

AUSGABE 3/2020

S. 84 - 142

15. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

**Die Bußgeldtatbestände des Berliner Mietendeckels
Eine Analyse aus strafverfassungsrechtlicher Sicht**
Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin 84

**Die Beschlussregel der Gremienverfassung als Grundlage
der Kausalitätsfeststellung bei Gremienentscheidungen?
Ein Beitrag zur Lösung des sog. Gremienproblems**
Von Gunnar Spilgies, Hemmingen 93

**Das Geschäftsgeheimnisgesetz
Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter
Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie**
Von Wiss. Mitarbeiter Robert Brockhaus, Frankfurt (Oder) 102

Strafverfahrensrecht

**Hypothetischer Ersatzeingriff als Lauterkeitsargument
Zur Beweislast als Umgehungsschranke strafprozessualer
Garantien**
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg 120

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

**Alexander Schwarz, Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht,
2019**
(Ref. iur. Florian Schmid) 133

Strafverfahrensrecht

**Sarah Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im
deutschen, französischen und englischen Recht, 2018**
(Oliver Michaelis, LL.M. [EuR], Düsseldorf) 137

VARIA

Europäisches Strafrecht

Kurze Erwiderung zu Wasserburg, ZIS 2019, 461
Von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Grüner, Wiesbaden 142

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

Die Bußgeldtatbestände des Berliner Mietendeckels

Eine Analyse aus strafverfassungsrechtlicher Sicht

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin*

I. Zum Thema

Am 30.1.2020 hat das Berliner Abgeordnetenhaus Rechtsgeschichte geschrieben und erstmals in der Bundesrepublik Deutschland auf Landesebene mit dem offiziell sog. „Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung“ (MietenWoG Bln) einen nach der Diktion des Gesetzes „Mietenstopp“ und landläufig „Mietendeckel“ erlassen. Er soll nicht bloß den Anstieg der Mieten stoppen bzw. begrenzen, sondern reduziert auch vertraglich vereinbarte und bislang rechtmäßig geforderte Mieten unabhängig von den sozialen Verhältnissen von Vermieter und Mieter allein anhand des Baujahrs und der Ausstattung der Immobilien rückwirkend auf ein vom Gesetzgeber für angemessen gehaltenes Niveau.¹ Schon während des Gesetzgebungsprozesses hat es Diskussionen um die Vereinbarkeit mit deutschem und Berliner Verfassungsrecht gegeben, einerseits unter dem Blickwinkel der Kompetenzverteilung anhand von Art. 72 ff. GG, handelt es sich doch beim Mietrecht seit jeher – wie aus §§ 535 ff. BGB ersichtlich – um einen Teilbereich des Bürgerlichen Rechts, für welches Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG dem Bund die konkurrierende Gesetzgebung zugesteht. Macht er davon Gebrauch, verbleibt den Ländern kein eigenes Mietrecht mehr (vor allem deshalb hat der Berliner Gesetzgeber in letzter Sekunde darauf verzichtet, eine Anpassung im Sinne einer Reduzierung der bislang rechtmäßig vereinbarten Miete durch staatliche Behörden vornehmen zu lassen und dies

* Der *Verfasser* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Angesichts der aufgeladenen politischen (und weniger juristischen) Debatte über den Mietendeckel sei darauf verwiesen, dass er in dessen Geltungsbereich – dem Land Berlin – weder Mieter noch Vermieter einer Wohnung ist, so dass kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der einen oder anderen Position besteht. Auch hat er bislang für keinen der politischen Akteure auf Bundes- oder Landesebene in dieser Angelegenheit eine gutachterliche Stellungnahme abgegeben. Dank für kritische redaktionelle Durchsicht des Manuskripts schulde ich meiner Mitarbeiterin *Veronika Widmann*.

¹ Das MietenWoG Bln ist am 22.2.2020 im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin (GVBl. 2020, S. 50) verkündet worden und am 23.2.2020 in Kraft getreten. Ihm zugrunde lagen der Gesetzesentwurf vom 28.11.2019 (Drs. 18/2347, abrufbar unter

<https://www.parlament-berlin.de/adocs/18/IIIPlen/vorgang/d18-2347.pdf> [6.3.2020]) modifiziert durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Stadtentwicklung und Wohnen vom 22.1.2020 (Drs. 18/2437, abrufbar unter <https://www.parlament-berlin.de/adocs/18/IIIPlen/vorgang/d18-2437.pdf> [6.3.2020]); nur der Gesetzesentwurf, nicht auch die Beschlussempfehlung enthält eine schriftliche Begründung.

mithin in die Hände der betroffenen Mieter gelegt, welche eine Anpassung ihrer Verträge an die Berliner Gesetzeslage fordern müssen).² Andererseits führt der in Berlin beschlossene „Mietendeckel“ nach Ansicht des Gesetzgebers dazu, dass in den nächsten fünf Jahren die Berliner Mieter zusammengekommen ca. 2,5 Mrd. Euro weniger an ihre Vermieter überweisen als nach der bisherigen Vertragslage geschuldet, so dass den Vermietern spiegelbildlich Einnahmen von 2,5 Mrd. Euro (und davon wiederum dem Land Berlin Steuereinnahmen von mehr als 400 Mio. EUR) entgehen, was zu einer wirtschaftlichen Teileignung vor allem solcher Vermieter führt, welche erst in den letzten Jahren im Vertrauen auf den Bestand der Rechtslage relativ hohe Investitionen in den Erwerb und Unterhalt ihrer Mietwohnungen getätigt haben, ohne dass nunmehr die bis vor kurzem noch sicher zu erwartenden Einnahmen eingehen dürften. Insofern könnte neben den Kompetenzproblemen auch ein Verstoß gegen die grundrechtliche Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG und Art. 23 der Berliner Landesverfassung (VvB) vorliegen. Beide Aspekte sollen nach dem bekannt gewordenen Willen der christlich-liberalen Oppositionsparteien im Berliner Abgeordnetenhaus auf der Basis eines Gutachtens des Bonner Verfassungsrechtlers Foroud Shirvani im Wege einer abstrakten Normenkontrolle zumindest vor das Berliner Verfassungsgericht, vielleicht aber auch vor das Bundesverfassungsgericht gebracht werden.³ Angesichts divergierender Rechtsmeinungen bzw. Rechtsgutachten während der gesamten Debatte über den „Mietendeckel“,⁴ aber auch wegen Un-

² Für eine Kompetenz zur Regelung des Mietendeckels aufgrund der Länderkompetenz für das öffentliche Wohnungswesen erstmals *Weber*, JZ 2018, 1022; ebenso *Putzer*, NVwZ 2019, 283; demgegenüber ablehnend Wissenschaftliche Dienstleistung des Deutschen Bundestages, Gesetzliche Mietpreisregulierung durch die Länder aufgrund der Gesetzkompetenz für das Wohnungswesen, WD 3-3000-029/19 (Abschluss: 5.2.2019); *Beuermann*, Das Grundeigentum 3/2019, 164.

³ Vgl. nur Berliner Zeitung v. 1./2.2.2020, S. 13.

⁴ Vgl. etwa *Battis* im Interview mit *Ito (Kaufmann)* v. 29.10.2019, abrufbar unter <https://www.ito.de/recht/hintergruende/h/berliner-mietendeckel-interview-battis-obergrenze-kappung-verfassungsgemaess/> (6.3.2020); für Verfassungswidrigkeit etwa *Schede/Schuldt*, NJW-aktuell 14/2019, 15, und *Wolfers/Opper*, NJW-aktuell 26/2019, 15; *Papier*, Morgenpost v. 6.9.2019, abrufbar unter <https://www.morgenpost.de/politik/article227007553/Mieten-deckel-verfassungswidrig-Das-Gutachten-im-Wortlaut.html> (6.3.2020). Dagegen – und damit für den Mietendeckel – etwa *Mayer/Arzt*, Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD im Abgeordnetenhaus von Berlin v. 16.3.2019, abrufbar unter https://www.spdfraktion-berlin.de/system/files/mayer_artz_gutachten_mietendeckel_fuer_spd-fraktion.pdf (6.3.2020).

klarheiten, ob es auf Bundesebene zu der erforderlichen Zahl an Bundestagsabgeordneten für eine abstrakte Normenkontrolle reichen wird, ist der Ausgang der Normenkontrolle völlig offen; es wird von einer Entscheidung in ein bis einhalb Jahren ausgegangen. Am Inkrafttreten und damit – zumindest vorläufigen – Wirksamwerden des Mietendeckels in Berlin dürfte das aber nichts ändern.⁵

Damit entstehen nicht nur für Vermieter und teils auch für Mieter bestimmte (vor allem Informations-)Pflichten, die sicherstellen sollen, dass in den nächsten fünf Jahren keine den Mietendeckel übersteigenden Mieten gefordert oder bezahlt werden sollen. Zugleich hat der Berliner Gesetzgeber mit § 11 MietenWoG Bln Verstöße gegen einen Großteil dieser Pflichten als Ordnungswidrigkeiten festgeschrieben, so dass bei fahrlässigen oder vorsätzlichen Verstößen Vermieter, in bestimmten Konstellationen aber auch Mieter sich strafbar machen und ihnen dafür nach § 11 Abs. 2 MietenWoG Bln Bußgelder bis zu 500.000 EUR bei wenigstens bedingtem Vorsatz und bis zu 250.000 EUR für Fahrlässigkeit drohen. Diese Bußgeldandrohung zeitigte bereits vor der abschließenden Beschlussfassung im Berliner Abgeordnetenhaus die (gewünschte?) Wirkung, denn ein Verband der Wohnungswirtschaft forderte noch vor der Schlussabstimmung seine Mitgliedsunternehmen zur Beachtung des damals weder verabschiedeten noch in Kraft getretenen Gesetzes auf, drohten doch sonst immense Bußgelder⁶ – diese Nachricht hat mich überhaupt erst auf mögliche problematische Aspekte der extrem hohen Bußgeldbewehrung möglicher Verstöße gegen die Regeln des Mietendeckels aufmerksam gemacht.

Die undifferenzierte Androhung einer Maximalhöhe solcher Bußgelder für Mieter wie Vermieter im sechsstelligen Bereich bereits bei Fahrlässigkeit zeigt, dass der Gesetzgeber hier vor allem populistisch – wengleich offenbar mit Erfolg – eine Drohkulisse aufbauen wollte. Darauf wird noch zurückzukommen sein (unter IV.). Dazu kommen Bedenken bei einzelnen Tatbestandsmerkmalen des neuen Bußgeldtatbestandes hinsichtlich dessen Bestimmtheit bzw. des Analogieverbots i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG (unter III.). Schließlich stellt sich die allgemein diskutierbare Frage, ob Vermieter (bzw. – soweit betroffen – auch Mieter), die im Einklang mit den Gutachten durchaus renommierter Rechtswissenschaftler, des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages oder auch aufgrund entsprechender Rechtsauskünfte etwa von Rechtsanwälten von der Verfassungswidrigkeit des MietenWoG Bln ausgehen und deshalb davon absehen, die darin – aus ihrer Sicht freilich nicht wirksamen und damit naturgemäß recht-

lich nicht bindenden – normierten Pflichten auch buchstabengetreu zu erfüllen, wegen einer Ordnungswidrigkeit belangt werden oder sich demgegenüber mit Erfolg auf einen vorwerfbarkeitsausschließenden Verbotsirrtum i.S.v. § 11 Abs. 2 OWiG berufen können (dazu II.).

II. Verbotsirrtum gemäß § 11 Abs. 2 OWiG

Für alle Bußgeldtatbestände – und damit auch für § 11 MietenWoG Bln – einheitlich regelt § 11 Abs. 2 OWiG den Verbotsirrtum wie folgt: „Fehlt dem Täter bei Begehung der Handlung die Einsicht, etwas Unerlaubtes zu tun, namentlich weil er das Bestehen oder die Anwendbarkeit einer Rechtsvorschrift nicht kennt, so handelt er nicht vorwerfbar, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.“ Anfang und Ende dieser Vorschrift erinnern an den entschuldigenden strafrechtlichen Verbotsirrtum, wie er in § 17 S. 1 StGB geregelt ist; kein Pendant findet sich dort allerdings für den Mittelteil von § 11 Abs. 2 OWiG, d.h. die Unkenntnis über das Bestehen oder die Anwendbarkeit einer Rechts- bzw. Verbotsnorm. Gleichwohl ist für § 17 StGB anerkannt, dass ein sog. Gültigkeitsirrtum dann zur Verneinung der Schuld und damit zur Strafflosigkeit führt, wenn der Täter glaubt, eine Verbotsnorm des einfachen Rechts widerspreche einer höheren Rechtsnorm wie etwa dem Grundgesetz oder – wie hier bei Landesrecht – auch der Landesverfassung.⁷ Das gleiche nehmen aktuell die meisten Obergerichte an, wenn der Täter der Ansicht ist, die (Glücksspiel-)Strafnormen der §§ 284 ff. StGB seien in seinem Fall – etwa bei grenzüberschreitender Vermittlung von Sportwetten – nicht mit den Grundfreiheiten des AEUV⁸ und damit mit dem vorrangig geltenden Europarecht vereinbar.⁹

Daraus dürfte zu folgern sein, dass auch derjenige, der derzeit von einer Verfassungswidrigkeit des MietenWoG Bln ausgeht und deswegen dessen bußgeldbewehrte Ge- und Verbote nicht für sich gelten lassen will, selbst für den Fall einer nachträglichen Bestätigung der Verfassungskonformität sich jedenfalls bis dahin in einem gemäß § 11 Abs. 2 OWiG die Vorwerfbarkeit seines formal gesetzeswidrigen Tuns ausschließenden Gültigkeitsirrtum befindet. Daraus dürfte derzeit ein weitgehender Leerlauf der Bußgeldnorm resultieren, denn wer sie als verfassungskonform und damit bindend ansieht, muss und wird sich daran halten und damit nicht den Bußgeldtatbestand verwirklichen; wer dagegen – wie mancher Rechtsgelehrte – von Verfassungswidrigkeit des MietenWoG Bln ausgeht, kann sich bis zu einer endgültigen Entscheidung auf § 11 Abs. 2 OWiG berufen.

Das gilt insbesondere natürlich für alle diejenigen, welche sich aufgrund von Gutachten und fachlichen Stellungnahmen, die – wie einige der bekannt gewordenen – von Verfassungswidrigkeit des MietenWoG Bln ausgehen, in diesem Standpunkt bestätigt sehen. Vorliegend handelt es sich ja auch nicht um typische selbst eingeholte und auch bezahlte

⁵ Die Idee eines Mietendeckels schwappt inzwischen über das Gebiet von Berlin hinaus; so beschloss Die Linke in Baden-Württemberg einen dahingehenden Volksantrag (siehe Tagesspiegel v. 1.2.2020, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/vorbild-berlin-linke-in-baden-wuerttemberg-beschliesst-volksantrag-fuer-mietendeckel/25499300.html>) (6.3.2020).

⁶ Vgl. Schönball, Tagesspiegel v. 28.1.2020, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/berliner-mietendeckel-wohnungswirtschaft-uer-vermietern-mieten-zusenken/25482652.html> (6.3.2020).

⁷ Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 17 Rn. 2, unter Hinweis auf BGHSt 4, 1 (3).

⁸ Dazu Heger, ZIS 2012, 396.

⁹ Vgl. KG JuS 2013, 79; zustimmend auch Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht, 2017, S. 47.

Stellungnahmen von Rechtsanwälten, sondern unter den Verfassern sind auch so unverdächtig-neutrale Institutionen wie der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags.¹⁰ Vor diesem Hintergrund dürfte derzeit nur eine Verfolgung der Abgeordneten der Mehrheit im Abgeordnetenhaus sowie der diese stützenden Gutachter und Berater letztlich wirklich Aussicht auf Erfolg haben, könnten diese sich doch nicht glaubwürdig darauf berufen, ihren eigenen Gutachten keinen Glauben zu schenken bzw. sehenden Auges ein ihrer Ansicht nach verfassungswidriges Gesetz verabschiedet zu haben. Doch erscheint mehr als unwahrscheinlich, dass diese in bußgeldbewehrter Weise gegen den von ihnen durchgesetzten Mietendeckel verstoßen. Es bleibt abzuwarten, ob sich die große Mehrheit der zukünftig Betroffenen auf einen solchen Gültigkeitsirrtum berufen wird und damit möglicherweise den Mietendeckel bis zu einer Entscheidung des Berliner und des Bundesverfassungsgerichts zahnlos macht.

III. Tatbestandsprobleme

In der während der Ausschussberatungen unmittelbar vor der Beschlussfassung noch ausgebauten Ordnungswidrigkeitsnorm des § 11 Abs. 1 Nr. 1–5 MietenWoG Bln finden sich inzwischen fünf verschiedene Tatbestandsgruppen möglicher Ordnungswidrigkeiten wieder, welche – wie sich mit Blick auf die jeweils als Primärnorm zugrunde gelegten unterschiedlichen Pflichten aus den vorangegangenen Normen dieses Gesetzes ergibt – teils unterschiedliche Täterkreise fokussieren.

Der strukturell als Blankettnorm ausgestaltete Bußgeldtatbestand des § 11 MietenWoG Bln hat folgenden Wortlaut:

„§ 11 Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. seiner Pflicht zur Mitwirkung nach § 2 Absatz 3 Satz 3 nicht, nicht richtig oder nicht vollständig nachkommt,

2. seiner Pflicht zur Mitteilung nach § 3 Absatz 1 nicht, nicht richtig oder nicht vollständig nachkommt,

3. die Auskunft nach § 6 Absatz 4 nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt,

4. ohne erforderliche Genehmigung nach § 8 eine höhere als die nach den §§ 3 bis 7 zulässige Miete fordert oder entgegennimmt oder

5. entgegen § 7 die Erhöhung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anzeigt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 500.000 Euro geahndet werden.“

Strukturell handelt es sich bei den Bußgeldtatbeständen des § 11 Abs. 1 MietenWoG Bln durchweg um Blankettnor-

men¹¹, denn wesentliche (Vor-)Fragen werden nicht in § 11, sondern in den jeweils genannten (Primär-)Regelungen der §§ 2 ff. MietenWoG Bln geregelt. Für solche Blankette hat das Bundesverfassungsgericht etwa in seinem bekannten Judikat zum Rindfleischetikettierungsgesetz¹² folgendes ausgeführt (Rn. 46): „Dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgebot genügen Blankettstrafgesetze jedoch nur dann, wenn sich die möglichen Fälle der Strafbarkeit schon aufgrund des Gesetzes voraussehen lassen, die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe also bereits entweder im Blankettstrafgesetz selbst oder in einem in Bezug genommenen Gesetz hinreichend deutlich umschrieben sind (vgl. BVerfGE 14, 174, 185 f.; 23, 265, 269; 37, 201, 208 f.; 75, 329, 342; 78, 374, 382 f.). Zudem müssen neben der Blankettstrafnorm auch die sie ausfüllenden Vorschriften die sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Anforderungen erfüllen (vgl. BVerfGE 23, 265, 270; 37, 201, 209; 75, 329, 342, 344 ff.; 87, 399, 407).“ Das erhellt, dass mit Blick auf die Strafbarkeit im materiellen Sinne neben der expliziten Bußgeldandrohung (hier in § 11 Abs. 1 MietenWoG Bln) auch die jeweils darin in Bezug genommenen Ge- und Verbote ihrerseits stets an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen sind. Damit ist auch der noch mögliche Wortsinn beider, erst zusammen die Strafbarkeit bzw. Ordnungswidrigkeit begründenden Normen, Grenze ihrer Auslegung zum Nachteil des Beschuldigten.

1. § 11 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Satz 3 MietenWoG Bln

Ordnungswidrig handelt zunächst nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 MietenWoG Bln, wer seinen in § 2 Abs. 3 Satz 3 MietenWoG Bln statuierten Mitteilungspflichten „nicht, nicht richtig oder nicht vollständig nachkommt“. Der Täterkreis ist denkbar weit gefasst, denn die explizit in Bezug genommene Regelung in § 2 Abs. 3 Satz 3 MietenWoG Bln lautet: „Mieterrinnen, Mieter, Vermieterinnen und Vermieter sowie die für diese handelnden Personen sind verpflichtet, der zuständigen Stelle auf Verlangen die zur Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen.“ Die Reihung der zur Mitteilung Verpflichteten mag vor dem Hintergrund der Intention des Mietendeckels, vor allem die Vermieter (und gerade nicht die Mieter) „an die Kandare“ zu nehmen, überraschen, macht aber deutlich, dass in Ansehung der Bußgeldnorm Wortlaut und Struktur des Gesetzes zumindest für eine Gleichbehandlung von Mietern und Vermietern streiten. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber ja unschwer in § 11 Abs. 1 Nr. 1 MietenWoG Bln eine Differenzierung vorsehen können, die etwa lauten könnte: „Wer als Vermieter seine Mitteilungspflichten verletzt ...“ Nicht einmal bei den sehr hohen Sanktionsdrohungen in § 11 Abs. 2 MietenWoG Bln, die wohl politisch vom „Kampf gegen gierige Vermieter“ (und nicht gegen pflichtvergessene Mieter) getragen sind, lässt der Gesetzgeber – indem er in § 11 auf jedwede Differenzierung verzichtet

¹⁰ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Gesetzliche Mietpreisregulierung durch die Länder aufgrund der Gesetzkompetenz für das Wohnungswesen, WD 3-3000-029/19 (Abschluss: 5.2.2019); dagegen allerdings etwa Weber, JZ 2018, 1022.

¹¹ Zum Blankettstrafnormen vgl. nur Enderle, Blankettstrafgesetze, 2000; Dietmeier, Blankettstrafrecht: Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, 2003.

¹² BVerfGE 143, 38.

– erkennen, dass Mieter – soweit sie taugliche Täter der einzelnen Bußgeldtatbestände sind – milder davonkommen sollen als Vermieter.

Tathandlung ist das Unterlassen richtiger und vollständiger Auskünfte. Damit verwirklicht diesen Tatbestand bereits ein Mieter oder Vermieter, der bei der Mitteilung inhaltliche Fehler macht. Bewusste Falschmeldungen sind nicht gefordert, denn es genügt ja bereits jede Fahrlässigkeit.

2. § 11 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 MietenWoG Bln

Als Strafnorm im materiellen Sinne soll nach dem Willen des Berliner Gesetzgebers in Zukunft u.a. ein Vermieter mit einem Bußgeld belegt werden können, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die „Mieterinnen und Mieter“ vor dem Abschluss eines neuen Mietvertrags nicht unaufgefordert über bestimmte, für den Mietestopp relevante Umstände informiert. Gleiches gilt außerhalb dieses Zeitfensters jederzeit auf Verlangen der Mieterinnen und Mieter. Doch was heißt dies nun aus strafrechtlicher Warte und mithin für den in § 11 MietenWoG Bln ebenfalls neu geschaffenen Ordnungswidrigkeitentatbestand?

a) Ermittlung des noch möglichen Wortsinns

Klar ist damit, dass es genügt, wenn ein Vermieter (oder natürlich auch – wie es der Berliner Gesetzgeber offenbar klargestellt wissen wollte – eine Vermieterin) vor dem Abschluss eines neuen Mietvertrags mit einem oder mehreren Mietern (auch hier natürlich – das sei zur Vermeidung von Missverständnisses nochmals expliziert – auch in der femininen Form mitgedacht) einen neuen Mietvertrag abschließt; davor müsste er diese Person bzw. Personen gesetzeskonform informieren. Abgeschlossen ist ein neuer Mietvertrag dann, wenn er von beiden Parteien wirksam geschlossen worden ist, also wohl im Regelfall mit der rechtsverbindlichen Unterschrift. Neu ist der Vertrag zumindest dann, wenn er neu abgeschlossen worden ist, d.h. wenn er entweder an die Stelle eines zuvor geltenden Mietvertrags tritt oder zwischen den Parteien zuvor noch gar kein Mietvertrag bestanden hat. Der erste – freilich in Berlin höchst seltene – Fall ist im Lichte der genannten Strafnorm unproblematisch (zumindest die Mieter versuchen im Regelfall ihre Altverträge zu behalten, so dass etwa begründete Mieterhöhungsverlangen nicht zum Abschluss eines neuen Mietvertrags führen). Wer als Vermieter seinen Mieter vor dem Abschluss eines neuen Vertrags (zur Ablösung des Altvertrags) nicht wie durch § 3 MietenWoG Bln informiert, begeht mithin eine Ordnungswidrigkeit.

Fraglich ist demgegenüber die zweite genannte Konstellation eines neuen Mietvertrages, denn hier stehen sich ja gerade noch nicht Vermieter und Mieter gegenüber; sie werden es im Rechtssinne erst durch den Abschluss eines Mietvertrags. Das wird ganz deutlich, wenn man bedenkt, dass immer wieder Immobilien alternativ zum Kauf oder zur Miete angeboten werden. Erst wenn sich der Eigentümer und der Interessen auf ein bestimmtes Geschäft geeinigt haben und dieses rechtswirksam geworden ist, ist klar, ob wir es mit Vermieter und Mieter oder Verkäufer und Käufer zu tun haben (oder Mischformen dazwischen wie Erbpacht, Leasing, Abzahlungskauf etc.). Hier steht bis zum Abschluss des Mietvertrages noch nicht fest, ob am Ende des Tages überhaupt ein Fall

des Mietestopps vorliegt; eine Ordnungswidrigkeit muss hier in jedem Fall ausscheiden.

Angesichts der Fallzahlen viel relevanter ist jedoch, dass der Eigentümer der Wohnung bzw. ein sonst dazu Berechtigter diese ausschließlich zur Miete anbietet. Bis zum Abschluss des Mietvertrages ist er aber zumindest in Hinsicht auf die angebotene Wohnung im Regelfall gerade nicht deren Vermieter, eben weil sie (noch) niemand gemietet hat; er ist in solchen Konstellationen allenfalls der Anbieter einer Wohnung zur Miete. Sprachlich „Vermieter“ ist er zwar, wenn die Wohnung noch vermietet ist, sie aber in Zukunft neu vermietet werden soll (weil der Altmietler auszieht). Da es aber gerade nicht um das Altmietverhältnis gehen soll und typischerweise Vermieter in solchen Fällen sogar versuchen werden, die Wohnung schnell frei zu bekommen, wäre das etwas groteske Ergebnis, dass vielleicht bei der Anbahnung eines neuen Mietverhältnisses angesichts des noch fortbestehenden alten Mietverhältnisses der Vermieter Täter der Ordnungswidrigkeit sein kann, er diese Tätereigenschaft aber durch vorzeitige Auflösung des Altmietverhältnisses in der heißen Phase vor dem Abschluss des neuen Mietvertrags verliert. Da die in § 11 i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 4 MietenWoG Bln bußgeldbewehrte Unterlassung erst „vor Abschluss“ des neuen Vertrags verortet ist, bestünde erst unmittelbar vor dem finalen neuen Mietvertrag eine strafbewehrte Informationspflicht (doch sind auch in diesem Moment die Adressaten der Auskunft noch nicht Mieter im Rechtssinne); dass der Eigentümer zuvor noch als Vermieter potenzielle neue Mietinteressenten noch nicht informiert hat, wäre dann keine Ordnungswidrigkeit.

Diese Probleme potenzieren sich noch, wenn man auf die Seite des Adressaten blickt, denn der Vermieter muss zum genannten Zeitpunkt – also vor Abschluss des neuen Mietvertrags – den Mieter entsprechend informieren. Wie man Vermieter einer Sache aber nur durch deren Vermietung, d.h. den Abschluss des Mietvertrags über dieselbe wird, wird man spiegelbildlich in Bezug auf das Mietobjekt dessen Mieter auch erst mit Abschluss des Mietvertrages. Das zeigt sich ganz deutlich an § 535 BGB („Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren“); Vermieter und Mieter wird man mithin erst durch den Mietvertrag, nicht schon durch bloßes Interesse am Abschluss eines solchen oder Verhandlungen über dessen Inhalt.

Dann ist aber der im materiellen Sinne strafbewehrte Moment ordnungswidrigen Unterlassens bereits vorbei, denn ausdrücklich muss der Vermieter den Mieter vor Abschluss des Mietvertrags informieren, nicht etwa erst eine „logische Sekunde“ danach. Zu diesem Zeitpunkt gibt es im Rechtssinne aber noch gar keinen Mieter der Wohnung, so dass auch kein Mieter als solcher – sondern eben allenfalls ein am Abschluss eines Mietvertrags Interessierter – über irgendetwas nicht informiert worden sein kann.

Dazu kommt, dass zwar auf Vermieterseite die Rolle bei älterem Wohnbestand (und das MietenWoG Bln zielt ja vor allem auf bis 2013 fertiggestellte Immobilien) häufig über einen längeren Zeitraum festgelegt ist, so dass häufig eine Person (oder natürlich auch mehrere, s.o.) Vermieter einer

Wohnung nacheinander an verschiedene Mieter sein wird. Auf Mieterseite versteht sich solches dagegen keinesfalls von selbst. So ist es nicht nur möglich, dass ein bisheriger Wohnungseigentümer etwa wegen eines Umzugs nach Berlin hier zunächst eine Wohnung mieten möchte. Dazu kommen noch bisherige Hausbesitzer und Obdachlose, die regelmäßig keinen Mietvertrag haben und deshalb auch in keinem Sinne vor Abschluss eines solchen als „Mieter“ angesprochen werden können. Noch größer wird die Gruppe, wenn man berücksichtigt, dass in einer (Miet- oder Eigentums-)Wohnung vielfach nicht nur deren Mieter, sondern auch dessen Ehegatte, Kinder, Angehörige etc. mitwohnen werden. Sie nutzen zwar – anders als Obdachlose – eine Wohnung und dies auch – anders als Hausbesitzer – aufgrund eines Mietvertrags, doch eben nicht als deren Mieter. Das zeigt sich schon an den Pflichten aus dem Mietvertrag; so schulden natürlich nicht die Kinder des Mieters dem Vermieter – etwa gesamtschuldnerisch mit dem Mieter selbst – die Miete. Bei Untermietverhältnissen (etwa Wohngemeinschaften) ist regelmäßig nur einer der Mieter der Wohnung, der den anderen gegenüber seinerseits als Vermieter auftritt; immerhin sind diese Untermieter im Rechtssinne auch Mieter.

Dieses rechtliche Verständnis entspricht im Übrigen auch der Umgangssprache. So definiert der aktuelle „Duden“ den Begriff „Mieter“ mit „jemand, der etwas gemietet hat“, ohne dass noch weitere mögliche Bedeutungen aufgeführt sind;¹³ für „Vermieter“ finden sich als Bedeutungen „jemand, der etwas vermietet“ sowie „Hauswirt“.¹⁴ Beide für das MietenWoG Bln zentralen Begriffe setzen damit ein Mietverhältnis voraus, so dass Personen, die nur an einem solchen zukünftig interessiert sind, auch umgangssprachlich nicht schon als „Vermieter“ oder „Mieter“ angesprochen werden. Wollte diese der Gesetzgeber bereits vor Abschluss des Mietvertrages – warum auch immer – bereits als „Vermieter“ und „Mieter“ im gesetzlichen Sinne titulieren, hätte er dies natürlich unschwer durch eine entsprechende Legaldefinition erreichen können (etwa „Mieter im Sinne dieses Gesetzes ist auch schon derjenige, der in Verhandlungen über einen Mietvertrag eintritt“ oder so ähnlich); nicht einmal in der Begründung des Gesetzesentwurfs findet sich aber ein Hinweis darauf, dass die Verfasser einen extrem extensiven Vermieter- und Mieter-Begriff zugrunde legen wollten.

Wenn nun eine Person, die bis zum Abschluss des neuen Mietvertrages i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 4 MietenWoG, weder aktuell noch jemals zuvor als Mieter amtiert hat, beteiligt ist, erscheint es zumindest schwer verständlich, dieselbe überhaupt als Mieter ansprechen zu wollen. Mieter wird die Person mit dem Abschluss des Mietvertrages; ist der in § 3 Abs. 1 Satz 4 MietenWoG genannte neue Mietvertrag ihr erster, kann man sie frühestens ab diesem Moment in irgendeinem Sinne als Mieter ansprechen. Bis zum Abschluss des Mietvertrages könnte sie es sich auch immer noch anders überlegen, denn ein Abschlusszwang o.ä. besteht für sie ja nicht (und es ist auch gut möglich, dass ein Mietinteressent parallel zu den Verhandlungen mit einem potenziellen Ver-

mieter auch noch andere Optionen – Miete bei einem anderen potenziellen Vermieter, Kauf, Untermiete etc. – erwägt). Wo kein „Mieter“ in irgendeinem Sinne, erscheint es aber ein Ding der Unmöglichkeit, jemanden als „Mieter“ (oder „Mieterin“) über etwas zu informieren.

b) Analogieschluss

Nun mag man vielleicht erwägen wollen, in einem Analogieschluss die genannte Auskunftspflicht auch für (Noch-nicht-) Vermieter auch gegenüber (Noch-nicht-)Mieter zu statuieren, so dass in einem solchen Szenario eine Rechtspflicht anzunehmen ist. Ob dies geschehen wird, muss sich zeigen.

Eine ganz andere Frage ist dann aber, ob die Verletzung einer auf einen Analogieschluss vom Mieter zum Mietinteressenten gestützten Rechtspflicht auch Strafsanktionen im materiellen Sinne nach sich ziehen kann. Es gab und gibt immer Rechtspflichten, deren Verletzung nicht durch Straf- oder Bußgeldnormen abgesichert ist. So stellt natürlich eine fahrlässige Sachbeschädigung eine Rechtspflichtverletzung dar und verpflichtet auch von Rechtswegen den Täter zum Schadensersatz; gleichwohl ergibt sich aus § 303 i.V.m. § 15 StGB, dass diese Rechtspflichtverletzung nicht strafbar ist; ein Bußgeldtatbestand greift ebenfalls nicht, so dass sich die Sanktionen auf den außerstrafrechtlichen Bereich beschränken. Es wäre daher auch gut möglich, zwar im Analogieschluss über den Wortlaut hinaus aus § 3 Abs. 1 S. 4 MietenWoG Rechtspflichten vor dem Abschluss des Mietvertrages anzunehmen, welche etwa zivilrechtliche (Schadensersatz, Rücktrittsrecht etc.) oder verwaltungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Deshalb muss aber nicht gleich auch eine Strafnorm begründet sein.

Dem Gesetzgeber war dies anscheinend nicht bewusst; auch aus den Änderungsempfehlungen in der Ausschussberatung lässt sich hierzu nichts ablesen; In der Begründung (S. 28) heißt es zu der ursprünglich in § 3 Abs. 1 S. 5 des Entwurfs lozierten Regelung, die sich nunmehr wortgleich in § 3 Abs. 1 S. 4 MietenWoG Bln wiederfindet: „Nach Satz 5 haben Vermieterinnen und Vermieter den Mieterinnen und Mietern unaufgefordert vor Abschluss eines Mietvertrages und jederzeit auf Verlangen der Mieterin oder des Mieters oder des zuständigen Bezirksamtes die zum Stichtag oder in den Fällen des Satzes 3 die zum Ende der letzten Vermietung vereinbarte oder geschuldete Miete schriftlich oder elektronisch mitzuteilen.“ Die Vorschrift versetzt die genannten Personen insbesondere bei nach dem Stichtag abgeschlossenen Mietverträgen in die Lage, die Zulässigkeit der verlangten Miete zu überprüfen. Die in Satz 5 geregelte Auskunftspflicht ist somit zur Durchführung des Gesetzes zwingend erforderlich. Auch soweit sie das Verhältnis der Mietvertragsparteien zueinander unmittelbar regelt, dient sie der Durchsetzung der materiellen Anforderungen des MietenWoG Bln. Sie stellt insofern einen Annex zu diesen Regelungen dar und ist von der Kompetenz des Landesgesetzgebers für das Wohnungswesen umfasst.

Für den in § 11 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 MietenGoG Bln statuierten Ordnungswidrigkeitentatbestand gilt dagegen nach ständiger Rspr. des BVerfG – wie für alle Strafnormen im materiellen Sinne – Art. 103 Abs. 2 GG

¹³ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Mieter> (6.3.2020).

¹⁴ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Vermieter> (6.3.2020).

(einfachgesetzlich bestätigt durch § 3 OWiG),¹⁵ so dass der Wortlaut dieser Norm nicht zum Nachteil des Beschuldigten übersritten werden darf, auch wenn ein solches Analogieverbot außerhalb des Strafrechts – und damit etwa für zivil- oder verwaltungsrechtliche Normen – bekanntlicherweise nicht in gleicher Strenge etabliert ist.

c) Das straf- und bußgeldrechtliche Umfeld

Im geltenden Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht gibt es mit dem strafbewehrten Mietwucher in § 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB und der bußgeldbewehrten Mietpreisüberhöhung in § 5 WiStG (1954) Tatbestände, welche ebenfalls das Geschehen vor dem Abschluss eines Mietvertrags tatbestandlich zu erfassen suchen. In der Begründung zum MietenWoG Bln finden sich zwar keine Referenzen zu diesen Normen, doch erscheint ein Blick in dieselben von Interesse, um festzustellen, ob auch der Bundesgesetzgeber in diesen traditionellen Tatbeständen Täter und Opfer bereits vor dem Abschluss des Mietvertrags als „Vermieter“ und „Mieter“ titulierte. Wäre dem so, wäre es natürlich nahe liegend, dass sich daran auch der Berliner Gesetzgeber bei seinem aktuellen Projekt hält.

Die anderen Strafsanktionen gegenüber den potenziellen Vermietern von Wohnraum vermeiden freilich wohl bewusst den Gebrauch der Termini „Vermieter“ und „Mieter“ vor Abschluss des Mietvertrags. So heißt es in § 5 Abs. 1 WiStG (1954) für den Bußgeldtatbestand der Mietpreisüberhöhung wörtlich: „Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.“ Und ähnlich formuliert der Strafgesetzgeber in § 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB für den Straftatbestand des (Miet-)Wuchers¹⁶:

„(1) Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten

1. für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen, [...]

Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

In beiden Fällen geht es um ein Fehlverhalten des künftigen Vermieters vor Abschluss des Vertrages; und in beiden Fällen umschreibt der Bundesgesetzgeber das pönalisierte Verhalten ohne jeden Rückgriff auf die erst mit Vertragsschluss einschlägigen Termini des „Vermieters“ und „Mieters“. Da beide Normen bereits seit Jahrzehnten in Kraft sind und auch gelegentlich zur Anwendung gelangen, ist es schon erstaun-

¹⁵ BVerfGE 38, 348 (371 f.); 41, 314 (319); 42, 261 (263); 55, 144 (152); 71, 108 (114); 81, 132 (135); 87, 363 (391); 87, 399 (411); Pohlreich, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 191. Lfg., Stand: Juni 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 57.

¹⁶ Dazu nur Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 7), § 291 Rn. 4.

lich, dass der Berliner Gesetzgeber diesen bewährten und offenbar mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbaren Gesetzgebungsweg ohne nachvollziehbare Begründung einfach preisgegeben hat. Er geht damit unnötig ein Risiko ein, dass die von ihm gemeinte potenzielle Tätergruppe rechtlich nicht als solche identifizierbar ist.

3. § 11 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 6 Abs. 4 MietenWoG Bln

§ 11 Abs. 1 Nr. 3 bewehrt unrichtige und unvollständige Auskünfte des Vermieters über die zur Berechnung der Mietobergrenze maßgeblichen Umstände. Der in Bezug genommene § 6 Abs. 4 MietenWoG Bln lautet wie folgt:

„Vermieterinnen und Vermieter haben den Mieterinnen und Mietern unaufgefordert innerhalb von zwei Monaten nach Inkrafttreten dieses Gesetzes Auskunft über die zur Berechnung der Mietobergrenze maßgeblichen Umstände zu erteilen. Die gleiche Pflicht trifft die Vermieterinnen und Vermieter neuen Mieterinnen und Mietern gegenüber vor Vertragsabschluss. Der für das Wohnungswesen zuständigen Senatsverwaltung gegenüber ist auf deren Verlangen in jedem Fall diese Auskunft zu erteilen.“

Soweit es – wie praktisch oft – um Auskünfte vor Vertragsabschluss nach Satz 2 dieser Norm geht, teilt die Vorschrift das oben näher ausgeführte Schicksal der vorgenannten Bußgeldnorm, denn vor Abschluss eines Mietvertrages lässt sich im Regelfall gerade nicht von Vermieter und Mieter reden. Es mag sein, dass man losgelöst vom Wortlaut in Analogie zu dieser Norm für nachmalige Vermieter bereits vor dem wirksamen Vertragsschluss zivil- oder verwaltungsrechtliche Pflichten statuiert. Bei einer Strafbewehrung im materiellen Sinne muss dann aber – anders als bei allein zivilrechtlichen Sanktionsfolgen – nach Art. 103 Abs. 2 GG der noch mögliche Wortsinn der Norm – bei einem Blankett also des „Gesamttatbestands“ aus Verbots- und Sanktionsnorm in malam partem die Grenze auch der Bußgeldbewehrung darstellen. In zulässiger Weise bußgeldbewehrt ist dagegen allerdings ein Verstoß gegen § 6 Abs. 4 S. 1 MietenWoG Bln, so dass Vermieter ihren Mietern bei bestehendem Mietvertrag die genannten Auskünfte erteilen müssen, wollen sie nicht eine Ordnungswidrigkeit begehen.

