da es sich bei Europäischen Ermittlungsanordnungen wohl um Untersuchungshandlungen i.S.v. § 162 I StPO handelt.

¹⁰⁴ Zu den Aufgaben der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren und der Einordnung als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ etwa *Griesbaum*, in: Hannich (Fn. 76), § 160 Rn. 4 ff.

¹⁰⁵ Vgl. dazu etwa auch *Gärditz*, GSZ 2019, 133 (135 f.), der schon für die Entscheidung des EuGH zum EuHb (EuGH, Urt. v. 27.05.2019, C-508/19, C-82/19 = ECLI:EU:C:2019:456) kritisch hinterfragt, ob dieser nicht die Justizorganisationsautonomie der Mitgliedstaaten stärker berücksichtigen hätte müssen. Auch der Generalanwalt fürchtet, dass eine Übertragung des Unabhängigkeitserfordernisses zu einer Neuverteilung der Zuständigkeiten der Anordnungsbehörden führen würde, was gegen den Willen des Unionsgesetzgebers ginge, EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona v. 16.7.2020, C-584/19 = ECLI:EU:C:2020:587, Rn. 91.

¹⁰⁶ Zur Rolle der Staatsanwaltschaft in Deutschland im Allgemeinen und sich im Ergebnis für eine Reform aussprechend etwa *Eisele/Trentmann*, NJW 2019, 2365.

¹⁰⁷ Zur Problematik einer solchen Übertragung i.R.d. Rb-EuHB *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811 (2812 ff.); *Roth*, GSZ 163 (169). Eine solche Übertragung bei der Ausstellung eines EuHb befürwortend *Ambos*, JZ 2019, 728 (735), wobei dieser die Gefahr sieht, dass die dann zuständigen Ermittlungsrichter polizeilich-staatsanwaltschaftlich vorbereitete Haftbefehle lediglich abzeichnen könnten. Diese Gefahr würde freilich auch bei der Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung bestehen.

¹⁰⁸ Kritisch zu dessen Rolle *Brüning/Wenske*, ZIS 2008, 340.

¹⁰⁹ *Trautmann* (Fn. 28), IRG § 91j Rn. 4.

B u c h r e z e n s i o n

Filip Vojta, Imprisonment for International Crimes: An Interdisciplinary Analysis of the ICTY Sentence Enforcement Practice, Duncker & Humblot, Berlin 2020, 375 S., 40,- €.

I. Schwerpunkte und Ziele der Arbeit

Mit der Einrichtung der internationalen Strafgerichte für das frühere Jugoslawien (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) und für Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda) durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen ist das Völkerstrafrecht 1993/1994 wiederbelebt worden, nachdem es mangels Durchsetzbarkeit während des Kalten Krieges für Jahrzehnte in der Bedeutungslosigkeit versunken war. Es war folgerichtig, anschließend durch einen völkerrechtlichen Vertrag auch den permanenten Internationalen Strafgerichtshof (International Criminal Court) in Den Haag zu etablieren, der im Jahre 2002 seine Arbeit aufnahm.

Diese Entwicklung ist in der Strafrechtswissenschaft von Anfang an sehr interessiert verfolgt worden. Es gibt unzählige Arbeiten zur Auslegung von Strafvorschriften, zu den Vorzügen und Nachteilen bestimmter Verfahrensarten usw. – kurzum strafrechtsdogmatische bzw. strafprozessrechtswissenschaftliche Arbeiten, die die Durchdringung dieses neuen Rechtsgebietes vorangebracht haben. Demgegenüber sind die Vollstreckung und der Vollzug der von diesen Gerichten ausgesprochenen Strafen kaum thematisiert worden. Zu Recht wird beklagt, dass die kriminologische und pönologische Aufarbeitung der Entwicklung (einschließlich empirischer Arbeiten) immer noch aussteht. Zu der ungenügenden kriminologischen Durchdringung trägt sicher bei, dass es sich bei der Erklärung von völkerrechtlichen Verbrechen ebenso wie bei der empirischen Aufarbeitung der Vollzugspraxis um höchst anspruchsvolle Aufgaben handelt, die sowohl in theoretischer Hinsicht als auch im Hinblick auf das methodisch-praktische Vorgehen hohe Hürden aufstellen. Als Kriminologe, der vorwiegend empirische Strafvollzugsforschung in Deutschland betreibt, weiß ich, wie schwierig es mitunter ist, nur von deutschen Justizbehörden die Genehmigung zu erhalten, Gefangene zu interviewen.¹ Es ist demnach ungleich schwieriger, solche Forschung auf internationaler Ebene zu betreiben.