4. § 11 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 8 MietenWoG

Eine Ordnungswidrigkeit begeht nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 MietenWoG auch, „wer ohne erforderliche Genehmigung nach § 8 eine höhere als die nach den §§ 3 bis 7 zulässige Miete fordert oder entgegennimmt“. Da die Forderung wie auch das Entgegennehmen einer Miete das Bestehen eines Mietvertrags voraussetzt, kann Täter dieser Norm nur ein Vermieter sein, so dass sich insoweit kein Problem mit Art. 103 Abs. 2 GG erkennen lässt.

5. § 11 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 7 MietenWoG

Schließlich verwirklicht einen Bußgeldtatbestand auch, wer „entgegen § 7 die Erhöhung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anzeigt“. Auch in § 7 Mieten-

WoG Bln sind ausdrücklich die Vermieter zur Anzeige einer Mieterhöhung verpflichtet. Da dies aber ebenfalls das Bestehen eines Mietvertrags (mit zunächst niedrigerer Miethöhe) voraussetzt, ist auch dieser Tatbestand mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.

IV. Verhältnismäßigkeit der Sanktion

In der Berliner Öffentlichkeit wird von interessierten Kreisen immer wieder auf die absolute Höhe möglicher Bußgelder verwiesen. In der Tat sieht § 11 Abs. 2 MietenWoG Bln als Obergrenze nicht weniger als eine halbe Million Euro vor. Aus § 17 Abs. 2 OWiG erhellt sich, dass dies nur für (mindestens bedingten) Vorsatz gilt; für (jede Form von) Fahrlässigkeit gilt dagegen die Hälfte, d.h. 250.000 Euro als Obergrenze. Darauf verweist der Berliner Gesetzgeber auch in seiner Begründung. Allerdings entzieht dies der sehr hohen Sanktion nicht ihre populistische Wirkung. Wieder muss man bedenken, dass der Bußgeldtatbestand mit seiner Sanktionshöhe nicht nur gegenüber großen Wohnungsgesellschaften, sondern auch gegenüber allen privaten Vermietern, die eine Wohnung im Interesse ihrer Altersversorgung vermieten, und schließlich auch – im Bereich von § 11 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 S. 3 MietenWoG Bln – für nahezu alle Berliner Mieterinnen und Mieter sowie deren auch nicht professionell bzw. (un-)entgeltlich handelnde Vertreter gilt. Da das MietenWoG Bln in zahlreichen Normen zwischen den Gruppen der Vermieter, Mieter und für beide handelnden Personen explizit differenziert und auch nicht erkennbar ist, warum im Sanktionsbereich eine solche Differenzierung nicht möglich sein sollte, ist es völlig unverständlich, warum der Gesetzgeber nicht innerhalb der Sanktionsdrohungen etwa für Mieter und deren Vertreter geringere oder gar keine Obergrenzen vorgesehen hat; hätte er für diese Gruppe keine Obergrenze vorgesehen, wäre für diese die Sanktion nach § 17 Abs. 1 OWiG zu berechnen gewesen und betrüge maximal 1.000 Euro. Angesichts des in der Begründung wie im Gesetzgebungsverfahren von den Berliner Regierungsparteien lautstark vorgetragenen Wunsches einer finanziellen Erleichterung für die Mieter ist völlig unverständlich, warum man trotz der intensiven Debatte keine solche Regelung getroffen hat. Der für das BGB angesichts des dortigen Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“ schon Ende des 19. Jahrhunderts konstatierte „Tropfen sozialen Öls“, hat den Berliner Gesetzgeber offenbar nicht erreicht.

Die Begründung für die getroffene Regelung differenziert nicht nur nicht zwischen den einzelnen möglichen Tätergruppen; sie zeigt auch im Übrigen gravierende Defizite. So meint der Berliner Gesetzgeber, durch eine besonders hohe Maximalsanktion die Vermögensabschöpfung voranbringen zu müssen. Auch dies erscheint nicht nur gegenüber den eigentlich zu schützenden Mietern – für welche es ja mangels irgendeiner Differenzierung ebenso gelten muss – geradezu absurd; sie verkennt auch, dass die Vermögensabschöpfung in § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG schon seit langem bereits geltendes Recht ist. Geht es mithin darum, unter Verstoß gegen den Mietendeckel und damit illegal erlangte Vermögensvorteile abzuschöpfen, so wäre dies gleichermaßen ohne eine derart hohe Maximalsanktion (die ja eben auch für den Mieter und

für „kleine“ Vermieter gilt) unschwer möglich gewesen; es hätte nur nicht so „martialisch“ geklungen. Auch ein Vergleich mit dem bundesweit geltenden Ordnungswidrigkeitentatbestand der Mietpreisüberhöhung in § 5 WiStG (1954) zeigt, dass die Obergrenze dort für Bußgelder bei 50.000 Euro gezogen (§ 5 Abs. 3 WiStG [1954]) ist, d.h. sie liegt nur bei einem Zehntel der vom Berliner Gesetzgeber gewählten Bußgeldobergrenze. Bei fahrlässigen Verstößen gegen den Mietendeckel ist das Missverhältnis noch krasser, denn diese können immerhin bis zu fünfmal so teuer wie vorsätzliche Mietpreisüberhöhungen werden (bloß fahrlässige Mietpreisüberhöhungen unterliegen wegen der Beschränkung auf mindestens Leichtfertigkeit in § 5 Abs. 1 WiStG [1954] überhaupt keinem Bußgeld!). Auch bei Vorliegen eines strafbewehrten Mietwuchers i.S.v. § 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB wäre eine derart hohe Geldstrafe nur möglich, wenn – das gesetzliche Maximum von 360 Tagessätzen unterstellt – jeder Tagessatz mit knapp 1.400 Euro berechnet würde, wofür ein Nettomonatseinkommen von immerhin knapp 42.000 Euro zugrunde zu legen wäre.

Allerdings hat der Berliner Gesetzgeber auch darauf hingewiesen, dass durch die Maximalhöhe von einer halben Million Euro vor allem „beharrliche Verstöße“ sanktioniert werden sollen. Beharrlich meint im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht allgemein wiederholte Verstöße, nicht aber besonders häufige Verstöße. Auch insoweit fehlt wiederum eine Differenzierung zwischen möglichen Tätergruppen. Will der Gesetzgeber ernsthaft einem Mieter, der innerhalb der fünf Jahre des Mietendeckels zweimal vorsätzlich seinen Pflichten zuwider nicht die erforderlichen Auskünfte erteilt, mit bis zu einer halben Million Euro zur Kasse bitten? Die Rechtsverstöße wären immerhin vorsätzlich und beharrlich, und das vom Gesetzgeber obendrein genannte Argument guter Prävention von Gesetzesverstößen könnte auch hier nicht in Abrede gestellt werden. Lediglich die Vermögensabschöpfung dürfte hier nichts beitragen.

Aber selbst wenn sich ein Vermieter durch eine überbeuerte Vermietung unter beharrlicher, vorsätzlicher Verletzung der Regeln des Mietendeckels über dessen volle Laufzeit von fünf Jahren bereichern sollte, dürfte der (Gesamt-)Betrag des dadurch erlangten Vermögensvorteils im seltensten Fall an eine halbe Million EUR heranreichen. Das zeigt ein einfaches Beispiel: Nimmt der Vermieter aufgrund fehlerhafter Information des Mieters o.ä. für eine Wohnung von 200 qm durchgehend pro Quadratmeter 10 EUR zu viel, erlangt er pro Jahr 24.000 EUR, in fünf Jahren mithin 120.000 EUR, d.h. nicht einmal ein Viertel des möglichen Bußgeldes. Solche Zahlen dürften in der Berliner Realität die absolute Obergrenze des unter Verletzung des Mietendeckels erlangbaren Vermögens darstellen.

Es bleibt als einziger tragfähiger Gedanke, dass durch immense und undifferenziert hohe Bußgelder irgendwie eine Abschreckungswirkung erzielt wird, so dass vor allem Unternehmen als Vermieter letztlich mit existenzbedrohenden Sanktionen für vergleichsweise geringe Verstöße (die sich obendrein teilweise in einem Unterlassen erschöpfen) zur Gefügigkeit gebracht werden sollen. Dass dies exakt so wirkt, zeigt der oben bereits genannte Fall, dass ein Wohnungsver-

mieterverband seine Mitgliedsunternehmen noch vor der Abstimmung im Abgeordnetenhaus zur unbedingten Beachtung des Mietendeckels angehalten hat, nur um ja nicht riesige Bußgelder zu riskieren. Diese Argumentation ist aus dem Strafrecht anderer Länder bekannt, wenn etwa – wie teils in den USA – der dritte Diebstahl allein wegen der zwei vorausgegangenen mit einer immensen Gefängnisstrafe belegt wird. In Deutschland geht es eigentlich immer um eine gewisse Verhältnismäßigkeit von Tatvorwurf und Strafsanktion.

Kurz: Die vom Gesetzgeber statuierten möglichen Bußgelder sind offensichtlich unverhältnismäßig hoch. Sie werden in den Berliner Medien schon seit längerem breit diskutiert, ohne dass in der Gesetzesberatung noch Änderungen bzw. Klarstellungen – wiewohl problemlos möglich (in der Ausschussberatung eine Woche vor Beschlussfassung wurden in anderen Fragen noch grundlegende Änderungen vorgenommen!) – angebracht wurden. Es handelt sich damit bei diesen absurd überhöhten Strafdrohungen und deren Kommunikation letztlich um eine Art von strafrechtlichem Populismus. Indem der Berliner Gesetzgeber unverhältnismäßig hohe Sanktionen völlig undifferenziert, ohne nachvollziehbare Begründung und ohne Einbeziehung des dazu bewährten bundeseinheitlichen Instrumentariums vorsieht, postuliert er gleichsam, Verstöße gegen den gerade erstmalig in Deutschland beschlossenen Mietendeckel seien extrem schweres und kaum schwer genug zu sanktionierendes Unrecht. Das ist natürlich falsch und instrumentalisiert das bewährte Bußgeldsystem des Ordnungswidrigkeitenrechts offensichtlich allein im Interesse politischer Propaganda. Gerade in Zeiten, in denen auch in westlich-liberalen Demokratien der Populismus leider vielerorts auf dem Vormarsch ist, sollte man als verantwortungsbewusster Gesetzgeber von einer solchen Instrumentalisierung übertriebener Strafdrohungen im Interesse einer guten öffentlichen Meinung unbedingt absehen. Mit aufgeklärter Kriminalpolitik hat das jedenfalls wenig zu tun.

V. Fazit

Der Berliner Mietendeckel ist in jeder Hinsicht ein Politikum. Es ist mehr als zweifelhaft, ob er wirklich den dringenden Bedarf an Wohnraum in der Bundeshauptstadt in den fünf Jahren seiner maximalen Geltungsdauer zu decken geeignet ist (möglicherweise wird er eher das Angebot an Mietwohnungen in Berlin deckeln und in diesem Sinne seinem landläufigen Namen Ehre machen) oder die im Interesse des Klimawandels notwendigen Investitionen in Maßnahmen zur CO₂-Senkung nachhaltig begünstigt (die Anreize für Investitionen in diese Richtung sind offenbar viel zu gering).

Unabhängig davon ist das zugrunde liegende Gesetz auf dem Papier dadurch geschärft, dass für Verstöße gegen die Regelungen des Mietendeckels bereits bei Fahrlässigkeit sechsstellige Bußgelder verhängt werden können; bei Vorsatz kann das Bußgeld bis zu einer halben Million Euro reichen, wobei der Gesetzgeber weder nach den Vermögensverhältnissen oder den typischen Rollen von Mietern und Vermietern differenziert, so dass letztlich jeder potenzielle Täter – je nach subjektiver Tatseite – mit einem Bußgeld bis zu 250.000 oder sogar 500.000 EUR rechnen muss. Die Ent-

wurfsbegründung hilft nicht weiter, denn dort wird wohl verkannt, dass eine etwa angestrebte Vermögensabschöpfung bereits nach fortgeltendem Bundesrecht (§ 17 Abs. 2 OWiG) vorgesehen und deswegen nicht in eine besonders hohe Bußgeldobergrenze eingepreist werden müsste. Es bleibt eine Orientierung an der Beharrlichkeit der Begehung dieser Ordnungswidrigkeit, welche freilich ihrer Natur nach ebenfalls keine Differenzierung zwischen Mietern und Vermietern erlaubt, können beide doch gleichermaßen Rechtsverstöße binnen fünf Jahren auch wiederholt begehen wollen.

Bei näherem Hinsehen dürften sich diese Strafdrohungen freilich zumindest in vielen Fällen als „zahnloser Tiger“ erweisen. Einerseits dürfte sich nahezu jeder Berliner als Mieter, Vermieter oder deren Vertreter derzeit unwidersprochen zumindest auf einen Verbotsirrtum in Form eines Gültigkeitsirrtums berufen können, soweit er bei seinem bußgeldbewehrten Verstoß gegen die Regelungen des Mietendeckels von dessen Verfassungswidrigkeit ausgegangen ist; erst wenn sowohl das Berliner Landesverfassungsgericht als auch das Bundesverfassungsgericht dem MietenWoG Bln ihr Placet gegeben haben, dürften solcherart begründete Irrtümer ausscheiden.

Andererseits ist selbst bei einer Unterstellung der verfassungsrechtlichen Landeskompetenz für den Erlass des Mietendeckels zu bedenken, dass die unglückliche Bezeichnung der potenziellen Vertragspartner eines noch abzuschließenden Mietvertrags bereits als „Vermieter“ und „Mieter“ und nicht etwa nur als Interessenten einer solchen Position dazu führt, dass daran anknüpfende Bußgeldtatbestände zumindest in bestimmten Konstellationen an den verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 103 Abs. 2 GG scheitern dürften, dass das bußgeldbewehrte Verhalten eben (noch) nicht durch einen Vermieter oder Mieter begangen worden ist.

Schließlich erscheint die gegenüber Mieter wie Vermieter gesetzlich vorgesehene Obergrenze von einer halben Million Euro (bei Fahrlässigkeit die Hälfte) unverhältnismäßig. Das zeigt ein Vergleich mit dem Bußgeldrahmen für die vorsätzliche Mietpreisüberhöhung i.S.v. § 5 WiStG (1954); die dort vorgesehene Obergrenze liegt 90 % niedriger als in § 11 Abs. 2 MietenWoG Bln. Auch der Vergleich mit möglichen Geldstrafen etwa bei Mietwucher gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB macht deutlich, dass nur für ganz wenige sehr reiche Täter diese in den Bereich der neuen Bußgeldnorm kommen würde. Das ist insoweit zumindest fragwürdig, als es allgemein anerkannt ist, dass im Regelfall der Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit geringer wiegt als der einer Straftat, und überdies im Fall der Mietpreisüberhöhung sowie des Mietwuchers der nachmalige Mieter durch die überhöhte Miete eine Vermögensschaden erleidet, während etwa die im MietenWoG Bln bußgeldbewehrten Verstöße gegen Informationspflichten nicht einmal zu einer überhöhten Miete (und damit einem echten Nachteil des Mieters) führen müssen.

Allerdings muss man den Verfechtern des Mietendeckels in der Berliner Politik eines lassen: Sie haben die Höhe möglicher Bußgelder nach § 11 Abs. 2 MietenWoG Bln bereits im Gesetzgebungsverfahren derart prominent in der Öffentlichkeit kommuniziert, dass selbst Vermieterverbände sich genötigt sahen, noch vor dem Abschluss des Gesetzgebungs-

verfahrens und trotz vielerorts geäußerter verfassungsrechtlicher Bedenken am Mietendeckel (die ja – wie gezeigt – bis zu einer abschließenden Klärung auch der Verhängung eines Bußgelds den Boden entziehen dürften), ihre Mitgliedsunternehmen auf ein Wohlverhalten einzuschwören. So ist es am Ende vielleicht nicht die Verhängung eines extrem hohen Bußgeldes, sondern bereits dessen Inaussichtstellung trotz fragwürdiger Rechtsgrundlage, die nach Art eines voraussehlenden Gehorsams tatsächlich zu dem Ziel führt, dass alle Vermieter (und Mieter) in Berlin unmittelbar nach Inkrafttreten des MietenWoG Bln alle darin statuierten Pflichten peinlichst genau erfüllen, ja vielleicht sogar im Zweifel mehr tun als nötig, um nur ja nicht in den Fokus der zumindest auf dem Papier extrem hohen – und für viele/die meisten Vermieter tendenziell existenzgefährdenden – Bußgelder kommen zu können.¹⁷

¹⁷ Das BVerfG hat einen Eilantrag gegen den Mietenspiegel inzwischen abgelehnt (Beschl. v. 10.3.2020 – 1 BvQ 15/20; Ito v. 12.3.2020, <https://www.ito.de/recht/nachrichten/n/bverfg-beschluss-1bvq1520-mietendeckel-berlin-eilantrag-nachteil/> [16.3.2020]).

Die Beschlussregel der Gremienverfassung als Grundlage der Kausalitätsfeststellung bei Gremienentscheidungen?

Ein Beitrag zur Lösung des sog. Gremienproblems

Von Gunnar Spilgies, Hemmingen

I. Einführung

In der Diskussion um die Kausalität im Strafrecht stehen jene Fälle seit je im Fokus, die angeblich nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel (im Folgenden *Conditio*-Formel) irreführende Ergebnisse liefern, also die Fälle der hypothetischen Kausalität und der alternativen Kausalität.¹ Insbesondere auch die Frage der Kausalität bei Gremienentscheidungen (das sog. Gremienproblem) wird hierbei als ein besonderer Fall der alternativen Kausalität angesehen und seit dem „Lederspray-Urteil“ des BGH² bis in die jüngste Zeit intensiv diskutiert.³ Einigkeit ist in dieser Frage bisher nicht erzielt worden. So konstatiert *Rotsch*: „Logisch ist es zwingend, dass die im Rahmen einer einfachen Mehrheitsentscheidung überzählige Stimme nicht kausal sein kann.“⁴ Dagegen behauptet *Puppe*, sie habe „das Gremienproblem [...] auf der Ebene der Kausalität nach allgemeinen Regeln der Kausalitätsbestimmung gelöst.“⁵ Im Folgenden soll gezeigt werden, dass beide Thesen unzutreffend sind.

Die bei den Erfolgsdelikten vorausgesetzte Naturkausalität zwischen der Handlung des Täters und dem Taterfolg gründet auf der kausal-deterministischen Bedingungstheorie (dazu II.). Um die Naturkausalität im Einzelfall festzustellen, greift die h.M. im Strafrecht dabei traditionell auf die *Conditio*-Formel zurück, obwohl diese Formel ganz überwiegend als nutzlos für die Kausalitätsfeststellung angesehen wird (dazu III.). Nach h.M. soll eine wörtliche Anwendung der *Conditio*-Formel bei Gremienentscheidungen zu dem Ergebnis führen, dass eine überzählige Einzelstimme nicht naturkausal für den Gremienbeschluss sei (dazu IV.). Diese An-

nahme der h.M. beruht jedoch auf einer fehlerhaften Anwendung der *Conditio*-Formel als Methode der *normativen* Kausalitätsfeststellung (dazu V.): Statt im Rahmen der Kausalitätsfeststellung auf den materiell-gegenständlichen Gremienbeschluss abzustellen, stellt sie auf die nach der Beschlussregel der Gremienverfassung erforderliche Mindestmehrheit der Stimmen ab. Da hiernach also eine Sollensnorm Grundlage der empirischen Kausalitätsfeststellung sein soll, beachtet die h.M. damit zugleich den fundamentalen Unterschied zwischen Seinsnormen und Sollensnormen nicht. Wegen dieses Fehlbezugs der Kausalitätsfeststellung kann daher auch *Puppes* Lösung des Gremienproblems nicht überzeugen (dazu VI.). Bezieht man dagegen ausgehend von der Bedingungstheorie die empirische Kausalitätsfeststellung auf die allein maßgebliche Erfahrungswelt, d.h. bei den Gremienentscheidungen auf den materiell-gegenständlichen Gremienbeschluss, so bereitet die Feststellung der Naturkausalität der Einzelstimme für den Gremienbeschluss keine Probleme (dazu VII.).

II. Die kausal-deterministische Bedingungstheorie als Ausgangspunkt der strafrechtlichen Erfolgszurechnung

Im Alltag gehen wir intuitiv von der Vorstellung aus, dass grundsätzlich alle Phänomene durch natürliche Faktoren erklärt werden können. Überall in der Welt gehe es „mit rechten Dingen“ zu, so lautet das Schlagwort des Naturalismus.⁶ Unsere Idee der Welt sei, so *Bieri*, „die Idee einer *verständlichen* Welt [...] in der wir verstehen können, *warum* etwas geschieht.“⁷ Nach *Kant* stellt daher für uns Menschen das Kausalprinzip ein apriorisches Verstandesgesetz dar, weil eine Veränderung ohne eine Ursache nicht gedacht werden könne.⁸ Und für *Planck* bildet das „Kausalgesetz“, d.h. „der Ablauf aller Geschehnisse nach unverbrüchlichen Regeln – in der Natur wie im Geistesleben –, die Vorbedingung jeder wissenschaftlichen Erkenntnis und die Grundlage allen praktischen Handelns“.⁹

Kurz gefasst lässt sich der Grundgedanke eines solchen kausal-deterministischen Weltverständnisses im Sinne der Bedingungstheorie wie folgt beschreiben:¹⁰ Ursächlich ist

¹ Hierzu grundlegend schon *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 13 ff.; vgl. daneben z.B. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 74; *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 76 f.; *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 62; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 28 II. 4.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 11 f., 19 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 13.

² BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106.

³ Vgl. z.B. *Puppe*, JR 1992, 30; *dies.*, ZIS 2018, 57; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001; *C. Putzke*, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 12 ff.; *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 132 ff.; *Satzger*, Jura 2014, 186 ff.; *Rotsch*, ZIS 2018, 1; *Narjes*, ZJS 2019, 97.

⁴ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8).

⁵ *Puppe*, ZIS 2018, 57.

⁶ Vgl. *Hilgendorf*, Jahrbuch für Recht und Ethik 2003, 85; *Bunge/Mahner*, Über die Natur der Dinge, 2004, S. 8; *Vollmer*, Gretchenfragen an den Naturalisten, 2013, S. 9.

⁷ *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit, 2001, S. 15 (*Hervorhebung* im Original).

⁸ Siehe *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1787, B 233 ff.

⁹ *Planck*, Kausalgesetz und Willensfreiheit, 1923, S. 5.

¹⁰ Vgl. *Schulte/Beckermann*, Determinismus (zuletzt bearbeitet am 5.3.2005),

<http://www.philosophieverstaendlich.de/stichworte/determinismus.html> (6.3.2020); *Honderich*, Wie frei sind wir? Das Determinismus-Problem, 1995, S. 14 ff.; *ders.*, Causality or

jede Bedingung, die Bestandteil eines kausalen Bedingungs-komplexes ist, der die Wirkung notwendig herbeiführt. Jede einzelne Bedingung (die Einzelursache) ist also notwendig für die Wirkung, sie ist eine notwendige Bedingung, d.h., wäre sie nicht erfüllt, würde die Wirkung nicht eintreten. Zusammen sind die einzelnen Bedingungen hinreichend für die Wirkung, sie bilden als Gesamtursache einen hinreichen- den Bedingungskomplex, d.h., sind sie alle erfüllt, tritt die Wirkung notwendig ein. Diese notwendige Verknüpfung zwischen Ursache und Wirkung bedeutet einen gesetzmäßigen Zusammenhang derart, dass immer, wenn die Ursache gegeben ist (das Explanans), die Wirkung (das Explanandum) notwendig eintritt, was immer sonst noch geschieht. Dabei besteht der hinreichende Bedingungskomplex für die Wir- kung in der Regel aus sog. Kausalketten, d.h. aus Einzelursa- chen, die ihrerseits Wirkungen sind, so dass diese früheren Bedingungskomplexe dann mittelbar die spätere Wirkung notwendig herbeiführen. Zu dem hinreichenden Bedingungs- komplex gehören also neben den nahen auch ganz entfernte Ursachen (bis hin zum Urknall). Aufgrund dieser sog. Transi- tivität der Kausalbeziehung sind insoweit alle Ursachen eines Ereignisses gleichwertig (äquivalent). Daher nennt man die Bedingungstheorie auch Äquivalenztheorie.

Zwar herrscht in der Wissenschaftstheorie seit Langem ein intensiver Streit über die genaue Explikation der Begriffe Kausalität, Ursache, Bedingung, Determinismus usw.¹¹ Der praktische Nutzen dieses Streits erscheint allerdings fraglich, weil mit *Bieri* zweifelhaft ist, „daß Details am zentralen Ge- dankengang etwas ändern würden“.¹² Dementsprechend bil- det auch im Strafrecht die auf dem kausal-deterministischen Verständnis von der Welt beruhende Bedingungstheorie den Ausgangspunkt der Erfolgsszurechnung.¹³ Bei den Erfolgsde-

likten setzt die Tatbestandsmäßigkeit daher voraus, dass zwischen der Handlung des Täters und dem Taterfolg Natur- kausalität besteht.¹⁴ Das bedeutet, die Handlung muss er- folgsursächlich gewesen sein, also Bestandteil des kausalen hinreichenden Bedingungskomplexes, der notwendig (gesetz- mäßig) den Taterfolg herbeigeführt hat. Kurz: Die Handlung muss notwendige Bedingung für den Taterfolg gewesen sein.¹⁵

III. Die Conditio-Formel als Methode der Kausalitätsfest- stellung

Traditionell greift die h.M. im Strafrecht zur Feststellung der Ursächlichkeit der Handlung für den Erfolg auf die Conditio- Formel zurück, die wie folgt lautet: „Ursache ist jede Bedin- gung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der

Renzikowski, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 379; *Kindhäuser*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag am 6. Mai 2015, 2015, S. 253 (265 ff.); gegen ihn *Puppe*, ZIS 2015, 426, mit Replik von *Kindhäuser*, ZIS 2016, 574.

¹⁴ Vgl. *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Vor §§ 13 ff. Rn. 35; *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 6; *Rengier*, Strafrecht, Allge- meiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 2; *Wessels/Beulke/ Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 225 ff.; *Satzger*, Jura 2014, 186 f.

¹⁵ Der sich daraus ergebende Widerspruch zum herrschenden indeterministischen Menschenbild des Schuldstrafrechts wird hierbei überwiegend ignoriert: Denn während der strafrecht- liche Schuldvorwurf die indeterministische Willensfreiheit des Menschen voraussetzt (vgl. hierzu *Spilgies*, ZIS 2007, 155), setzt die Kausalitätsfeststellung die Determiniertheit der menschlichen Entscheidungen und Handlungen voraus, wenn der Taterfolg in einer Handlung besteht (so wie namentlich in den Fällen der Anstiftung und Nötigung) oder der Taterfolg durch eine Handlung Dritter vermittelt wird (sog. Regressfälle). Soweit das Problem gesehen wird, „löst“ man es mit der Annahme eines logisch unhaltbaren „relativen Indeterminis- mus“ (vgl. mit Blick auf die Nötigung *Spilgies*, Die Bedeu- tung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004, S. 136). So meint z.B. *Roxin*, in: Hellmann/ Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 409 (418), „dass es notwendige Bedingungen gibt, die nicht gesetzmäßiger Art sind, aber doch als Ursachen im juristischen Sinne gelten können“. Vgl. auch *ders.* (Fn. 1), § 11 Rn. 31 f.; zustimmend *Kudlich* (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rn. 39; vgl. auch *Puppe*, in: Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 131; *Jäger* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 81 ff. (im Anschluss an *Rothfuß*, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 13 ff.). Nur sind eben „notwendige Bedingungen“, die nicht Bestandteil eines hinreichenden Bedingungskomplexes sind, überhaupt keine „Bedingungen“ im Sinne der Bedin- gungstheorie. Das Problem lässt sich daher nur lösen, wenn man der strafrechtlichen Zurechnung eine kompatibilistische Schuldlehre zugrunde legt.

Causation – The fundamental Fact plainly explained, abruf- bar unter

<https://www.ucl.ac.uk/~uctytho/dfwCausationHonderich.html> (6.3.2020); *Bieri* (Fn. 7), S. 15 f.; *Schopenhauer*, Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, 2. Aufl. 1847, § 20, abrufbar unter

<http://www.zeno.org/Lesesaal/N/9781499136579?page=31> (6.3.2020). Die wissenschaftsmethodische Umsetzung dieses Grundgedankens liefert das deduktiv-nomologische Modell (DN-Modell), vgl. *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Er- klärung, 1977, S. 5 ff.

¹¹ Vgl. *Hart/Honoré*, Causation in the Law, 1959; *Mackie*, The Cement of the Universe, A Study of Causation, 1974; *Sosa* (Hrsg.), Causation and Conditionals, 1975, abrufbar unter

<https://archive.org/details/CausationAndConditionals> (6.3.2020); *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissen- schaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. 1, 2. Aufl. 1983, S. 501 ff.; *Koch*, Kausalität, Determinismus und Zufall in der wissenschaftlichen Naturbeschreibung, 1994; *Heidel- berger*, Neue Hefte für Philosophie 1992, Nr. 32/33, S. 130 ff.

¹² *Bieri* (Fn. 7), S. 435.

¹³ Nur eine Minderheit spricht sich im Strafrecht für eine abweichende individualisierende Kausallehre aus, so z.B.

Erfolg (in seiner konkreten Gestalt) entfiel [...]“¹⁶ Die Kausalitätsfeststellung geschehe demnach „im Wege eines hypothetischen Eliminationsverfahrens: Man denkt die Handlung weg und fragt, ob ohne die Handlung der Erfolgseintritt [...] ausgeblieben wäre. Muss die Frage bejaht werden, so ist die Handlung kausal. Muss die Frage verneint werden, wäre also der Erfolg dennoch eingetreten, so ist die Handlung nicht ursächlich.“¹⁷

1. Zur Nutzlosigkeit der Conditio-Formel für die Kausalitätsfeststellung

Seit *Engischs* grundlegender Kritik an der Conditio-Formel wird jedoch zu Recht eingewendet, diese sei als Methode der Kausalitätsfeststellung nutzlos, denn sie setze die Kenntnis der Kausalzusammenhänge bereits voraus, die sie eigentlich erst habe feststellen wollen.¹⁸ „Eine empirische Erkenntnis“, so *Puppe*, „kann man aber nicht dadurch gewinnen, dass man sich etwas wegdenkt.“¹⁹ Die Conditio-Formel ist nur die uneigentliche logische Umkehrung (Kontraposition) der These, dass die Handlung eine notwendige Bedingung des Erfolgs ist: „Wenn eine Handlung H notwendig dafür ist, dass ein Ereignis E eintritt, so gilt, dass das Ereignis E ausgeschlossen ist, sofern die Handlung H nicht gegeben ist [...]“²⁰ Als Methode der Kausalitätsfeststellung ist die Formel „ein Zirkel, da der zu definierende Begriff verkappt in dem Material erscheint, mit dem definiert wird“.²¹ Zur Kausalitätsfeststellung trägt sie daher nicht bei. „Diese Einsicht“, so *Roxin*, „kann heute als gesichert gelten“.²² Da die Conditio-Formel also das „Heureka!“ voraussetzt, kann man sie als „heuristische Formel“²³ bezeichnen, die einen bereits festgestellten

Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg sprachlich anschaulich ausdrückt.²⁴ Diesen heuristisch-sprachlichen Wert mag man hoch oder gering schätzen. Zusammenfassend lässt sich mit *Freund* sagen: „Ermitteln kann man einen Kausalzusammenhang mit diesem Verfahren nicht, sondern lediglich die bereits vorhandene Kenntnis der Kausalität im Sinne eines konkreten Wirkungszusammenhangs in eine bestimmte sprachliche Form kleiden. Der *condicio*-Formel kommt deshalb allenfalls eine gewisse heuristische Funktion zu.“²⁵

2. Die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung

Vor diesem Hintergrund plädierte schon *Engisch* dafür, im Rahmen der Kausalitätsfeststellung nicht von der Conditio-Formel auszugehen, sondern von der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung.²⁶ Dem folgt heute ein überwiegender Teil der Lehre: Es sei richtig, „gar nicht danach zu fragen, ob der Erfolg [...] auch ohne die Handlung eingetreten wäre, die auf ihre Ursächlichkeit geprüft wird, denn für die Bedingungsqualität einer Handlung kommt es allein darauf an, ob sie den Erfolg aufgrund des Kausalgesetzes *nach unserem Erfahrungswissen* tatsächlich herbeigeführt hat.“²⁷ Für die Kausalität im Sinne der Bedingungstheorie komme es somit allein darauf an, „ob sich an eine Handlung zeitlich nachfolgende Veränderungen in der Außenwelt angeschlossen haben, die mit der Handlung nach den uns bekannten Naturgesetzen notwendig verbunden waren und sich als tatbestandsmäßiger Erfolg darstellen [...]“²⁸

Kausalitätsprobleme im engeren Sinne lassen sich allerdings auch mit Hilfe der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung nicht lösen. Denn, wie *Roxin* zutreffend klarstellt: „Kausale Zusammenhänge können, wenn sie zweifelhaft sind, niemals durch irgendwelche Formeln, sondern stets nur durch exakte naturwissenschaftliche Methoden [...] nachgewiesen werden.“²⁹ Ebenso *Jakobs*: „Es kommt allein darauf an, ob ein Verhalten einen Erfolg (gesetzmäßig) bedingt, was mit Hilfe der allgemeinen oder sachverständigen Erfahrung zu beurteilen ist.“³⁰ Im Ergebnis besteht also sachlich kein

¹⁶ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 43; vgl. RGSt 1, 373 (374); 44, 137 (139); BGHSt 1, 332 (333); 49, 1 (3); *Eisele* (Fn. 1), Vor §§ 13 ff. Rn. 73a; *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 28 II. 1.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 228.

¹⁷ *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 4; vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 28 II 3; *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 9.

¹⁸ Vgl. *Engisch* (Fn. 1), S. 13 ff., 16; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 333; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, Abschn. 7 Rn. 9; *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 28 II. 4.; *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 12; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (868 ff.); *dies.*, GA 2010, 551 m.w.N.

¹⁹ *Puppe*, GA 2010, 551.

²⁰ *Puppe*, GA 2010, 551 (552); vgl. *dies.*, RW 2011, 400 (409).

²¹ *Jakobs* (Fn. 18), Abschn. 7 Rn. 9.

²² *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 12 Fn. 20. Auch *Merkel*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 151 (155 Fn. 11), meint, „kein Anhänger der ‚condicio‘-Lehre würde diese gänzlich triviale Einsicht noch bestreiten.“ Das tun aber z.B. *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 3 f., 13; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 9 Rn. 7: „nicht entbehrlich“.

²³ So *Welzel* (Fn. 16), S. 43.

²⁴ Zu dieser ursprünglichen Funktion der Conditio-Formel näher *Frisch*, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 51 (60 f.).

²⁵ *Freund* (Fn. 18), Vor § 13 Rn. 333. Ebenso *Jäger* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 62; *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 28 II. 4.; *Satzger*, Jura 2014, 186 (188).

²⁶ Vgl. *Engisch* (Fn. 1), S. 21.

²⁷ *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 28 II. 4. (*Hervorhebung* im Original).

²⁸ *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 28 II. 4.; vgl. *Eisele* (Fn. 1), Vor §§ 13 ff. Rn. 75; *Jakobs* (Fn. 18), Abschn. 7 Rn. 12; *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 22 ff.; *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 15; *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (564).

²⁹ *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 15.

³⁰ *Jakobs* (Fn. 18), Abschn. 7 Rn. 12.

Unterschied zwischen der Bedingungstheorie, der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung und der Conditio-Formel.³¹

Obwohl die Conditio-Formel wegen ihrer „Nutzlosigkeit“ damit im Grunde für die Frage der Naturkausalität keinerlei Erkenntnisgewinn verspricht und nur zuvor festgestellte Kausalität sprachlich übersetzt, ist es einigermaßen verwunderlich, dass sowohl Befürworter der Conditio-Formel als auch deren Kritiker bis heute die Conditio-Formel als Methode der Kausalitätsfeststellung präsupponieren.³² Die „Nutzlosigkeitsthese“ bezüglich der Conditio-Formel und deren Ersetzung durch die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung erweisen sich insoweit letztlich als bloße Lippenbekenntnisse der h.M.³³

IV. Der überbedingte Gremienbeschluss als Problemfall der Conditio-Formel

Nach h.M. gelten nicht nur die hypothetische Kausalität und die alternative Kausalität als ein Problemfall der Conditio-Formel,³⁴ sondern auch der überbedingte Gremienbeschluss (als ein besonderer Anwendungsfall der alternativen Kausalität). Komme ein rechtswidriger Gremienbeschluss mit einer größeren Mehrheit der Stimmen als erforderlich zustande, so sei bei wörtlicher Anwendung der Conditio-Formel eine überzählige Einzelstimme nicht ursächlich für den Gremienbeschluss, weil die erforderliche Mindestmehrheit der Stimmen auch dann erreicht worden wäre, wenn man sich die Einzelstimme hinwegdenke. Jedes Gremienmitglied könne sich daher damit entlasten, dass seine Stimme hinweggedacht werden könne, ohne dass der Abstimmungserfolg entfielen.³⁵ Diese Konstellation der überbedingten Erfolge zeige, so *Eidam*, „überdeutlich, dass unsere herkömmlichen Kausalitätsgrundsätze auf die Konfrontation mit der kollektiven Einheit eines Gremiums nicht sonderlich gut vorbereitet sind und aus sich heraus auch erst einmal keine Lösungsmöglichkeit für das hervorgerufene rechtsdogmatische Durcheinander anzubieten haben.“³⁶ Und auch *Rotsch* gelangt insoweit zu der eingangs zitierten These, „dass die überzählige Stimme nicht kausal ist“.³⁷

Aber diese These vermag nicht zu überzeugen. Denn sie impliziert, dass die Conditio-Formel dann für die Kausalitätsfeststellung doch nicht nutzlos ist. Schließlich umfasst die Kausalitätsfeststellung auch ein Negativum, in diesem Fall die fehlende Kausalität der Einzelstimmen. Da an der Erkenntnis der Nutzlosigkeit der Conditio-Formel als Methode

der Kausalitätsfeststellung jedoch nicht zu rütteln ist, liegt es daher nahe, dass eine „fehlerhafte“ Anwendung der Conditio-Formel zu dem überraschenden Ergebnis der fehlenden Kausalität der Einzelstimmen führt. Sieht man sich die Kausalitätsfeststellung der h.M. und die Anwendung der Conditio-Formel bei den Gremienentscheidungen genauer an, so lässt sich denn auch zeigen, dass die h.M. nicht zunächst die Naturkausalität zwischen der Einzelstimme und dem Gremienbeschluss ex post empirisch feststellt und dann in die Conditio-Formel sprachlich übersetzt, sondern die Conditio-Formel als Methode der normativen Kausalitätsfeststellung anwendet.

V. Die normative Kausalitätsfeststellung der h.M. bei Gremienentscheidungen

Obwohl für die empirische Kausalitätsfeststellung die Erfahrungswelt maßgeblich ist, also das materiell-gegenständliche Geschehen, stellt die h.M. zur Kausalitätsfeststellung bei Gremienentscheidungen im Rahmen der Anwendung der Conditio-Formel auf die normativen Rechtstatsachen ab, nämlich auf die Mindestmehrheit der Stimmen für das Zustandekommen des Gremienbeschlusses (dazu 1.). Das bedeutet im Ergebnis eine normative Kausalitätsfeststellung. Da sich die Kausalität der Einzelstimme hiernach überdies aus der Beschlussregel der Gremienverfassung ergeben soll, also einer Sollensnorm, liegt darin zugleich eine Nichtbeachtung des fundamentalen Unterschieds zwischen Seinsnormen und Sollensnormen (dazu 2.).

1. Die Mindestmehrheit der Stimmen als Bezugspunkt normativer Kausalität

Die Kausalität ist eine Kategorie der Erfahrungswelt. Bei den Erfolgsdelikten finden die „Interesseverletzung und Interessegefährdung“, wie *Engisch* zutreffend sagt, „ihr reales Substrat in der Bewirkung (Verursachung) von Veränderungen in der (räumlichen oder fremdpsychischen) Außenwelt.“³⁸ Der Bezugspunkt der Kausalität ist also das materiell-gegenständliche Geschehen. Im Falle der Gremienentscheidungen ist daher bei der Kausalitätsfeststellung auf das Zustandekommen des materiell-gegenständlichen Gremienbeschlusses in der Erfahrungswelt abzustellen. Die h.M. stellt dagegen im Rahmen der Anwendung der Conditio-Formel auf normative Rechtstatsachen ab, nämlich auf die Mindestmehrheit der Stimmen, versteht also den in der Conditio-Formel enthaltenen Begriff des „Erfolgs“ im Sinne des Abstimmungserfolgs als normativer Rechtsfolge, und fragt, ob beim „Hinwegdenken“ der Einzelstimme dieser Abstimmungserfolg entfielen. Statt danach zu fragen, ob die Einzelstimme eine naturgesetzmäßig notwendige Bedingung für den materiell-gegenständlichen Gremienbeschluss gewesen ist, fragt die h.M., ob die Einzelstimme eine nach der Beschlussregel der Gremienverfassung notwendige Bedingung für die Mindestmehrheit der Stimmen gewesen ist. Sie fragt also nicht nach empirischen Ursachen, sondern nach logischen Bedingungen. Insoweit hat schon *Schopenhauer* betont „es ist von der

³¹ Vgl. auch *Freund* (Fn. 18), Vor § 13 Rn. 334; *Satzger*, Jura 2014, 186 (189).

³² Vgl. hierzu *Frisch* (Fn. 24), S. 51 f.

³³ Vgl. schon die zutreffende Kritik von *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (566).

³⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 1.

³⁵ Vgl. z.B. *Kudlich* (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rn. 48; *Walter* (Fn. 1), Vor § 13 Rn. 83; *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 19; *Knauer* (Fn. 3), S. 83; *C. Putzke* (Fn. 3), S. 13 ff.; *Jähnke*, Jura 2010, 582 (585); *Satzger*, Jura 2014, 186 (192); *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (5 ff.); *Narjes*, ZJS 2019, 97 (98).

³⁶ *Eidam* (Fn. 3), S. 133.

³⁷ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7); vgl. Fn. 4.

³⁸ *Engisch* (Fn. 1), S. 2.

höchsten Wichtigkeit, daß man von der wahren und eigentlichen Bedeutung des Kausalitätsgesetzes, wie auch seiner Geltung, vollkommen deutliche und feste Begriffe habe, also vor allen Dingen klar erkenne, daß dasselbe allein und ausschließlich auf *Veränderungen* materieller Zustände sich bezieht und schlechterdings auf nichts Anderes; folglich nicht herbeigezogen werden darf, wo nicht *davon* die Rede. Es ist nämlich der Regulator der in der Zeit eintretenden *Veränderungen* der Gegenstände in der äußern *Erfahrung*: diese aber sind sämtlich materiell.³⁹

Für die Frage der Naturkausalität der Einzelstimme für den Gremienbeschluss ist es also unerheblich, ob die Einzelstimme aus rechtlicher Sicht für die Mindestmehrheit der Stimmen notwendig ist oder nicht. Hierbei handelt es sich nicht um eine empirische Frage, sondern vielmehr um eine *normative Frage*, die nach h.M. erst im Rahmen der „objektiven Zurechnung des Erfolgs“ aus der Ex-ante-Perspektive zu prüfen ist. Zu Recht betont *Kühl*: „Auf der Zurechnungsstufe 1 – der Kausalität – soll noch keine wertende Auswahl der strafrechtlich relevanten Ursachen erfolgen.“⁴⁰ Ein solcher Bezug auf den Abstimmungserfolg im Rahmen der Anwendung der *Conditio*-Formel bedeutet daher eine *normative Korrektur* der Naturkausalität, stellt also eine (überdies falsche!) normative Kausalitätsfeststellung dar.

2. Die Nichtbeachtung des fundamentalen Unterschieds zwischen Seinsnormen und Sollensnormen

Zugleich offenbart sich in der Ansicht der h.M., die Kausalität der Einzelstimme lasse sich aus der Beschlussregel der Gremienverfassung ableiten, die Nichtbeachtung des fundamentalen Unterschieds zwischen Seinsnormen und Sollensnormen: Während Seinsnormen (Naturgesetze, Erfahrungssätze) die Regelmäßigkeiten realer Systeme beschreiben und nur entweder wahr oder falsch sein können, schreiben Sollensnormen (Rechtsnormen, Rechtssätze) ein bestimmtes Verhalten vor; sie können verletzt werden, ohne dass sie widerlegt sind.⁴¹ Die Naturkausalität einer Handlung kann nur aus Seinsnormen abgeleitet werden, jedoch nicht aus Sollensnormen. Daher kann für die Frage der Naturkausalität der Einzelstimme nicht die Beschlussregel der Gremienverfassung maßgeblich sein, denn hierbei handelt es sich um eine Sollensnorm.

In der Diskussion um die Kausalität bei Gremienentscheidungen wird diese fundamentale Verschiedenheit der Seins-ebene und der Sollensebene, soweit ich sehe, vollständig ignoriert. So erklärt zwar *Hilgendorf* einerseits ganz deutlich: „Juristische Normen als solche besitzen keinen empirischen Gehalt und stellen somit keine ‚gesetzmäßigen Zusammen-

hänge‘ her.“⁴² Dies hindert ihn aber andererseits nicht, aus der juristischen Regel, dass ein Gremienbeschluss mit einfacher Mehrheit zustande kommt, und wenn das Gremium aus drei Personen besteht, zu folgern: „Es sind also 4 Kausalverläufe denkbar, die zu dem Beschluß führen können. Diese Kausalverläufe entsprechen den 4 ‚Gesetzmäßigkeiten‘.“⁴³ Diese von *Hilgendorf* genannten „Kausalverläufe“ bzw. „Gesetzmäßigkeiten“ bezeichnen jedoch keine *empirischen* Kausalverläufe bzw. Gesetzmäßigkeiten, sondern die gemäß der Beschlussregel möglichen *logisch* hinreichenden Bedingungen für das Zustandekommen des Gremienbeschlusses. Und logisch hinreichende Bedingungen sind keine empirischen Ursachen. Es handelt sich also nicht um empirische Gesetzmäßigkeiten, sondern um logische Gesetzmäßigkeiten. Dies übersieht z.B. auch *Schaal*, nach dem bei einem Dreiergremium „die gültige Gesetzmäßigkeit besagt, daß zum Tatsachenkomplex K (= Rahmenbedingungen) 2 x U (= 2 Stimmen) hinzutreten müssen, um F auszulösen.“⁴⁴

Allein *Walter* weist noch auf die Verschiedenheit zwischen Seinsnormen und Sollensnormen hin, wenn er die Anwendung der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung zur Kausalitätsfeststellung bei Gremienentscheidungen mit dem Argument ablehnt, das Gremium fasse seine Beschlüsse „nicht naturgesetzlich [...], sondern nach einer Geschäftsordnung und Wahlregeln, die bestimmte Mehrheiten (und so weiter) vorschreiben.“⁴⁵ Allerdings offenbart seine hiermit formulierte These, für die Kausalitätsfeststellung seien die Wahlregeln maßgeblich, gerade den Irrtum, empirische Kausalität lasse sich aus Sollensnormen ableiten.

VI. Die Einzelstimme als notwendiger Bestandteil einer nach der Unternehmensverfassung hinreichenden Mindestbedingung?

Obwohl *Puppe* für sich reklamiert, sie habe das Gremienproblem gelöst,⁴⁶ stellt sich vor diesem Hintergrund auch ihre Lösung als verfehlt heraus. Ihre Lösung basiert auf ihrer Lehre von der Einzelursache als notwendiger Bestandteil einer nach Naturgesetzen hinreichenden Mindestbedingung.⁴⁷ Der h.M. hält sie vor, sie beschreibe mit der *Conditio*-Formel das Bedingungsverhältnis zwischen Einzelursache und Folge „logisch falsch“: „Würden wir wirklich verlangen, dass die

⁴² *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (565). Im Anschluss an dieses Zitat verweist *Hilgendorf* dann noch darauf, dass aber „ein gesetzmäßiger Zusammenhang zwischen Rechtsnormen und menschlichem Verhalten“ hergestellt werden kann. Das trifft natürlich zu. Darauf basieren die Rechtstatsachenforschung und die Kriminalätiologie.

⁴³ *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (565).

⁴⁴ *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 53, der dabei gleichzeitig die Kausalitätsfeststellung irrtümlich auf die Mindestmehrheit der Stimmen bezieht.

⁴⁵ *Walter* (Fn. 1), Vor § 13 Rn. 83.

⁴⁶ Siehe Fn. 5; vgl. auch *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 108.

⁴⁷ Vgl. z.B. *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875 f., 909); *dies.*, JR 1992, 30 (32 f.); *dies.*, RW 2011, 400 (402 ff.); *dies.*, ZIS 2015, 426; *dies.* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 92, 102 ff.

³⁹ *Schopenhauer* (Fn. 10), § 20, S. 33 (*Hervorhebung* im Original), abrufbar unter <http://www.zeno.org/Lesesaal/N/9781499136579?page=33> (6.3.2020).

⁴⁰ *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 7.

⁴¹ Vgl. zu dieser Unterscheidung nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 60 f.

Handlung des Täters eine nach Naturgesetzen notwendige Bedingung für den Eintritt des Erfolges ist, so müssten wir ihre Kausalität jedenfalls in den Fällen verneinen, in denen es mehrere schlüssige und wahre Kausalerklärungen des Erfolges gibt, und die Handlung des Täters nur in einer von ihnen vorkommt (sog. überbedingte Erfolge).⁴⁸ Daraus folgert sie: „Also kann die Bestimmung der Einzelursache als notwendige Bedingung des Erfolges logisch nicht richtig sein.“⁴⁹ Als Einzelursache müsse ein Verhalten vielmehr bereits dann genügen, „wenn es ein notwendiger Bestandteil einer von möglicherweise mehreren erfüllten nach allgemeinen Regeln hinreichenden Erfolgsbedingungen ist.“⁵⁰ Der Ausdruck „hinreichende Bedingung“ habe dabei „keinen Sinn im Bezug nur auf einen Einzelfall, sondern rekuriert auf einen allgemeinen Satz der Form ‚immer wenn, dann‘.“⁵¹ Diese allein auf eine wahre Kausalerklärung abstellende generalisierte, abstrakte Kausalitätsfeststellung erklärt, warum *Puppe* z.B. in dem Fall, dass mehrere Fabriken je eine hinreichende Menge giftiger Abwässer in einen Fluss leiten und ein Fischsterben verursachen, von einem Fall der Mehrfachkausalität mit mehreren hinreichenden Bedingungen ausgehen kann,⁵² obwohl sich die Mehrfachkausalität nur als *hypothetisch* erweist, weil tatsächlich ein Fall kumulativer Kausalität gegeben und nur *ein* hinreichender Bedingungskomplex verwirklicht ist.⁵³ ⁵⁴

⁴⁸ *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 92.

⁴⁹ *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 92. Dabei verblüfft, dass *Puppe* in der Fußnote zu diesem Satz meint: „Seit *Mill* nimmt kein Philosoph daran Anstoß, dass mehrere hinreichende Bedingungen eines Erfolges zugleich instanziiert sind, die notwendig auch gemeinsame Elemente haben.“ Denn so wie *Mill* ganz im Sinne der Bedingungstheorie sagt: „The real Cause, is the whole of these antecedents [...] All the conditions were equally indispensable to the production of the consequent“ (A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, 8th Ed. 1882, Book III Chap. V § 3), so betont auch der von *Puppe* zum Beleg ihrer These zitierte *Schopenhauer*, „daß der *ganze Zustand* die Ursache des folgenden ist [...] Die verschiedenen einzelnen Bestimmungen aber, welche erst zusammengenommen die Ursache kompletieren und ausmachen, kann man die ursächlichen Momente, oder auch die *Bedingungen* nennen, und demnach die Ursache in solche zerlegen“ ([Fn. 10], § 20, S. 32 [*Hervorhebung* im Original], abrufbar unter <http://www.zeno.org/Lesesaal/N/9781499136579?page=32> [6.3.2020]).

⁵⁰ *Puppe*, JR 1992, 30 (32).

⁵¹ *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 103. Hierin unterscheidet sich *Puppes* Kausallehre von der *Mackies*, der die sog. INUS-Bedingung nur für Ereignistypen gelten lässt, während er bezogen auf Einzelereignisse, eine Ursache als notwendige Bedingung versteht, siehe *Mackie* (Fn. 11), S. 29 ff. und passim; vgl. auch *Puppe*, RW 2011, 400 (405).

⁵² Vgl. *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 108.

⁵³ Zu diesem Ergebnis gelangt in solchen Fällen auch die h.M., wenn sie gemäß der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung die konkrete Erfolgsbetrachtung zugrunde legt und die tatsächlichen Wirkungszusammenhänge untersucht, vgl.

Ein solcher Fall der Mehrfachkausalität soll nach *Puppe* nun insbesondere auch in den Gremienentscheidungen vorliegen. Auch wenn die überzählige Einzelstimme nicht notwendig für die Mindestmehrheit sei, lasse sich ihre Kausalität für den Gremienbeschluss wie folgt begründen: Die Einzelstimme sei Einzelursache des Gremienbeschlusses, „weil sie in Verbindung mit jeweils so vielen anderen für den Beschluß abgegebenen Stimmen, wie für die Mindestmehrheit notwendig sind, einen notwendigen Bestandteil einer von mehreren erfüllten hinreichenden Bedingungen für das Zustandekommen des rechtswidrigen Beschlusses bildet.“⁵⁵

Unabhängig davon, dass *Puppes* generalisierte, abstrakte Kausallehre die tatsächliche Kausalität in den Fällen der nur hypothetischen Mehrfachkausalität nicht erfasst, so stellt auch ihre Lösung des Gremienproblems fälschlich auf die Mindestmehrheit der Stimmen ab, statt auf den materiell-gegenständlichen Gremienbeschluss. Damit handelt es sich nicht nur wiederum im Kern um eine *normative* Kausalitätsfeststellung, vielmehr verkennt auch *Puppe* wie die h.M. den fundamentalen Unterschied zwischen Seinsnormen und Sollensnormen, wenn sie die hinreichende Mindestbedingung

BGHSt 39, 195 (197 f.); *Freund* (Fn. 18), Vor § 13 Rn. 337; *Jäger* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 78; *Kudlich* (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rn. 42; *Eisele* (Fn. 1), Vor §§ 13 ff. Rn. 82; *Walter* (Fn. 1), Vor § 13 Rn. 77; *Jakobs* (Fn. 18), Abschn. 7 Rn. 21; *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 20, 26; *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 25; *C. Putzke* (Fn. 3), S. 33 ff.; *Rotsch*, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 377 (382 ff.); *ders.*, ZIS 2018, 1 (6).

⁵⁴ Insoweit geht die Kritik von *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (140 f.); *ders.*, ZIS 2016, 574 (580 f. mit Fn. 39), es könne aus logischen Gründen für einen konkreten Erfolg nicht mehrere hinreichende Bedingungen geben, ins Leere und sie ist kausallogisch auch zu weit, weil reale alternative Kausalität (= ontologische Mehrfachkausalität) mit mehreren tatsächlichen hinreichenden Bedingungskomplexen ja durchaus denkbar ist. Voraussetzung hierfür ist, dass zwei (oder mehrere) Handlungen unabhängig voneinander gleichzeitig einen konkreten Erfolg herbeiführen, *ohne dabei zusammenzuwirken*. Ein Beispiel ist der „Schrottplatzfall“ von *Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl. 2018, S. 66, der jedoch die Erfolgsursächlichkeit der Einzelhandlungen überraschenderweise verneint (S. 68 mit Fn. 40), obwohl jede der beiden Einzelhandlungen, wie er selbst konstatiert (S. 66), den Erfolgseintritt vollständig erklärt. Zu weit geht daher auch die Behauptung von *Rotsch* (Fn. 53), S. 385, es „ist schon logisch nicht denkbar, dass zwei per se erfolgsgeeignete Bedingungen tatsächlich vollumfänglich in einem tatbestandsmäßigen Erfolg wirksam werden.“

⁵⁵ *Puppe*, JR 1992, 30 (33 f.); vgl. auch *dies.*, ZIS 2018, 57 ff.; *dies.* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 108; zustimmend *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 19; *Rodríguez Montañés*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 307 (314); *Narjes*, ZJS 2019, 97 (102 ff., 104).

aus der „Unternehmensverfassung“ ableitet⁵⁶. Obwohl Rechtssätze keine Grundlage für empirische Kausalitätsfeststellungen bilden können, hat *Puppe* hierzu an früherer Stelle ohne Umschweife ganz offen erklärt, man müsse „gelegentlich sogar Rechtssätze einsetzen, um zu begründen, dass eine Bedingung hinreichend ist, so beispielsweise die Zahl der Stimmen, die nach der Verfassung eines Unternehmens oder einer öffentlichen Körperschaft mindestens erforderlich sind, um einen bestimmten Beschluss zustande zu bringen (vgl. das Gremienproblem).“⁵⁷ Und gegen die Lehre von der Wirkursache gerichtet argumentiert sie offen für eine normative Kausalitätsfeststellung: „Gerade in der Jurisprudenz müssen wir aber auch institutionelle Regularitäten zur Begründung von Verantwortung anwenden. [...] auch wenn ein Physiker das vielleicht nicht als Ursache bezeichnen würde [...] Wer in einem Gremium seine Stimme für einen Beschluss abgibt, verursacht die Rechtswirksamkeit dieses Beschlusses, sofern die erforderliche Mehrheit zustande kommt.“⁵⁸ Das überrascht. Denn *Puppe* betont in der einschlägigen Kommentierung im Nomos-Kommentar: „Was eine hinreichende Bedingung ist, bestimmt das anwendbare Kausalgesetz bzw. der alltagstheoretische Erfahrungssatz“, und sie fordert ausdrücklich, es müsse sich bei der Einzelursache um einen „notwendigen Bestandteil einer nach Naturgesetzen hinreichenden Mindestbedingung handeln“.⁵⁹ Und obwohl *Puppe* in ihrer Replik auf *Rotsch* in dieser Zeitschrift in ebendiesem Sinne noch einmal deutlich sagt: „Den Inhalt der hinreichenden Minimalbedingung bestimmt das allgemeine empirische [!] Gesetz, das den Erfolgseintritt erklärt“,⁶⁰ heißt es dort: „Nach den Regeln für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses, die wir hier als allgemeine Gesetze behandeln können, genügen zwei Stimmen. Wir haben also drei verschiedene hinreichende Minimalbedingungen für das Zustandekommen des Beschlusses.“⁶¹ Das passt nicht zusammen. Die Selbstverständlichkeit, mit der *Puppe* hier die „Regeln für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses“ als „allgemeine Gesetze“ behandelt, und damit kurzerhand den fundamentalen Unterschied zwischen Seinsnormen und Sollensnormen beiseite wischt, muss verwundern. Die Begründung dafür, warum man die „Regeln für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses“ als „allgemeine empirische Gesetze“ behandeln kann, bleibt *Puppe* dem Leser schuldig. Es gibt ja auch keine. Denn es geht bei der Frage der Kausalität der Einzelstimme für den Gremienbeschluss ja gerade nicht um die Bestimmung von *logisch* hinreichenden Mindestbedingungen für den Abstimmungserfolg, sondern darum, ob die Einzelstimme eine *empirische* Ursache für den Gremienbeschluss ist. In ihrer „Kleinen Schule des juristischen Denkens“ stellt *Puppe* selbst klar heraus: „Aus einer

Normaussage lässt sich keine Tatsachenaussage ableiten [...]“⁶² Dem ist nichts hinzuzufügen.⁶³

VII. Der materiell-gegenständliche Gremienbeschluss als Bezugspunkt der Feststellung der Naturkausalität der Einzelstimme

Auf der Grundlage der Bedingungstheorie bzw. der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung bereitet die Feststellung der Naturkausalität der Einzelstimme für den Gremienbeschluss dagegen keine Probleme. Bezugspunkt der empirischen Kausalitätsfeststellung ist nicht der Abstimmungserfolg in der „juristischen Welt“ der Rechtsnormen, sondern der materiell-gegenständliche Gremienbeschluss in der Erfahrungswelt. Das bedeutet: Alle Einzelstimmen sind ursächlich für den Gremienbeschluss. An jede Einzelstimme (z.B. Abgabe des Stimmzettels, Handheben) haben sich zeitlich nachfolgende Veränderungen in der Außenwelt angeschlossen, die mit der Einzelstimme gesetzmäßig verbunden waren und sich kumulativ mit den anderen Einzelstimmen materiell-gegenständlich als Gremienbeschluss darstellen (z.B. durch die Anfertigung eines Gremienprotokolls mit dem Abstimmungsergebnis). Jede Einzelstimme ist notwendige Bedingung für den Gremienbeschluss als materiell-gegenständlichen Erfolg und dieser wiederum für den späteren Taterfolg.⁶⁴ Auch eine

⁵⁶ *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 253.

⁵⁷ Um einen Fehlschluss handelt es sich daher, wenn *Narjes*, ZJS 2019, 97 (102), meint: „Bezogen auf das Gremienproblem gilt beispielsweise der Erfahrungssatz [!], dass ein Beschluss zustande kommt, wenn die Zahl der positiven Stimmen die Stimmmehrheit ausmacht“, und wenn er gegen *Walters* These, das Gremium fasse seine Beschlüsse „nicht naturgesetzlich“ (siehe das Zitat zu Fn. 45), einwendet, es lasse „sich über das Zustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses ein allgemeiner Erfahrungssatz herleiten“ (104). *Narjes*' Zusatz in Fn. 118, die hinreichende Mindestbedingung werde „ansonsten entgegen *Walter* gerade durch Geschäftsordnung/Wahlregeln“ bestimmt, bezeugt, dass das nötige Problembewusstsein mit Blick auf die Unterscheidung von Seinsnormen und Sollensnormen überhaupt fehlt. Bezeichnend insoweit auch z.B. die Ansicht von *Böhringer*, *Fahrlässige Mittäterschaft*, 2017, S. 69, der erklärt, „dass sich wohl nirgendwo einfacher ein Kausalgesetz finden lässt, als in einer niedergeschriebenen Satzung.“

⁵⁸ Im Ergebnis ebenso, aber vom Abstimmungserfolg als falschem Bezugspunkt der Kausalitätsfeststellung ausgehend, auf der Grundlage der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung: *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (565); *C. Putzke* (Fn. 3), S. 39 ff., 41 f.; *Eisele* (Fn. 1), Vor §§ 13 ff. Rn. 83a; sowie auf der Grundlage der Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt: *Freund* (Fn. 18), Vor § 13 Rn. 346 mit Fn. 432; *Eidam* (Fn. 3), S. 135 f.; *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 37; *Zieschang*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 2, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2020, § 33 Rn. 22.

⁵⁶ Siehe *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 108.

⁵⁷ *Puppe*, GA 2010, 551 (566).

⁵⁸ *Puppe*, RW 2011, 400 (417).

⁵⁹ *Puppe* (Fn. 15), Vor §§ 13 ff. Rn. 103.

⁶⁰ *Puppe*, ZIS 2018, 57 (58).

⁶¹ *Puppe*, ZIS 2018, 57 (58).

Gegenstimme ist ursächlich.⁶⁵ Es liegt ein Fall der kumulativen Kausalität vor.⁶⁶ Was, wenn nicht die Einzelstimmen, sollte auch sonst den Gremienbeschluss notwendig herbeigeführt haben? Man kann den überbedingten Gremienbeschluss mit folgendem Fall vergleichen: Bei einem Bogenschießwettbewerb steht eine Mannschaft bestehend aus drei Bogenschützen kurz vor dem Sieg und benötigt im letzten Schießdurchgang nur noch zwei Treffer in das zentrale „Gold“. Die Schützen schießen ihre Pfeile gleichzeitig ab. Wenn nun alle drei Schützen das „Gold“ treffen, so ist jeder Schuss naturkausal für den jeweiligen Treffer und damit für die Mannschaftswertung mit drei Treffern und den Sieg, auch wenn nur zwei Treffer für den Sieg notwendig waren. Der Kausalzusammenhang ist in solchen Fällen beobachtbarer Verhaltensweisen evident und durch vielfache Erfahrung belegt, einer genauen Darlegung der empirischen Gesetzmäßigkeiten bedarf es hier nicht, ja würde befremdlich sein.⁶⁷ Wenn also ein rechtswidriger Beschluss mit einer größeren Mehrheit als erforderlich getroffen wird (z.B. mit 3:0 Stimmen), so könnte sich nicht jeder der Abstimmenden mit der *Conditio*-Formel verteidigen. Vielmehr entfielen der Erfolg, nämlich das Ereignis „Gremienbeschluss mit drei Stimmen“, würde man eine Einzelstimme hinwegdenken, weil eine notwendige Bedingung fehlte.⁶⁸

⁶⁵ Unzutreffend daher z.B. *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (12); *Narjes*, ZJS 2019, 97 (98); *Zieschang* (Fn. 64), § 33 Rn. 22. Weil die Gegenstimme jedoch kein unerlaubtes Risiko für das Zustandekommen des Beschlusses und damit auch für den späteren Taterfolg schafft, ist der Beschluss bzw. der Taterfolg dem gegen den Beschluss Abstimmenden nicht objektiv zurechenbar. Vgl. zur maßgeblichen konkreten Erfolgsbetrachtung auch *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 21, 53.

⁶⁶ Vom Standpunkt der h.M. aus verwundert, dass sie zwar die Fälle der (hypothetischen) alternativen Kausalität bei Zugrundelegung der konkreten Erfolgsbetrachtung zu Recht als Fälle der kumulativen Kausalität einordnet (vgl. die Nachweise in Fn. 53), dies im Rahmen der Kausalitätsfeststellung bei den Gremienentscheidungen jedoch nicht dazu führt, die überzähligen Einzelstimmen als kumulativ wirkend für den konkreten Abstimmungserfolg zu betrachten, so aber z.B. *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 19 mit Fn. 48. Dagegen spricht jedenfalls nicht, dass eine solche konkrete Erfolgsbetrachtung nur mit Blick auf den „tatbestandsmäßigen Erfolg“ gelten könne (so aber z.B. *Walter* [Fn. 1], Vor § 13 Rn. 83; *C. Putzke* [Fn. 3], S. 16 f.; *Jähnke*, Jura 2010, 582 [585]; *Satzger*, Jura 2014, 186 [192]; *Rotsch*, ZIS 2018, 1 [6 f.]; *Narjes*, ZJS 2019, 97 [102]), denn für jedes Glied in der Kausalkette gilt, dass für die Frage der Ursächlichkeit auf das konkrete Geschehen abzustellen ist. Eine abstrakte Erfolgsbetrachtung stellt vielmehr eine normative Korrektur der Naturkausalität dar.

⁶⁷ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 6; näher *Frisch* (Fn. 24), S. 65 f.

⁶⁸ Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, also der Unerheblichkeit der eigenen Ja-Stimme für die Mindestmehrheit und den späteren Taterfolg, beseitigt überdies auch nicht die objektive Zurechnung des Taterfolgs. Nicht nur, dass der Hinweis auf das Fehlverhalten Dritter grundsätzlich

VIII. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass es sich bei der Frage der Naturkausalität einer überzähligen Einzelstimme für den Gremienbeschluss um ein Scheinproblem handelt. In Wahrheit ist die Feststellung der Naturkausalität der Einzelstimmen für den Gremienbeschluss unproblematisch. Da diese Irreführung wesentlich auf der fehlerhaften Anwendung der *Conditio*-Formel als Methode der normativen Kausalitätsfeststellung beruht, sollte dies für die h.M. Anlass genug sein, sich von der *Conditio*-Formel als Methode der Kausalitätsfeststellung endgültig zu verabschieden. Als Methode der Kausalitätsfeststellung ist die Formel nutzlos. Sie ist nur eine „heuristische Formel“. Zu Recht forderte schon *Hilgendorf* als eine der Lehren aus dem „Lederspray-Urteil“, „die Kausalitätsanalyse von Engisch endlich in allen ihren Konsequenzen ernst zu nehmen.“⁶⁹ Letztlich lösen sich die dogmatischen Kausalitätsprobleme der hypothetischen Kausalität und der alternativen Kausalität in Luft auf, wenn man von der Bedingungstheorie bzw. der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung ausgehend die Kausalität *ex post* feststellt und am Ende die *festgestellte* Kausalität kontrafaktisch im Sinne der *Conditio*-Formel in eine sprachliche Form kleidet. Dies entspricht auch dem ursprünglichen methodischen Verständnis der Bedingungstheorie, das *Maximilian von Buri* einst so formulierte:

„Will man den Causalzusammenhang einer concreten Erscheinung ermitteln, so muß man in geordneter Reihenfolge sämtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäußert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte läßt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, daß, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt. Es verleiht daher jede Einzelkraft der, wenn man von ihr absieht, todten Masse aller übrigen Einzelkräfte erst die Lebenskraft, es macht jede Einzelkraft alle übrigen causal [...]“⁷⁰

nicht entlastet. Vielmehr begründet jede Ja-Stimme *ex ante* auch ein unerlaubtes Risiko für das Zustandekommen des Gremienbeschlusses mit ungewisser (!) Stimmenmehrheit, das sich somit auch in einem „überbedingten“ Beschluss realisiert und damit im späteren Taterfolg. Die objektive Zurechnung des Taterfolgs entfällt entgegen *Hoyer*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.) (Fn. 22), S. 515 (519 ff., 521 f.), selbst dann nicht, wenn die Abstimmenden nacheinander abstimmen und die erforderliche Mindestmehrheit bereits erreicht ist. Hier gebietet der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, die nachträglich Abstimmenden nicht zu begünstigen (vgl. *Sachs*, *Verfassungsrecht II*, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 15 Rn. 73 f.).

⁶⁹ *Hilgendorf*, *NSZ* 1994, 561 (566).

⁷⁰ *v. Buri*, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, 1873, S. 1, abrufbar unter

Legt man also tatsächlich den Glauben ab, mit Hilfe der Conditio-Formel ließen sich Kausalitätsprobleme lösen, bietet diese die Möglichkeit, das *Ergebnis* der Kausalitätsfeststellung sprachlich zu vermitteln. Das ist nicht viel, aber auch nicht nichts.

<http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb11158055-6> (6.3.2020). Die in diesem Zitat zum Ausdruck kommende Vorstellung der Ursache als einer „Kraft“ ist zwar seit *Hume* der Kritik ausgesetzt, vgl. *Engisch* (Fn. 1), S. 20; *Stegmüller* (Fn. 11), S. 511 ff. In der jüngeren wissenschaftstheoretischen Diskussion erlebt ein solcher physikalischer ontologischer Kausalitätsbegriff, wonach Kausalität ein „Energieübertrag“ sei, jedoch eine Renaissance, vgl. z.B. *Fair*, *Erkenntnis* 14 (1979), 219; *Salmon*, *PSA* 1980, Volume 2, 49 ff.; *Vollmer*, *Was können wir wissen?* Bd. 2, *Die Erkenntnis der Natur*, 2. Aufl. 1988, S. 39 ff.; *Bunge/Mahner* (Fn. 6), S. 95 ff. Die Strafrechtswissenschaft hält ihn daher, wie *Merkel* (Fn. 22), S. 166, bemerkt, „zu Unrecht für schlechthin diskreditiert, verjährt, unbrauchbar.“ So spöttelt etwa *Puppe*, *RW* 2011, 400 (418), man könne die Bildung eines solchen Kausalbegriffs „getrost den Naturphilosophen anheim stellen“, als „Grundbegriff rechtlicher Zurechnung wäre ein solcher Kausalbegriff jedenfalls unzureichend.“ Siehe für die Zivilrechtswissenschaft dagegen *Weber*, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß*, 1997, S. 73 ff.

Das Geschäftsgeheimnisgesetz

Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie

Von Wiss. Mitarbeiter **Robert Brockhaus**, Frankfurt (Oder)*

Den Gegenstand dieses Artikels bilden die strafrechtlich relevanten Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes (GeschGehG), das am 26. April 2019 in Kraft getreten ist und mit dem die Geheimnisschutzrichtlinie der EU umgesetzt wurde. Die Untersuchung verfolgt die Frage nach den Implikationen des Gesetzes für das Whistleblowing. Zunächst wird die Auffassung vertreten, dass sogenannte „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nach dem bislang geltenden § 17 UWG nicht geschützt wurden. Diese Position wird in der weiteren Untersuchung auf das Geschäftsgeheimnisgesetz übertragen. In diesem Rahmen werden außerdem die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse in § 2 Nr. 1 GeschGehG und die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG genauer analysiert, von denen abhängt, ob eine Handlung nach § 23 GeschGehG strafbar ist. Diese Vorschriften werden im Einzelnen mit der bisherigen Rechtslage, der Geheimnisschutzrichtlinie und dem zunächst im Bundestag eingebrachten Regierungsentwurf kontrastiert und teilweise im Lichte der ebenfalls im April 2019 beschlossenen Whistleblowing-Richtlinie der EU ausgelegt. Dabei wird etwa die Ansicht entwickelt und begründet, dass § 5 GeschGehG keinen innerbetrieblichen Abhilfeversuch voraussetzt, weshalb einschlägige Missstände unmittelbar gegenüber externen Stellen offengelegt werden können. Zulässig ist es allein, die Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit in bestimmten Fällen an strengere Voraussetzungen zu knüpfen.

This paper deals with the German Trade Secrets Protection Act and its implications for whistleblowing from a criminal law perspective. It was enacted on the 26th April 2019 and implemented the European Union's Directive on the Protection of Trade Secrets. The author argues that "illegal" secrets, that is information covering unlawful conduct or conditions, are neither protected under the new legislation nor were they protected under the provisions of the former Act Against Unfair Competition. In the second part, the article examines the new provisions in detail, especially the trade secrets definition, the exception clause which protects, inter alia, whistleblowers and the criminal offences. For this purpose, the new provisions are contrasted with the former legislation, the Trade Secret Directive and the government's draft. They are also interpreted in the light of the whistleblowing directive which was proposed by the European Parliament in April 2019. This then leads to the conclusion that according to the exception clause in Sect. 5 Trade Secrets Protection Act whistleblowers are not obliged to use internal channels before reporting misconduct and other grievances externally to competent authorities. Only public disclosures can in some cases require stricter regulations.

* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Becker an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

I. Einleitung

Am 26. April 2019 ist das „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ in Kraft getreten.¹ Mit ihm wurde die vor drei Jahren beschlossene „Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung“ umgesetzt.² Das neue Stammgesetz besteht in erster Linie aus zivilrechtlichen Vorschriften, wie die Legaldefinition von Geschäftsgeheimnissen und die Regelungen erlaubter und verbotener Handlungen. Es enthält aber auch Straftatbestände zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die aus den §§ 17–19 UWG in das neue Gesetz überführt wurden. Zudem sind in dem Gesetz spezielle Ausnahmetatbestände vorgesehen, die Whistleblower – d.h. Personen, die in einer Organisation (etwa einem Unternehmen oder einer Behörde) arbeiten, von Missständen innerhalb derselben Kenntnis erlangen und diese Informationen intern rügen, an Dritte weitergeben oder gegenüber der Öffentlichkeit preisgeben³ – vor rechtlichen Sanktionen schützen. Neue Vorgaben zum Schutz von Hinweisgebern ergeben sich aus „Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“.⁴

Bevor die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes untersucht werden, wird zunächst (II.) auf den Geheimnisbegriff des aufgehobenen § 17 UWG und den Streit eingegangen, ob sogenannte „illegale“ Geschäftsgeheimnisse durch diesen Straftatbestand geschützt wurden, was – entgegen der dazu vertretenen h.M. – verneint wird. Alsdann (III.) werden die für die Strafbarkeit von Whistleblowern relevanten Vor-

¹ BGBl. I 2019, S. 466, im Folgenden „Geschäftsgeheimnisgesetz“ oder „GeschGehG“. Siehe zu dem neuen Gesetz bereits (Stand: September 2019) die praxisorientierte Monographie von Reinfeld, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 2019, und die Aufsätze von Apel/Walling, DB 2019, 891; Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774; Hauck, GRUR-Prax 2019, 223; Kalbfus, WRP 2019, 692; Leister, GRUR-Prax 2019, 175; Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583; Nöhle, ZLR 2019, 153; Ohly, GRUR 2019, 441; Reinbacher, KriPoZ 2019, 148; Richter, ArbRAktuell 2019, 375; Rosenthal/Hamann, NJ 2019, 321; Schulte, ArbRB 2019, 143; Thiel, AuA 2019, 88. Zu den vorhergehenden Gesetzesentwürfen siehe die Nachweise in Fn. 58 f.

² RL (EU) 2016/943. Im Folgenden „Geheimnisschutzrichtlinie“ oder „Gs-RL“.

³ Vgl. die Legaldefinition für den Begriff „Hinweisgeber“ in Art. 5 Nr. 7 RL (EU) 2019/1937: „eine natürliche Person, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt“.

⁴ ABl. EU v. 26.11.2019, Nr. L305/17. Im Folgenden „Wb-RL“ oder „Whistleblowing-Richtlinie“.

schriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes, d.h. die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse, die Ausnahmetatbestände zum Schutz von Hinweisgebern und die Straftatbestände, eingehend untersucht und im Lichte der Whistleblowing-Richtlinie ausgelegt. Hierbei werden sie punktuell mit den bisherigen Regelungen des UWG und den Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie sowie dem vorhergehenden Regierungsentwurf kontrastiert. In Auseinandersetzung mit ersten Publikationen zum Geschäftsgeheimnisgesetz wird die Auffassung vertreten, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse auch nach der neuen Rechtslage nicht geschützt werden. Zudem wird die These entwickelt, dass der Ausnahmetatbestand keinen innerbetrieblichen Abhilfeversuch voraussetzt, d.h. unter den Voraussetzungen des § 5 GeschGehG Missstände unmittelbar gegenüber externen Stellen oder der Öffentlichkeit offengelegt werden dürfen. Allein eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit kann in bestimmten Fällen von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Abschließend wird der Standpunkt vertreten, dass die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes, insbesondere die dort vorgesehene Legaldefinition, grundsätzlich auch bei der Auslegung anderer Straftatbestände zu berücksichtigen sind.

II. Zur bisherigen Rechtslage nach § 17 UWG

Whistleblower, die Geschäftsgeheimnisse offenbaren, riskierten nach bisher geltendem Recht, wegen des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 17 Abs. 1 UWG bestraft zu werden.⁵ Danach war es bei Unternehmen beschäftigten Personen untersagt, Dritten ein Geschäftsgeheimnis, das ihnen im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden war, unbefugt mitzuteilen.

1. Der Geschäftsgeheimnisbegriff des § 17 UWG

In der Rechtsprechung und Literatur hatte sich eine Definition der Geschäftsgeheimnisse etabliert, die verschiedene Merkmale vorsah: Die jeweiligen Tatsachen mussten mit einem Geschäftsbetrieb im Zusammenhang stehen, nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig sein sowie nach dem Willen des Unternehmensinhabers geheim gehalten werden.⁶ Zudem hatte sich die Ansicht durchgesetzt, dass neben dem Geheimhaltungswillen zusätzlich ein objektiv überprüfbares „berechtigtes Interesse“⁷ oder

„berechtigtes wirtschaftliches Interesse“⁸ an der Geheimhaltung bestehen müsse (sog. Interessentheorie).⁹ Denn wenn der strafrechtliche Geheimnisschutz nur vom Geheimhaltungswillen des Unternehmensinhabers abhänge (sog. „reine“ Willentheorie), könnte dieser, selbst wenn den jeweiligen Informationen kein Geheimniswert zukommt, deren strafrechtlichen Schutz willkürlich aktivieren.

2. Kein Schutz sog. „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse nach § 17 UWG

Heftig umstritten war, ob auch sogenannte „illegale“ Geschäftsgeheimnisse¹⁰ durch den Straftatbestand geschützt wurden. Die wohl h.M. bejahte den Schutz dieser Geheimnisse,¹¹

eignet wäre, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen“; siehe auch BVerfG MMR 2006, 1041 (1042), zu Art. 12 Abs. 1 GG: „Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein *berechtigtes Interesse* hat.“ (*Hervorhebung durch den Verf.*).

⁸ BGH GRUR 1961, 40 (43).

⁹ Beyerbach, Die geheime Unternehmensinformation, 2012, S. 97 f.

¹⁰ Der Begriff „illegales“ Geheimnis ist etwas irreführend, denn mit „Geheimnis“ wird nur ein faktischer Zustand bezeichnet, der selbst keine normative Kategorisierung zulässt. Es geht vielmehr darum, dass ein „illegales“ Geheimnis aus verdeckten Informationen besteht, die ein rechtswidriges Verhalten bzw. einen gesetzeswidrigen Zustand belegen. Im Folgenden wird dieser Begriff jedoch gebraucht, da er in den Diskursen zu diesem Thema und auch im StGB verwendet wird (siehe die Überschrift der §§ 97a, 97b StGB).

¹¹ Brammsen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, S. 77 (82 f.); ders., in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, UWG § 17 Rn. 24; Breitenbach, SteuerCDs, Die Strafbarkeit des Datenhändlers und der beteiligten Staatsvertreter, 2017, S. 67–89; Eufinger, WM 2016, 2336 (2338); Ignor/Jahn, JuS 2010, 390 (391); Janssen/Maluga, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 2. Aufl. 2015, UWG § 17 Rn. 35; Koch, ZIS 2008, 500 (503); Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Aufl. 2019, § 17 Rn. 9; Lutterbach, Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, 2010, S. 70 f.; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 17 Rn. 12; Passarge, CB 2018, 144 (145); Pelchrim, CCZ 2009, 25 (26); Rahimi Azar, JuS 2017, 930 (933); Rengier (Fn. 6), § 17 Rn. 21; Reinbacher, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, UWG § 17 Rn. 23; ders., KriPoZ 2018, 115 (117); ders., KriPoZ 2019, 148 (152); Rody, Der Begriff und die Rechtsnatur von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter Berücksichtigung der Geheimnisschutz-Richtlinie, 2019, S. 118 f.; Satzger, in: Hellman/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach,

⁵ Auf §§ 18–19 UWG, die neben § 17 UWG auch in § 23 GeschGehG überführt wurden, wird hier nicht näher eingegangen, da eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften beim Whistleblowing eher fernliegt. – Da sich die Verwendung von zwei Begriffen („Betriebs-“ oder „Geschäftsgeheimnis“) in der Rechtspraxis als überflüssig erwiesen hat, wurde im GeschGehG auf den erstgenannten Begriff verzichtet (BT-Drs. 19/4724, S. 40), weshalb auch im Folgenden nur von Geschäftsgeheimnissen die Rede sein wird.

⁶ Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2016, UWG § 17 Rn. 7 m.w.N.