Filip Vojta hat sich mit seiner 2018 am Freiburger Max-Planck-Institut abgeschlossenen und dort von *Hans-Jörg Albrecht*, *Albin Eser* und *Michael Kilchling* betreuten Dissertation ohne Frage also auf wissenschaftliches Neuland begeben. Geradezu unerschrocken macht er sich auf, gleich drei Fragen anzugehen, die jeweils für sich ein geeignetes Thema für eine Dissertation gewesen wären: erstens die Frage nach den Strafzwecken² und der Behandlung bzw. gesellschaftlichen Wiedereingliederung der Verurteilten, zweitens die ätiologische Erklärung von völkerstrafrechtlichen Verbrechen³

sowie, drittens, die Praxis der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs⁴ (unter Einbeziehung der Perspektive der Inhaftierten). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die internationalen Strafgerichte selbst über keine Vollzugsanstalten verfügen, sondern die Verurteilten in jene Staaten überstellen, die sich für den Vollzug solcher Strafen bereit erklärt haben. Es steht außer Frage, dass *Filip Vojta* sich ein eminent wichtiges Thema gewählt hat, das gleichermaßen wissenschaftlich wie für die entsprechende Strafrechtspraxis große Bedeutung hat. Es liegt nahe zu vermuten, dass er, geboren 1987 und kroatischer Staatsangehöriger, für die Wahl dieses Themas auch persönliche Gründe hatte. Die Begrenzung auf die Tätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes für das frühere Jugoslawien (ICTY) ist nicht allein vor diesem Hintergrund gerechtfertigt, sondern vor allem deshalb, weil die Aufgabenstellung ohnehin schon sehr breit ist und die Tätigkeit des ICTY inzwischen praktisch abgeschlossen ist, seine Arbeit mithin in vollem Umfang wissenschaftlich gewürdigt werden kann.

Bevor ich auf den Inhalt der Arbeit näher eingehe, möchte ich nur der Form halber erklären, dass die Dissertation von *Vojta* auch in formaler Hinsicht einwandfrei ist. Das einschlägige wissenschaftliche Schrifttum, insbesondere in englischer Sprache, wurde bestens ausgewertet. Stil und Sprache sind ansprechend und der Themenstellung immer angemessen.

II. Inhalt

Die 375 Seiten starke Dissertation besteht aus sieben Kapiteln. Nach einer gelungenen Einleitung stellt *Vojta* im ersten Kapitel seine Forschungsfragen und sein methodisches Vorgehen vor. Er stützt seine Untersuchung auf Entscheidungen des ICTY, auf nationale wie internationale Medienberichte sowie auf halbstrukturierte Interviews. Es beeindruckt, dass es ihm gelungen ist, selbst insgesamt zwölf Interviews zu führen (davon zehn face to face, eines per Videoschaltung, eines per E-Mail) und zu transkribieren. Seine Gesprächspartner waren in vier Fällen zuständige Beamte des ICTY, in zwei Fällen Bedienstete nationaler Strafvollzugsbehörden (darunter ein deutscher Anstaltsleiter), fünf Gefangene und der Strafverteidiger eines weiteren Gefangenen. Die Interviews weisen eine Länge zwischen 30 Minuten und acht Stunden auf und wurden in den Niederlanden, in Deutschland, in Estland und in Kroatien geführt. Anschaulich, aber angemessen knapp schildert der Verfasser die Probleme, welche zu überwinden waren, um die Interviews führen zu können. Teilweise erwies es sich als schwierig, den genauen Aufenthaltsort der Verurteilten (d.h. das konkrete Gefängnis) zu ermitteln, teilweise reagierten Vollzugsbehörden oder Anwälte nicht auf Versuche der Kontaktaufnahme. Und schließlich bedurfte es einer gewissen Überzeugungsarbeit, damit die Inhaftierten schließlich ihr Einverständnis mit einem Interview gaben.

¹ Neubacher, NK 2019, 372; Bäuml/Schmitz/Neubacher, NK 2018, 210.

² Vgl. etwa *Werkmeister*, Strafrechtstheorien im Völkerstrafrecht, 2015.

³ Siehe Neubacher, MschrKrim 2018, 436.

⁴ *Abels*, Prisoners of the International Community, The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals, 2012.