⁷ BGH, NSTZ 2014, 325 (326); ein solches „berechtigtes Interesse“ bestehe, wenn „die Aufdeckung der Tatsache ge-

während die Gegenauffassung deren strafrechtlichen Schutz ablehnte.¹² Im Folgenden werden die Argumente der beiden Auffassungen untersucht, in diesem Kontext neue Argumente eingeführt und dadurch begründet, weshalb der Gegenauffassung zu folgen war und ihr auch im Hinblick auf die neue Rechtslage weiterhin zu folgen ist.

2011, S. 447 (450); *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, 2012, Kap. 4 Rn. 20; *Schenkel*, Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, 2019, S. 95–108; *Sieber*, NJW 2008, 881 f.; *Sonn*, Strafbarkeit des privaten Entwendens und staatlichen Ankaufs inkriminierender Kundendaten, 2014, S. 104–107; *Spermath*, NStZ 2010, 307 (308); *Többens*, NStZ 2000, 505 (506); *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

¹² RAG JW 1931, 490; LAG Berlin BB 1970, 710; *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf, 2002, S. 188; *Arians*, in: Oehler (Hrsg.), Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft sowie in Österreich und der Schweiz I, Bd. 2, 1978, S. 307 (338); vgl. auch *Berg*, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungs- und Beschwerdeverfahren, 1984, S. 7; *Bindschedler*, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, 1981, S. 25 f.; *Dann*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, Ermittlungen im Unternehmen, 2. Aufl. 2016, Kap. 28 Rn. 23; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Erb*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach (Hrsg.), in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 1103 (1107); *Föbus*, Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG, 2011, S. 105; v. *Gamm*, Betriebsgeheimnisse und bilanzrechtliche Publizität, 1998, S. 35; *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, 2017, S. 64; *Kotthoff/Gabel*, in: Ekey/Klippel/Kotthoff/Kramer/Meckel/Plaß/Brämer/Gabel/Jansen/Kubas (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2005, § 17 Rn. 8; *Maier*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, deutschen und englischen Recht, 1998, S. 281; *Möhrenschlager*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 15 Rn. 10; *Preis/Reinfeld*, AuR 1989, 361 (363); *Richters/Wodtke*, NZA-RR 2003, 281 (282); *Rotsch/Wagner*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 34 C. Rn. 53; *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558 ff.); *Schafheutle*, Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, 1972, S. 87 f.; *Taeger*, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 1988, S. 96, 232; *Thiele*, Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG, 1934, S. 20; *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen im Staatsschutzrecht und Wettbewerbsrecht, 1978, S. 59; *Wawrzinek*, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 2010, S. 127.

a) *Kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse?*

Die h.M. vertrat, dass ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse bestehen könne,¹³ was von der Gegenauffassung zurückgewiesen wurde.¹⁴ Die folgenden Erwägungen zeigen, dass sich die Negation des rechtlichen Schutzes „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse wohl nicht aus dem Wort „berechtigt“ deduzieren lässt: Der Begriff des berechtigten Interesses enthält mehr Anforderungen, erfasst daher weniger Interessen, als der bloße Begriff des Interesses. Es stellt sich daher die Frage, welche Interessen mit dem Merkmal „berechtigt“ ausgefiltert werden, welchen Interessen als „unberechtigten“ kein Schutz zukommen soll. Berechtigt heißt nicht nur nach irgendeiner normativen Ordnung legitim, sondern durch die Rechtsordnung anerkannt oder zumindest toleriert. Ein berechtigtes Interesse kann folglich kein Interesse sein, das der Rechtsordnung widerspricht. Das ergibt sich auch aus einem systematischen Vergleich mit Vorschriften, die ihrem Wortlaut nach ein „berechtigtes Interesse“ voraussetzen. So sind berechnete Interessen im Sinne von § 193 StGB nur solche, die von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt werden.¹⁵ Rechts- oder sittenwidrige Interessen scheiden daher von vornherein aus.¹⁶ Entsprechend wird der Begriff der berechtigten Interessen bei § 201 Abs. 2 S. 2 StGB¹⁷ und bei § 201a Abs. 4 StGB ausgelegt.¹⁸ Dasselbe gilt für § 824 Abs. 2 BGB,¹⁹ mit dem der Gesetzgeber den Rechtfertigungsgrund aus § 193 StGB auf das Deliktsrecht übertragen hat.²⁰ In ähnlicher Weise wird in der Begründung zum GeschGehG-E hervorgehoben, „jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse“ könne ein berechtigtes Interesse sein.²¹

Mit der Feststellung, dass ein berechtigtes Interesse kein Interesse sein kann, das der Rechtsordnung widerspricht, ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob ein Interesse an der Geheimhaltung eines Rechtsverstoßes der Rechtsordnung per se widerspricht. Da die Geheimhaltung eines Rechtsverstoßes nicht der Rechtsverstoß selbst ist, widerspricht seine Geheimhaltung der Rechtsordnung nicht notwendig. Indiziell

¹³ Siehe etwa *Janssen/Maluga* (Fn. 11), UWG § 17 Rn. 35; *Rody* (Fn. 11), S. 119.

¹⁴ Siehe etwa *Beyerbach* (Fn. 9), S. 100; *Bindschedler* (Fn. 12), S. 25 f.; in diese Richtung auch *Polenz*, DÖV 2010, 350 (351).

¹⁵ *Joecks/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 193 Rn. 25.

¹⁶ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 193 Rn. 9.

¹⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 201 Rn. 27.

¹⁸ *Eisele* (Fn. 17), § 201a Rn. 53.

¹⁹ RGZ 51, 369 (378); *Förster*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.2.2020, § 824 Rn. 48.

²⁰ *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 42; siehe auch *Prinz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 6), S (Spezialthema) 7 Rn. 132.

²¹ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

mag die geheim gehaltene Tatsache des Rechtsverstoßes gegen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse sprechen, jedoch gibt es Straftatbestände wie § 203 StGB und § 97a StGB, die sich zweifellos auch auf die Geheimhaltung von Rechtsverstoßen erstrecken. Es erfordert demnach Gründe, die im Folgenden dargelegt werden, um von der Rechtswidrigkeit des geheim gehaltenen Rechtsverstoßes auf die Rechtswidersprüchlichkeit des Geheimhaltungsinteresses zu schließen.

b) Selbstwiderspruch in der Rechtsordnung

Es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass sich die Rechtsordnung in einen „unüberbrückbaren Selbstwiderspruch“ verstricken würde, wenn sie Informationen über gesetzeswidriges Verhalten, wie Steuerhinterziehungen, Kartellverstöße, Korruptionsdelikte, Verstöße gegen das Umweltrecht, das Kriegswaffenrecht etc. durch Strafnormen regelmäßig vor einer Aufdeckung schützen würde²² und den von solchen Verhaltensweisen Kenntnis erlangenden Arbeitnehmern damit eine Art „Ganoven-treue“ abverlangen würde.²³ Das „Interesse der Rechtsordnung“, Rechtsverstoße zu unterbinden, kann nur erreicht werden, wenn die zuständigen staatlichen Stellen Kenntnis von diesen Rechtsverstoßen erlangen. Deshalb kann „das Interesse der Rechtsbrecher [...], entsprechende Informationen vor behördlicher Kenntniserlangung verborgen zu halten“, nicht gleichzeitig rechtlich geschützt werden – „schon gar nicht mit strafrechtlichen Mitteln“.²⁴ Dieses Argumentationsmuster tritt auch in Regelungen anderer Rechtsbereiche hervor: Durch § 2 Abs. 1 PatG werden etwa für „Erfindungen, deren gewerbliche Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen würde“, keine Patente erteilt.²⁵

c) Vergleich mit anderen Strafvorschriften

Das Argument des „Selbstwiderspruchs“ wird nicht dadurch widerlegt, dass „illegale“ Geheimnisse auch durch andere Straftatbestände (§ 203 und § 97a StGB) geschützt werden.²⁶ Denn es bedarf gewichtiger Gründe, um den „Selbstwiderspruch“ durch den Schutz „illegaler“ Geheimnisse zu rechtfertigen. Gründe, die im Gegensatz zur Lage bei § 203 StGB

bei § 17 UWG nicht gegeben waren. So geht es bei § 203 StGB insbesondere darum, das Vertrauensverhältnis zwischen einer Privatperson und einer Person, die einen in dem Straftatbestand genannten Beraterberuf ausübt, besonders zu schützen. Es liegt auf der Hand, dass ein Rechtsanwalt „illegale“ Geheimnisse, die ihm ein Mandant anvertraut, nicht offenlegen darf, indem er etwa Informationen über Straftaten seines Mandanten an die Staatsanwaltschaft übermittelt.²⁷ Entsprechendes gilt für Geheimnisse, die anderen in § 203 StGB genannten Personen wie Ärzten, Psychologen etc. bei deren Berufsausübung anvertraut werden. An dem besonderen Schutz der dort in Bezug genommenen Vertrauensbeziehungen besteht ein herausgehobenes Interesse, denn eine umfassende Geheimhaltung ist unerlässlich, um die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und Interessen der Allgemeinheit, wie die Rechtsstaatlichkeit von Verfahren, zu gewährleisten. Auch das Strafprozessrecht widerspiegelt diesen herausgehobenen Schutz der Vertrauensbeziehungen:²⁸ Während die in § 203 StGB genannten Berufsgeheimnisträger gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 StPO berechtigt sind, das Zeugnis zu verweigern, steht den „normalen“ Beschäftigten kein vergleichbares sich aus der Betriebszugehörigkeit ergebendes Recht zu. Die Beschäftigten sind deshalb nach § 48 StPO zur Aussage verpflichtet, wenn sie nicht aus anderen Gründen das Zeugnis bzw. die Auskunft verweigern dürfen. Das Interesse an der Strafverfolgung wird durch das Gesetz höher bewertet als das Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen.²⁹

Was den Hinweis auf § 97a StGB anbelangt, darf nicht unerwähnt bleiben, dass durch § 93 Abs. 2 StGB bestimmte „illegale“ Staatsgeheimnisse, etwa wenn die Tatsachen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verstoßen,³⁰ grundsätzlich vom strafrechtlichen Schutz ausgenommen werden. Nach § 97a StGB werden „illegale“ Staatsgeheimnisse nur geschützt, wenn sie einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitgeteilt werden. Eine Offenbarung „illegaler“ Staatsgeheimnisse gegenüber inländischen staatlichen Stellen oder der Öffentlichkeit ist nicht strafbar.³¹

d) Zweck des § 17 UWG

Weiterhin war es mit dem Zweck des § 17 UWG unvereinbar, den tatbestandlichen Schutz auf „illegale“ Geschäftsgeheimnisse zu erstrecken. Denn die Vorschrift sollte ihrerseits vor einem unlauteren Wettbewerb schützen und nicht die Aufrechterhaltung wettbewerbswidriger Zustände durch die

²² Erb (Fn. 12), S. 1107; Angersbach (Fn. 12), S. 188 f.

²³ Erb (Fn. 12), S. 1110.

²⁴ Erb (Fn. 12), S. 1107.

²⁵ Entsprechendes müsse für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen gelten, Wawrzinek (Fn. 12), S. 126. Mit Verweis auf Schafheutle (Fn. 12), S. 87 f. Den gleichen Schluss zieht Dann (Fn. 12), Kap. 28 Rn. 23.

²⁶ Siehe etwa Erb (Fn. 12), S. 1110; Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333). A.A. Rotsch/Wagner (Fn. 12), § 34 C. Rn. 54, bei § 203 StGB könne „nichts anderes gelten als bei § 17 UWG“. Für diese Auffassung spricht, dass juristische Personen sich bei „illegalen“ Geheimnissen nicht oder nur abgeschwächt auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen können, dessen Schutz bei § 203 StGB zentral ist, siehe dazu noch den folgenden Haupttext und Fn. 51.

²⁷ Abgesehen von der Anzeigepflicht bei bevorstehenden schweren Straftaten aus § 138 StGB, wobei die Nichtanzeige nach § 139 Abs. 3 S. 2 Alt. 1, S. 1 StGB u.U. straffrei sein kann.

²⁸ Erb (Fn. 12), S. 1108 f.

²⁹ Satzger (Fn. 11), S. 452.

³⁰ Von einem derartigen Verstoß wäre etwa im Fall von Edward Snowden auszugehen, wenn seine Strafbarkeit nach deutschem Recht geprüft würde, Huber/de With, NJW 2014, 2698 (2700).

³¹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 97a Rn. 1 m.w.N.

Protektion „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse begünstigen.³² Sofern der Straftatbestand demgegenüber als Vermögensdelikt interpretiert wurde, wären die „illegalen“ Geheimnisse auf der Grundlage des überwiegend vertretenen juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs³³ nicht geschützt worden, denn dieser Vermögensbegriff erfasst gerade keine geldwerten Güter, die rechtlich missbilligt werden.³⁴ Auch der Verweis auf den „Diebesdiebstahl“,³⁵ der zeigen sollte, dass vom StGB auch „rechtswidrige“ Vermögenswerte geschützt werden, überzeugt nicht. Denn selbst wenn man annimmt, dass der (unberechtigte) Gewahrsam des Diebes durch § 242 Abs. 1 StGB geschützt wird,³⁶ so wird durch den zweiten Diebstahl jedenfalls *auch* das Eigentum des Berechtigten (erneut) beeinträchtigt.³⁷ Es geht also letztlich bei der Strafbarkeit des „Diebesdiebstahls“ *auch* um die Wahrung der rechtlich geschützten Interessen des Eigentümers.³⁸

e) Keine Verletzung der arbeitsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht

Gegen den strafrechtlichen Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse spricht auch, dass Beschäftigte nach einer sich allmählich durchsetzenden, an die Rechtsprechung des BVerfG anknüpfenden Ansicht nicht gegen ihre arbeitsrechtliche, aus der Loyalitätspflicht abgeleitete Schweigepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) verstoßen, wenn sie Gesetzesverstöße bei den zuständigen Behörden anzeigen.³⁹ Sofern die Be-

schäftigten schon zivilrechtlich nicht verpflichtet sind, „illegale“ Geschäftsgeheimnisse gegenüber den zuständigen Behörden zu verschweigen, kann diesbezüglich auch keine strafrechtliche Unterlassungspflicht bestehen, denn sonst würde das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitete Subsidiaritätsprinzip verletzt.⁴⁰ Nach diesem Prinzip – das auch als ultima ratio-Prinzip bezeichnet wird – darf eine Strafe, d.h. die schärfste Form staatlicher Eingriffe, nur eingesetzt werden, wenn sich der Schutz des jeweiligen Rechtsgutes als gesellschaftlich unentbehrlich erweist und sein Schutz nicht durch mildere Eingriffe gewährleistet werden kann.⁴¹ Durch das Prinzip wird nicht nur die Gesetzgebung gebunden, sondern es kann auch bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sein, wenn eine Strafnorm mit einer Norm eines anderen Rechtsgebiets kollidiert.⁴² Daher war § 17 UWG so auszulegen, dass keine Pflicht besteht, „illegale“ Geschäftsgeheimnisse geheim zu halten; jedenfalls nicht gegenüber den zuständigen Behörden. Denn soweit sich bereits die zivilrechtliche Schweigepflicht nicht auf die Geheimhaltung „illegaler“ Geheimnisse erstreckt, ist deren Schutz durch eine strafrechtliche Schweigepflicht gesellschaftlich nicht unentbehrlich.

fristlose Kündigung als rechtswidrig erkannt, da sie das Grundrecht des Arbeitnehmers zur Strafanzeige (die sich gegen die Arbeitgeberin richtete) aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzt habe. Dieses Grundrecht wurde vom BAG mit der Entscheidung NZA 2004, 427, rezipiert (dazu noch Fn. 161) und durch offene Kriterien „verwässert“, *Peter/Rohde-Liebenau*, AuR 2004, 249 (430). Zudem soll sich die Geheimhaltungspflicht von Betriebsratsmitgliedern nach h.M. nicht auf „illegale“ Geheimnisse erstrecken, *Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, in: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 79 Rn. 3; *Lorenz*, in: Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 79 Rn. 12; *Kania*, in: Müller/Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, BetrVG § 79 Rn. 6; *Werner*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, Stand: 01.12.2019, BetrVG § 79 Rn. 10. A.A. *Oetker*, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. 2, 11. Aufl. 2018, § 79 Rn. 20; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 79 Rn. 16.

³² Rützel, GRUR 1995, 557 (560).

³³ Nachweise etwa bei *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 263 Rn. 82.

³⁴ *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333). Derartige Geheimnisse wären nur geschützt, wenn mittels eines rein ökonomischen Vermögensbegriffs allein auf den wirtschaftlichen Wert eines Gegenstandes abgestellt wird, ebenda. Siehe bereits *Aldoney Ramírez*, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 2009, S. 348.

³⁵ Damit ist der Fall gemeint, dass ein Nichtberechtigter eine Sache bei demjenigen stiehlt, der sie seinerseits dem Eigentümer gestohlen hatte.

³⁶ Wohl h.M., siehe etwa *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 1 m.w.N.

³⁷ Sofern nur das Eigentum durch § 242 Abs. 1 StGB geschützt werden soll (so etwa *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder [Fn. 16], § 242 Rn. 1/2; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach [Fn. 15], § 242 Rn. 9), geht es auch im Fall des Diebesdiebstahls allein um die Wahrung rechtlich geschützter Interessen.

³⁸ So schon *Föbus* (Fn. 12), S. 107; ähnlich: *Rützel*, GRUR 1995, 557 (559); *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331).

³⁹ Vgl. etwa *Becker*, Whistleblowing – Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, 2012, S. 83; *Düsel*, Gespaltene Loyalität: Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, 2009, S. 157 f.; *Kreis* (Fn. 12), S. 64 ff., 186 ff.; *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, BGB § 611a Rn. 713. In BVerfG, NJW 2001, 3474 (3475) wurde eine

⁴⁰ So bereits *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119).

⁴¹ *Kaufmann*, in: Roxin/Bruns/Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 89 (102).

⁴² Es kann daher „eine Verpflichtung zur subsidiären Auslegung von Strafnormen“ bestehen (*Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, S. 67, 275), wenn nicht schon aus anderen Gründen, insbesondere der lex specialis-Regel oder den lex superior- und lex posterior-Grundsätzen, eine der Normen den Vorrang genießt, ebenda, S. 68 ff.

f) Kein Schutz im Informationsfreiheitsrecht

Auch im Informationsfreiheitsrecht setzt sich die Auffassung, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht von Informationsanfragen Dritter ausgenommen werden, allmählich durch. Ein Auskunftsverlangen nach § 1 IFG-Bund kann zwar gemäß § 6 IFG-Bund verweigert werden, wenn ein Geschäftsgeheimnis betroffen ist. Dieser Ausnahmetatbestand soll aber nach zutreffender Ansicht nur „legale“ Geschäftsgeheimnisse erfassen, sodass eine Auskunft bei „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen nicht wegen § 6 IFG-Bund verweigert werden darf.⁴³ Der entsprechende Ausnahmetatbestand im Berliner IFG erfasst ausdrücklich nur „legale“ Geschäftsgeheimnisse, siehe § 7 S. 2 IFG-Bln.⁴⁴ Wenn ein Anspruch auf Informationerteilung nicht verweigert werden kann, weil es sich um ein „illegales“ Geschäftsgeheimnis handelt, dann kann die Offenbarung der betreffenden Informationen nicht strafbar sein.⁴⁵

g) Grundrechtlicher Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse?

Geschäftsgeheimnisse werden nach der Auffassung des BVerfG grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.⁴⁶ Andere meinen, sie würden durch Art. 14 Abs. 1 GG erfasst,⁴⁷ entweder als Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs⁴⁸ oder als geistiges Eigentum.⁴⁹ Ob auch „illegale“ Geschäftsgeheimnisse grundrechtlich ge-

schützt werden, ist fraglich.⁵⁰ Die Texte der beiden Grundrechtsartikel bieten wegen ihrer Allgemeinheit Raum für beide Interpretationen. Wegen des oben aufgezeigten „Selbstwiderspruchs“ innerhalb der Rechtsordnung bedarf allerdings der Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse und nicht dessen Negation einer besonderen Begründung, die, soweit ersichtlich, noch aussteht.⁵¹ Doch selbst wenn diese besondere Begründung als gegeben unterstellt wird, wären in den geheimnisschützenden Rechtsvorschriften Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu erkennen, anhand derer sich die Grenzen des grundrechtlichen Schutzes von Geschäftsgeheimnissen abzeichnen. Folglich konnte die Antwort auf die Frage, ob § 17 UWG „illegale“ Geschäftsgeheimnisse geschützt hat, nicht in Art. 14 GG gefunden werden, vielmehr steckte der Straftatbestand als Inhalts- und Schrankenbestimmung die Reichweite der Eigentumsfreiheit ab.⁵²

h) Vermeintliche „Strafbarkeitslücken“

Die Vertreter der h.M. klammerten sich zuletzt noch an den Strohalm, es würden unerträgliche Strafbarkeitslücken entstehen, falls „illegale“ Geschäftsgeheimnisse gänzlich vom Schutz des § 17 UWG ausgenommen wären, weil beispielsweise auch Arbeitnehmer straffrei ausgingen, die ein „illegales“ Geheimnis an einen Wettbewerber verkaufen, dem es überhaupt nicht darauf ankommt, Missstände aufzudecken.⁵³

⁴³ Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 97 m.w.N. Zur a.A. siehe die Nachweise bei Rn. 96; ders., NJW 2009, 2987 (2991 f.), wer sich gegen die Rechtsordnung wende, könne „für sich schon gar nicht ein ‚Recht auf Intransparenz‘ zur Verschleierung illegalen Verhaltens reklamieren.“

⁴⁴ Im Verbraucherinformationsgesetz (VIG) gibt es eine vergleichbare Regelung. Der Informationsanspruch nach § 2 VIG erstreckt sich gem. § 3 S. 1 Nr. 2 lit. c VIG nicht auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Dies gilt allerdings nicht, wenn Verstöße gegen Vorschriften des Lebensmittel-, Futtermittel- oder Produktsicherheitsrechts festgestellt wurden, siehe § 3 S. 5 Nr. 1 VIG i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 VIG. In diesem Kontext hat schon Polenz, DÖV 2010, 350 (351), auf diese Vorschrift hingewiesen. Der Gesetzgeber erkenne zunehmend, „dass bei einem gesetzes- oder sittenwidrigen Inhalt die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses nicht vorliegen.“

⁴⁵ Wohl erstmals findet sich diese Überlegung bei Schuldt, Geheimnisverrat, Die Beteiligung von Journalisten an der Verletzung von Dienstgeheimnissen, 2011, S. 137, 238.

⁴⁶ BVerfGE 115, 205 (229).

⁴⁷ Zum Streitstand siehe Papier/Shirvani, in: Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., August 2019, Art. 14 Rn. 204 Fn. 5. Offenlassend: BVerfGE 115, 205 (248).

⁴⁸ So etwa Papier/Shirvani (Fn. 47), Art. 14 Rn. 204.

⁴⁹ Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14, Rn. 72.

⁵⁰ Vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 9.5.2007 – 15 P 4/06: Zusammensetzung eines inzwischen unerlaubten Lösemittels sei kein schützenswertes Geschäftsgeheimnis; das BVerwG NVwZ 2009, 1114 (1116), meinte dann, ein durch Art. 12, 14 GG behaupteter Schutz dieses Geheimnisses sei zweifelhaft (letztlich offenlassend, da es auf diese Frage nicht ankam), da wohl kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vorliege. Gegen einen grundrechtlichen Schutz auch Colneric, AiB 1987, 260 (265); Dann (Fn. 12), Kap. 28 Rn. 23. Vgl. auch Schenkel (Fn. 11), die auf S. 104 die Gegenauffassung als zirkelschlüssig kritisiert, da stillschweigend vorausgesetzt werde, „dass ‚illegale Geheimnisse‘ in jedem Fall Grundrechtsschutz“ genössen. A.A. Brammsen, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 6), § 17, Rn. 24; so wohl auch Sonn (Fn. 11), S. 105 f. Für diese Auffassung könnte geltend gemacht werden, dass i.R.d. Art. 12 Abs. 1 GG auch davon ausgegangen wird, dass „illegale“ Berufe vom Schutzbereich erfasst werden, so jedenfalls Wieland (Fn. 49), Art. 12 Rn. 43. Vgl. auch BAG NZA 2004, 427 (430): Grundrechtsschutz, sofern „ein selbst nicht rechtswidrig und vorsätzlich handelnder Arbeitgeber betroffen ist.“

⁵¹ Im Gegensatz zu den „illegalen“ höchstpersönlichen Geheimnissen, die als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt werden, wofür insbesondere die Unverletzlichkeit der Menschenwürde spricht, vgl. Cierniak/Niehaus, in: Joecks/Miebach (Fn. 15), § 203 Rn. 6, 22.

⁵² Dann (Fn. 12), Kap. 28 Rn. 23. Die „Bemühungen um eine verfassungskonforme Auslegung“ erwiesen sich als „wenig erkenntnisreich“, Schenkel (Fn. 11), S. 104.

⁵³ Koch, ZIS 2008, 500 (503); vgl. auch Erb (Fn. 12), S. 1107; Satzger (Fn. 11), S. 452 f.; Rahimi Azar, JuS 2017, 930 (933).

Tatsächlich muss aber auch in diesen Fällen die Tatbestandsmäßigkeit entfallen. Denn der Verweis auf unerträgliche Strafbarkeitslücken ist zirkulär, weil solche Lücken eine Rechtsgüterverletzung voraussetzen würden, es bei dem Streit um die „illegalen“ Geheimnisse aber gerade um die Bestimmung der Reichweite des geschützten Rechtsgutes, d.h. das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens bzw. das Allgemeininteresse an einem lauterem Wettbewerb, geht.⁵⁴ Außerdem entfalten zivilrechtliche Ansprüche und soziale Ächtung ein hinreichendes Drohpotential, um derartige maligne Verhaltensweisen zu verhindern.⁵⁵ Ein Blick in andere Rechtsordnungen zeigt, dass man (etwa in Großbritannien)⁵⁶ sogar gänzlich ohne einen strafrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen auskommt. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb der strafrechtliche Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse hierzulande unverzichtbar sein soll.⁵⁷

Insgesamt war daher mit der Gegenauffassung davon auszugehen, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht durch § 17 UWG geschützt wurden, da letztlich kein berechtigtes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht. Dementsprechend ist der Schutz solcher Geheimnisse auch nach der neuen Rechtslage abzulehnen. Dies ergibt sich, abgesehen von den oben vorgebrachten Argumenten, auch aus der Interpretation der Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes selbst.

III. Die neue Rechtslage: Das Geschäftsgeheimnisgesetz

Das Geschäftsgeheimnisgesetz ist am 26.4.2019 am Ende eines lebhaften Gesetzgebungsverfahrens, in dessen Verlauf noch kurzfristig einige Vorschriften geändert wurden, in Kraft getreten. Den Ausgangspunkt der Debatte bildete der im April 2018 geleakte Referentenentwurf des BMJV⁵⁸, der kurz darauf offiziell veröffentlicht, kaum verändert im Juli als Regierungsentwurf vorgelegt und im Oktober in den Bundestag eingebracht wurde.⁵⁹ Zwei Monate später wurde eine von der Opposition beantragte Sachverständigenanhörung zu dem Entwurf durchgeführt. Verschiedene Vorschläge der Sachverständigen wurden in zwei Änderungsanträgen der Opposition aufgenommen.⁶⁰ Die Regierungsfractionen brachten

daraufhin einen eigenen Änderungsantrag in den Rechtsausschuss ein, der die Anträge der Opposition weitestgehend umsetzte und dementsprechend auf breite Zustimmung stieß.⁶¹ Im Wesentlichen wurden vier Änderungen vorgenommen: Die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse wurde um das Merkmal des berechtigten Interesses erweitert, die im Regierungsentwurf geregelten Rechtfertigungsgründe wurden in Ausnahmetatbestände umgewandelt, das dort vorausgesetzte Absichtsmerkmal wurde gestrichen und in die Strafvorschrift wurde eine Bereichsausnahme zum Schutz journalistischer Tätigkeiten aufgenommen.

Während mittels der Geheimnisschutzrichtlinie ein ausreichender und kohärenter zivilrechtlicher Schutz der Geschäftsgeheimnisse im gesamten Binnenmarkt hergestellt werden soll⁶² und bewusst auf eine Konvergenz der nationalen strafrechtlichen Vorschriften verzichtet wurde,⁶³ hat sich die deutsche Gesetzgebung, mit dem Geschäftsgeheimnisgesetz dafür entschieden, den zivil- und strafrechtlichen Schutz in einem neuen Stammgesetz zu verschmelzen. Deshalb finden sich in dem Gesetz nicht nur die in der Geheimnisschutzrichtlinie vorgesehenen zivilrechtlichen Vorschriften, die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse und der unter anderem das Whistleblowing schützende Ausnahmetatbestand wieder, sondern auch die bisher in §§ 17–19 UWG geregelten Strafvorschriften, die aufgehoben und in § 23 GeschGehG überführt wurden.

Im Folgenden wird zunächst die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse des § 2 Nr. 1 GeschGehG vorgestellt. Dann werden die Vorschriften über die erlaubten und verbotenen Handlungen, § 3 und § 4 GeschGehG, dargestellt. Anschließend werden die in § 5 GeschGehG vorgesehenen Ausnahmen von den Handlungsverboten des § 4 GeschGehG untersucht. Schließlich werden die Straftatbestände des § 23 GeschGehG erläutert, die auf die in § 4 GeschGehG geregelten Handlungsverbote verweisen. Abschließend wird untersucht, ob die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes auch bei der Anwendung von Straftatbeständen anderer Gesetze anzuwenden sind.

1. Der Geschäftsgeheimnisbegriff in § 2 Nr. 1 GeschGehG

Was ein Geschäftsgeheimnis ist, wird durch § 2 Nr. 1 GeschGehG legaldefiniert: „eine Information, a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen

⁵⁴ Rützel, GRUR 1995, 557 (561).

⁵⁵ Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

⁵⁶ Maier (Fn. 12), S. 255.

⁵⁷ Wenn man den Verkauf „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse an Wettbewerber trotz allem für strafwürdig erachtet, wäre allenfalls an eine Regelung zu denken, die speziell diesen Fall mit Strafe bedroht (vgl. § 97a StGB).

⁵⁸ Zu diesem Entwurf *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135; *Passarge*, CB 2018, 144.

⁵⁹ BT-Drs. 19/4724. Dazu: *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555; *Brammsen*, BB 2018, 2446; *ders.*, wistra 2018, 449; *Buchert/Buchert*, ZWH 2018, 309; *Höfer*, GmbHR 2018, 1195; *Kiefer*, WRP 2018, 910; *Laoutoumai/Baumfalk*, WRP 2018, 1300; *Müllmann*, ZRP 2019, 25; *Scherp/Rauhe*, CB 2019, 20 (Teil 1) und 50 (Teil 2); *Schmid/Willems*, AuA 2019, 88; *Voigt/Herrmann/Grabenschröer*, BB 2019, 142; *Ziegelmayr*, CR 2018, 693.

⁶⁰ BT-Drs. 19/7453 (Bündnis 90/Die Grünen); BT-Drs. 19/7704 (Die Linke).

⁶¹ BT-Drs. 19/8300, S. 7 f. Allein die AfD-Fraktion stimmte gegen den Änderungsantrag.

⁶² Erwägungsgrund 10 Gs-RL.

⁶³ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung v. 28.11.2013, KOM (2013) 813 endg., S. 7 (oben).

durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht“. Mit dieser Vorschrift wird die in Art. 2 Nr. 1 Gs-RL vorgesehene Definition der Geschäftsgeheimnisse umgesetzt, die ihrerseits aus Art. 39 Abs. 2 des 1995 in Kraft getretenen TRIPS-Abkommens⁶⁴ übernommen wurde. Im Gegensatz zum Geschäftsgeheimnisgesetz fehlt in den Definitionen der Geheimnisschutzrichtlinie und des TRIPS-Abkommens jedoch das Merkmal eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses. Mehrere Sachverständige hatten in der Anhörung im Rechtsausschuss angeregt, die Definition der Geschäftsgeheimnisse in dem Regierungsentwurf analog zur bisherigen Rechtsprechung, um das Merkmal eines berechtigten Interesses zu erweitern.⁶⁵

a) Formell-materieller Geheimnisbegriff

Die Legaldefinition konstituiert einen formell-materiellen Geheimnisbegriff. Formell ist er, weil er voraussetzt, dass das jeweilige Geheimnis tatsächlich, durch „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“, geschützt wurde. Der bloße Geheimhaltungswille, ist nun nicht mehr – wie bei § 17 UWG – hinreichend, um den rechtlichen Schutz des Geheimnisses zu begründen, sondern dieser Wille muss sich objektiv in einer angemessenen Sekretierung manifestieren. Einerseits ist es von Vorteil, den Geheimhaltungsschutz nicht länger von einem subjektiven Merkmal abhängig zu machen, denn ob tatsächlich Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen wurden, ist dem Beweis in der Regel leichter zugänglich als das Vorliegen eines subjektiven Merkmals.⁶⁶ Andererseits kann es schwierig zu bestimmen sein, in welchen Fällen die Geheimhaltungsmaßnahmen angemessen sind.⁶⁷ Materiell ist der

⁶⁴ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, BGBl. II 1994, S. 1438 (1740). Die WTO-Mitgliedstaaten verpflichteten sich gemäß Art. 39 Abs. 1 TRIPS, nicht offenbarte Informationen im Sinne des Abs. 2 wirksam gegen einen unlauteren Wettbewerb zu schützen. Dementsprechend wurde teilweise schon bei der Auslegung von § 17 UWG an die Legaldefinition aus Art. 39 Abs. 2 TRIPS angeknüpft, *Ohly* (Fn. 11), § 17 Rn. 6, 8 ff.

⁶⁵ Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahmen Böning, S. 84, Hiéramente, S. 15, 25 f.; Pfab, S. 18; Semsrott, S. 18, 115 f., Partsch, S. 17, 108, 113. Dafür hatten sich schon *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556); *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Müllmann*, ZRP 2019, 25 (26), ausgesprochen. Siehe auch *Goldhammer*, NVwZ 2017, 1809 (1810 ff.), aus der Perspektive des Informationsfreiheitsrechts zum Geheimnisbegriff der Geheimnisschutzrichtlinie.

⁶⁶ Wobei an dessen Vorliegen keine hohen Anforderungen gestellt wurden, *Rengier* (Fn. 6), § 17 Rn. 18 f.

⁶⁷ Das Merkmal der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ wird hier nicht genauer untersucht. Siehe dazu: *BT-Drs. 19/4724*, S. 24 f. Zudem kann auf die Auslegung zum fast wortlautgleichen Art. 39 Abs. 2 lit. c TRIPS rekurriert werden. *Maaßen*, GRUR 2019, 352; *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391 (zur Geheimnisschutzrichtlinie), haben dem Merkmal einen ganzen Beitrag gewidmet. Eingehend dazu auch

Geheimnisbegriff, da er von einem objektiv zu bestimmenden Geheimhaltungsbedürfnis, dem wirtschaftlichen Wert der Informationen und von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse abhängt.

b) Kein Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse

„Illegale“ Geschäftsgeheimnisse werden – nach zutreffender Ansicht – nicht durch den Geheimnisbegriff des § 2 Nr. 1 GeschGehG geschützt.⁶⁸ Entweder sind solche Informationen schon nicht von „wirtschaftlichem Wert“, was § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG voraussetzt,⁶⁹ oder es besteht kein „berechtigtes Interesse“ an ihrer Geheimhaltung, was § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG verlangt.⁷⁰

Die Auffassung, dass „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen kein wirtschaftlicher Wert inhärent sei, wurde zu den Vorschriften der Geheimnisschutzrichtlinie entwickelt. Nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie müssen die jeweiligen „Informationen einen – realen oder potenziellen – Handelswert verkörpern“, wovon bei rechtswidrigen Vorgängen wie Kartellrechtsverstößen nicht ausgegangen werden könne.⁷¹ Andererseits kann die Offenlegung „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse die Reputation eines Unternehmens beeinträchtigen und eventuell zu staatlichen Sanktionen führen oder das Unternehmen privatrechtlichen Ansprüchen aussetzen. Erfahren etwa Finanzbehörden durch den Ankauf sog. Steuer-CDs, dass ein Unternehmen Steuern hinterzogen hat, wird es Nachzahlungen ausgesetzt sein. Deshalb erscheint es ebenso vertretbar, dass auch „illegale“ Geschäftsgeheimnisse von wirtschaftlichem Wert sein können.⁷²

Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1775); *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (584); *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443 f.); *Scherp/Rauhe*, CB 2019, 50; *Thiel*, WRP 2019, 700 (700, 702 ff.); *Voigt/Herrmann/Grabenschröer*, BB 2019, 142 (144 ff.); *Rosenthal/Hamann*, NJ 2019, 321 (323 f.).

⁶⁸ A.A. *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (967); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1776); *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148 (154); *Reinfeld* (Fn. 1), § 1 Rn. 87, 165.

⁶⁹ *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039); *Buchert/Buchert*, ZWH 2018, 309 (313); *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1011); *Schmitt*, RdA 2017, 365 (369).

⁷⁰ *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (555); *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (224).

⁷¹ Es wäre „offensichtlich wertungswidersprüchlich, wenn die Rechtsordnung derartige Informationen über ein missbilligtes Verhalten schützen und es beispielsweise zulassen würde, dass die sich bei dem Bekanntwerden realisierenden Nachteile nunmehr als Schaden ersetzt verlangt werden könnten“, *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039). Zudem könnten „illegale“ Geschäftsgeheimnisse sogar, in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung zu sog. schwarzen Kassen (BGH NStZ 2009, 151), als wirtschaftlicher Schaden bewertet werden, *Buchert/Buchert*, ZWH 2018, 309 (313).

⁷² *Reinfeld* (Fn. 1), § 1 Rn. 147; so auch *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119); ders., KriPoZ 2019, 148 (151); *Rody* (Fn. 11), S. 126 f. zur Geheimnisschutzrichtlinie sowie *Passarge*, CB 2018, 144 (145); *Böning/Heidfeld*, AuR 2018,

Sofern ihnen ein wirtschaftlicher Wert zukommt, besteht jedoch kein berechtigtes Interesse an ihrer Geheimhaltung i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG.⁷³ Die Argumente, die schon i.R.d. § 17 UWG gegen den Schutz „illegaler“ Geheimnisse sprachen (s.o. II. 2.), gelten hier erst recht, da das Merkmal des berechtigten Interesses nun gesetzlich festgeschrieben ist.⁷⁴

Gegen diese Auffassung wird eingewendet, die Regelung in § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG wäre überflüssig, wenn „illegale“ Geschäftsgeheimnisse schon nicht von der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 GeschGehG erfasst wären.⁷⁵ Nach § 5 GeschGehG ist eine Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht verboten, wenn ein berechtigtes Interesse an ihr besteht, wovon nach Nr. 2 Var. 1 insbesondere auszugehen ist, wenn sie zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung erfolgt. Überflüssig ist die Vorschrift dadurch nicht, denn sie bezieht sich auf rechtswidrige Handlungen und damit nicht notwendig auf rechtswidrige Geschäftsgeheimnisse. So kann die Offenlegung eines „legalen“ Geschäftsgeheimnisses nach § 5 Nr. 2 GeschGehG ausnahmsweise erlaubt sein, wenn durch sie eine rechtswidrige Handlung aufgedeckt wird.⁷⁶ Wer etwa gegenüber den zuständigen Behörden anzeigt, dass ein Automobilhersteller rechtswidrige Abgasabschalteinrichtungen in seine Motoren einbaut, ist wahrscheinlich, um diesen Vorgang zu beweisen, zugleich gezwungen, auch „legale“ Geschäftsgeheimnisse wie rechtmäßige Konstruktionen des Motors aufzudecken.

c) Vereinbarkeit mit der Geheimnisschutzrichtlinie

Teilweise wird bezweifelt, dass das Merkmal des „berechtigten Interesses“ in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG mit der Geheimnisschutzrichtlinie vereinbar sei, da ihr Geheimnisbegriff ein derartiges Interesse nicht voraussetzt.⁷⁷ Die Mit-

555 (556), zum Regierungsentwurf. Letztere meinen, der in dem Regierungsentwurf vorgesehene Geheimnisbegriff hätte auch Informationen über rechtswidrige Handlungen erfasst.

⁷³ Vgl. *Apel/Walling*, DB 2019, 891 (894); *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (555); *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (224). A.A. *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (967).

⁷⁴ Zudem wird vermutet, dass die Gesetzgebung „illegale“ Geschäftsgeheimnisse durch die Einfügung des Merkmals vom rechtlichen Schutz ausnehmen wollte, *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444). Er weist jedoch darauf hin, dass die Begründung zur Beschlussempfehlung des GeschGehG zu dieser Frage kaum Aufschluss bietet, da einerseits nur auf Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie verwiesen wird, nach dem der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sich nur auf solche Informationen erstrecken soll, bei denen ein „legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht“, und andererseits der „Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Rechnung getragen werden“ solle, BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.

⁷⁵ *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1776); vgl. auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444 f.).

⁷⁶ Siehe bereits *Schmidt*, RdA 2017, 365 (369).

⁷⁷ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444). Skeptisch gegenüber dem Merkmal auch *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (583 f.), da seine Bedeutung in der Rspr. bisher gering gewesen sei

gliedstaaten dürften den Geheimnisbegriff der Richtlinie nicht durch zusätzliche Merkmale einengen, da diese Mindeststandards setze und eine Harmonisierung des Geschäftsgeheimnisbegriffs in der EU anstrebe.⁷⁸ Zwar solle nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie die Definition eines Geschäftsgeheimnisses so beschaffen sein, dass der rechtliche Schutz eines Geheimnisses unter anderem von einem legitimen Interesse an der Geheimhaltung der Informationen abhängt, darin komme jedoch nur eine allgemeine Zielsetzung zum Ausdruck.⁷⁹ Diese Zielsetzung werde bereits dadurch erreicht, dass nach Art. 2 Nr. 1 Gs-RL nur kommerziell wertvolle Informationen geschützt werden und dieser Schutz zudem durch die Ausnahmen in Art. 5 Gs-RL wegen öffentlicher Interessen durchbrochen wird.⁸⁰ Das Merkmal des berechtigten Interesses in der Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse sei daher „entweder überflüssig oder richtlinienwidrig“.⁸¹ Es müsse richtlinienkonform so ausgelegt werden, dass ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung unwiderleglich vermutet werde, „wenn die Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 Buchst. a und b GeschGehG erfüllt“ seien.⁸²

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, denn durch sie wird der Spielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien zusteht, zu stark eingeeengt. Die Umsetzung einer Richtlinie ist nicht gleichbedeutend mit ihrer bloßen Übersetzung. Die Einfügung des Merkmals eines berechtigten Interesses in die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse stellt eine vertretbare Umsetzung der Richtlinie dar, zumal in ihr der rechtliche Schutz von dem Bestehen eines legitimen Interesses abhängig gemacht wird.⁸³ Daher wird die

und es dem Ziel einer Harmonisierung des Geschäftsgeheimnisbegriffs in der EU „kaum gerecht“ werde.

⁷⁸ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444), mit Verweis auf Erwägungsgrund 14 Gs-RL. Siehe auch Art. 1 Abs. 1 Gs-RL aus dem sich ergibt, dass der durch die Richtlinie vorgegebene Schutz der Geschäftsgeheimnisse nicht unterschritten werden darf.

⁷⁹ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444).

⁸⁰ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444).

⁸¹ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444), wenn sich der EuGH der Ansicht anschließen sollte, „dass Informationen über Straftaten, die im eigenen Betrieb begangen wurden, schon der wirtschaftliche Wert fehlt, [sei] [...] die deutsche Regelung eine zulässige, wenn auch letztlich überflüssige Klarstellung.“ Zum Einwand der Überflüssigkeit siehe bereits oben III. 1. b). An der „Richtlinienkonformität“ zweifelt auch *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148 (152).

⁸² *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444).

⁸³ So bereits *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556). Letztere meinen gerade wegen Erwägungsgrund 14 sei es erforderlich gewesen, ein Merkmal des „berechtigten Interesses“ in die Legaldefinition aufzunehmen. Zudem würde ein solches Merkmal mit Art. 6 RL 2002/14/EG übereinstimmen; danach soll es u.a. Arbeitnehmersvertretern „nicht gestattet“ sein, „ihnen im berechtigten Interesse der Unternehmen oder Betriebe ausdrücklich als vertraulich mitgeteilte Informationen an Arbeitnehmer oder Dritte weiterzugeben.“

durch Art. 1 Abs. 1 Gs-RL angestrebte Mindestharmonisierung durch das Merkmal des berechtigten Interesses nicht unterschritten. Der Richtliniengeber hat keine Harmonisierung eines rechtlichen Schutzes „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse angestrebt, denn an keiner Stelle der Richtlinie kommt zum Ausdruck, dass solche Geheimnisse geschützt werden sollten. Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass der EuGH im Wege eines etwaigen Vorabentscheidungsverfahrens die deutsche Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses als unionsrechtswidrig bewerten wird.

2. Erlaubte Handlungen und Handlungsverbote

Wie in der Richtlinie ist im Geschäftsgeheimnisgesetz geregelt, in welchen Fällen das Erlangen, Nutzen und Offenlegen von Geschäftsgeheimnissen zivilrechtlich erlaubt (§ 3 Erlaubte Handlungen) und in welchen es verboten ist (§ 4 Handlungsverbote).⁸⁴

Erlaubt ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG die „eigenständige Entdeckung oder Schöpfung“ und nach Nr. 2 grundsätzlich auch das sog. reverse engineering, das in Deutschland bisher überwiegend als verboten, weil gegen § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG verstößend, angesehen wurde.⁸⁵ Zudem darf ein Geschäftsgeheimnis nach § 3 Abs. 2 GeschGehG „erlangt, genutzt oder offengelegt werden, wenn dies durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder rechtsgeschäftlich gestattet ist“.⁸⁶ Dazu zählen gem. Art. 21 Abs. 7 Whistleblowing-Richtlinie auch Meldungen oder Offenlegungen, die durch diese Richtlinie geschützt werden.⁸⁷

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG ist es verboten, ein Geschäftsgeheimnis durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen etc. zu erlangen. Gemäß Nr. 2 darf das Geschäftsgeheimnis auch nicht durch ein sonstiges Verhalten erlangt werden, „das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht“.⁸⁸ Was unter dem Merkmal „unbefugt“ bei § 4 Abs. 1 Nr. 1 Gesch-

GehG-E zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Entwurf nicht genau.⁸⁹ Befugt soll handeln, wer „im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses Zugriff auf das Geschäftsgeheimnis hat“.⁹⁰ Unbefugt handelt daher etwa, wer durch das Erlangen des Geheimnisses gegen arbeitsrechtliche Pflichten verstößt.⁹¹ Dasselbe gelte für ehemalige Arbeitnehmer, deren Zugriffsrechte erloschen sind, oder für Besucher von Unternehmen, die gegen ein Fotografieverbot verstoßen.⁹² Bei § 17 UWG, der das Merkmal „unbefugt“ auch enthielt, war umstritten, ob es sich in einem bloßen Verweis auf Rechtfertigungsgründe erschöpft (so die h.M.) oder ob ihm eine tatbestandliche Funktion zukommt.⁹³ Im Geschäftsgeheimnisgesetz wird das Merkmal als ein tatbestandliches verwendet, da es ein Verhalten erst als tatbestandsmäßig konstituiert. Das Erlangen eines Geschäftsgeheimnisses ist nicht schon per se verboten, sondern nur, wenn es „unbefugt“ erfolgt. Andernfalls wäre es unverständlich, weshalb das Merkmal nicht auch bei den verbotenen Handlungen des Nutzens und Offenlegens verwendet wurde, die in § 4 Abs. 2 GeschGehG geregelt sind.

Die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 GeschGehG untersagt, wenn die Person es in verbotener Weise erlangt hat (s.o.), oder nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 verboten, wenn sie hierdurch gegen eine Nutzungsbeschränkung oder eine Verpflichtung verstößt, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen. Dabei ist insbesondere an die aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht zu denken.⁹⁴

3. Die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG

Eine eigentlich nach § 4 GeschGehG verbotene Handlung ist ausnahmsweise nicht untersagt, wenn ein Ausnahmetatbestand⁹⁵ des § 5 GeschGehG erfüllt ist, d.h. wenn die Hand-

⁸⁴ Die Regelungen entsprechen, von marginalen Abweichungen abgesehen, den Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie.

⁸⁵ *Leister*, GRUR-Prax 2019, 175 (175).

⁸⁶ Der Vorrang einer gesetzlichen Erlaubnisnorm ergibt sich jedoch bereits aus dem ultima ratio-Prinzip und ist daher jedenfalls aus strafrechtlicher Perspektive überflüssig. Vgl. bereits *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448): „Letzteres ist klar und hätte keiner Regelung bedurft: Wer ein Geheimnis aufgrund einer vertraglichen Erlaubnis erlangt, nutzt oder offenbart, handelt selbstverständlich nicht ‚unbefugt‘.“

⁸⁷ Somit kann schon keiner der in § 23 GeschGehG geregelten Straftatbestände erfüllt sein, wenn die Meldung oder Offenlegung durch die Whistleblowing-Richtlinie erlaubt ist (was grundsätzlich auch für andere geheimnisschützende Straftatbestände gilt).

⁸⁸ Auf letztgenanntes Handlungsverbot wird in der Strafvorschrift des § 23 GeschGehG nicht Bezug genommen, was verfassungsrechtlich wegen des Bestimmtheitsgebotes unzulässig wäre, siehe bereits *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1778) m.w.N.

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 26 f.

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 27.

⁹¹ Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 27; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

⁹² *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

⁹³ Die h.M. vertrat etwa *Brammsen* (Fn. 11 – MüKo Lauterkeitsrecht), § 17 Rn. 55 m.w.N.; a. A. etwa *Ohly* (Fn. 11), § 17 Rn. 26 m.w.N.

⁹⁴ Die Frage, ob und inwieweit Arbeitnehmer auch zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, wenn sie nicht mehr bei einem Unternehmen beschäftigt sind, wird nicht beantwortet, worin *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446), einen „der Schwachpunkte der Richtlinie“ erkennt.

⁹⁵ So ausdrücklich BT-Drs. 19/8300, S. 14. Im Regierungsentwurf war § 5 GeschGehG-E noch mit „Rechtfertigungsgründe“ überschrieben. Es wurde jedoch befürchtet, „dass bereits die Erfüllung eines Verbotstatbestandes einen abschreckenden Effekt für die Arbeit von Journalisten haben könne, unabhängig davon wie weit ein dann eingreifender Rechtfertigungsgrund gefasst sei“. Siehe dazu Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahme Partsch, S. 108, 110; Böning, S. 63 (für ein Tatbestandsmodell); so bereits *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1037). Auch Art. 5 Gs-RL ist mit „Ausnahmen“ überschrieben und wurde

lung zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt.⁹⁶ Zivilrechtliche Ansprüche gemäß §§ 6 ff. GeschGehG auf Beseitigung, Unterlassung, Vernichtung, Herausgabe etc. und erst recht die in § 23 GeschGehG vorgesehenen Strafen sind dann ausgeschlossen.⁹⁷ Ein berechtigtes Interesse an der Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses besteht „insbesondere“, wenn eines der in § 5 Nr. 1–3 GeschGehG genannten Regelbeispiele einschlägig ist.⁹⁸

a) Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit (§ 5 Nr. 1 GeschGehG)

Das erste Regelbeispiel, § 5 Nr. 1 GeschGehG, ist erfüllt, wenn die an sich verbotene Handlung zur Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit oder der Informationsfreiheit, „einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien“ erfolgt.⁹⁹

Das bereits in der Geheimnisschutzrichtlinie und dem Regierungsentwurf¹⁰⁰ vorgesehene Regelbeispiel erstreckte sich nach seiner ursprünglichen Formulierung auf die „Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informati-

daher als Tatbestandsausnahme interpretiert, *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1335). Wegen dieser bewussten Änderung durch die Gesetzgebung ist die Vorschrift als Ausnahmetatbestand einzuordnen und kann nicht von der Rspr. als Rechtfertigungsgrund interpretiert werden, so aber Stellungnahme Harte-Bravendamm, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, S. 71.

⁹⁶ Das Merkmal des berechtigten Interesses wird also mit entgegengesetzten Zielrichtungen verwendet. Bei § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Für einen zivilrechtlichen Anspruch bzw. eine Strafbarkeit muss jedoch gem. § 5 Nr. 2 GeschGehG auch das Nichtvorliegen eines berechtigten Interesses an der Offenlegung bewiesen werden (im Zivilprozess vom Geheimnissinhaber, da es sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal handelt, – zur Beweislast bei negativen Tatbestandsmerkmalen siehe BGH NJW-RR 2009, 1142 [1144 Rn. 19] –, im Strafprozess von der Justiz).

⁹⁷ Wegen § 5 GeschGehG dürften allgemeine Rechtfertigungsgründe (wie § 34 StGB oder evtl. § 193 StGB analog) kaum noch zur Anwendung kommen, denn die speziellen Ausnahmetatbestände erfassen bereits die meisten Konstellationen, in denen eine Rechtfertigung in Betracht kommen würde.

⁹⁸ Im Folgenden wird nur auf die für das Whistleblowing insbesondere relevanten Nr. 1 und Nr. 2 eingegangen. Die in Nr. 3 vorgesehene Möglichkeit, Arbeitnehmervertretern unter bestimmten Voraussetzungen Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren (dazu *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 [587]; *Reinfeld* [Fn. 1], § 3 Rn. 47 ff.), hat wegen bereits bestehender Vorschriften im deutschen Arbeitsrecht wohl kaum eine eigenständige Bedeutung, *Schmitt*, RdA 2017, 365 (370).

⁹⁹ BT-Drs. 19/4724, S. 28: „Die Vorschrift soll insbesondere den Schutz von journalistischen Quellen gewährleisten und so eine Beeinträchtigung des investigativen Journalismus verhindern.“

¹⁰⁰ BT-Drs. 19/4724, S. 10, 28 f.

onsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [...].“ Es wäre daher ausschließlich in Fällen anwendbar, in denen es um die Durchführung von Unionsrecht geht, denn gemäß Art. 51 Abs. 1 Hs. 2 GrC sind die Grundrechte der Charta nur dann anwendbar.¹⁰¹ Bevor das Geschäftsgeheimnisgesetz vom Bundestag beschlossen wurde, strich man jedoch die Formulierung „[...] nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [...]“. In der Begründung wurde allerdings hervorgehoben, dass damit keine „inhaltliche Änderung“ verbunden sein solle.¹⁰² Man könnte deshalb meinen, die Vorschrift verweise nach wie vor allein auf die Grundrechte der Charta und nicht auch auf die des Grundgesetzes. Allerdings ist den Gesetzgebungsmaterialien kein weiteres Indiz dafür zu entnehmen, dass das Regelbeispiel allein in unionsrechtlichen Fallgestaltungen zur Anwendung kommen soll. Zumal dafür auch kein guter Grund spricht, ist davon auszugehen, dass das Regelbeispiel auch auf Art. 5 GG verweist und damit auch in rein nationalrechtlich geprägten Fällen zur Anwendung kommt.¹⁰³ Außerdem sind auch die Menschenrechte aus Art. 10 EMRK zu berücksichtigen, insbesondere in Fällen, in denen Art. 11 GrC anwendbar ist, denn die Grundrechte der Charta haben gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrC die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie die in der EMRK geschützten Freiheiten.¹⁰⁴

Bei der Grundrechtsprüfung, in die das Regelbeispiel führt, wird sich die Praxis maßgeblich an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu den einschlägigen Grund- bzw. Menschenrechten orientieren. Der BGH hat in seiner Entscheidung im Fall Pättsch aus dem Jahr 1965, in dem es um die Verletzung von Staats- und Amtsgeheimnissen ging, einen Rechtfertigungsgrund aus der Meinungsäußerungsfreiheit entwickelt.¹⁰⁵ Jede Person, auch Beamte und Angestellte

¹⁰¹ Der EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 19, legt diesen Passus weit aus: Die Grundrechte der Charta würden die Mitgliedstaaten „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ binden.

¹⁰² BT-Drs. 19/83000, S. 14. Die Streichung diene lediglich „der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit des Gesetzestextes“.

¹⁰³ Sollte diese Interpretation abgelehnt und in dem Regelbeispiel allein ein Verweis auf Art. 11 GrC gesehen werden (so wohl *Reinfeld* [Fn. 1], § 3 Rn. 33), kann jedoch ein unbekannter Fall eines berechtigten Interesses vorliegen, wenn die jeweilige Handlung zur Ausübung der in Art. 5 GG niedergelegten Rechte erfolgt.

¹⁰⁴ Siehe auch BT-Drs. 19/4724, S. 28 f.

¹⁰⁵ BGHSt 20, 342. Werner Pättsch, ein Mitarbeiter des Bundesamtes für Verfassungsschutz, hatte Informationen über ein Telefonüberwachungsprogramm des Amtes an die Presse lanciert. Er wurde deshalb später als „Der Edward Snowden der Sechziger“ bezeichnet (so der Titel eines Artikels von *Johst*, Die Zeit v. 17.1.2013, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2013/46/abhoer-ffaere-werner-paetsch-1963>). Die Anwendung der vom BGH entwickelten Grundsätze wurde vom BVerfG als verfassungsgemäß bewertet, BVerfGE 28, 191 (204). Der BGH hat sich dabei auf die in BVerfGE 7, 198 (208 f., Lüth-Urteil), entwickelte Wechsel-

des öffentlichen Dienstes, dürfe Missstände und Rechtsverstöße, mit dem Ziel ihrer Abstellung rügen. Bevor die Öffentlichkeit angerufen werde, müssten jedoch die „Wege über die zuständige Stelle und die Volksvertretung“ (Art. 17 GG) gegangen werden.¹⁰⁶ Bei Verstößen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung dürfe die Öffentlichkeit hingegen sofort informiert werden.¹⁰⁷ Eine Übertragung dieses Modells auf den strafrechtlichen Schutz von privaten Geheimnissen ist möglich. Wenn sogar die strafbewehrte Verletzung der verfassungsrechtlich (Art. 33 Abs. 5 GG) und gesetzlich verankerten Verschwiegenheitspflicht (§ 67 BBG) von Beamten durch die Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein kann, gilt dies erst recht für die „nur“ vertragliche aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete Verschwiegenheitspflicht der Beschäftigten. Zudem steht der Anwendung der Meinungsfreiheit nicht entgegen, dass es beim Schutz privater Geheimnisse vor einer Offenlegung durch Beschäftigte gar nicht um die Abwehr eines staatlichen Eingriffs geht.¹⁰⁸ Denn seit Langem ist anerkannt, dass die Meinungsfreiheit, „als eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“, auch bei der Auslegung des sie beschränkenden Privatrechts zu berücksichtigen ist.¹⁰⁹

Dementsprechend hat der EGMR seine Whistleblowing-Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK, die er in dem Fall Guja gegen Moldawien¹¹⁰ entwickelt hat, in dem es um den Schutz

wirkungslehre berufen, nach der „allgemeine Gesetze“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungsfreiheit einschränken, „ihrerseits wieder im Lichte des Grundgesetzes auszulegen“ seien, BGHSt 20, 342 (362). Die Rspr. des BGH wurde mit § 93 Abs. 2 StGB teilweise gesetzlich positiviert. Sie kann jedoch noch auf „legale“ Staatsgeheimnisse und auf andere geheimnisschützende Straftatbestände, insbesondere § 353b StGB, Anwendung finden.

¹⁰⁶ In diesem Fall ist das Rügerecht also ein abgestuftes Recht, weshalb die Rspr. als „Stufentheorie“ rezipiert wurde, so etwa BVerfGE 28, 191 (203).

¹⁰⁷ BGHSt 20, 342 (342 f.).

¹⁰⁸ Die AfD-Fraktion hatte aus diesem Grund eine Streichung des § 5 Nr. 1 GeschGehG vorgeschlagen, siehe BT-Drs. 19/8300, S. 10.

¹⁰⁹ BVerfGE 7, 198 (208, Lüth-Urteil); für das Arbeitsrecht siehe bereits BAG NJW 1955, 606 (607). Dies galt auch schon in der Weimarer Republik; nach Art. 118 Abs. 1 WRV hatte „[j]eder Deutsche [...] das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung [...] frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.“

¹¹⁰ EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Guja/Moldawien). Der EGMR kam zu dem Ergebnis, dass die Entlassung des Leiters der Presseabteilung der Generalstaatsanwaltschaft Moldau einen unverhältnismäßigen Eingriff in dessen Meinungsfreiheit darstelle. Herr Guja hatte Briefe und Anweisungen von Politikern, bestimmte Ermittlungsverfahren einzustellen, an eine Zeitung weitergeben. Eine interne Rüge bei dem ihm vorgesetzten Generalstaatsanwalt unterließ Guja, da

staatlicher Geheimnisse ging, auf die spätere arbeitsrechtliche Entscheidung Heinisch gegen Deutschland übertragen.¹¹¹ In den Entscheidungen ging es jeweils um die Vereinbarkeit einer Entlassung aus dem öffentlichen Dienst bzw. einer außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit der Meinungsfreiheit. In einem dritten Fall wendete der EGMR die „Guja-Kriterien“ an, um die Vereinbarkeit einer Bestrafung mit Art. 10 EMRK zu prüfen.¹¹² Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht der EGMR in diesen Entscheidungen zuerst, ob andere Mittel zur Verfügung standen, um dem Fehlverhalten abzuwehren.¹¹³ Grundsätzlich müssten sich Hinweisgeber zunächst an ihre Vorgesetzten oder an andere zuständige Behörden oder Stellen wenden.¹¹⁴ Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel sei, dürften die Informationen als letztes Mittel gegenüber der Öffentlichkeit offenbart werden. Dann nimmt der Gerichtshof eine Abwägung vor, bei der folgende Aspekte zu berücksichtigen seien: 1. das öffentliche Interesse an den weitergegebenen Informationen, 2. ihre Authentizität, 3. die potentiellen Schäden der betroffenen Behörde bzw. des betroffenen Unternehmens, 4. das Motiv des Hinweisgebers (gehe es ihm allein um persönliche Vorteile, rechtfertige dies kein besonders starkes Maß an Schutz; wichtig sei zudem, dass die Person gutgläubig handle, d.h. von der Echtheit der Informationen, dem Vorliegen des öffentlichen Interesses und des Fehlens diskreter Mittel der Abhilfe ausgehe), 5. die auferlegte Sanktion und ihre Folgen für den Hinweisgeber unter Berücksichtigung des Eingriffs und seines Ziels.¹¹⁵

Es ist denkbar, dass diese Grundsätze auch hierzulande, wie bereits von Luxemburger Gerichten, in einem Strafver-

jener den Einflussnahmen verschiedener Politiker auf Ermittlungsverfahren schon früher nicht widerstanden hatte.

¹¹¹ EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 (Heinisch/Deutschland), Rn. 63 ff. = NJW 2011, 3501 (3503). Frau Heinisch hatte Missstände in einem Berliner Altenpflegeheim bei der Staatsanwaltschaft angezeigt, nachdem sie die Heimleitung mehrmals auf die Missstände hingewiesen hatte. Die außerordentliche Kündigung der Arbeitgeberin hielt das LAG Berlin für rechtmäßig, der EGMR sah in der Kündigung einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Meinungsfreiheit.

¹¹² EGMR, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02 (Bucur und Toma/Rumänien), Rn. 93 ff. Herr Bucur arbeitete für den rumänischen Inlandsgeheimdienst Serviciul român de informații (Rumänischer Informationsdienst) und deckte, nach erfolglosen internen Rügen, in einer Pressekonferenz auf, dass der Dienst seine Befugnisse zur Kommunikationsüberwachung regelmäßig missbrauche.

¹¹³ EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Guja/Moldawien), Rn. 73.

¹¹⁴ Ebenda: „to the person’s superior competent authority or body.“ Es wird also kein Vorrang der internen Anzeige gegenüber der Behördenanzeige begründet, *Colneric*, SR 2018, 232 (234, 238 f.). A.A. etwa *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963 (964); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 29018, 1332 (1334).

¹¹⁵ EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Guja/Moldawien), Rn. 74–79.

fahren angewendet werden, in dem es um den Schutz von Geheimnissen geht.¹¹⁶ Dabei wäre jedoch darauf zu achten, dass die gesetzlichen Wertungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes nicht obstruiert werden. Im Gegensatz zu der EGMR-Rechtsprechung ist das Motiv des Hinweisgebers nach den Wertungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes unbeachtlich, denn ein entsprechendes Absichtsmerkmal wurde im Gesetzgebungsverfahren gestrichen.¹¹⁷ Zudem wäre auch zu berücksichtigen, dass nach den Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie internes und externes Whistleblowing rechtlich gleich behandelt werden und allein die Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit an strengere Voraussetzungen geknüpft wird.¹¹⁸

Problematisch ist der Verweis auf die Grundrechte, da es in einigen Konstellationen kaum vorhersehbar ist, wie die grundrechtliche Prüfung durch die Gerichte ausgehen wird. Die Abwägungsentscheidungen des EGMR werden dementsprechend als „Mysterien“ kritisiert, da eine Bestimmung und Gewichtung der maßgeblichen Parameter der Abwägung, insbesondere des Begriffs des öffentlichen Interesses, im Vagen bleiben.¹¹⁹ Diese Kritik führt zu der gerade im Verfassungsrecht kontrovers diskutierten Frage, ob sich Abwägungsvorgänge überhaupt rational begründen lassen.¹²⁰ Das hieraus entspringende Argument der Kontingenz von Abwägungsentscheidungen und ihrer damit einhergehenden Unvorhersehbarkeit wiegt im Strafrecht wegen des sich aus Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. § 1 StGB ergebenden Bestimmtheitsgebots ungleich schwerer, weshalb Abwägungslösungen

¹¹⁶ Im Zuge der LuxLeaks-Affäre wurde ein Whistleblower von wesentlichen Vorwürfen der Anklage wegen eines auf Grundlage der EGMR-Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgrundes sui generis freigesprochen, Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urte. v. 15.3.2017 – 117/17 X. Das Revisionsgericht hob weitere Teile der Verurteilung auf, Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urte. v. 11.1.2018 – 3912. Mitarbeiter von PricewaterhouseCoopers hatten Dokumente bezüglich von Steuervereinbarungen, sog. tax rulings, zwischen dem luxemburgischen Fiskus und über 300 internationalen Unternehmen an einen Journalisten weitergegeben, der die fragwürdigen, wenn nicht unionsrechtswidrigen, Steuerminimierungspraktiken öffentlich machte.

¹¹⁷ Das Merkmal war in § 5 Nr. 2 GeschGehG-E vorgesehen. Wegen seiner Streichung (dazu noch III. 3. b) aa.) wäre es mit dem Willen der Gesetzgebung nicht vereinbar, es nun über § 5 Nr. 1 GeschGehG vorauszusetzen. Gutgläubigkeit bzgl. der objektiven Voraussetzungen ist jedoch insoweit erforderlich als sich der Vorsatz auf den Ausnahmetatbestand des § 5 GeschGehG beziehen muss.

¹¹⁸ Vgl. Art. 5, 7, 10 und 15 Wb-RL. Mit diesen Vorgaben ist die in Fn. 114 zitierte „A.A.“ nicht vereinbar.

¹¹⁹ Fischer-Lescano, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 435 (440).

¹²⁰ Diese Frage kann hier nur gestreift werden. Eine recht aktuelle Übersicht zum Diskussionsstand findet sich bei Camilo De Oliveira, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013.

im Strafrecht, insbesondere auf Tatbestandsebene, soweit wie möglich vermieden werden sollten.¹²¹ Daraus folgt für die Anwendung von § 5 GeschGehG, dass primär die bestimmteren § 5 Nr. 2 und Nr. 3 GeschGehG zu prüfen sind, bevor über § 5 Nr. 1 GeschGehG in die zwar beliebte aber diffuse Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles eingetreten wird.

Problematisch ist der Verweis auf die einschlägigen Grundrechte noch aus zwei anderen Gründen. Mittels des Grundrechtsverweises überlässt es die Gesetzgebung den Gerichten, die Kollisionen zwischen Geheimhaltungs- und Publizitätsinteressen aufzulösen, weshalb sich die Frage aufdrängt, ob sie sich dem Gebot¹²² entzieht, grundrechtswesentliche Fragen gesetzlich zu regeln.¹²³ Außerdem ist fraglich, ob es des Verweises auf die Meinungsfreiheit überhaupt bedurft hätte, denn die geheimnisschützenden Gesetze sind nach der Wechselwirkungslehre des BVerfG ohnehin ihrerseits im Lichte der Verfassung auszulegen. Das Regelbeispiel ist wohl so zu interpretieren, dass der Meinungsfreiheit hier besonderes Gewicht zukommen soll und sie sich regelmäßig gegenüber eventuell entgegenstehenden Grundrechten durchsetzt.

b) Rechtswidrige Handlungen und Fehlverhalten (§ 5 Nr. 2 GeschGehG)

Das zweite Regelbeispiel, § 5 Nr. 2 GeschGehG, ist erfüllt, wenn eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten aufgedeckt wird und die „Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“.

aa) Zur Streichung des Absichtsmerkmals

Zudem wurde in § 5 Nr. 2 GeschGehG-E zusätzlich noch vorausgesetzt, dass die Person in der Absicht handeln müsse, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dadurch sollte verhindert werden, dass ein Geschäftsgeheimnis als Druckmittel verwendet oder aus Rache offenbart wird.¹²⁴ Die im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachten Einwendungen gegen das Absichtsmerkmal haben jedoch, was zu begrüßen ist, zu seiner Streichung geführt.¹²⁵ Kritisiert wurde, dass es nicht auf eine „Gesinnungsprüfung“ ankommen dürfe, sondern entscheidend sei, ob durch die Offenlegung ein öffentliches Interesse geschützt werde.¹²⁶ Zudem wurde moniert, dass das Absichtsmerkmal auf einem Übersetzungsfehler

¹²¹ Im Einzelnen dazu Brockhaus, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), 429 (443 ff.). Kritisch zu Abwägungen beim Whistleblowing auch Abraham, ZRP 2012, 11.

¹²² Siehe dazu BVerfGE 77, 170 (230 f.); 49, 89 (126).

¹²³ Vgl. Fischer-Lescano, AuR 2016, 4 (5).

¹²⁴ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

¹²⁵ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

¹²⁶ Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30 Stellungnahme Semsrott, S. 19, 116; BT-Drs. 19/7704, S. 2. Gegen eine „Gesinnungsprüfung“ bereits Buchert/Buchert, ZWH 2018, 309 (315); Hauck, WRP 2018, 1032 (1037).

beruhe.¹²⁷ In der englischen Fassung wurde der Begriff „purpose“ verwendet, für den „Zweck“ und nicht „Absicht“ die geeignetere Übersetzung darstelle, sonst wäre der Begriff „intention“ verwendet worden.¹²⁸ Des Weiteren geht aus Erwägungsgrund 20 Gs-RL nicht hervor, dass der Schutz von Hinweisgebern von einer bestimmten Motivlage abhängig sein soll. Schon aus diesen Gründen ist die Streichung des Absichtsmerkmals mit der Geheimnisschutzrichtlinie vereinbar.¹²⁹ Zudem harmonisiert die Streichung mit den EU-rechtlichen Vorschriften zum Schutz von Whistleblowern im Bereich der Finanzdienstleistungen, die in Reaktion auf die Finanzmarktkrise 2008 beschlossen und in Deutschland insbesondere mit § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG und § 53 Abs. 5 GwG umgesetzt wurden und den Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie (s. Art. 7, 10, 15 Wb-RL), denn sie setzen weder ein Absichtsmerkmal noch eine bestimmte Motivlage voraus.

Durch die Streichung des Absichtsmerkmals ist die Prüfung des Vorstellungsbildes jedoch nicht gänzlich entfallen. Bei den Ausnahmetatbeständen handelt es sich um negative Tatbestandsmerkmale. Für eine Bestrafung muss daher nachgewiesen werden, dass sich der Tatbestandsvorsatz auf ihr Nichtvorliegen erstreckt hat.¹³⁰ Wenn ein Ausnahmetatbestand objektiv erfüllt ist, aber der Täter hiervon nichts wusste, kommt eine Bestrafung wegen eines untauglichen Versuchs in Betracht.¹³¹ Geht er hingegen irrig davon aus, die Voraussetzungen des § 5 GeschGehG lägen vor,¹³² unterliegt er einem Tatumstandsirrtum und handelt gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht vorsätzlich.

bb) Zum Merkmal des allgemeinen öffentlichen Interesses

Die jeweilige Handlung muss zudem geeignet sein, „das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Was Gerichte darunter im Einzelfall verstehen werden, kann angesichts der begrifflichen Unschärfe des Merkmals schwer vorhersehbar sein.¹³³ In einem Erwägungsgrund der Geheimnisschutzricht-

linie, der in der Beschlussempfehlung des Bundestages rezipiert wird, heißt es hierzu lediglich (was allerdings kaum für mehr Klarheit sorgt), die Offenlegung diene „insoweit dem öffentlichen Interesse [...], als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird“.¹³⁴ Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ wurde auch nicht dadurch geschärft, dass man ihm das Attribut „allgemein“ vorgeschaltet hat. Vielmehr entsteht dadurch ein Pleonasmus, da die Begriffe „allgemeines Interesse“ und „öffentliches Interesse“ in der Rechtsordnung zumeist synonym verwendet werden.¹³⁵ Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtsbestimmtheit, die es im Strafrecht wegen des Gesetzlichkeitsprinzips besonders zu berücksichtigen gilt, ist es bedenklich, „öffentliche Interessen“ als ein Tatbestandsmerkmal zu verwenden.¹³⁶ Besser wäre es gewesen, entweder auf diesen Begriff zu verzichten, ihn durch einen bestimmteren zu ersetzen oder ihn zumindest weiter zu präzisieren.¹³⁷

cc) Zum Begriff des Fehlverhaltens

Der Tatbestand des § 5 Nr. 2 Var. 2 GeschGehG setzt ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten voraus. Nach der Gesetzesbegründung erfasst die erste Art von Fehlverhalten Verstöße „gegen berufsständische Normen“,¹³⁸ weshalb eine bloße „berufsständische Praxis“ nicht ausreichen soll.¹³⁹ Vorstellen kann man sich darunter etwa einen Verstoß gegen Regeln des Deutschen Corporate Governance Kodex. Ob ein sonstiges Fehlverhalten vorliege, sei „nach dem allgemeinen, objektivierbaren Rechtsverständnis“ zu bestimmen.¹⁴⁰ Der Begriff erfasse „Aktivitäten [...], die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen“.¹⁴¹ Als sonstiges Fehlverhalten könnten etwa Auslandsaktivitäten eines Unternehmens gewertet wer-

sich u.a. *Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, 1949; *Klein*, Zum Begriff des öffentlichen Interesses, 1969; *Häberle*, „Öffentliches Interesse“ als juristisches Problem, 1. Aufl. 1970 und 2. Aufl. 2006; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999; *Viotto*, Das öffentliche Interesse, 2009. Es wird auch daran gezweifelt, dass dessen Bestimmung überhaupt gelingen kann: Sie möge eine ähnliche Anteilnahme erwecken wie das Erklimmen der Eigernordwand, habe aber nicht die gleichen Erfolgchancen, *Luhmann*, Der Staat, Bd. 1, 1962, Heft 3, 375. Er hält das öffentliche Interesse für gar kein Interesse, sondern für „ein Programm gewordenen Mißverständnis“, *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 89.

¹³⁴ Erwägungsgrund 20 Gs-RL. So auch BT-Drs. 19/8300, S. 14.

¹³⁵ *Viotto*, Das öffentliche Interesse, 2009, S. 22 f. m.w.N.

¹³⁶ Vgl. *Brockhaus*, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), 429 (451).

¹³⁷ Vgl. etwa die Regelung im britischen Arbeitsrecht, Sect. 43B Public Interest Disclosure Act (PIDA).

¹³⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

¹³⁹ *Bürkle*, CCZ 2018, 193 (Editorial).

¹⁴⁰ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

¹⁴¹ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

¹²⁷ Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30 Stellungnahme Semsrott, S. 18 f., 116, vgl. auch a.a.O., Stellungnahme Böning, S. 61 f.

¹²⁸ Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30 Stellungnahme Semsrott, S. 19. Andererseits deutet die französische Fassung der Richtlinie eher auf ein subjektives Merkmal hin, a.a.O., Hiéramente, S. 26.

¹²⁹ So auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448).

¹³⁰ Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 31, § 12 Rn. 133. Siehe auch BT-Drs. 19/8300, S. 14, das Geschäftsgeheimnis dürfe „nur zur Abwehr von tatsächlichen oder gutgläubig angenommenen Verletzungen oder Gefährdungen öffentlicher Interessen offengelegt werden“; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448).

¹³¹ Der Versuch ist nach § 23 Abs. 5 GeschGehG strafbar.

¹³² Genauer: Erstreckt sich sein Vorsatz nicht auf das Nichtvorliegen des § 5 GeschGehG.

¹³³ Eingehend zum Begriff des öffentlichen Interesses im Kontext des Whistleblowings *Brockhaus*, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), S. 429 (447 ff.). Um eine grundlegende Analyse des Begriffs des öffentlichen Interesses bemühen

den, die möglicherweise in den jeweiligen Ländern nicht rechtswidrig sind, aber in Deutschland als Fehlverhalten angesehen werden, „wie zum Beispiel Kinderarbeit oder gesundheits- oder umweltschädliche Produktionsbedingungen“.¹⁴² Zudem wird die LuxLeaks-Affäre implizit als ein hypothetischer Anwendungsfall des Ausnahmetatbestandes eingeordnet, indem darauf verwiesen wird, dass „[a]uch die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen [...] in der öffentlichen Diskussion häufig als unethisches Verhalten angesehen“ werde.¹⁴³ Während es in diesen Beispielen einleuchtet, dass die jeweiligen Geheimnisse rechtlich nicht geschützt werden sollten, kann die Bestimmung als sonstiges Fehlverhalten wegen der Vagheit des Begriffs in anderen Fällen schwierig werden. Zugespitzt hängt die Tatbestandsmäßigkeit von der Frage ab, ob eine bestimmte Geschäftspraktik vom Gericht als unethisch oder noch als sittlich vertretbar bewertet wird, wodurch sich auch hier die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot stellt.¹⁴⁴

Abgesehen von diesen Bedenken ist es überraschend, dass die Gesetzgebung eine Regelung geschaffen hat, die einen Rekurs auf ethische und damit überpositive Maßstäbe zulässt. Denn aus der Perspektive des im jüngeren Rechtsdenken dominierenden Werterelativismus werden vergleichbare Vorschriften wie § 228 StGB oder § 138 BGB eher als gesetzliche Anachronismen betrachtet. Aus dieser Perspektive stellt sich die neue Vorschrift als metaphysischer Antivismus dar, der erneut, d.h. in der gegenwärtigen Rechtsentwicklung, dazu anhält, über das Verhältnis von Recht und Moral nachzudenken.¹⁴⁵

c) Unbenannte Fälle eines berechtigten Interesses

Wenn keines der Regelbeispiele des § 5 Nr. 1–3 GeschGehG einschlägig ist, kann noch ein unbenannter Fall eines berechtigten Interesses an der jeweiligen Handlung vorliegen. Auch hier wird es in vielen Fällen schwierig sein, vorherzusehen, ob die Gerichte im Einzelfall ein derartiges Interesse anerkennen werden.¹⁴⁶ Dementsprechend schmallippig fällt die

Gesetzesbegründung aus, wenn es heißt, dadurch werde „jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse“ erfasst.¹⁴⁷ Das Merkmal solle zudem „im Einzelfall zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit“ eine „Abwägung mit den Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses“ ermöglichen, auch wenn eine solche Abwägung in der Geheimnisschutzrichtlinie nicht vorgesehen sei.¹⁴⁸ Das erscheint vor dem Hintergrund der bereits weiter oben hervorgehobenen Schwierigkeiten, die generell mit Abwägungen verbunden sind, problematisch.

d) Verhältnismäßigkeitsprüfung und Eskalations- oder Stufenmodell

Teilweise wird gefordert, dass i.R.d. § 5 GeschGehG nicht nur die dort genannten Merkmale, sondern auch die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Handlung geprüft werden müsse.¹⁴⁹ Denn andernfalls wäre jede Offenlegung, die zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, ohne innerbetrieblichen Abhilfeversuch zulässig und könnte sogar stets unmittelbar gegenüber der Öffentlichkeit erfolgen. Das aber sei von der Gesetzgebung nicht gewollt und widerspreche der „ausdifferenzierten Rechtsprechung“ von BAG und EGMR.¹⁵⁰ Stattdessen sei mittels einer Verhältnismäßigkeitsprüfung an dem Stufenmodell der Rechtsprechung festzuhalten, nach welchem Informationen über Missstände grundsätzlich nicht unmittelbar an externe Stellen, geschweige denn die Öffentlichkeit, weitergegeben werden dürften, sondern zunächst innerbetrieblich gerügt werden müssten. Die vom BAG und dem EGMR aufgestellten Grundsätze würden gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG unverändert fortgelten.¹⁵¹

Für diese Auffassung spricht zunächst die bereits weiter oben zitierte Passage, nach der es der Begriff des berechtigten Interesses zulässt, eine Abwägung zur Wahrung der Ver-

leisten“, *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586); kritisch auch *Richter*, ArbRAktuell 2019, 375 (377).

¹⁴² BT-Drs. 19/4724, S. 28.

¹⁴³ BT-Drs. 19/4724, S. 29. Wobei die Kommission (siehe die Pressemitteilung v. 21.10.2015) davon ausging, dass die offengelegten tax rulings (siehe bereits Fn. 116) gegen das Beihilferecht der EU verstießen. Danach wären sie, mangels berechtigten Geheimhaltungsinteresses, schon keine Geschäftsgeheimnisse i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG bzw. ein Fall des § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG.

¹⁴⁴ Für zu unbestimmt halten den Begriff etwa *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586 m.w.N.). Kritisch auch *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2449); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777).

¹⁴⁵ Was i.R.d. Textes nicht weiter vertieft werden kann.

¹⁴⁶ Zu Recht wird daher an § 5 GeschGehG kritisiert, die Vorschrift erschöpfe sich „weitgehend in der Übernahme unbestimmter Rechtsbegriffe“ aus Art. 5 Gs-RL, „ohne eine wirkliche Umsetzung in nationales Recht oder auch nur eine Einordnung in das bereits bestehende nationale Gefüge zu

¹⁴⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 28. Es ist etwas überraschend, dass gerade das SPD-geführte BMJV hier auf richterrechtliche Abwägungen setzt, da es im Entwurf der SPD für ein „Hinweisgeberschutzgesetz“ aus dem Jahr 2012 zum status quo noch geheißen hatte (BT-Drs. 17/8567, S. 5): „Diese auf Richterrecht beruhende Abwägung im Einzelfall führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Eine unmissverständliche Wertung des Gesetzgebers hinsichtlich der Voraussetzungen der Berechtigung zur Abgabe von Hinweisen schafft Klarheit und Verständlichkeit für die Bürgerin und den Bürger.“

¹⁴⁹ *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586); *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448), bezüglich § 5 Nr. 2 GeschGehG; *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777) für „eine Abwägung der im Einzelfall widerstreitenden Interessen“.