Das zweite Kapitel widmet sich der Strafzweckdiskussion. Zu Recht stellt *Vojta* fest, dass das Statut des Gerichts hierzu kaum etwas vorgebe, sodass die Spruchpraxis in diesem Punkt keine Einheitlichkeit erkennen lasse. Er geht die üblicherweise genannten Strafzwecke im Einzelnen durch und weist auf die damit verbundenen Probleme hin. Die Begründung der Strafen mit Vergeltungsgesichtspunkten sei unbefriedigend, weil mangels konkreter Strafraumen im Statut die Spruchpraxis des Gerichts weder konsistent (woraus Legitimationsprobleme erwachsen) noch zukunftsorientiert sei (weshalb sie keinen Beitrag zum Wiederaufbau der Transitionsgesellschaften leiste). Abschreckungseffekte wiederum seien sehr erwünscht, aber kriminologisch nicht belegt. Rechtsfrieden oder gar Versöhnung hätten die Urteile des ICTY bislang kaum herbeiführen können. Er verweist u.a. auf die Situation in den Nachfolgestaaten Jugoslawiens, wo eine konstruktive Aufarbeitung der Vergangenheit noch nicht wirklich in Gang gekommen sei und stattdessen nur von einer friedlichen Koexistenz gesprochen werden könne. Vor diesem Hintergrund macht sich die Arbeit für eine (Wieder-)Entdeckung des Strafzwecks der Rehabilitation stark – im Deutschen würden wir von Resozialisierung und Behandlung von Straftätern sprechen. Seine Aussage, es gebe ein Recht des Täters auf gesellschaftliche Wiedereingliederung, ist zutreffend und ergibt sich aus Art. 10 Abs. 3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966.

Behandlung im Strafvollzug setzt ein gewisses Verständnis der Hintergründe voraus, die einen Täter (im hiesigen Kontext seltener: eine Täterin) zur Tat geführt haben. Deshalb ist es konsequent, dass sich *Vojta* nun im dritten Kapitel der kriminologischen Erklärung von „Makrokriminalität“ (ein Terminus, der auf *Herbert Jäger* zurückgeht⁵ und auf die Makro-Dimension des Verbrechens abzielt) zuwendet. Diese kann – anders als „Alltagskriminalität“ – weniger als abweichendes Verhalten Einzelner, sondern vielmehr als kollektives Verhalten, meist sogar als sozial konformes Verhalten (in Bezug auf eine Gruppe, eine Gesellschaft) von „normalen“ Menschen verstanden werden. Als Erklärungen erörtert *Vojta* an erster Stelle überindividuelle und situative Faktoren (Ideologie, Prozesse der Autorisierung, Routinisierung und Dehumanisierung, Gruppendynamik), wobei besonders sozialpsychologische Forschungsbefunde eine Rolle spielen (u.a. *Milgrams* Experimente), sodann auch individuelle Faktoren, zu denen die Handlungsmotive des Einzelnen sowie seine Bereitschaft zur Anpassung gezählt werden. Mithilfe der Theorie der Neutralisationstechniken wird anschaulich dargestellt, wie kognitive Dissonanzen überwunden und Verbrechen ermöglicht werden. Die häufig erwähnte Tätertypologie von *Smeulers*⁶ ist für die Erklärung dieser Verbrechen vielleicht weniger wichtig als die gesellschaftlichen und situativen Faktoren, aber *Vojta* hat völlig recht, wenn er meint, dass

sie dem Strafvollzug wichtige Hinweise geben, wo er in der Straftäterbehandlung ansetzen muss.