¹⁵⁰ *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586).

¹⁵¹ *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777). Zu dieser Vorschrift siehe noch weiter unten.

hältnismäßigkeit vorzunehmen.¹⁵² In welchen Fällen es zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kommen soll, bleibt unklar. Das federführende BMJV scheint sich diesbezüglich selbst unsicher gewesen zu sein.¹⁵³ Zudem wird in Erwägungsgrund 21 der Geheimnisschutzrichtlinie auf den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ Bezug genommen und betont, dass sichergestellt werden solle, „dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter [...] gegeneinander abzuwägen“.

Im Gegensatz dazu begrüßen andere Autoren die neue Regelung in § 5 GeschGehG, da mit ihr die von der Rechtsprechung angewendete Verhältnismäßigkeitsprüfung weggefallen und die Hinweisgeber dadurch von einem nur schwer kalkulierbaren Prognoserisiko befreit worden seien.¹⁵⁴ Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut des § 5 GeschGehG, denn er enthält weder Hinweise auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung noch auf ein abgestuftes Offenbarungsrecht.¹⁵⁵ Ob eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Weiteres als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Regelung hineingelesen werden kann, ist deshalb fraglich. Zudem wäre § 5 GeschGehG überflüssig, wenn ohnehin das bislang von der Rechtsprechung über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung praktizierte Abwägungsmodell fortgelten würde.

Dem Verweis auf Erwägungsgrund 21 der Geheimnisschutzrichtlinie lässt sich entgegenhalten, dass eine Abwägung ausdrücklich in Art. 5 der Richtlinie hätte geregelt werden können, wenn sie dort für erforderlich gehalten worden wäre.¹⁵⁶ In anderen Artikeln der Richtlinie wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ausdrücklich gefordert, weshalb wohl auch nur bei ihnen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen soll. Beispielsweise sind nach Art. 7 Abs. 1 lit. a die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen „in einer Art und Weise anzuwenden, [...] die verhältnismäßig ist“.¹⁵⁷ Im Geschäftsgeheimnisgesetz wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ausdrücklich nur in § 9 und § 11 Abs. 1 vorausgesetzt. Eine „Abwägung aller Umstände“ verlangt allein § 19 Abs. 1 S. 2 GeschGehG.

Zudem besteht die Gefahr, dass durch Verhältnismäßigkeitsprüfungen die in § 5 GeschGehG vorgenommenen gesetzgeberischen Wertungen verwässert werden, und zwar noch dazu durch Entscheidungsvorgänge, deren Ausgang für die Betroffenen häufig kaum vorhersehbar ist. Außerdem

wird die Komplexität der Normstruktur durch Verhältnismäßigkeitsprüfungen aufgebläht, da unter die sichtbare Wortlautebene, die ohnehin schon mit mehreren unbestimmten Rechtsbegriffen operiert, eine kasuistisch determinierte und nur noch für Rechtsexperten verständliche Ebene gezogen wird. Zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sollte es daher, wenn überhaupt, nur in einer eng und klar umgrenzten Anzahl von Fällen kommen.

Allerdings ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zumindest bei § 5 Nr. 1 GeschGehG möglich, denn dort wird auf Grundrechte verwiesen, deren Reichweiten von den Gerichten mittels Verhältnismäßigkeitsprüfungen bestimmt werden.¹⁵⁸ Zudem soll eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Gesetzgebung zufolge bei den unbenannten Fällen eines berechtigten Interesses möglich sein. Dies sollte jedoch auf Fälle beschränkt werden, in denen ein Geschäftsgeheimnis gegenüber der Öffentlichkeit offengelegt wird.¹⁵⁹ Denn diese Art der Preisgabe wird in der Rechtsprechung der Höchstgerichte, aber auch in der neuen Whistleblowing-Richtlinie, an strengere Voraussetzungen geknüpft als eine interne Rüge oder eine Weitergabe an externe Stellen. Das Primat der internen Rüge wurde in der zweiten Fassung der im Trilog-Verfahren abgestimmten Whistleblowing-Richtlinie, im Gegensatz zur ersten Fassung der Richtlinie, aufgegeben.¹⁶⁰ Auch in den oben bereits erwähnten Vorschriften der § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG und § 53 Abs. 5 GwG, die auf europarechtlichen Vorgaben beruhen, wird kein innerbetrieblicher Abhilfeversuch vorausgesetzt, sondern Hinweisgebende können sich unmittelbar an externe Stellen wenden.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist außerdem bei den § 5 Nr. 2 und Nr. 3 GeschGehG ausgeschlossen. Diese Regelbeispiele sind nämlich Ausdruck von Interessenabwägungen der Gesetzgebung, in welchen Fällen das öffentliche Interesse an der Information den entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen der Vorrang einzuräumen ist. Diese Wer-

¹⁵² Dazu oben III. 3. a).

¹⁵³ Der Begriff der „Offenlegung“, der in § 5 GeschGehG verwendet wird, erfasst eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit, BT-Drs. 19/4724, S. 27.

¹⁵⁴ Siehe bereits *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963 (968). Zwar weisen *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777), auf Art. 7 Abs. 2 Wb-RL hin, in dem es heißt, dass sich die Mitgliedstaaten dafür einsetzen, „dass die Nutzung interner Kanäle der externen Meldung in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet“. Die Vorschriften über die externe Meldung von Verstößen sind aber in der Richtlinie nicht an strengere Vorgaben gebunden als die interne Meldung. Deshalb mögen Anreize für den Vorrang des internen Whistleblowings angestrebt werden; was die Sanktionierung von Whistleblowing angeht, ist das externe Whistleblowing jedoch nicht mehr von strengeren Voraussetzungen abhängig als das interne Whistleblowing. Nur an eine Offenlegung, d.h. eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit (Art. 5 Nr. 6 Wb-RL), werden strengere Anforderungen gestellt, siehe Art. 15 Wb-RL.

¹⁵² BT-Drs. 19/4724, S. 28. Zudem werden die in § 5 GeschGehG normierten Merkmale in der Beschlussempfehlung als „Abwägungselemente“ bezeichnet, BT-Drs. 19/8300, S. 15.

¹⁵³ *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135 (137).

¹⁵⁴ *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135 (137).

¹⁵⁵ So auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448). Es sei denn, es wird wie in BT-Drs. 19/4724, S. 28 davon ausgegangen, die Verhältnismäßigkeitsprüfung ergebe sich aus dem Merkmal des berechtigten Interesses.

¹⁵⁶ *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135 (137).

¹⁵⁷ Zudem setzen die Art. 9 Abs. 3, Art. 11 Abs. 2, 13 Abs. 1, Abs. 3 lit. b, 15 Abs. 3 und Art. 16 Gs-RL eine Verhältnismäßigkeitsprüfung voraus.

tungen dürfen nicht mittels mehr oder weniger kontingenten Abwägungsentscheidungen durch die Gerichte nivelliert werden.

Die Auffassung, die BAG-Rechtsprechung zum Whistleblowing sei bei der Auslegung des GeschGehG heranzuziehen, sodass deren Stufenmodell¹⁶¹ anzuwenden sei, beruht auf einer Fehlinterpretation von § 1 GeschGehG. Die Vorschrift regelt den „Anwendungsbereich“ des Geschäftsgeheimnisgesetzes und nach ihrer Nr. 4 bleiben „die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen“ unberührt. Das Arbeitsrecht¹⁶² soll demnach durch das Geschäftsgeheimnisgesetz nicht überlagert werden. Damit werden die arbeitsrechtlichen Wertungen jedoch nicht auf das Geschäftsgeheimnisgesetz übertragen. Die BAG-Rechtsprechung zum Whistleblowing wird daher nicht in das Geschäftsgeheimnisgesetz inkorporiert. Geht es etwa in einem Strafverfahren um eine Bestrafung aus § 23 GeschGehG, wird der Ausnahmetatbestand des § 5 GeschGehG nicht durch die Wertungen des BAG beschränkt oder verdrängt.

4. Die Strafvorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes

Mit § 23 GeschGehG werden die bisher in §§ 17–19 UWG geregelten Straftatbestände gebündelt und ersetzt. Die neue Strafvorschrift verhält sich akzessorisch zu den zivilrechtlichen Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes, denn ob eine strafatbestandsmäßige Tathandlung in der Form des Erlangens, Nutzens oder Offenlegens eines Geschäftsgeheimnisses vorliegt, richtet sich nach den in § 4 GeschGehG geregelten Handlungsverboten, auf die § 23 GeschGehG verweist.¹⁶³

Wer bei einem Unternehmen beschäftigt ist und ein Geschäftsgeheimnis während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses entgegen § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG offenlegt, d.h. gegen eine Verpflichtung verstößt, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen, erfüllt den objektiven Tatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG. Durch diesen

Straftatbestand wurde § 17 Abs. 1 UWG ersetzt, der das Mitteilen von Geschäftsgeheimnissen durch Beschäftigte mit Strafe bedrohte.

Die anderen Straftatbestände des § 23 GeschGehG setzen kein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Täter und dem Inhaber des Unternehmens voraus. Gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG macht sich strafbar, wer ein Geschäftsgeheimnis durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren erlangt. Zudem macht sich gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG strafbar, wer ein derart erlangtes Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt. Äquivalente Straftatbestände enthielten § 17 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 UWG, die das unbefugte Sich-Verschaffen oder Sich-Sichern eines Geschäftsgeheimnisses bzw. das sich anschließende unbefugte Verwerten oder Mitteilen mit Strafe bedrohten. Hat der Täter das Geschäftsgeheimnis durch die Handlung eines Dritten erlangt, die ihrerseits den Tatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 erfüllt, macht er sich nach § 23 Abs. 2 GeschGehG strafbar, wenn er das so erlangte Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt.

In subjektiver Hinsicht erfordern die Straftatbestände des § 23 GeschGehG zunächst einen Tatbestandsvorsatz, der sich nicht nur auf ein in § 4 GeschGehG geregeltes Handlungsverbot beziehen muss, sondern auch auf das Nichtvorliegen der in § 5 GeschGehG geregelten Tatbestandsausnahmen.¹⁶⁴ Als zusätzliches subjektives Merkmal setzen die Straftatbestände aus § 23 Abs. 1 und Abs. 2 GeschGehG voraus, dass der Täter „zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht“ handelt, „dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen“. Die subjektiven Anforderungen sind demnach nahezu identisch mit denen des aufgehobenen § 17 UWG.

Weiterhin ist die unbefugte Nutzung oder Offenlegung geheimer Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, die bisher in § 18 UWG mit Strafe bedroht wurde, nun nach § 23 Abs. 3 GeschGehG strafbar. In § 23 Abs. 4 GeschGehG sind Qualifikationen vorgesehen, die bisher in § 17 Abs. 4 UWG als besonders schwere Fälle geregelt waren.¹⁶⁵ Der Versuch der verschiedenen Straftatbestände ist gemäß § 23 Abs. 5 GeschGehG strafbar.

Durch Journalisten, genauer: die in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO genannten Personen, begangene Beihilfehandlungen sind nach § 23 Abs. 6 GeschGehG nicht rechtswidrig, „wenn sie sich auf die Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung des Geschäftsgeheimnisses beschränken“. Dieser Absatz war im Regierungsentwurf nicht vorgesehen und wurde noch kurzfristig in das Gesetz aufgenommen, um „den in der Sachverständigenanhörung im Hinblick auf mögliche Abschreckungseffekte auf Journalisten geäußerten Bedenken Rechnung“ zu tragen.¹⁶⁶ Der Absatz wurde aus dem fast identischen § 353b Abs. 3a StGB, der 2012 in Reaktion auf

¹⁶¹ Das BAG prüft, ob die Offenlegung eine unverhältnismäßige Reaktion des Arbeitnehmers auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten darstellt, BAG NZA 2004, 427 (430). Dies könne gegeben sein, wenn sich der Arbeitnehmer ohne innerbetriebliche Rüge sogleich an Dritte wendet. Von einer internen Rüge könne absehen, wer sich durch die Nichtanzeige selbst „einer Strafverfolgung aussetzen würde“, wenn es um schwerwiegende Straftaten geht, wenn der Arbeitgeber selbst Straftaten begangen hat oder wenn berechtigterweise nicht zu erwarten sei, dass der Anzeige abgeholfen werde (a.a.O., so auch BAG, NJW 2007, 2204 [2205 f.]). In BAG NJOZ 2013, 1064 (1068 f.), hat das BAG erklärt, diese Grundsätze seien mit der Whistleblower-Rechtsprechung des EGMR vereinbar.

¹⁶² Genauer: rechtsgeschäftliche Vereinbarungen in Arbeitsverträgen und spezialgesetzliche arbeitsrechtliche Regelungen im Bereich der Mitbestimmung, BT-Drs. 19/8300, S. 13.

¹⁶³ BT-Drs. 19/4724, S. 40; *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1778). Zur Zivilrechtsakzessorietät der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflicht siehe bereits II. 2. e).

¹⁶⁴ Siehe dazu im Einzelnen bereits III. 3. a) aa).

¹⁶⁵ BT-Drs. 19/4724, S. 41.

¹⁶⁶ BT-Drs. 19/8300, S. 15; Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahmen Partsch, S. 17, 24, 108; Semsrott, S. 22, 117.

die sog. Cicero-Affäre zur Privilegierung journalistischer Aktivitäten in den Straftatbestand aufgenommen wurde, übernommen.¹⁶⁷ Dadurch sollen „die Wertungen des Kernstrafrechts auf das Nebenstrafrecht übertragen und so die Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung sichergestellt“ werden.¹⁶⁸

5. Zur Anwendbarkeit auf andere Straftatbestände

Neben § 23 GeschGehG gibt es einige andere Strafvorschriften, die Geschäftsgeheimnisse schützen. Sie sind Tatobjekte der Kernstrafrechtstatbestände §§ 203, 204 Abs. 1, 355 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Im Nebenstrafrecht werden sie durch § 85 GmbHG, § 333 HGB, § 404 AktG, § 151 GenG, § 120 BetrVG, § 35 SprAuG und § 69 SchwbG geschützt. In diesen Straftatbeständen werden Geschäftsgeheimnisse jedoch nicht definiert, weshalb sich die Frage stellt, ob bei ihrer Anwendung die neue Legaldefinition des § 1 Nr. 2 GeschGehG und die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG heranzuziehen sind.

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG bleibt „der berufs- und strafrechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen, deren unbefugte Offenbarung von § 203 des Strafgesetzbuches erfasst wird“ unberührt.¹⁶⁹ Daher werden die Legaldefinition und die Ausnahmetatbestände des Geschäftsgeheimnisgesetzes bei der Auslegung des Geschäftsgeheimnisbegriffes des § 203 StGB nicht berücksichtigt. Der Geheimnisschutz ist bei § 203 StGB folglich nicht von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen abhängig und es werden nach wie vor auch „illegale“ Privatgeheimnisse geschützt.

Die anderen oben (unter 5.) genannten Straftatbestände – das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 – bleiben von den Regelungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes nicht unberührt. Demzufolge sind bei den anderen Straftatbeständen die Legaldefinition und die Ausnahmetatbestände des Geschäftsgeheimnisgesetzes zu berücksichtigen. Dafür spricht auch der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung. Gegen eine Übertragung der Legaldefinition auf § 85 GmbHG und §§ 404, 93 Abs. 1 S. 3 AktG wird eingewendet, dass dort kein Geheimhaltungswille vorausgesetzt wird, während sich ein solcher bei der Legaldefinition im Geschäftsgeheimnisgesetz in angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen manifestieren muss, weshalb eine Ausdehnung auf das GmbHG „vom Gesetzgeber wohl nicht gewollt“ sei.¹⁷⁰ Dies überzeugt jedoch nicht, denn mit der Geheimnisschutzrichtlinie wird ein homogener Geschäftsgeheimnisbegriff in der EU angestrebt.¹⁷¹ Dem lässt sich entgegenhalten, dass sich die Harmonisierungsbestrebungen nur auf das Zivilrecht und nicht auch auf das Strafrecht erstrecken. Dies trifft zwar im Ansatz zu, jedoch wird etwa im Aktiengesetz der Geschäftsgeheim-

nisbegriff nicht nur in der strafrechtlichen Vorschrift des § 404 AktG verwendet, sondern auch in anderen, zivilrechtlichen Vorschriften des Gesetzes (§§ 93, 393 und 394 AktG). Jedenfalls im Rahmen dieser zivilrechtlichen Vorschriften sind die einschlägigen Bestimmungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes zu berücksichtigen. Es wäre dann kaum vertretbar, allein in § 404 AktG eine andere Definition der Geschäftsgeheimnisse anzulegen.

IV. Fazit

Die im Gesetzgebungsverfahren vorgenommenen Änderungen, auf die sich fast alle Bundestagsfraktionen verständigt haben, sind durchweg zu begrüßen. Durch die umfassende Ausnahme journalistischer Tätigkeiten aus dem Bereich strafbaren Verhaltens werden befürchtete Einschränkungen der Berichterstattung vermieden. Mit dem in die Legaldefinition eingefügten Merkmal des berechtigten Interesses wird unterstrichen, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht geschützt werden. Konsequenterweise und in der Sache richtig ist auch die Streichung des Absichtsmerkmals aus der Vorschrift zum Schutz von Hinweisgebern, denn ein bestimmtes Motiv wird auch in vergleichbaren Regelungen nicht vorausgesetzt und der Schutz einer Offenlegung sollte in erster Linie von dem Informationsinteresse an den aufgedeckten Informationen abhängen. Allerdings evoziert die Regelung der Ausnahmetatbestände mit ihren verschiedenen vagen Begrifflichkeiten eine Reihe von Auslegungsfragen, die es erheblich erschweren, den Ausgang von Gerichtsentscheidungen vorherzusehen: Was ist ein berechtigtes Interesse und was ein öffentliches Interesse? In welchen Fällen ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, in deren Rahmen Geheimhaltungs- und Informationsinteressen abgewogen werden können? Ist dabei zunächst ein interner Abhilfeversuch erforderlich? Und unter welchen Voraussetzungen ist eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit erlaubt? Hier hätte die Gesetzgebung Farbe bekennen können und bei der Umsetzung der – insoweit auch unklaren – Geheimnisschutzrichtlinie ein eigenes differenziertes Konzept vorlegen können, um die seit einiger Zeit bekannten, mit dem Whistleblowing verbundenen Probleme einer interessengerechten Lösung zuzuführen. Vor dem Hintergrund der Whistleblowing-Richtlinie erscheint es jedenfalls nicht mehr vertretbar, die Ausnahmetatbestände des Geschäftsgeheimnisgesetzes so auszulegen, dass sie zunächst einen erfolglosen internen Abhilfeversuch voraussetzen. Es besteht daher ein Wahlrecht, ob die jeweiligen Missstände zunächst innerbetrieblich gerügt oder unmittelbar gegenüber den zuständigen externen Stellen offengelegt werden. Eine unmittelbar gegenüber der Öffentlichkeit erfolgende Offenbarung kann hingegen in bestimmten Fällen von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

¹⁶⁷ BT-Drs. 19/8300, S. 15.

¹⁶⁸ BT-Drs. 19/8300, S. 15.

¹⁶⁹ *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2448), meint, die Regelung sei überflüssig, da andere „Geschäftsgeheimnisnormen“ ohnehin unberührt vom Geschäftsgeheimnisgesetz fortgelten würden.

¹⁷⁰ *Höfer*, GmbHR 2018, 1195 (1197).

¹⁷¹ Siehe Erwägungsgrund 14 Gs-RL.

Hypothetischer Ersatzeingriff als Lauterkeitsargument

Zur Beweislast als Umgehungsschranke strafprozessualer Garantien

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg*

Besonders im Strafprozess erfreut sich das Argument vom hypothetisch rechtmäßigen Geschehensverlauf reger Beliebtheit: selbst wenn der Ermittlungsfehler unterblieben wäre, hätte man doch ebenfalls das Beweismittel erlangt.

Anlässlich neuerer Entscheidungen zum Richtervorbehalt präsentiert der vorliegende Beitrag Ansätze, die darauf zielen, den hypothetischen Ermittlungseingriff in rechtsstaatlichen Bahnen zu halten.

Eine Rekonstruktion des Arguments vom hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriff zeigt, dass es sich dabei um eine Überlegung der Lauterkeit handelt. Ausgehend von dieser Analyse entwickelt der Beitrag einen vermittelnden Vorschlag, der der Plausibilität des Arguments Rechnung trägt, seine Anwendung aber gleichzeitig an Voraussetzungen der Beweislast knüpft. Der Vorschlag wird abschließend auf praktische Szenarien angewendet.

Especially in criminal procedural law, the argument of hypothetically lawful course of events enjoys great popularity. "Even if the error of investigation had not occurred, the evidence would have been obtained." After presenting recent decisions, which are concerned with this thought with regard to the requirement of judicial approval of investigative measures, the article examines approaches that try to keep the hypothetical consideration within the rule of law.

A reconstruction of the hypothetical argument shows that it constitutes an argument of integrity. Based on this analysis, the article proposes a mediating approach, which takes into account the strength of the argument, but at the same time clearly limits its scope by tying it to preconditions of the burden of proof. Finally, the proposal is applied to practical scenarios.

I. Denken in irrealen Hypothesen – Tücke und Tu-quoque

Gerade im Strafrecht hantieren wir laufend mit kontrafaktischen, hypothetischen Überlegungen: Wenn wir den Messerstich hinwegdächten, wäre der Tod in seiner konkreten Gestalt auch dann eingetreten? Wie wäre es, wenn der Lastwagenfahrer den vorgeschriebenen Mindestabstand eingehalten hätte: wäre die Radfahrerin selbst dann unter die Räder gekommen? Oder aber: Wenn die Ärztin den Patienten vollumfassend über die Risiken des Eingriffs aufgeklärt hätte, hätte dieser dann nicht in die Operation mit Sicherheit eingewilligt?

Dieses Denken in Hypothesen geschieht im Modus des Irrealis der Vergangenheit. Wir unterstellen irrealer Ereignisse als gegeben und überlegen, welche Konklusionen aus diesen irrealen Prämissen zu folgern wären. Sind die Folgen identisch mit denjenigen, die aus den Prämissen der realen Ereignisse resultierten, dann kann es – so das „hypothetische Argument“¹ – doch nicht darauf ankommen, ob nun der reale

oder aber der unterstellte Akt vollzogen wurde: Die gegenwärtige Lage wäre ja ohnehin eingetreten. Also: Ob du nun den Sicherheitsabstand eingehalten hättest oder nicht, es wäre auf dasselbe hinausgelaufen, nämlich darauf, dass die Radfahrerin unter die Räder gekommen ist.

Die Überlegung des hypothetischen Arguments lässt sich wie folgt formalisieren. P sei ein vergangenes Ereignis, und zwar entweder ein reales oder ein hypothetisches. K sei der Zustand der Welt. Es gilt: Wenn erstens entweder das reale oder das hypothetische Ereignis eintritt, wenn zweitens das reale Ereignis den Weltzustand K zur Folge hätte, und wenn drittens auch das hypothetische Ereignis den Weltzustand K zur Folge hätte, dann trifft der Weltzustand K zu – und zwar unabhängig davon ob P real oder nur hypothetisch der Fall ist.²

Was bedeutet das hypothetische Argument rechtspraktisch? Wäre das schädigende Ereignis, also etwa das Unterdie-Räder-Kommen, auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten, so bewirkt das hypothetische Argument den Schutz des Beschuldigten, indem es die Zurechnung des Erfolges zu seiner Verantwortungssphäre unterbindet. Allerdings kann das kontrafaktische Hypothesieren für den Beschuldigten auch nachteilig ausgehen, etwa: „Gleich wie die Ermittlungsbehörden vorgegangen wären, ob rechtmäßig oder rechtswidrig, sie hätten die Beweismittel ohnehin erlangt.“ In derartigen Fällen führt die irrealer Hypothese dazu, dass die Rechtswidrigkeit der Ermittlung deswegen unbeachtlich wird, weil auch der rechtmäßige Weg zur gegenwärtigen Beweislage geführt hätte.³

¹ Mit dem „hypothetischen Argument“ meine ich hier und im Folgenden die argumentative Heranziehung hypothetischer Geschehensabläufe.

² Oder nach den Regeln der formalen Aussagenlogik:

1	(1) P (real) V P (hypoth.)	Annahme
2	(2) P (real) → K	Annahme
3	(3) P (hypoth.) → K	Annahme
1,2,3	(4) K	1,2,3 <i>vel</i> -Beseitigung

Die Pointe daran ist, dass die Aussage „K“ unter den getroffenen Annahmen zutrifft, und zwar ganz unabhängig von der Frage, ob nun „P (real)“ der Fall ist oder ob „P (hypoth.)“ der Fall ist. Denn die drei Annahmen, von denen „K“ abhängt, beziehen sich allesamt nicht auf den tatsächlichen Eintritt eines Ereignisses, sondern behaupten lediglich Zusammenhänge. Mit der *vel*-Beseitigungsregel wird freilich eine Regel eines logischen Kalküls angewandt, dessen Überzeugungskraft vorausgesetzt wird – das Kalkül ist allerdings unumstritten, s. nur *Lehmann*, *Beginning Logic*, 1978 (mit komplexeren Anwendungsbeispielen der Regel bei S. 22 ff.).

³ Siehe zu einer Parallelisierung der Kriterien der objektiven Zurechnung mit unselbständigen Beweisverboten (hinsichtlich der Argumentationslast) *Kudlich*, in: *Zöller/Hilger/Küper*/

* Der Verf. ist Habilitand am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. Dr. Jochen Bung), Universität Hamburg.

So wie die schützende Variante hypothetischen Denkens großmütig anmutet, so haftet der belastenden Variante intuitiv etwas Tückisches an.⁴ Die Bereinigung eines Ermittlungsfehlers durch eine rein „gedankliche Operation“⁵ erweckt den Eindruck, die Verfahrensvorschriften seien für die ohnehin strukturell überlegenen Strafverfolger lediglich als Appelle zu verstehen. Das fehlerhafte Vorgehen als hypothetisch rechtmäßig auszuweisen scheint damit allein Frage gesetzgeberischer Kunst zu sein: Denn solange das Gesetz nur genügend Ermittlungsbefugnisse eröffnet, lässt sich retrospektiv nahezu jedes Beweismittel hypothetisch rechtmäßig erlangen.

Dieser erste Eindruck staatlicher Tücke setzt grundlegend an, stellt nämlich die Legitimität wie auch die Effektivität staatlichen Strafens in Frage. Besonders pointiert findet sich dieser Zusammenhang bei *Nietzsche*:

„Unterschätzen wir nämlich nicht, inwiefern der Verbrecher gerade durch den Anblick der gerichtlichen und vollziehenden Prozeduren selbst verhindert wird, seine That, die Art seiner Handlung, *an sich* als verwerflich zu empfinden: denn er sieht genau die gleiche Art von Handlungen im Dienst der Gerechtigkeit verübt und dann gut geheissen, mit gutem Gewissen verübt: also Spionage, Überlistung, Bestechung, Fallenstellen, die ganze knifflige und durchtriebene Polizisten- und Anklägerkunst, [...] – Alles somit von seinen Richtern keineswegs *an sich* verworfen und verurtheilte Handlungen, sondern nur in einer gewissen Hinsicht und Nutzenanwendung.“⁶

Nietzsche freilich freut die Abhärtung und Distanzierung, die der Strafvorgang bei der verurteilten Person auslöst. Denn die Institution, die Schuldgefühl und schlechtes Gewissen in ihr erwecken soll, erreicht genau das Gegenteil: Durch die Tu-quoque-Empfindung härtet die Strafe den Verbrecher ab. Der Staat scheint um keinen Deut besser, sondern bedient sich offenbar derselben Gaunereien. Die Entwicklung des schlechten Gewissens, das bei *Nietzsche* negativ konnotiert für die zu überwindende internalisierte Triebunterdrückung steht, ist demzufolge durch das Institut des staatlichen Strafens nicht befördert, sondern vielmehr aufgehalten worden.⁷

Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 995.

⁴ Grundlegende Bedenken äußert *Jahn*, der die Figur als unzulässige Analogie zu Lasten des Beschuldigten betrachtet und für eine (über §§ 161 Abs. 2, 477 Abs. 2 S. 2 StPO hinausgehende) gesetzgeberische Kodifikation strenge Anforderungen, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Erforderlichkeit ergeben, anmahnt, siehe *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C S. 77 f. Kritisch dazu *Rogall*, JZ 2008, 818 (825 f.).

⁵ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, S. 82 (der für eine hypothetische Wiederholbarkeitsprüfung eintritt, S. 84). An diese Charakterisierung erinnert *Rogall*, NSTZ 1988, 385 (387).

⁶ *Nietzsche*, in: Colli/Montinari (Hrsg.), Kritische Studienausgabe, Bd. 5, 11. Aufl. 2010, S. 319 f. (*Hervorhebungen* im Original).

⁷ *Nietzsche* (Fn. 6), S. 318 ff.

Auch wenn man *Nietzsches* angesteuertem Vorschlag, nämlich aus dem Spiel der sanktionalen Verantwortungszuschreibung vollständig auszusteigen, bis auf weiteres nicht folgen sollte,⁸ so überzeugt doch seine Analyse in der Tendenz: Zielt die Strafverfolgung darauf, ein Urteil sozial-ethischer Missbilligung auszusprechen, so darf sie doch nicht den nachvollziehbaren Eindruck erzeugen, sich ebenso verwerflicher Methoden zu bedienen wie die verbrecherisch handelnde Person.⁹

Im Folgenden möchte ich ausgehend von neueren Entscheidungen zum Richtervorbehalt (II.) Ansätze nachzeichnen, mit denen der hypothetische Ersatzeingriff in rechtsstaatlichen Bahnen gehalten werden soll (III.). Die Rekonstruktion der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs als Argument der Lauterkeit (IV.) bringt mich anschließend zu einem eigenen Vorschlag (V.), den ich sodann auf verschiedene Szenarien anwende (VI.).

II. Aktuelle Entscheidungen zum Richtervorbehalt

Besonders virulent¹⁰ wird die die Frage des hypothetischen Ersatzeingriffs¹¹, wenn die Zuständigkeit des Richters ausgehebelt wird, indem dessen fehlende Durchsuchungsanordnung durch spätere hypothetische Überlegung ersetzt wird. Die Frage, auf die ich mich im Folgenden konzentriere, wengleich die Überlegungen auf andere Ermittlungsfehler übertragbar sind, lautet also: Genügt es für Verwertung eines Beweismittels, dass ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss erlassen worden wäre?¹² Zu dieser Frage lässt derselbe *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs unterschiedliche Tendenzen erkennen.

So erteilte der 2. *Senat* des Bundesgerichtshofs der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs eine Absage, indem er im

⁸ Siehe *Abraham*, Sanktion, Norm, Vertrauen, 2018, S. 175 Fn. 18 und S. 204 ff.

⁹ Das gilt nicht nur für den prozessualen Strafnachweis, sondern auch für die materielle Strafe.

¹⁰ Vgl. zu einem Überblick über die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe generell *Jahn/Dallmeyer*, NSTZ 2005, 297.

¹¹ Mangels Entwicklung von Grundsätzen die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs insgesamt ablehnend *Fezer*, NSTZ 2003, 625 (629); dem zustimmend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 909.1; *Gercke*, in: *Gercke/Julius/Temming/Zöller* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, Vor § 94 Rn. 32 (fehlende „dogmatische Berechtigung“) m.w.N.

¹² Guter Überblick über die vertretenen Positionen bei *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 389 ff. Den hypothetischen Ersatzeingriff bei Verkenntung des Richtervorbehalts ablehnend *Hauschild*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), Münchener Kommentar Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 105 Rn. 39 m.w.N., wobei bei geringfügigen Verstößen gegen den Richtervorbehalt nicht ohne weiteres ein Beweisverwertungsverbot folgen soll (Rn. 37).

Szenario des vorbefassten Ermittlungsrichters¹³ den Richtervorbehalt stärkte: Dort (Fall 1) hatte die ehemalige Lebensgefährtin des Angeklagten die Polizei über einen hinter der Küchenleiste versteckten Koffer informiert – diesen herbeizuschaffen hatte der Angeklagte aus der Untersuchungshaft von ihr erbeten. Nachdem der Richter des Bereitschaftsdiensts den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses mangels Vorlage der Akte abgelehnt hatte, ordnete die Staatsanwältin die (wiederholte) Wohnungsdurchsuchung an. Der *Senat* bejaht hier ein Beweisverwertungsverbot bezüglich des Kofferinhalts – einem hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlauf könne hier keine Bedeutung zukommen.¹⁴

Nicht nur die bereits in der Erstfassung der Strafprozessordnung verankerte Schutzwürdigkeit der Wohnung streitet für eine solche Stärkung des Richtervorbehalts. Auch dessen verfassungsrechtlich verankerte Bedeutung, die sich daraus ergibt, dass dem Betroffenen bei derartigen Ermittlungsmaßnahmen präventiver Rechtsschutz unmöglich ist, spricht dafür, von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme auf ein Beweisverwertungsverbot zu schließen. Denn es ist gerade die Funktion des Ermittlungsrichters – gewissermaßen angestoßen durch das mutmaßliche Interesse des Betroffenen – als neutrale Instanz sicherzustellen, dass der Grundrechtseingriff klar definiert, messbar und kontrollierbar bleibt.¹⁵ Dass die Strafverfolgungsbehörden im Eilfall über die Voraussetzungen ihrer Zuständigkeit selbst entscheiden, ist nach verfassungsgerichtlicher Einschätzung zwar unausweichlich, erfordert im Gegenzug jedoch besondere Vorkehrungen: Die im Eilfall zulässige Selbstbescheinigung von Zuständigkeit muss unbeschränkt gerichtlich überprüfbar sein,¹⁶ wodurch sich Dokumentations- und Begründungspflichten ergeben, ex Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁷ Insbesondere wird gezieltes Kompetenz-Shopping untersagt: Die Behörden dürfen nicht einfach solange „zuarbeiten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlustes tatsächlich eingetreten ist“.¹⁸

Diese rechtsstaatliche Funktion des Richtervorbehalts wird von der Rechtsprechung nun allerdings nicht dahingehend verstanden, dass ein Verstoß hiergegen *stets* ein Be-

weisverwertungsverbot nach sich zieht. Heilende Wirkung wurde dem hypothetischen Ersatzeingriff von eben demselben *Senat* in folgendem Fall zuerkannt (Fall 2): An einem Ort, an dem es bereits öfter zu Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz gekommen war, kontrollierten Beamte ein verdächtig erscheinendes Fahrzeug. Beim Aussteigen leuchten sie mit Taschenlampen in Richtung des Angeklagten, der sich zum Beifahrersitz wendet und dort hantiert. Als der Beamte die Papiere verlangt, flüchtet der Angeklagte, verriegelt im Laufenden das Fahrzeug und entkommt. Später versucht dessen Freundin den im Fahrzeug befindlichen Rucksack von der Verwahrstelle abzuholen. Noch in der Nacht öffnen die Beamten gewaltsam das Fahrzeug und entnehmen den Rucksack, in dem sie den Entlassungsschein der Justizvollzugsanstalt mitsamt den Personaldaten des Angeklagten finden. Nach Rücksprache mit dem Staatsanwalt des Bereitschaftsdienstes wird schließlich auch die im Rucksack entdeckte Geldkassette aufgebrochen und es werden darin relevante Beweismittel gefunden. Die Durchsuchung von Fahrzeug und Rucksack sei rechtmäßig erfolgt, um die Identität des Verdächtigen festzustellen (siehe § 163b Abs. 1 S. 3 StPO). Bezüglich der Durchsuchung der Geldkassette habe der Staatsanwalt jedoch fälschlich seine Eilkompetenz nach § 105 Abs. 1 S. 2 StPO angenommen. Jedoch scheide, so der *2. Senat* hier, ein Beweisverwertungsverbot dennoch aus, da die hypothetisch rechtmäßige Beweiserlangung möglich erscheint.¹⁹

III. Ansätze zur Begrenzung des hypothetischen Ersatzeingriffs

Während der zweite Fall zeigt, dass die Nichtbeachtung des Richtervorbehalts nicht stets zu einem Beweisverwertungsverbot führen soll, belegt der erste Fall die Absicht der Rechtsprechung, die heilende Wirkung des hypothetischen Ersatzeingriffs nicht voraussetzungslos anzuerkennen. Das erscheint nur folgerichtig, könnte doch bei geschickter Unterlegung hypothetischer Prämissen so gut wie jede Konklusion gefolgert werden – und das gilt umso mehr, je weiter man sich realitätsgenötigt der probabilistischen Logik anvertraut: Würde man diesen Ermittlungseingriff hinwegdenken, ist es dennoch nicht unwahrscheinlich, dass man das Beweismittel ohnehin erlangt hätte.²⁰ Wie lässt sich also das „hegemoniale“²¹ Potential der hypothetischen Überlegung einhegen?

1. Die Formel von der Gleichgewichtigkeit

Eine Strategie, um den Wirkungsbereich des hypothetischen Ersatzeingriffs zu begrenzen, findet sich in der Rechtsprechung des 2., 3. und 5. *Strafsenates*: Zwar sei dem Strafprozess, der auf Ermittlung der materiellen Wahrheit zielt, so die klassi-

¹³ Siehe zum vorbefassten Ermittlungsrichter bereits die Analyse von BVerfG, Beschl. v. 16.6.2015 – 2 BvR 2718/10, bei *Jahn*, JuS 2015, 1135.

¹⁴ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 = BGHSt 61, 266 (276) = NSTZ 2017, 367 m. Anm. *Basdorf*. Vgl. zur vom *Senat* (hier abgelehnten) Frage nach der Erforderlichkeit eines Widerspruchs *Kudlich*, JA 2017, 390 (392 f.). Kritisch zur Ablehnung des Widerspruchserfordernisses die Anm. von *Basdorf*, und nachfolgend auch BGH, Urt. v. 9.5.2018 – 5 StR 17/18; *Greven*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, Vor § 94 Rn. 11.

¹⁵ BVerfGE 103, 142 (151).

¹⁶ BVerfGE 103, 142 (155).

¹⁷ Dazu BVerfGE 103, 142 (160 f.).

¹⁸ BVerfGE 103, 142 (155). Siehe zur Notwendigkeit des Bereitschaftsdienstes *Beulke*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 4. Aufl. 2020, Einl. Rn. 316.

¹⁹ BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15 = NSTZ 2016, 551 m. Anm. *Schneider*.

²⁰ Ein Blick auf § 214 BauGB, der Elemente des hypothetischen Heilungsgedankens enthält, zeigt wie sich ein Regime der Fehlerimmunisierung expansiv entwickeln kann.

²¹ Diese zutreffende Charakterisierung stammt von *Schneider*, NSTZ 2016, 552 (556).

sche Formel, eine Konstruktion fremd, die aus jedem Rechtsfehler ein Beweisverwertungsverbot folgert. Angezeigt sei ein Verbot aber „bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“.²²

Liegt der Verfahrensverstoß noch unter der bezeichneten Schwelle, wird der hypothetische Ersatzeingriff innerhalb der Abwägung²³ zwischen Beschuldigten- und Strafverfolgungsinteressen als Faktor berücksichtigt.²⁴ Wird ein schwerwiegender Verstoß hingegen bejaht, kommt der hypothetischen Erlangbarkeit keine Bedeutung zu. Der Grund für die Strenge der Folge liegt in der Rechtsstaatlichkeit des Ermittlungsverfahrens begründet, welches bedinge, „dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung“ gewonnen werden.²⁵ Wichtig ist hierbei also, dass die Folge des Ausschlusses hypothetischer Verläufe nicht erst bei planvoller Umgehung greift, es vielmehr bereits genügen soll, dass die Rechtsverletzung dem Gewicht nach einer bewussten Umgehung gleichkommt.²⁶

²² Zurückgehend auf BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = BVerfGE 113, 29 (61), findet die Formel sich etwa bei BGHSt 61, 266 (275 f.); BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15 m. Anm. Jäger, JA 2016, 710.

²³ Zur Kritik an der Abwägungslösung generell *Hegmanns*, ZIS 2016, 404 (406 ff.).

²⁴ Siehe *Schneider*, NStZ 2016, 552 (554, Anm. zu BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15); sich anschließend OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (verkürzt) Rn. 12 f.

²⁵ BGHSt 51, 285 (296) = BGH, Urt. v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06 = NJW 2007, 2269 m. Anm. *Brüning*, HRRS 2007, 250, *Roxin*, NStZ 2007, 616; *Mosbacher*, NJW 2007, 3686; BGH, Beschl. v. 30.8.2011 – 3 StR 210/11 = NStZ 2012, 104 (105); BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15 Rn. 16.

²⁶ Nach *Radtke*, NStZ 2017, 180 (181), nehmen die Gerichte bei der Schwerebeurteilung „eine eigene Bewertung der Zweckmäßigkeit ermittelungsbehördlichen Handelns bezogen auf die ex-ante-Situation vor“, in Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.6.2016 – III-3 RVs 46/16 = NStZ 2017, 177. Das OLG hatte hier eine (jedenfalls) gleichgewichtige Missachtung des Richtervorbehalts angenommen, da die Polizeibeamten sehenden Auges durch Klopfen an der Wohnungstür eine Situation herbeiführten, die entweder zu einer freiwilligen Öffnung oder aber zu drohendem Beweisverlust – und somit eigener Eilkompetenz – führen musste (a.a.O., 179). Zudem nahm das OLG eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes bzgl. der bei der Durchsuchung getätigten Aussage an, da die Situation mit derjenigen zu vergleichen sei, in der Aussagen unter dem Eindruck des Vorhalts von unverwertbaren Erkenntnissen gewonnen wurde (BGHSt 32, 68). Dies lehnt *Radtke*, a.a.O., unter anderem aufgrund fehlender Darlegungen zur Auswirkung ab; dem zustimmend *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 62. Aufl. 2019, § 105 Rn. 19; siehe zur Reichweite der Beweisverwertungsverbote *Roxin/Schünemann*, Straf-

Für den Einhebungsversuch der Rechtsprechung kommt es entscheidend darauf an, wie die Formel zu operationalisieren ist: Wann ist also von einer solchen, der planvollen Umgehung gleichgewichtigen Rechtsmissachtung auszugehen?²⁷ Als erste Antwort lassen sich die Subsumtions-Formulierungen der einschlägigen Entscheidungen heranziehen: So wurde eine gleichgewichtig grobe Verkenning bejaht, wenn die Anordnung der Wohnungsdurchsuchung „objektiv willkürlich“²⁸ erfolgte, die Annahmen der Ermittlungsbehörden „nicht nachzuvollziehen“ sind, deren Begründungsversuche „offensichtlich keine Verbindlichkeit beanspruchen“²⁹ oder deren Vorgehen „eine grundlegende Verkenning der Bedeutung des Richtervorbehalts“³⁰ erkennen lässt.

Weitere Erläuterung der Formel lässt sich aus der Begründung ziehen, die der Absage an den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs folgt: Würde man selbst grobe Missachtungen des Richtervorbehalts dulden, könnte auf diese Weise die gesetzliche Kompetenzregelung „stets unterlaufen werden und [...] sogar letztlich sinnlos werden“. Es entstünde gar „ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters einfacher und möglicherweise erfolgsversprechender zu gestalten“.³¹ Die Rechtsprechung beabsichtigt demnach zu verhindern, durch die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs einen Anreiz für Missbrauch zu setzen. Denn, so scheint die Befürchtung zu gehen, würden die Ergebnisse fehlerhafter Ermittlungen gleich wie die Ergebnisse rechtmäßiger Ermittlungen berücksichtigt, wären – vom Berufsethos abgesehen – die Gründe dafür, den Fehler von vornherein zu vermeiden, in ihrer motivationalen Kraft reduziert.³²

Durch die Formel der „bewussten oder gleichgewichtigen Rechtsmissachtung“ gelingt es der Rechtsprechung somit, bei schweren Verfahrensfehlern den Gedanken des hypothetischen Ermittlungsverlaufs auszuschließen, ohne eine Prüfung des Missbrauchs oder der Böswilligkeit anzustellen. Im Fall des vorbefassten Ermittlungsrichters (Fall 1) gelangt der 2. Strafsenat zu einem Beweisverwertungsverbot, indem er

verfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 24 Rn. 59 ff. (Fortwirkung bei Rn. 61).

²⁷ Für den Fall der Willkür verweist *Hegmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2020, § 105 Rn. 29, auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, das Willkür annimmt, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt in krasser Weise missdeutet wird und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht (BVerfG, Beschl. v. 29.10.2015 – 2 BvR 388/13 = NStZ-RR 2016, 159, 159).

²⁸ BGHSt 51, 285 (294).

²⁹ BGH NStZ 2012, 104 (105, beide Zitate).

³⁰ BGHSt 61, 266 (276).

³¹ Siehe die Nachweise bei Fn. 25.

³² Zur Disziplinierung der Ermittlungsbehörden, die im Einklang mit dem deutschen, an der materiellen Wahrheit orientierten Strafprozess statt durch Beweisverbote eher durch effektive strafrechtliche Sanktionierung anzustreben sei, *Roxin/Schünemann* (Fn. 26), § 24 Rn. 27.

eine ebensolche gleichgewichtige Rechtsmissachtung konstatiert: Die Staatsanwältin habe die Bedeutung des Richtervorbehalts grundlegend verkannt, als sie nach der Befassung des Eilrichters in der Sache die eigene Eilkompetenz erneut aufleben ließ, obwohl sich keinerlei neue Umstände ergeben hatten. Ein nachvollziehbarer Grund, weshalb nichts unternommen wurde, um die vom Richter bedungenen Akten beizubringen, sei nicht zu erkennen.³³

Im Fall der Geldkassette (Fall 2) hingegen lehnt der *Senat* ein Beweisverwertungsverbot ab, ohne auf die dargelegte Formel auch nur hinzuweisen.³⁴ Eine hypothetisch rechtmäßige Beweiserlangung, so die Begründung, erscheine möglich, für eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts gebe es keine Anhaltspunkte.³⁵ Womöglich ist der Fall der Geldkassette allerdings als ausbrechende Abweichung vom Einhegungsbestreben zu verstehen. Nach der dargestellten Formel wäre zu prüfen gewesen, ob nicht, trotz des Fehlens von Indizien für eine bewusste Missachtung, von einer gleichgewichtigen Missachtung auszugehen war. Für den ausbrechenden Charakter der Entscheidung spricht darüber hinaus, dass derselbe *Senat* kurze Zeit später bei einem ähnlichen Fall in Anwendung der Formel ein Beweisverwertungsverbot bejahte:³⁶ Der Oberstaatsanwalt, so die Begründung dort, habe „noch nicht einmal den Versuch unternommen [...], an einem Werktag zu dienstüblichen Zeiten einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu erlangen, zumal der Angeklagte sich in Untersuchungshaft befunden hatte“. Das Vorbringen, er habe nicht gewusst, dass die Tat bereits zehn Tage zurücklag, ändere daran nichts – und sei ohnehin der Verantwortungssphäre der Ermittlungsbehörden zuzurechnen. Es handle sich daher um einen schwerwiegenden Verstoß.³⁷

Wengleich sich der Fall der Geldkassette demnach als ausbrechende Entscheidung interpretieren ließe, erscheint es auch denkbar, dass dort die erforderliche Schwere des Verstoßes implizit verneint wurde, möglicherweise erst im Lichte der festgestellten Höchstwahrscheinlichkeit³⁸ eines erfolgreichen hypothetischen Vorgehens.

Man kann die Formel der Rechtsprechung auf Grund dieser und ähnlicher Unklarheiten, die sich bei ihrer Anwendung

ergeben, als allzu „weiche Formulierung“³⁹ kritisieren: Wann erfüllt eine nicht-bewusste Missachtung das Kriterium der Gleichgewichtigkeit? Welche Rolle spielen Irrtums-Vorbringen seitens der Strafverfolgungsbehörden?⁴⁰ Man mag auch fragen, warum die Schwere des Verstoßes, ob nun bewusst oder gleichgewichtig, darüber entscheiden sollte, ob überhaupt in die Abwägung über ein Beweisverwertungsverbot eingetreten werden darf – und nicht etwa der Schutzzweck der verletzen Norm. Denn dort im Schutzzweck, so ließe sich mit *Beulke* vorbringen, scheint die gesetzgeberische Entscheidung auf, wann eine Abwägung über die Verwertung von vornherein unterbleiben muss.⁴¹

2. Informationelles Handlungsunrecht

Eine andere Kritik der Formel „bewusster oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung“ setzt bei der Parallelität der Fehlerfolge an, also daran, planvolle Umgehung und gleichgewichtige Verstöße gleichermaßen als eine Interessensabwägung ausschließend, und damit als der Rettung durch hypothetische Überlegungen unzugänglich zu behandeln. Die Sorten von Verstößen, so *Schneider*, seien vielmehr analog zur Differenz von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu bewerten, sodass sich eine Gleichsetzung verbiete.⁴² Auch bei grob fehlerhaften, quasi-fahrlässigen Formalverstößen sei daher in eine Abwägung einzutreten, die tendenziell zugunsten der Berücksichtigung

³⁹ So *Mosbacher*, der die aus der Formel der „gleichgewichtig grobe[n] Verkennung“ resultierende Rechtsunsicherheit bemängelt, die sich noch dazu daraus ergebe, dass das Gewicht des Rechtsfehlers aus einer Gesamtschau einzelner Ermittlungshandlungen geschlossen wird, *Mosbacher*, NJW 2007, 3686 (3687).

⁴⁰ Nach *Brunns*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Fn. 14), § 105 Rn. 22, begründet die irrtümliche Annahme von Gefahr im Verzug kein Verwertungsverbot – in der dazu angeführten Stelle (BGHSt 51, 285 [293]) wird allerdings lediglich ausgeführt, dass es „nicht tragbar wäre“, würde man „bei jeglichem Irrtum“ der Strafverfolgungsbehörden ein Verwertungsverbot annehmen. Bei BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15, wird der Aspekt, dass dem Oberstaatsanwalt „nicht bewusst gewesen sei, dass die den Ermittlungen zu Grunde liegende Straftat bereits zehn Tage zurücklag“ als den Ermittlungsbehörden zurechenbare Fehlvorstellung bewertet, wobei allerdings für die Bejahung eines schwerwiegenden Verstoßes noch weitere Überlegungen angeführt werden (a.a.O., Rn. 15). Auch bei irrtümlicher Annahme von Gefahr in Verzug für ein allgemeines Verwertungsverbot *Tsambikakis*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 26. Aufl. 2014, § 105 Rn. 141.

⁴¹ So *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (672 f.); *ders.* (Fn. 18), Einl. Rn. 284. Wenn der Schutzzweck die Korrektur durch hypothetische Überlegungen zulasse, seien lediglich rechtliche, nicht aber tatsächliche Fehler in der Vorgehensweise der Strafverfolgungsorgane korrigierbar (a.a.O.).

⁴² *Schneider*, NSTZ-Sonderheft 2009, 46 (52); vgl. auch *ders.*, NSTZ 2016, 552 (554).

³³ BGHSt 61, 266 (276). Die Akten waren mit dem Antrag auf Erlass eines Beschlagnahmebeschlusses beim Amtsgericht – die Überwindung von „organisatorischen Schwierigkeiten“ sei zur Wahrung des präventiven Rechtsschutzes angezeigt gewesen (a.a.O., 273 f.).

³⁴ Erwähnt wird lediglich, dass für eine bewusste Missachtung keine Anhaltspunkte vorliegen, BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15 = NSTZ 2016, 551 (552).

³⁵ BGH NSTZ 2016, 551. Vgl. auch BGH NSTZ 2004, 449: Der Staatsanwalt hatte die Wohnungsdurchsuchung ohne Anrufung des Ermittlungsrichters angeordnet. Der *1. Strafsenat* sah darin keinen besonders schwerwiegenden Fehler.

³⁶ Darauf verweist auch *Schneider*, NSTZ 2016, 552 (554).

³⁷ BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15.

³⁸ BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15 = NSTZ 2016, 551 (552).

hypothetisch erlangbarer Beweismittel offen sei.⁴³ Für diese verwertungsfreundliche⁴⁴ Tendenz spreche folgende versuchsdogmatische Überlegung: Durch den rechtswidrigen Ermittlungseingriff verwirklichten die Behörden zwar informationelles Handlungsunrecht. Da ihnen materiell gesehen der informationelle Anspruch auf das Ermittlungsergebnis jedoch zustehe, fehle es am entsprechenden Erfolgsunrecht. Und wie die versuchte Tat mangels Erfolgsunrechts milder als ihre Vollendung bestraft werden dürfe und dies in aller Regel auch werde, so streite das entsprechend verminderte Unrecht bei rechtswidrig gewonnenen Beweismitteln für deren Verwertung. Das aufgrund der hypothetischen Erwägungen fehlende Erfolgsunrecht „dürfte den Stellenwert des [...] Handlungsunrechts bei wertender Gesamtbetrachtung der beurteilungsrelevanten Faktoren vielfach derart absenken, dass die Annahme eines Beweisverwertungsverbots rechtsstaatlich nicht mehr ohne weiteres gerechtfertigt ist“.⁴⁵

Obgleich das Argument vom fehlenden informationellen Erfolgsunrecht einleuchtet, lässt sich daraus strenggenommen lediglich ableiten, dass die Verwertung rechtswidrig erlangter, aber hypothetisch rechtmäßig erlangbarer Beweismittel in geringerem Maße ins Unrecht setzt als es die Verwertung von solchen Beweismitteln tun würde, die nicht einmal hypothetisch rechtmäßig beschafft hätten werden können. Darüber hinaus zeigt bereits der für die Argumentation herangezogene § 23 Abs. 2 StGB, dass auch der Versuch sanktionswürdiges Unrecht hinterlässt. Es ist lediglich die Binarität der prozessualen Verwertungsfrage – verwertbar oder nicht-verwertbar –, die dazu verleitet, diesem Unterschied kategoriale Bedeutung beizumessen. Ob allerdings die Differenz im Erfolgsunrecht dazu hinreicht, um die Schwelle vom Unwertbaren zum Wertbaren hin überschritten zu sehen, ist damit noch nicht überzeugend dargelegt.

3. Nichtigkeitslehre

Eine weitere, dem öffentlichen Recht entlehnte Lösung zur Einhegung des hypothetischen Ersatzeingriffs wurde speziell für die Frage der Durchsuchung von *Jäger* vorgeschlagen: In Anlehnung an die Nichtigkeitslehre des Verwaltungsrechts⁴⁶ soll die Figur des hypothetischen Eingriffes immer dann unberücksichtigt bleiben, wenn die Behörde, die die Durchsuchung anordnete, absolut unzuständig war. Bei relativer Zuständigkeit soll die Heilung durch Hypothese hingegen nur ausscheiden, falls die Voraussetzungen der Eilzuständigkeit offensichtlich fehlten.⁴⁷

⁴³ Zustimmend *Hegmann* (Fn. 27), § 105 Rn. 31.

⁴⁴ Zu beachten ist allerdings der wichtige Hinweis *Schneiders*, dass – bei Anwendung seiner Systematik – die Bewertung als *bewusster* Verstoß „häufiger als bisher“ anzubringen sei (*Schneider*, NStZ-Sonderheft 2009, 46 [52 Fn. 44]).

⁴⁵ *Schneider*, NStZ-Sonderheft 2009, 46 (48 f.).

⁴⁶ Siehe allgemein zur Übertragung der verwaltungsrechtlichen Fehlerlehre auf das Strafprozessrecht *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 389 ff.

⁴⁷ *Jäger*, JA 2016, 710 (712). Diese Differenzierung kann anknüpfen an BGHSt 51, 285 (291), wo – bezugnehmend auf

Das Kriterium absoluter Unzuständigkeit markiert eine praktikable Grenze zulässigen Hypothesisierens: Dass die Ermittlungsbehörden durch die Anordnung einer völlig unzuständigen Behörde Beweismittel gewinnen, erscheint rechtsstaatlich unerträglich. Auch die Überlegung, dass bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder ihren Ermittlungspersonen die Offensichtlichkeit der Verknennung über eine Heilung entscheiden soll, ist an sich überzeugend. Offen bleibt bei diesem Vorschlag, ob damit die Offensichtlichkeit für die Anordnenden oder aber die Offensichtlichkeit für die Beobachtenden, also unter anderem die Richtenden, zu verstehen ist. Vieles spricht, so möchte ich unten darlegen, für die zweite Interpretationsmöglichkeit. Folgt man dieser Interpretationsweise, so scheint die Lösung entlang der Nichtigkeitslehre allerdings nicht berücksichtigen zu können, ob die Anordnenden einem – rechtlichen oder tatsächlichen – Irrtum unterlagen.

4. Faktoren der Wahrscheinlichkeit

Während die bisherigen Einhegungsvorschläge sich am Kriterium der Schwere des behördlichen Unrechts orientierten,⁴⁸ kommt als weitere Stellschraube der Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit des hypothetischen Aktes in Betracht. Hier lassen sich geringere oder strengere Anforderungen stellen – und das gilt für mehrere Aspekte. *Jahn* hat hier drei Parameter herausgestellt, die eine Theorie des hypothetischen Ersatzeingriffs klären muss.⁴⁹

Der erste Parameter betrifft den Bezugspunkt des hypothetischen Alternativverlaufs. Was genau muss hypothetisch gelingen: Die Überführung des Beschuldigten, das Zustandekommen eines identischen Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme oder aber die Erlangung des konkreten Beweismittels? Der zweite Aspekt berührt den Konkretisierungsgrad der Verlaufshypothese: Wie konkret muss die Hypothese gebildet werden: Abstrakt, konkret oder muss der alternative Ermittlungsweg sogar bereits angelegt gewesen sein?⁵⁰ *Kudlich* entwickelt hier in Anlehnung an Kriterien der objektiven Zurechnung, dass sich die hypothetische Erlangung eng am konkreten Einzelfall zu orientieren habe.⁵¹ Der dritte Faktor

Roxin, NStZ 1989, 376 (379) – der *absoluten* Unzuständigkeit eine erhöhte rechtsstaatliche Bedenklichkeit attestiert wird.

⁴⁸ Kritisch zum Schwerekriterium aber *Jäger*, der darauf hinweist, dass der Hypothesengedanke erst einmal unabhängig von der Schwere des Verstoßes ist, *Jäger*, JA 2016, 710, (712).

⁴⁹ *Jahn* (Fn. 4), C S. 75 ff. mit zahlreichen Nachweisen. *Jahn* sieht die Unklarheit in sämtlichen Parametern als Argument für die Unzulässigkeit. Die Figur stelle eine unzulässige Analogie zulasten des Angeklagten dar. Sollte der Gesetzgeber sich zur Normierung entscheiden, sei die jeweils strengste Variante der Ausgestaltung der Parameter vorzugswürdig.

⁵⁰ Im Sinne der dritten Variante etwa *Rogall*, NStZ 1988, 385 (392). Kritisch dazu *Pelz*, *Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe*, 1993, S. 154 f.

⁵¹ Er fordert dieselbe Ermittlungsart, siehe *Kudlich* (Fn. 3), S. 1006.

betrifft das Maß der Wahrscheinlichkeit:⁵² Wie wahrscheinlich muss die Erlangung des Beweismittels sein: Möglich, wahrscheinlicher als die Nichterlangung, höchstwahrscheinlich oder gar quasi-sicher? Beachtenswert ist hier die Differenzierung *Eisenbergs*, der zwischen der Frage der Tatsachen, die der Verlaufshypothesenbildung zugrunde liegen, und der Frage des Eintritts der Hypothese trennt: Die erste Frage fordere Sicherheit, die zweite höchste Wahrscheinlichkeit, wobei der Nachweis der Nichtursächlichkeit des Fehlers bei den Behörden liegen soll.⁵³

Diese drei Parameter – Bezugspunkt, Konkretisierungsgrad, Wahrscheinlichkeitsgrad – eignen sich dazu, die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs rechtsstaatlich zu begrenzen.⁵⁴ Auf der einen Seite betreffen die Parameter normative Festlegungen, deren Ausgestaltung rechtspolitisch zu diskutieren ist.⁵⁵ Auf der anderen Seite handelt es sich um epistemische Fragen, also Fragen danach, was zu wissen möglich ist. Was diese Aspekte betrifft, dürfte es attraktiv sein, wie ich hier nur andeuten kann, Überlegungen aus der Erkenntnistheorie fruchtbar zu machen: So gibt es dort bei der Frage, wie man auf die Haltung des radikalen Skeptikers reagieren kann, eine Argumentationslinie, die mit dem Modell „näherer und entfernterer Welten“ arbeitet – die näheren Welten sind der aktuellen Welt verwandter und insofern ist auch deren Existenz naheliegender.⁵⁶

Wenn ich auch die normativen und epistemischen Fragen des Wahrscheinlichkeitskriteriums an dieser Stelle nicht weiterverfolgen kann, mahnt doch deren weitgehende Offenheit zur Vorsicht bei der Heranziehung des hypothetischen Ermittlungseingriffs. So wird man wohl, das soll hier als Arbeitshypothese dienen, eben dieselbe richterliche Überzeu-

gungsgewissheit dafür verlangen müssen,⁵⁷ dass die Beweismittel auch bei rechtmäßigem, zu erwartendem Vorgehen der Ermittlungsbehörden erlangt worden wären, wie sie § 261 StPO für das Ergebnis der Beweisaufnahme fordert.⁵⁸

5. Ergebnis zu den dargestellten Lösungsvorschlägen

Neben den hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des hypothetischen Ersatzeingriffs wird für dessen Zulässigkeit vor allem die Schwere des Verstoßes als relevant erachtet.⁵⁹ Ausschließlich bei planvoller Umgehung die geforderte Schwere und damit ein Verwertungsverbot anzunehmen, ist dabei nicht zwingend. Die Erweiterung des Verwertungsverbots durch die Rechtsprechung auf „gleichgewichtige Rechtsmissachtungen“ ist daher prinzipiell plausibel.⁶⁰ Die angeführten Urteile zeigen allerdings, dass die Formel der gleichgewichtigen Rechtsmissachtung zumindest der Konkretisierung bedarf.⁶¹

⁵⁷ *Heghmanns* möchte zur Ablehnung eines Beweisverwertungsverbot genügen lassen, dass „das Auffinden des Beweismittels bzw. ein anderweitiger Tatnachweis bei alternativem Vorgehen wahrscheinlicher als sein Nichtauffinden bzw. die Unbeweisbarkeit des Geschehens wäre“ *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (411). Überzeugend ist die – unter Hinweis auf *Pelz* (Fn. 50), S. 153 getroffene – Ergänzung, dass bei Unaufklärbarkeit die Beweislast die Strafverfolgungsbehörden treffe.

⁵⁸ Insbesondere hinsichtlich des zu fordernden Wahrscheinlichkeitsgrades folge ich hier *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, (670 f.). *Beulke* gelangt auf diesem Wege allerdings zu einer sehr restriktiven Position: Da richterliche Entscheidungen (und damit auch diejenige des Ermittlungsrichters) nie eindeutig prognostizierbar seien, könne der hypothetische Kausalverlauf den Verfahrensverstoß nur dann neutralisieren, sofern bereits alternative Ermittlungswege angelegt waren. So wären – im Fall Weimar (BGH NStZ 1989, 375 m. Anm. *Roxin*) – die bei einer rechtswidrigen Durchsuchung gefundenen kompromittierenden Kleidungsstücke dann verwertbar gewesen, wenn bereits vorher die Reinigung informiert war, sodass man die Kleidungsstücke ohnehin gefunden hätte, *Beulke*, a.a.O., 674 f.

⁵⁹ Es findet sich auch die Überlegung, die Schwere des verfolgten Delikts miteinzubeziehen. Zur Verteidigung dieser Überlegung im Rahmen der Gesamtabwägung über die Verwertung *Schneider*, NStZ 2016, 552 (555).

⁶⁰ Hingegen fragt *Wohlers*, StV 2008, 434 (440), weshalb es überhaupt relevant sein sollte, zwischen bewussten, willkürlichen und schlicht fehlerhaften Missachtungen des Richtervorbehalts zu differenzieren – betrachtet man Grundrechtsschutz durch Verfahren als dessen Funktion (a.a.O.), ist diese Kritik (sofern man auf den konkreten Einzelfall fokussiert) nur folgerichtig.

⁶¹ Der Formel zustimmend und in Bezug auf die grob rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr in Verzug Fallgruppen erörternd *Brüning*, HRRS 2007, 250 (253 f.). Auch *Wohlers*, StV 2008, 434 (436 ff.), erkennt durchaus eine gewisse Systematisierung in den Fallgruppen der Rechtsprechung.

⁵² *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (411), weist darauf hin, dass der Vergleich mit den Anforderungen der Beruhensprüfung nach § 337 StPO nicht überzeugt: Im Gegensatz zur Möglichkeit der Fehlerheilung in einem neuen Verfahren nach Zurückverweisung ist die Unverwertbarkeitsentscheidung regelmäßig endgültig.

⁵³ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 410.

⁵⁴ Einen konkreten Anwendungsfall liefert *Schneider*, der im Fall der Geldkassette die Erlangung des Durchsuchungsbeschlusses nicht als hochwahrscheinlich, sondern für lediglich möglich hält (und insofern die hypothetische Erwägung ausschließt). Er stellt also darauf ab, ob der zuständige Ermittlungsrichter allein aus Persönlichkeit und strafbarem Vorleben sowie aus Ort und Zeit des gegebenen Geschehens geschlossen hätte, dass der Vorfall (der Flucht vor der Fahrzeugkontrolle) ausreichende Anhaltspunkte für ein BtMG-Delikt liefert, siehe *Schneider*, NStZ 2016, 552 (556).

⁵⁵ *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297, 303, weisen darauf hin, dass mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie die strafprozessualen Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung unbedingt klar zu regeln sind. Siehe zu dieser Beweisbefugnislehre ausführlich *Jahn* (Fn. 4), C S. 66 ff.

⁵⁶ *Pritchard*, International Journal of Philosophical Studies 10 (2002), 283 (295 ff.).

Das Kriterium der Offensichtlichkeit weist insofern die richtige Richtung. Es hat nämlich den Vorzug, bei der Verwertbarkeitsentscheidung die nachträgliche, subjektive Sichtweise der Strafverfolgungsbehörden als zentrales Kriterium zu verdrängen.⁶² Das Kriterium der Offensichtlichkeit rückt die Frage ins Zentrum, wie das Vorgehen der Ermittlungsbehörden aus der Beobachterperspektive (berechtigterweise) wahrgenommen wird. Weshalb diese Perspektivenverschiebung überzeugt, dürfte klarer werden, wenn man sich die argumentative Kraft der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs vor Augen führt.

IV. Hypothetischer Ersatzeingriff als Argument der Lauterkeit

Was macht das Argument vom hypothetischen Ersatzeingriff zu einem attraktiven Argument und was setzt es voraus?⁶³ In den einschlägigen Fällen haben wir es mit einem Eingriffsakt zu tun, der der Genehmigung bedarf. Diese Genehmigung wurde zwar nicht eingeholt, doch wäre sie erteilt worden, so sie beantragt worden wäre. Kurz: Es handelt sich also um einen genehmigungspflichtigen und ungenehmigten, jedoch genehmigungsfähigen Akt.

Der Hypothetiker fokussiert nun die Genehmigungsfähigkeit, also die materielle Sicht, und bringt realistisch vor: „Jetzt ist es so wie es ist. Auch tadelloses Vorgehen hätte uns in den gegenwärtigen Stand versetzt.“ Die Gegenseite betont die Seite der Genehmigungspflicht und kann vorbringen, dass nicht allein die materielle Lage interessiert. Denn es fehlte gerade die Genehmigung, deren Einholung formal vorgeschrieben war.⁶⁴

Das Fehlen der Genehmigung betrachtet der Hypothetiker dagegen als *Petitesse*: Jede formale Anforderung muss einen Zweck verfolgen, der außerhalb der formalen Anforderung selbst liegt und in der Sicherung materieller Rechtspositionen besteht. Sich auf eine formale Anordnung ungeachtet der materiellen Lage zurückzuziehen, droht Rechtsförmigkeit mit Rechtsförmelerei zu verwechseln.

⁶² Kritisch diesbezüglich auch *Tsambikakis* (Fn. 40), § 105 Rn. 140 (beim Fehlen einer wirksamen Durchsuchungsanordnung).

⁶³ Vgl. zu einem Überblick über die Spielarten der Argumente bei *Rogall*, NStZ 1988, 385 (387 ff.). *Rogall* selbst kommt zu einer grundsätzlichen Befürwortung hypothetischer Ermittlungsverläufe: „Die individualschützenden Funktionen der Verwertungsverbote erscheinen in einem anderen Licht, wenn das zu schützende Gut ohnehin dem legalen staatlichen Zugriff offensteht.“ Dies gelte jedoch nicht, sofern das präventive Rechtsschutzinteresse oder das faire Verfahren betroffen sind. (a.a.O., 392). Auch *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 14, halten das Argument für „prinzipiell vernünftig“.

⁶⁴ Nachdrückliches Plädoyer gegen die Herabsetzung von Verfahrensvorschriften zur bloßen Formsache bei *Ransiek*, StV 2002, 566 (567); noch weitere Nachweise bei *Park* (Fn. 12), Rn. 390. Auf die Umgehung der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen ex-ante-Prüfung hinweisend *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 233d m.w.N.

Gewiss, so die Erwidrerung der Gegenseite, dient jede formale Anforderung besagtem Zweck. Andernfalls wäre sie schikanös und daher abzuschaffen. Doch es ist eine wesentliche Legitimationsvoraussetzung staatlicher Strafe, dass die Strafverfolgung einem genau bestimmten Verfahren folgt – und dessen Einhaltung ist es, die im Recht auf ein faires Verfahren als materielle Rechtsposition verankert ist und sich in der Genehmigungspflichtigkeit niederschlägt.⁶⁵ So lässt sich etwa der Richtervorbehalt, wie oben gesehen, als unabdingbare Voraussetzung dafür rekonstruieren, dass Strafverfolgungsmaßnahmen überhaupt kontrollierbar bleiben.⁶⁶ Wenn der Hypothetiker darüber hinaus suggeriere, dass das formfokussierte Ergebnis den billig und gerecht Denkenden vor den Kopf stößt, so würde er das Argument der Form für kleine Münze verkaufen: Die Methode rechtsförmiger Behandlung impliziert die Möglichkeit, dass rechtliche Beurteilung der Gerichte und intuitive Bewertung der übrigen Rechtsadressaten auseinanderfallen.

Dem Hypothetiker bleibt noch ein Manöver: Er wirft dem Befürworter des Verwertungsverbots vor, der Verweis auf das verletzte Verfahren sei unredlich. Zwar sei das Verfahren fehlerhaft durchgeführt und das Beweisergebnis lasse sich so darstellen, als stünde es in relevanter Beziehung zum fehlerhaften Vorgehen. Eine solche Darstellung erfasse die Situation jedoch in unangemessener Weise, denn es scheint unerhört, sich auf den Schutz materiell-rechtlicher Positionen mittels Verfahrensvorschriften zu berufen, wenn doch auch die Einhaltung der Verfahrensvorschriften mit hoher Wahrscheinlichkeit zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte: Die Formvorschrift dient eben der Kontrollierbarkeit, nicht selbstgenügsam der Dokumentation des Fehlers. Sich also auf Verfahrensvorschriften zu berufen, die zwar Rechtspositionen schützen sollen, im konkreten Fall jedoch realiter höchstwahrscheinlich zu keiner Schutzmaßnahme geführt hätten, misrepräsentiert die Realität.⁶⁷ Sich auf ein theoretisches Gedankenspiel („vielleicht wäre die Genehmigung nicht erteilt worden“) zu berufen, so der argumentative Stachel des Hypothetikers, ignoriert die Lage, die sich nach allem Anschein ergeben hätte, betont Fernliegendes, ist unlauter.⁶⁸

⁶⁵ Vgl. etwa *Jahn/Dallmeyer*, NStZ, 2005, 297 (304), gegen das – vorläufige – Argument bei *Amelung*, NStZ 2001, 337 (341), wonach das Vorliegen der materiellen Eingriffsvoraussetzungen des Gesetzes wertungsmäßig die Beeinträchtigung des geschützten Grundrechts gestatte. Ähnlich zur Position *Amelungs* siehe *Pelz* (Fn. 50), S. 144, der mit Blick auf die informationelle Selbstbestimmung darauf abstellt, dass der Beschuldigte keinen „normativ anzuerkennenden Nachteil“ erleide.

⁶⁶ Zum materiell-rechtlichen Einschlag von Kompetenznormen siehe *Popp* (Fn. 46), S. 333.

⁶⁷ Dagegen betont *Park*, dass es die nachträgliche hypothetische Überlegung ist, die spekulativ sei und im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit fragwürdig erscheine, siehe *Park* (Fn. 12), Rn. 393.

⁶⁸ Die Argumentationsweise liegt insofern ähnlich zum Fall der Rügeverkümmern: Wenn das Protokoll offensichtlich

V. Anscheinswiderlegung zum Ansehenserhalt

Aus der Rekonstruktion des hypothetischen Ersatzeingriffs als Argument der Lauterkeit lässt sich nun entwickeln, wie die hegemoniale Figur handhabbar zu machen ist. Der Gedanke ist einfach: er besteht in der Überlegung, dass die Person, die bezüglich einer bestimmten Sache den Vorwurf der Unlauterkeit erhebt, jedenfalls in Bezug auf diese Sache selbst lauter sein muss.⁶⁹ Wirft der Hypothetiker der Gegenseite also vor, die Berufung auf Verfahrensfehler sei unlauter, erfordert dies, dass sie ihrerseits bezogen auf das Geschehen um den Verfahrensfehler lauter ist.⁷⁰ Im Szenario des hypothetischen Ersatzeingriffs liegt es nun so, dass sich ein Verfahrensfehler ereignete, der dem Verantwortungsbereich des Hypothetikers zuzurechnen ist, insofern geeignet ist, den Anschein der Unlauterkeit zu erwecken. Sofern der Hypothetiker nun in Bezug auf eben diesen Punkt selbst ein Argument der Lauterkeit vorbringen will, obliegt es ihm, den sich aus dem Fehler ergebenden Anschein auszuräumen.

Bei der Wiederlegung eines Anscheins handelt sich offensichtlich um eine Überlegung zur Beweislast – damit knüpft der hiesige Vorschlag an eine Überlegung von *Amelung/Mittag* an. Diese hatten darauf hingewiesen, dass bei Eingriffen ohne richterliche Präventivkontrolle die Beweislast dafür, dass die Durchsuchungsvoraussetzungen vorlagen, die Verfolgungsbehörden treffen müsse. Denn es wäre der Angeklagte, der sonst, so er sich gegen die Beweisverwertung wenden will, das Fehlen der Eingriffsvoraussetzungen zu beweisen hätte. Und das würde dem „allgemeinen Grundsatz [zuwiderlaufen], wonach die Unerweislichkeit einer Tatsache zu Lasten desjenigen geht, der aus dieser Tatsache eine für ihn günstige Rechtsfolge herleitet“.⁷¹ Augenscheinlich geht es *Amelung/Mittag* um den Nachweis der Eingriffsvoraussetzungen, dem hiesigen Vorschlag hingegen um den Nachweis,

fehlerhaft erstellt wurde, soll selbst die starke Förmlichkeit der Beweiskraft des Protokolls – zugunsten der materiellen Lage – ausgehebelt werden können. Wer in einem solchen Fall seine Revision auf den aus der Protokollierung ergebenden Verfahrensfehler stützt, muss sich gefallen lassen, dass das Protokoll nachträglich – in einer abgesicherten Prozedur – korrigiert wird und seine Rüge somit verkümmert. Auch das Argument zugunsten dieser Rügeverkümmern funktioniert als Vorwurf der Unlauterkeit.

⁶⁹ Zwar ist das kein logisch-zwingendes Argument, es ist aber auch mehr als ein einfacher Tu-quoque-Vorwurf, wie sich aus der nachfolgenden Erläuterung ergibt: „Du kannst nicht sagen, ich sei unlauter bzgl. X, wenn der Anschein gegen deine eigene Lauterkeit bzgl. X streitet.“

⁷⁰ In dieselbe Richtung geht die Überlegung von *Amelung*, der das Argument vorbringt, „dass der Staat die Legitimation zum Strafen verliert, wenn seine Repräsentanten auf einen Rechtsbruch mit einem Rechtsbruch reagieren“, siehe *Amelung*, NStZ 2001, 337 (341 f.).

⁷¹ *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 (616 f.). Zur Beweislastumkehr bei fehlender schriftlicher Darlegung der für die Durchsuchungsanordnung maßgeblichen Gründe – in Anm. zu BGH, Beschl. v. 13.1.2005 – 1 StR 531/04 – bereits *Mittag*, JR 2005, 386 (389).

dass trotz Rechtswidrigkeit des Eingriffs keine bewusste Umgehung der Eingriffsvoraussetzungen vorlag. Gemeinsam ist allerdings das Thema, nämlich die Lösung in der Beweislastverteilung zu suchen. Dadurch wird nämlich einerseits verhindert, dass den Strafverfolgungsbehörden „sachlich ungerechtfertigte Beweisvorteile zuwachsen“, andererseits wird die starre Konsequenz vermieden, aus jedem Verstoß gegen Ermittlungsbefugnisse ein Beweisverwertungsverbot zu folgern.⁷²

Die Überlegung zur Beweislast trifft sich spiegelbildlich mit einem Gedanken, der der *Nietzscheschen* Kritik vom Beginn sehr nahe kommt: Zwar ergibt sich das Prinzip der maximalen Verwertbarkeit von gefundenen Beweismitteln aus der Ausrichtung auf die materielle Wahrheit und dient so den ultimativen Zielen des Strafprozesses, nämlich Rechtsfrieden und Gerechtigkeit anzustreben. Doch wird dieses Streben geradezu vereitelt, wenn durch einen großzügigen Gebrauch von Figuren wie derjenigen des hypothetischen Ersatzeingriffs das Ansehen der Strafverfolgung als rechtsstaatliche Institution Schaden zu nehmen droht. So argumentiert der BGH mit folgender wirksamkeitsbezogener Formulierung:

„Die Sorge um einen Effektivitätsverlust wird vorliegend [...] schon deshalb relativiert, weil bei Duldung eines bewussten oder gleichgültig schweren Rechtsbruchs durch Ermittlungsbeamte ein Ansehensverlust des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung zu befürchten wäre, den es zu verhindern gilt und der seinerseits etwa durch verändertes Anzeige- oder Aussageverhalten infolge schwindenden Vertrauens in die Lauterkeit der Ermittlungsorgane zu Effektivitätsverlusten führen könnte.“⁷³

Der Gedanke des drohenden Ansehensverlustes⁷⁴ der staatlichen Behörden komplementiert die Überlegung der Lauter-

⁷² *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 (617).

⁷³ BGHSt 51, 285 (297). Zustimmung *Mosbacher*, NJW 2007, 3686 (3688), der neben einer Disziplinierungsfunktion vor allem auf generalpräventive Überlegungen und damit auf die Legitimation von Strafe überhaupt hinweist: „Nur in einem Rechtsstaat, der sich an seine selbst gesetzten Regeln hält (oder dies wenigstens ernsthaft erstrebt), ist staatliche Strafe letztlich legitimierbar. Ein Strafverfahren kann diese Legitimation nur dann effektiv einlösen, wenn gravierende Regelverstöße des Staates nicht ohne Folgen bleiben.“ Ebenso den Ansehensverlust – in Bezugnahme auf *Vofßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 131 Rn. 114 Fn. 493 – betonend *Park* (Fn. 12), Rn. 393.

⁷⁴ Man mag mit *Wohlers* gegenüber der „pseudo-empirischen Begründung“, dass ein bewusster Rechtsverstoß der Strafverfolgungsbehörden für die Bevölkerung die Legitimation zur strafrechtlichen Verwertung entfallen lasse, skeptisch sein und hinter dem Verwertungsverbot bei krassen Verstößen stattdessen Disziplinierungsmotive vermuten, siehe *Wohlers*, StV 2008, 434 (440). Die Beobachtung, dass die Nichtverwertung allein wegen eines Formfehlers unabhängig von der

keit. Während das Argument des rechtsstaatlichen Ansehens aus der Logik der funktionstüchtigen Strafrechtspflege folgt, ergibt sich das Argument der Lauterkeit aus der Struktur argumentativer Diskursregeln. Zusammen motivieren sie folgenden Vorschlag:

Ein Verfahrensfehler bei der Beweiserhebung führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn

1. das Beweismittel nach der Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO) auch bei dem zu erwartenden, rechtmäßigen Ermittlungsvorgehen erlangt worden wäre,
2. die Strafverfolgungsbehörden den – durch die rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme gesetzten – Anschein, das Beweismittel unter bewusster Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien erlangt zu haben, widerlegen.

Dabei ist zu beachten, dass es sich um die Wiederlegung eines *Anscheins* handelt. Es wird also nicht unterstellt, die Behörden hätten die Eingriffsregeln absichtlich umgangen. Vielmehr kommt es darauf an, dass ihr fehlerhaftes Vorgehen dazu geeignet ist, beim außenstehenden Beobachter *den Eindruck* bewusster Nichtbeachtung hervorzurufen.⁷⁵ Zu erhehlen, dass dieser Eindruck täuscht, obliegt den handelnden Akteuren. Und hier kommen die vom Bundesverfassungsgericht angemahnten Dokumentationspflichten ins Spiel, aus denen sich Indizien ergeben können, dass es sich statt bewusster Umgehung lediglich um eine bedauerliche Nachlässigkeit der Strafverfolgungsbehörden handelt.⁷⁶

Während sich die Aspekte der wahrscheinlichen Erlangung (1.) und der Anscheinswiderlegung (2.) unmittelbar aus der bisherigen Überlegung folgen, ist der Vorschlag noch um eine weitere Überlegung (3.) zu ergänzen, die die Folgen der Anwendung des hypothetischen Arguments mit Blick auf die fehlerhafte Ermittlungsmaßnahme erläutert: Führt der Gedanke der hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme unter den Voraussetzungen (1.) und (2.) auch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, ändert dies doch nichts daran, dass die tatsächlich durchgeführte Ermittlungsmaßnahme

Schwere des Verstoßes auf öffentliches Unverständnis stößt, überzeugt; stärker wird das Argument des Ansehensverlusts allerdings, wenn man es die über den Einzelfall hinausgehend auf die Strafjustizpraxis im Ganzen bezieht.