Ein „Herzstück“ der Dissertation ist das anschließende vierte Kapitel, in dem der Verfasser einen theoretisch fundierten Rahmen für Behandlungsprogramme von „Makrokriminellen“ entwickelt. Das ist höchst innovativ, denn entsprechende Überlegungen werden selten angestellt. Seinem „rehabilitative approach“ legt *Vojta* ein Verständnis von Resozialisierung zugrunde, welches auf der Anerkennung von Rechten des Gefangenen basiert und ihn durch Kommunikation und soziales Lernen dazu befähigen will, Verantwortung für die begangenen Taten zu übernehmen. Er spricht – in Analogie zur Terrorismusforschung – von „Deradikalisierungsprozessen“. Die moralische Transformation des Einzelnen habe große Bedeutung für die Resozialisierung, weil sie im Sinne einer wiederherstellenden Gerechtigkeit (restorative justice) keine Privatangelegenheit bleibe und die weitere Entwicklung der Postkonflikt-Gesellschaft positiv beeinflusse. Als Vorbereitung auf die im fünften Kapitel folgende Analyse des Regimes beim ICTY vertieft die Untersuchung dann die Darlegungen zur Rechtslage, indem die für den Strafvollzug relevanten internationalen Menschenrechtsstandards erörtert werden (v.a. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, UN-Strafvollzugsgrundsätze), und zwar sowohl im Hinblick auf generelle Rechtspositionen als auch im Hinblick auf die Planung und Durchführung von Behandlungsmaßnahmen. Als ein Beispiel für Maßnahmen der restorative justice werden Täter-Opfer-Ausgleichsverfahren erörtert. Eingehend befasst sich *Vojta* dann mit der Frage, inwiefern im Strafvollzug bewährte Verfahrensweisen und Behandlungsprogramme an die spezielle Gruppe der „Makrokriminellen“ angepasst und modifiziert werden sollten.

Als Überleitung zum fünften Kapitel werden in einem Exkurs die Haftbedingungen im Spandauer Gefängnis der Alliierten aufgezeigt, in dem sieben Verurteilte aus dem Nürnberger Prozess gegen die sog. Hauptkriegsverbrecher (1945/1946) ihre Strafen verbüßten. Es handelt sich in der Tat um ein Gegenmodell, weil die Verurteilten zum einen in einem internationalen Gefängnis einsaßen (und nicht in nationalen Anstalten) und weil die Haftbedingungen zum anderen nicht den heutigen Standards entsprachen. Bisher wurden auf der Grundlage von Art. 27 des ICTY-Statuts 58 Personen, die der ICTY verurteilt hatte, in 14 europäische Staaten zwecks Vollzugs der Strafen überstellt. Staaten auf dem Territorium des früheren Jugoslawiens wurden dabei bewusst ausgeklammert. Die Strafen werden nach dem Recht (und auf Kosten) der jeweiligen Staaten vollzogen, in denen die Verurteilten einsitzen – aber im Namen und unter Aufsicht des ICTY, was die Gefahr ungleicher Haftbedingungen abmildern soll. Dennoch formuliert *Vojta* mehrere berechtigte Einwände gegen den derzeitigen Rechtsstand, insbesondere die Rechtsungleichheit und die fehlende Gewähr für gezielte Behandlungsmaßnahmen, die im Ganzen so gewichtig seien, dass sie die Legitimität des gesamten Vollzugsregimes in Frage stellten.

Das umfangreiche sechste Kapitel befasst sich mit der Praxis der Vollstreckung dieser Strafen und stellt die empiri-

⁵ *Jäger*, Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989.

⁶ *Smeulers*, in: *Smeulers/Havemann* (Hrsg.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, 2008, S. 244.

schen Befunde des Verfassers vor. Insofern ist es *das* Kernstück der Untersuchung. Es ist hier nicht der Ort, alle diese Befunde auszubreiten; sie können nur summarisch gewürdigt werden. Ihr wissenschaftlicher Wert kann kaum hoch genug angesetzt werden. Mir ist nicht eine einzige Studie bekannt, die in vergleichbarer Weise versucht hätte, die Praxis des Strafvollzugs an Personen, die von internationalen Strafgerichten verurteilt wurden, aufzuhellen. Die Interviews machen sehr deutlich, dass Vollstreckung und Vollzug der Strafen lediglich dem üblichen strafrechtlichen Routineprogramm folgen (immerhin einschließlich der Achtung grundlegender Rechte des Gefangenen). Die zuständigen Beamtinnen und Beamten des ICTY sind meist froh, wenn sich überhaupt ein Staat bereit erklärt, einen Verurteilten (und die Kosten dafür) freiwillig zu übernehmen. Der Behandlungsgedanke spielt hingegen kaum eine Rolle, schon gar nicht in dem Sinne, dass es Bemühungen gäbe, die auf diese spezielle Tätergruppe abgestimmt wären. Ausweislich der Gerichtsentscheidungen über vorzeitige Entlassungen spielten etwaige Behandlungsmaßnahmen keine Rolle; stattdessen wurde eher darauf abgestellt, ob und wie sich die Gefangenen an die Gefängnisumgebung angepasst hatten. Nur in einem einzigen Fall (der nicht zu den zwölf Interviewten zählte) hatte ein Verurteilter in Finnland die Möglichkeit, dauerhaft psychologische Unterstützung in Anspruch zu nehmen, was dazu führte, dass er die Verantwortung für seine Taten übernehmen konnte. Aus der Sicht der Verurteilten stellt es das größte Problem dar, dass sie oft in weiter Entfernung von ihren Angehörigen inhaftiert sind, dass das Recht auf Besuch (wie vieles andere mehr, z.B. Zuweisung zu Gefangenenarbeit oder Gesundheitsfürsorge) in den Aufnahmestaaten sehr unterschiedlich ausgestaltet ist und dass mancherorts die sprachliche Verständigung mit den Anstaltsbediensteten schwierig ist.

Filip Vojtas Fazit (S. 316), das der abschließenden Zusammenfassung (siebtes Kapitel) vorausgeht, ist gleichermaßen bedeutsam wie ernüchternd: „rehabilitation is not a governing penal goal when it comes to enforcement of the ICTY sentences. At best, it is a desirable side-effect of a system that is to a large extent governed by the pragmatic concern of solely and effectively enforcing international sentences.“ Mit diesem Verdikt wirft die Untersuchung ein grelles Licht auf die bedrückende Diskrepanz zwischen dem Anspruch des (internationalen) Rechts und seiner Umsetzung. In der Tat sind die bisherigen Verfahrensweisen dazu ange-tan, das Ansehen und die Legitimität internationaler Strafgerichte zu untergraben. Davon betroffen ist auch der ständige Internationale Strafgerichtshof, der einem vergleichbaren Verteilungsmodell folgt, das aber nicht auf Europa begrenzt ist, womit die Gefahr der Rechtsungleichheit um ein Vielfaches erhöht ist. Der *Verfasser* fordert deshalb u.a. eine Vereinheitlichung der Strafvollzugspraxis, eine Verringerung der Zahl der Aufnahmestaaten und eine finanzielle Verpflichtung der internationalen Gemeinschaft gegenüber dem Staat, der den Vollzug der Strafe übernimmt. Außerdem solle der kommunikative Austausch mit der Herkunftsgesellschaft der Verurteilten verbessert werden. Auf diesem Wege bestünden bessere Chancen dafür, die Resozialisierung der Täter und

auch die Befriedung der Postkonfliktgesellschaften zu erreichen.

III. Fazit

Die Untersuchung hinterlässt in mehrfacher Hinsicht Eindruck: Erstens betritt sie wissenschaftliches Neuland und schreckt nicht davor zurück, so unterschiedliche Rechtsgebiete bzw. kriminologische Arbeitsfelder wie das Völkerstrafrecht, die Strafvollzugswissenschaft (einschließlich Behandlungsforschung) und die Ätiologie von Makrokriminalität miteinander zu verbinden. Zweitens wählt sie hierfür einen (auch) empirischen Zugang, der meines Wissens erstmals zu mehreren Interviews mit Bediensteten eines internationalen Strafgerichts und mit von ihm verurteilten Straftätern geführt hat. Und drittens schließlich wird eine schonungslose Kritik formuliert, die nicht nur den ICTY und die Vollzugsanstalten trifft, sondern auch eine (internationale) Strafrechtswissenschaft, die sich zu wenig um die Fragen der Strafvollstreckung und des Vollzugs von Entscheidungen internationaler Strafgerichte kümmert. Insofern macht die Untersuchung deutlich, wie dringend das Strafrecht einer Ergänzung durch rechtstatsächliche Arbeiten bedarf.

Die Praxisrelevanz der Arbeit ist hoch und liegt auf der Hand. Denn sie stellt die derzeitige Praxis bloß und liefert zugleich das Modell für eine Neuorientierung. Wer künftig zu diesem Thema arbeitet, wird sich mit dieser Arbeit auseinandersetzen müssen. Das ist viel und gewiss mehr als von den meisten Dissertationen gesagt werden kann. Im Vergleich zu anderen Promotionen ragt diese Dissertation jedenfalls heraus – im Hinblick auf die Größe der Aufgabe, im Hinblick auf die Novität der Befunde und auch im Hinblick auf die kompromisslose Umsetzung des Arbeitsprogramms. *Filip Vojta* ist für diese Leistung die Otto-Hahn-Medaille der Max-Planck-Gesellschaft verliehen worden.

Prof. Dr. Frank Neubacher, M.A., Köln