⁷⁵ Insofern ist die – mit Blick auf die Aktenwahrheit und -vollständigkeit – getätigte Bemerkung des 5. *Senats* hervorzuheben, dass „in einem Rechtsstaat schon der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, vermieden werden [muss]“, siehe BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 46 = StV 2014, 321. Zustimmend aufgenommen wurde dies von BVerfG, Beschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 2474/14, Rn. 21 = StV 2017, 361.

⁷⁶ Auf den „guten Glauben“ der Strafverfolgungsbehörden als Voraussetzung für die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe verweist – in Besprechung des Falls Weimar (Fn. 58) – bereits *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379, drittes Kriterium), wobei dieser nach *Roxins* Konzept wohl vermutet wird („In unserem Falle aber spricht nichts für einen bewussten Rechtsbruch“).

rechtswidrig war. Die rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme darf nicht nachträglich ex tunc geheilt werden. Denn eine derartige Heilung liefe darauf hinaus, dass die Schutzfunktion der Voraussetzungen, welche die jeweilige Ermittlungsmaßnahme fordert, aber auch die Rechtsmittel, die explizit gegen eine rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme vorgesehen sind, ausgehebelt würden. Diese Argumentation wurde vom Bundesverfassungsgericht bei der Frage der Heilbarkeit eines rechtswidrigen Durchsuchungsbeschlusses entwickelt: Ein unzureichend bestimmter Durchsuchungsbeschluss lasse sich nicht durch nachträgliches Hypothesieren des Beschwerdegerichts heilen. Denn das Rechtsmittel, das explizit zur Beanstandung des Durchsuchungsbeschlusses vorgesehen ist, liefe sonst leer.⁷⁷ Daraus folgt, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ermittlungsvorgehens weiterhin möglich bleiben muss.

Während es nun nicht unplausibel erscheint, die Unheilbarkeit des Ermittlungsfehlers als Argument für die Unverwertbarkeit der dadurch gewonnenen Beweise anzuführen (insbesondere mit Blick auf die Gewährleistung einer effektiven Kontrolle durch den Ermittlungsrichter),⁷⁸ entspricht dem hiesigen Grundgedanken eine andere Lösung: Der Ermittlungsfehler wird zwar nicht geheilt, die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit bleibt also nach wie vor möglich; allerdings wird der Fehler – bei Vorliegen der Bedingungen unter (1.) und (2.) – nicht als Auslöser eines Beweisverwertungsverbots betrachtet. Das Ausbleiben eines Verwertungsverbots bedeutet nun jedoch nicht, dass neben der Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht auch zusätzlich Folgen an die Rechtswidrigkeit des Ermittlungseingriffs geknüpft werden könnten: Wenn man auch bestreiten mag, dass entgangene Rechtsschutzmöglichkeiten einer Kompensation schlichtweg unzugänglich sind, wäre hier zu überlegen, ob nicht die Anwendung der Vollstreckungslösung eine angemessene Reaktion auf eine rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme abgeben könnte.⁷⁹

Zusätzlich zur nach wie vor feststellbaren Rechtswidrigkeit ist zu beachten, dass dem Beschuldigten aus dem Einsatz des hypothetischen Arguments über die Verwertung des hypothetisch rechtmäßig erlangbaren Ergebnisses hinaus keine weiteren Nachteile entstehen dürfen. Solche Nachteile sind vorstellbar,⁸⁰ wenn sich der Beschuldigte unter dem irrtümlichen Eindruck der Rechtmäßigkeit der Ermittlungs-

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.4.2004 – 2 BvR 1821/03 = StV 2005, 643 m. zust. Anm. *Putzke/Scheinfeld*.

⁷⁸ So *Putzke/Scheinfeld*, StV 2005, 644 (646), die darüber hinaus darauf aufmerksam machen, dass eine Heilung durch hypothetische Überlegungen des Rechtsmittelgerichts nicht nur das Grundrecht auf rechtliches Gehör, sondern auch das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt.

⁷⁹ *Gaede*, JZ 2008, 422 (424); abl. *Köhler* (Fn. 26) § 105 Rn. 21.

⁸⁰ Siehe dazu BGH, Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17 = NStZ 2019, 227, der die Unverwertbarkeit der Aussage zwar anführt (Beeinträchtigung der freien Entscheidung zur Einlassung, Rn. 27), sich im konkreten Fall jedoch mangels „Stoßrichtung der Revision“ einer Überprüfung enthält (Rn. 32).

maßnahme zu belastenden Aussagen veranlasst sieht, etwa indem ihm die in der rechtswidrigen Durchsuchung gefundenen Beweismittel vorgehalten werden.⁸¹ Wenn das hypothetische Argument die Verwertung des in der rechtswidrigen Durchsuchung Gefundenen gestattet, dann dürften diejenigen Einlassungen, die infolge des unzutreffenden Eindrucks der Rechtmäßigkeit getätigt wurden, dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen. Sie wären also unverwertbar.

Diese folgenbezogenen Überlegungen, dass nämlich die Ermittlungsmaßnahme nach wie vor rechtswidrig ist, und dass dem Beschuldigten keine zusätzlichen nachteiligen Konsequenzen aus der hypothetischen Argumentation entstehen dürfen, erfasst der anzufügende dritte Aspekt:

3. Es muss sichergestellt sein, dass dem Beschuldigten abgesehen von der Verwertung des Beweismittels, das sich aus der rechtswidrigen, bloß hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme ergab, keine weiteren Nachteile entstehen.

Insgesamt betrachtet besteht der Vorzug des vorgeschlagenen Prüfungsvorgehens darin, dass es sich auf der einen Seite grundsätzlich offen für die verwertungsfreundliche Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs zeigt und somit der Überzeugungskraft des zugrundeliegenden Gedankens Rechnung trägt (1.). Auf der anderen Seite markiert es das Vorbringen des hypothetischen Verlaufs als Argument der Lauterkeit und stärkt durch die Obliegenheit, den Anschein bewusster Umgehung zu widerlegen, nicht nur die verfassungsgerichtlich angemahnten Dokumentationspflichten⁸², sondern bindet die Frage der Verwertbarkeit zugleich mittels des Gedankens der Transparenz an das lautere Ansehen der Strafverfolgungsbehörden (2.). Indem die bloß hypothetische Rechtmäßigkeit nicht zur Heilung, sondern lediglich zum Ausschluss des Verwertungsverbot führt, wird sichergestellt, dass die beschuldigte Person keine weiteren Nachteile, insbesondere keine Verkürzung ihres Rechtsschutzes, erleidet (3.).

⁸¹ Nach *Roxin/Schünemann* (Fn. 26), § 24 Rn. 61, führt der Vorhalt eines kontaminierten Beweisergebnisses zur Unverwertbarkeit des Geständnisses (wegen der Täuschung über die Verwertbarkeit, § 136a StPO).

⁸² Dies kommt dem Argument *Schneiders* (gegen die Aushöhung des Richtervorbehalts durch rechtmäßige Alternativhypothesen) durchaus nahe, dass sich „Dokumentationsdefizite rechtspraktisch häufig dahingehend aus[wirken], dass hypothetischen Erwägungen in Fällen nicht eindeutiger Voraussetzungen für das Vorliegen der Ausnahmekompetenz zu Recht überaus skeptisch begegnet wird, zumal wenn dem Beschwerdevorbringen der Verteidigung von den Strafverfolgungsbehörden nichts Tatsachenfundiertes entgegengesetzt wird“, siehe *Schneider*, NSTZ-Sonderheft 2009, 46 (50, wo auch auf die weitergehende Ansicht von *Amelung/Mittag*, NSTZ 2005, 614 [616], hingewiesen wird). Im Unterschied dazu fordert der hiesige Vorschlag weder Dokumentationsdefizite noch das Tätigwerden der Verteidigung, sondern sieht die Beweislast auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden.

VI. Anwendungen

Was ergäbe sich aus diesem Prüfungsregime für die Rechtspraxis? Wendet man die skizzierte Formel auf konkrete Fälle an, wird man wohl in etlichen Fällen zu einem die Urteile bestätigenden Ergebnis gelangen.

Das dürfte nicht nur für die eingangs geschilderten Fälle des vorbefassten Ermittlungsrichters und der Geldkassette gelten (Fälle 1 und 2, s.o. II.): Bei der Eröffnung der Kassette erscheint die – erforderliche und zu plausibilisierende – Berufung auf einen Rechtsfehler denkbar (sofern die Beamten darlegen können, dass sie sich im guten Glauben nicht nur zur Öffnung des Autos, sondern auch der Kassette berechtigt hielten), beim vorbefassten Ermittlungsrichter scheint die Anscheinwiderlegung dagegen schwer vorstellbar.

Parallel zur Rechtsprechung wäre wohl auch folgende Entscheidung des 5. *Strafsenats* zu beurteilen (Fall 3): Hier wurde der Angeklagte, nachdem man seinen Komplizen festgesetzt hatte, am Nachmittag des Folgetages in der Wohnung eines Zeugen festgenommen. Wie die Polizei wusste, hatte er sich dort bereits die letzten Wochen aufgehalten. Wiederum einige Stunden später hatte der Staatsanwalt die Wohnungsdurchsuchung angeordnet, ohne einen Ermittlungsrichter einzuschalten. Für die bei der Durchsuchung sichergestellten Betäubungsmittel bejaht der *Senat* ein Beweisverwertungsverbot mit der Begründung, dass die Eilkompetenz fälschlicherweise angenommen worden sei: Nur durch die alsbaldige Suche (hier aber: Stunden später) am gewöhnlichen Aufenthaltsort wäre auszuschließen gewesen, dass mögliche Mittäter etwaiges Rauschgift beseitigten. Schon weil die Anordnung also zu spät kam, könne sie nicht auf Gefahr in Verzug gestützt werden. Zudem sei der Aufenthaltsort bereits über Wochen bekannt gewesen und die – nach der Festnahme des Komplizen bestehende – Notwendigkeit der alsbaldigen Wohnungsdurchsuchung nicht überraschend entstanden. Die Gesamtschau mehrerer Umstände ergebe, dass der Staatsanwalt den Richtervorbehalt bewusst ignoriert oder gleichgültig gröblich missachtete: Er habe unter anderem auf die zeitliche Diskrepanz zwischen Festnahme und Durchsuchung nach eigener Aussage „nicht geachtet“. Zudem habe er ausweislich seiner Aussage, die Polizei würde „autark“ ermitteln, seine Leitungsfunktion gegenüber den ermittelnden Hilfsbeamten ignoriert und sich, ohne die Anrufung eines Ermittlungsrichters überhaupt nur zu erwägen, sachlich unbegründet sowie ohne Dokumentation auf seine Eilkompetenz berufen. Die Missachtung führe daher zu einem Beweisverwertungsverbot.⁸³ Auch der hiesige Vorschlag würde hier ein Beweisverwertungsverbot nahelegen: Es ist nämlich nicht zu erkennen, wie die Erklärungen des Staatsanwalts in der Lage sind, den durch die rechtswidrige Durchsuchung gesetzten Anschein zu widerlegen, die Beweismittel unter bewusster Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien erlangt zu haben.

In anderen Fällen hingegen würde die vorgeschlagene Prüfungsweise wohl abweichende Ergebnisse produzieren,

⁸³ BGHSt 51, 285 (294 f.).

etwa beim Urteil des OLG Zweibrücken⁸⁴ (Fall 4): Hier hatten Polizeibeamte, als sie den Angeklagten im betrunkenen Zustand angetroffen und zur Eigensicherung durchsuchten, einen Joint und eine kleine Menge an Marihuana gefunden. Daraufhin hatte der Polizeihauptkommissar die Durchsuchung der 500m entfernten Wohnung angeordnet. Das Landgericht hatte ein Verwertungsverbot bezüglich der dort aufgefundenen Drogen bejaht, zumal sich der Polizeibeamte bewusst über den Richtervorbehalt hinweggesetzt habe. Der *I. Strafsenat* des Oberlandesgerichts Zweibrücken beanstandet hieran, dass die Kammer unterlassen habe, sich „mit der naheliegenden Möglichkeit auseinanderzusetzen, dass diese [die Polizeibeamten] sich zum Zeitpunkt der Anordnung in der konkreten Situation über die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug geirrt haben könnten“. Die Beweggründe seien unaufgeklärt geblieben, obwohl sich eine weitere Untersuchung wegen der geringen Entfernung zwischen Kontrollort und Wohnung aufgedrängt habe.

„Eine nachvollziehbare Begründung dafür, weshalb ein [...] im Betäubungsmittelbereich erfahrener Polizeibeamter eigenmächtig – unter bewusster Umgehung des Richtervorbehalts – wegen Gefahr im Verzug die Durchsuchung [...] angeordnet haben soll, obwohl möglicherweise auch ein entsprechender richterlicher Beschluss auf Antrag hätte ergehen können, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen.“⁸⁵

Die Möglichkeit einer hypothetischen rechtmäßigen Beweiserlangung, so der *Strafsenat* weiter, sei verkannt worden. Für die Annahme einer bewussten Umgehung reiche „[d]as wechselhafte Aussageverhalten der Polizeibeamten allein“ nicht hin.⁸⁶

Die vorgeschlagene Formel würde hier ebenfalls zur Frage nach den Beweggründen des anordnenden Polizisten gelangen, allerdings mit anderer Vermutungsregel: Die Möglichkeit eines Irrtums würde nicht gegen die Annahme einer bewussten Umgehung streiten. Vielmehr obläge es den Strafverfolgungsbehörden darzulegen, weshalb nicht von einer bewussten Umgehung auszugehen ist. Noch dazu gehen unstimme, lückenhafte oder verspätete Dokumentation zu Lasten eines solchen Nachweises. Das OLG Zweibrücken zeigt sich einer derartigen Sichtweise selbst nicht abgeneigt, wenn es abschließend auf die Dokumentationspflichten hinweist: Diese Pflichten führten dazu, dass der handelnde Beamte „im Falle der Nachprüfung [...] auf dokumentierte Tatsachen wird verweisen können, die sein Handeln erklären. Auf der Grundlage dieser Dokumentation haben die Strafver-

folgungsbehörden ihre Durchsuchungsanordnung in einem späteren gerichtlichen Verfahren zu begründen“.⁸⁷

Während das besagte Urteil also in die Richtung des hiesigen Vorschlages weist, liegt das für folgenden, jüngst abgeschlossenen Fall anders (Fall 5): Dort fehlte bereits bei der Anordnung der Durchsuchung der Tatverdacht hinsichtlich des zugrunde gelegten Markenrechtverstoßes, sodass die Durchsuchung rechtswidrig erfolgte. Die zufällig gefundenen Betäubungsmittel wurden als Beweismittel für die Verurteilung nach Betäubungsmittelgesetz verwertet. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte die fachgerichtlichen Verurteilungen: Die Ablehnung eines Verwertungsverbots sei nicht zu beanstanden, da die Gerichte zu Recht davon ausgegangen seien, „dass keine Anhaltspunkte für einen bewussten oder willkürlichen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften vorlagen“. Zwar sei, so das Bundesverfassungsgericht weiter, die Darstellung im Ermittlungsbericht fehlerhaft gewesen, „jedoch ohne dass man daraus auf eine bewusst rechtswidrige oder willkürliche Rechtsanwendung durch den Ermittlungsrichter schließen könnte“.⁸⁸ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt diese Linie: Es „deutet nichts darauf hin“, dass die Polizeibeamten bösgläubig vorgingen oder Verfahrensvorschriften vorsätzlich verletzen. Daher gehe die Verwertung nach bewusster Abwägung durch die Gerichte in Ordnung.⁸⁹ Mit dem hier vorgeschlagenen Prüfungsregime dürfte man diesbezüglich eher zum Ergebnis gelangen, dass die Fehlerhaftigkeit des Ermittlungsberichts nicht dazu beigetragen hat, den Anschein bewusster Umgehung zu entkräften, sondern ihn erst noch verstärkte. Ein Beweisverwertungsverbot liegt daher nahe.⁹⁰

Die Formel der Widerlegung des Umgehungsanscheins könnte überdies auch in einem anders gelagerten Szenario hilfreich sein, nämlich beim Phänomen sog. legendierter Kontrollen. Dort werden gezielt Anordnungsbefugnisse des Gefahrenabwehrrechts herangezogen, die gewonnenen Erkenntnisse anschließend jedoch für die Strafverfolgung genutzt. Auch dies ist eine Version der unrealen Hypothese, denn es wird für dieses Vorgehen vorausgesetzt, dass auch ein Eingriff nach den strafprozessualen Maßstäben rechtmäßig gewesen wäre.

Im konkreten Fall unterließen die Ermittler die Einholung eines Durchsuchungsbeschlusses gem. § 105 StPO und führten eine polizeirechtliche Routinekontrolle durch, die wie geplant in eine Durchsuchung mündete. Dadurch wollte man

⁸⁴ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt).

⁸⁵ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt), Rn. 17.

⁸⁶ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt), Rn. 17.

⁸⁷ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt), Rn. 20.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 2.6.2009 - 2 BvR 2225/08 Rn. 19 = BVerfGK 16, 22 (29).

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 3.3.2016 – 7215/10 (Prade/Deutschland) = EGMR NJW 2017, 2811 (2812 f.).

⁹⁰ Vgl. auch die Argumentation von *Schwabenbauer* in Anm. zu BVerfG NJW 2009, 3207: Der Verstoß sei ein verfassungsrechtlich relevanter Eingriff und als solcher angesichts des fehlenden großen Unrechtsgehalts unverhältnismäßig (die Verhältnismäßigkeit müsse bei Zufallsfunden regelmäßig ausscheiden). Aus der Verfassungswidrigkeit des Verstoßes müsse regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot folgen.

vermeiden, dem Angeklagten Ermittlungsergebnisse offenbaren zu müssen und dadurch, so die Befürchtung der Ermittler, die Ergreifung eines anderen Verdächtigen zu vereiteln. Dem BGH zufolge soll für eine Umwidmung der gewonnenen Beweismittel hinreichen, dass die Erkenntnisse polizeirechtlich rechtmäßig erhoben wurden, sie zur Aufklärung einer Straftat dienen und die materiellen Voraussetzungen nach der Strafprozessordnung vorgelegen haben.⁹¹ Der Gesetzgeber habe sich, wie sich aus der Begründung zu § 161 Abs. 2 StPO ergebe, bewusst gegen eine formale und für eine materielle Lösung entschieden: Er habe die Gefahr der Umgehung der Voraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsbefugnis „gesehen, aber ersichtlich hingenommen (vgl. BR-Drs. 275/07, 148⁹²)“. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung strafprozessualer Voraussetzungen, die den Rückgriff auf hypothetische Überlegungen hindern würde, sei im Fall „nicht ersichtlich“. Eine solche Umgehung würde nur drohen, wenn in Wahrheit gar keine Gefahrenabwehr bezweckt wird oder aber die gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme nur deswegen herangezogen wird, weil eine vergleichbare strafprozessuale Maßnahme praktisch nicht erfolgsversprechend gewesen wäre.⁹³

Die vorgeschlagene Formel (s.o. V.) passt zwar nicht direkt, da es hier gerade an einem Eingriff fehlt, der durch seine Fehlerhaftigkeit den Anschein der Umgehung erweckt, zumal der Eingriff nach gefahrenabwehrrechtlichen Maßstäben rechtmäßig war. Es liegt jedoch nahe, in solchen Fällen, in denen die Umwidmung von vornherein angelegt ist, in gleicher Weise den Anschein einer bewussten Umgehung begründet zu sehen.⁹⁴ Dann wäre auch in diesen Fällen entscheidendes Kriterium für die Zulässigkeit der strafprozessualen Verwertung⁹⁵ der Beweismittel, dass die Ermittlungsbe-

hörden diesen Anschein, gegebenenfalls mithilfe von dokumentierten Überlegungen, widerlegen. Dieser Gedanke der zu widerlegenden bewussten Umgehung ist auch den jüngsten Erwägungen des 3. und 5. Strafsenats zu entgegnen, die einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt dann „minderes Gewicht“ attestieren, wenn die Wohnungsöffnung ohnehin gefahrenabwehrrechtlich zulässig war – und durch diese Überlegung eine bewusste oder gleichgewichtige Verkenning des Richtervorbehalts verneinen.⁹⁶

VII. Zusammenfassung

Die Ausrichtung auf das Ziel der materiellen Wahrheit verleiht dem Argument des hypothetischen Ersatzeingriffs starke argumentative Kraft. Da es sich, wie dargelegt, im Kern um ein Argument der Lauterkeit handelt, ist seine Spielmarke im Vorgang strafprozessualer Wahrheitsfindung allerdings nur dann von Wert, wenn sich die ausspielende Seite in diesem Punkt selbst als lauter erweisen kann.

Vorgeschlagen wurde daher, die Anwendbarkeit der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs davon abhängig zu machen, ob es den Strafverfolgungsbehörden gelingt, den durch den rechtswidrigen Ermittlungseingriff entstandenen Anschein bewusster Umgehung von Verfahrensgarantien auszuräumen. Statt einen Ansporn zur Umgehung strafprozessualer Garantien zu liefern, wie dies bei einer großzügigen Handhabung des hypothetischen Ersatzeingriffs befürchtet wird, dürfte auf diese Weise ein Ansporn entstehen, den verfassungsgerichtlich gebotenen Dokumentationspflichten nachzukommen. Und dies wäre zugleich Grundlage dafür, dass diejenigen, die den Vorgang der staatlichen Strafverfolgung wahrnehmen und beobachten, das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden nicht als „knifflig[] und durchtrieben[]“⁹⁷, sondern als verständlich begründet begreifen können. Daher lautet der Vorschlag also:

Ein Verfahrensfehler bei der Beweiserhebung führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn

1. das Beweismittel nach der Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO) auch bei dem zu erwartenden, rechtmäßigen Ermittlungsvorgehen erlangt worden wäre,
2. die Strafverfolgungsbehörden den – durch die rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme gesetzten – Anschein, das Beweismittel unter bewusster Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien erlangt zu haben, widerlege und
3. sichergestellt ist, dass dem Beschuldigten abgesehen von der Verwertung des Beweismittels, das sich aus der rechtswidrigen, bloß hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme ergab, keine weiteren Nachteile entstehen.

⁹¹ Zu den Voraussetzungen dieser Prüfung *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1132 f.). Da es hier um die Prüfung der Sekundärmaßnahme geht, ist die Ausklammerung außerstrafprozessualer Zufallsfunde (a.a.O., 1105) unschädlich. Inwiefern die Überlegungen für die Folgen bei rechtswidrigen Primärmaßnahmen (a.a.O., 1134 ff.) auch für außerstrafprozessuale Maßnahmen gelten, wäre zu überlegen.

⁹² Den Ausführungen des Bundesrates zu § 161 Abs. 2 StPO zufolge verbietet der datenschutzrechtliche Zweckbindungsgrundsatz zwar die strafprozessuale Verwendung zu Beweis Zwecken (sofern nicht auch die entsprechende Maßnahme nach der StPO angeordnet werden hätte können). Geht es allerdings darum, die Daten zu weiteren Ermittlungen (Spurenansatz) oder zur Feststellung des Aufenthaltsortes zu verwenden, würden diese Beschränkungen nicht greifen (a.a.O., S. 147). Siehe dazu kritisch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (884 ff.).

⁹³ BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 Rn. 41 = NSTZ 2017, 651 (655) m. Anm. *Schiemann*.

⁹⁴ Siehe zum Aspekt der rechtsmissbräuchlichen Umgehung bei nur vorgeblich doppel funktionalen Ermittlungsmaßnahmen *Schiemann*, NSTZ 2017, 657 (657 f.).

⁹⁵ Die Frage der Fernwirkung klammere ich hier aus, siehe dazu aber Fn. 26.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17, Rn. 45 = NSTZ 2019, 227 (230); BGH, Beschl. v. 27.11.2018 – 5 StR 566/18 = NSTZ-RR 2019, 94 (95) m. Anm. *Arnoldi*.

⁹⁷ S.o. bei Fn. 6.

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

Alexander Schwarz, Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, 473 S., € 109,90.

I. Einleitung

Das vorliegende Werk setzt sich zum Ziel, den Themenkomplex der strafrechtlichen Bewertung sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) einer systematischen Gesamtdarstellung zuzuführen (S. 25). Dies gelingt der durch die Universität Göttingen im Juli 2018 als Dissertation angenommenen Arbeit des *Autors* in beeindruckender Weise. Das Werk besticht durch seinen stringenten Aufbau sowie die vollständige, sachlich-unverblümete Aufbereitung eines emotional aufgeladenen und zugleich vielfach tabuisierten Themenkreises.

Bereits mit dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Werkes landeten *Verfasser* und Verlag einen ersten „Coup“, wurde die Abhandlung doch zu Beginn des Jahres 2019 und damit im unmittelbaren Vorlauf der nichtständigen Mitgliedschaft Deutschlands im UN-Sicherheitsrat der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Es dürfte sich daher – insbesondere aufgrund der unter deutschem Vorsitz verabschiedeten Resolution zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Frauen¹ – eines erweiterten Leserkreises erfreuen. Aber auch im Übrigen integriert sich das Werk in eine Zeitspanne erhöhter Aufmerksamkeit gegenüber dem Themenkomplex der sexualisierten und geschlechtsspezifischen Gewalt. Ins Gedächtnis gerufen seien an dieser Stelle die Neuausrichtung der Strafverfolgungsstrategie der Anklagebehörde des ICC² sowie die – zu befürwortende, indes keineswegs genügende³ – Auszeichnung Nadia Murads und Denis Mukweges mit dem Friedensnobelpreis 2018. Zugleich sind gerade die Gräueltaten des IS gegen die Mitglieder der Volksgruppe der Jesiden noch in überaus präsender Erinnerung.

Das Werk bietet vor diesem Hintergrund eine dogmatische wie auch phänomenologische Handhabe zur Einordnung aktueller Problemlagen und ist aus diesem Grund auch als durchaus praxisrelevant einzustufen. Zwar behandelt das Werk primär die Rechtslage unter dem Rom-Statut, dürfte sich aber – angesichts des Grundsatzes der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung⁴ – auch für die Auslegung einzelner Tatbestände des VStGB als nützliche Erkenntnisquelle erweisen.

¹ UN Security Council, S/RES/2467 (2019): Women and peace and security: Sexual violence in conflict, abrufbar unter [https://undocs.org/S/RES/2467\(2019\)](https://undocs.org/S/RES/2467(2019)) (7.3.2020).

² ICC, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Violence, 2014, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf> (7.3.2020).

³ So auch *Murad*, Nobel Lecture 2-2018, abrufbar unter <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2018/murad/55705-nadia-murad-nobel-lecture-2/> (7.3.2020).

⁴ *Werle/Jeffberger*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 445 ff.

II. Aufbau und Methodologie

Im Hinblick auf Gliederung und Herangehensweise der Arbeit seien hier zwei Aspekte exemplarisch aufgegriffen.

Zum einen besticht das Werk durch seine stringente Systematik. Der *Autor* verfolgt – wie erwähnt – das Ziel einer Gesamtsystematisierung des völkerrechtlichen Sexualstrafrechts unter dem Rom-Statut (S. 25). Vor diesem Hintergrund erläutert er zunächst Untersuchungsgegenstand und Terminologie (S. 26 ff.), um sich sodann den makrokriminologischen Aspekten sexualisierter Gewalt (S. 48 ff.) und der Genese des völkerrechtlichen Sexualstrafrechts (S. 75 ff.) zuzuwenden. Im Anschluss hieran untersucht *Schwarz* die Strafbarkeit sexueller Gewalt unter dem Genozid-Tatbestand (S. 132 ff.), ehe er sich der Frage der Einordnung derartiger Taten als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen annimmt (S. 164 ff.). Im Zuge dessen nutzt er – systematisch überzeugend – Überschneidungen und entscheidet sich für eine gemeinsame Darstellung der Einzelatbestände. Das Werk schließt mit Ausführungen zur Einordnung geschlechtsbezogener Gewalt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (S. 369 ff.) und einer zusammenfassenden Würdigung (S. 409 ff.).

Zum anderen weist die Abhandlung eine überaus gelungene Methodologie auf. Dies betrifft zum einen die Frage des Umfangs und der Grenzen der Implementierung der Rechtsprechung anderer international(isierter) Tribunale. Deren Rechtsprechung rezipiert der *Autor* in bedeutendem Umfang, ohne zugleich die Letztentscheidungskompetenz der Schöpfer des Rom-Statuts bzw. des ICC zu verkennen (vgl. nur S. 27, 29 f., 202, 210 f., 175 ff., 243 ff.). *Schwarz* widmet sich im Rahmen seiner Abhandlung stets zwei Dimensionen: Einerseits zielt er auf die Systematisierung und Auslegung des bestehenden Statutsrechts ab. Andererseits unterbreitet er an den jeweiligen Stellen von ihm für erforderlich gehaltene Reformansätze. Stellen, an denen der *Autor* eine Änderung der Rechtslage favorisiert (z.B. S. 137 ff., 387 ff., 404), grenzt er dabei nachvollziehbar von Passagen ab, in denen es ihm einzig um die Auslegung der *lex lata* geht. Positiv hervorzuheben ist zudem die Einbeziehung nationaler Straftatbestände. Durch zahlreiche exemplifizierende Rückgriffe auf derartige Rechtsnormen führt *Schwarz* dem Leser die besondere Deliktsnatur der Völkerstrafatbestände einleuchtend – wengleich wie z.B. beim Fall der erzwungenen Schwangerschaft, die der *Autor* mit dem Tatbestand der Hehlerei vergleicht, bisweilen etwas makaber – vor Augen (vgl. S. 208, 214 f., 259 f., 348, 357 f.).

III. Inhalt

Begrüßenswert sind die einleitenden Bemerkungen des *Autors* zur Differenzierung zwischen „gender“ und „sex“ sowie den Unterschieden zwischen sexualisierter, geschlechtsspezifischer und geschlechtsbezogener Gewalt (S. 32 ff.). Der *Autor* vollzieht damit nicht nur die durch die Anklagebehörde des ICC vorgezeichnete Differenzierungslinie nach und konkretisiert diese. Vielmehr bietet er dem Leser einen guten Einstieg in die Thematik und erleichtert zugleich das Verständnis der weiteren Ausführungen (z.B. zur Konkurrenzlehre auf S. 373 f.).

Ausführlich setzt sich das Werk zu Beginn sowie im Zuge der weiteren dogmatischen Ausführungen immer wieder mit den Ursachen sexualisierter Gewalt auseinander (S. 48 ff., 34 f.). Schwarz' Arbeit ist dabei durchgehend von der – inzwischen wohl herrschenden – Einsicht getragen, dass sexualisierte Gewalt im makrokriminellen Kontext in ihrer Motivik sehr unterschiedlich sein kann. Der *Autor* betont – wie auch andere⁵ – die Bedeutung des Moments der Demütigung und Machtdemonstration gegenüber dem individuellen Opfer, seiner Gruppe sowie den individuellen „Beschützern“ und der Frustrationsbewältigung (S. 34 f., 48 f., 52 ff.), hebt aber auch die Aspekte der Gruppendynamik, Konfliktführungsstrategie und Funktionalisierung hervor (S. 49 ff.). Es spricht für Schwarz' Bemühen um Sachlichkeit bei der Aufarbeitung dieser emotional herausfordernden Materie, wenn er davon absieht, die zumindest partiell existente Bedeutung sexueller Lustbefriedigung gänzlich zu negieren (S. 34 f., 48 f.). Damit erteilt der *Autor* Versuchen eine Absage, die die Bedeutung dieses Befriedigungsmoments aus Sorge vor – keineswegs zu befürwortenden – Exkulpationseinwänden mittels Bagatellisierung der Vorgänge (Stichwort: Dampfkessel-Theorie) a priori bestreiten.⁶ Derartige Bemühungen sehen sich mit dem Vorwurf konfrontiert, tatsächliche Gegebenheiten aus normativen Erwägungen heraus zu verleugnen. Sie erscheinen nicht nur in analytischer Hinsicht fragwürdig, sondern bergen auch die Gefahr, einer bedenklichen Tendenz Vorschub zu leisten, die in letzter Konsequenz zu Friktionen mit den Aufklärungspflichten des Gerichts im Hinblick auf den Grundsatz der materiellen Wahrheit (vgl. Art. 54 Abs. 1 lit. a, 65 Abs. 1 lit. c Rom-Statut)⁷ sowie – sofern man diese Zielsetzung anerkennt – den Interessen der internationalen Gemeinschaft an der Dokumentation eines historischen Narrativs führt.⁸

Gleichsam interessant sind Schwarz' Ausführungen zu den Folgen sexualisierter Gewalt (S. 55 ff.). Hierbei sind nicht nur die dahingehenden Darlegungen aufschlussreich. Vielmehr arbeitet der *Autor* anschaulich den Zusammenhang zwischen Geschlechterverhältnissen im Frieden und geschlechtsspezifischer Gewalt im Krieg heraus (S. 63) und liefert insoweit auch einen Denkanstoß für zum aktuellen Zeitpunkt friedliche Gesellschaften. Schön wäre in diesem

⁵ Vgl. nur Werle/Jeßberger (Fn. 4), Rn. 1011.

⁶ In diesem Sinne z.B. Seifert, in: Stiglmayer (Hrsg.), Massenvergewaltigung, Krieg gegen die Frauen, 1993, S. 87 ff., Sekundärversion abrufbar unter <https://www.zmsbw.de/html/einsatzunterstuetzung/download/ap076.pdf> (7.3.2020).

⁷ Zur Bedeutung des Prinzips der materiellen Wahrheit im deutschen Recht vgl. BVerfG NJW 2016, 1149 (Rn. 57 ff.); BGH NStZ 2014, 53 (53); Radtke, GA 2012, 187 (188 ff., insbesondere 190). Im Rom-Statut wird das Prinzip der materiellen Wahrheit nur angedeutet, vgl. Trüg, ZStW 125 (2013), 34 (48); Safferling, ZStW 122 (2010), 87 (113); Bergsmo/Kruger/Bekou, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Aufl. 2016, Art. 54 Rn. 3; vgl. auch: ICC, Urt. v. 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15 (The Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 27 f., 23.

⁸ Babucke, ZIS 2017, 782 (789).

Zusammenhang gewesen, wenn der *Autor* auch auf den Aspekt der tertiären Viktimisierung⁹ eingegangen wäre.

Überraschend, wenngleich zutreffend, thematisiert das Werk das Phänomen der sexualisierten und geschlechtsbezogenen Gewalt gegen Männer (S. 43 f., 64 ff.), das in zahlreichen Werken zwar angeführt, indes als (vermeintliche [?]) Nebenerscheinung eine eher cursorische Behandlung erfährt. Für letztgenanntes Vorgehen spricht zwar sicherlich die statistische Häufigkeit der Angriffe auf Frauen (vgl. S. 44, 64). Indes gestaltet es sich problematisch, birgt es doch die – durch den *Autor* in anderem Zusammenhang hervorgehobene – Gefahr, dass Frauen verstetigt auf eine bloße Opferrolle reduziert werden (S. 37, 73). Dem tritt Schwarz mit seinen Ausführungen entgegen. Zugleich begegnet er auf diese Weise der Gefahr der Bagatellisierung sexualisierter Gewalt gegen Männer und der Diskriminierung derselben (S. 72 f.).

Weiterhin greift der *Autor* den Einsatz sexualisierter Gewalt zu genozidalen Zwecken auf (S. 132 ff.). Neben dem Phänomen des Femizid (S. 137 ff.) widmet er sich insbesondere der Anwendung sexueller Gewalt unter gleichzeitiger – zumindest intendierter – Ausnutzung kultureller Besonderheiten der angegriffenen Gruppe im Rahmen des Art. 6 lit. d Rom-Statut (S. 155 ff.). Das zuletzt genannte Phänomen, das sowohl im Jugoslawien- als auch im Ruanda-Konflikt zum Einsatz kam,¹⁰ hat zuletzt auch wieder durch das Vorgehen des IS gegen die Volksgruppe der Jesiden an Aktualität gewonnen.¹¹ Überzeugend arbeitet der *Verfasser* in diesem Kontext die Bedeutung der Vorfrage, nach welchen Kriterien die Bestimmung der Gruppeneigenschaft zu erfolgen hat, heraus. Ob der von Schwarz hierzu vertretene rein-subjektive Ansatz im Ergebnis zutreffend ist, sei hier dahingestellt.¹² Widerspruch muss aber jedenfalls gegen das – auch von Ambos vorgebrachte¹³ – Argument, die dogmatische Konstruktion des Genozid-Tatbestands als Absichtsdelikt spreche

⁹ Siehe hierzu: Bock, ZStW 119 (2007), 664 (666) m.w.N.

¹⁰ Vgl. Adams, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, 2013, S. 27 f.

¹¹ Vgl. zum Umgang mit den aus Vergewaltigungen hervorgegangenen Kindern jesidischer Frauen: Salloum, SPIEGEL v. 29.4.2019, abrufbar unter

<https://www.spiegel.de/international/world/yazidi-children-return-home-after-kidnapping-by-islamic-state-a-1264365.html> (7.3.2020); vgl. auch Berster/Schiffbauer, ZaöRV 74 (2014), 847 (856 f.), die indes primär die

„Unberührbarkeit“ des weiblichen Vergewaltigungsopfers thematisieren und weniger die Ausgrenzung der durch die Vergewaltigung gezeugten Kinder. Die dahingehende Dimension der Vergewaltigung will Schwarz indes allenfalls von Art. 6 lit. b Rom-Statut erfasst sehen (S. 154 f.). Soweit es um die erzwungene Schwangerschaft geht, zieht Schwarz den Aspekt der „Heiratsfähigkeit“ als ein Indiz für das Vorliegen von Art. 6 lit. d Rom-Statut heran (S. 159 f.).

¹² Kritisch etwa: Kreß, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, VStGB § 6 Rn. 33.

¹³ Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 128.

für eine Primärrelevanz der Tätervorstellung bzgl. der Opfer-eigenschaft, erhoben werden. Diese Erwägung verkennt, dass dem Genozid-Tatbestand als Delikt mit überschießender Innentendenz ohnehin schon mit einer gewissen Vorsicht zu begegnen ist.¹⁴ Der vom *Autor* eingeschlagene Argumentationspfad missachtet diese Bedenken nicht nur, sondern führte in letzter Konsequenz zu deren Ausweitung, weil er die objektive Tatbestandsseite unter Heranziehung der „ohnehin schon bestehenden Subjektivierung des Tatbestands“ weiter zu erodieren sucht.

Auch beschäftigt sich *Schwarz* mit der nicht zuletzt im Verfahren gegen Bosco Ntaganda virulent gewordenen Frage,¹⁵ ob und inwiefern die Kriegsverbrechenstatbestände auch einen Schutz (insbesondere von Kindern) gegen Mitglieder der eigenen Konfliktpartei vorsehen (S. 169 ff.). In diesem Zusammenhang geht der *Autor* auf verschiedene Entscheidungen der Kammern des ICC ein. Im Ergebnis überzeugend folgt er – in Ablehnung der den Dauerdeliktscharakter der sexuellen Sklaverei verkennenden Entscheidung der Vorverfahrenskammer¹⁶ – letztlich der Auffassung der Verfahrenskammer und der Berufungskammer des ICC¹⁷ und weist insbesondere zutreffend darauf hin, dass zentrales Charakteristikum der Sexualverbrechen deren Unabhängigkeit von einem militärisch notwendigen Zweck ist. Sexualverbrechen seien gerade keine typischen – mit anderen Worten: zwingenden – Begleiterscheinungen des Einsatzes militärischer Gewalt (S. 173).

Anschaulich arbeitet der *Autor* die Unrechtsdimension der unterschiedlichen Zwangselemente im Rahmen des Vergewaltigungstatbestandes heraus (S. 211 ff., 217 ff.). Überzeugend gelingt ihm insbesondere die Differenzierung zwischen Zwangselementen *stricto sensu* (Anwendung von Gewalt und Drohung mit Gewalt oder Zwang) und Missbrauchssituationen (Ausnutzung von Zwangsumständen und Zustimmungsunfähigkeit des Opfers). Etwas irritierend erscheint gleich-

wohl, dass *Schwarz* den Aspekt der Ausnutzung von Zwangsumständen zunächst als Zwangselement einstuft (S. 213), diese Einordnung im weiteren Verlauf dann allerdings zu revidieren scheint (S. 221 f.). So konstatiert *Schwarz*, in derartigen Situationen (z.B. Inhaftierung) bedürfe es gerade nicht der Ankündigung eines Übels. Vielmehr reiche die Ausnutzung der Lage, in der sich das Opfer befinde und welche es dazu veranlasse, eine Handlung entweder vorzunehmen oder zu erdulden, aus. In der Folge entspreche diese Tatvariante eher einer Missbrauchssituation.

Auch die Darstellung des Vorteilslements im Rahmen des Zwangsprostitutionstatbestandes erscheint erwähnenswert. Überzeugend arbeitet *Schwarz* heraus, dass es – um den völkerstrafrechtlichen Charakter des Tatbestandes zu erhalten – vor allem auf die Erwartungshaltung des Täters und nicht des Opfers ankommen muss (S. 250 ff.).

Auch *Schwarz*' Darstellung des sexualspezifischen Auffangtatbestands ist gelungen. Zum einen arbeitet der *Autor* das Dilemma des Tatbestands zwischen dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und seinem Auffangcharakter heraus (S. 276 ff.). Die hier angestrebten Überlegungen führen dazu, dass *Schwarz* einer restriktiven Auslegungstendenz das Wort redet. Im Rahmen seiner weiteren Ausführungen zum Auffangtatbestand orientiert sich *Schwarz* an dieser Direktive. Zudem versucht er, dem Tatbestand z.B. durch die Ausarbeitung eines Fallgruppen-Katalogs zum Kriterium des Sexualbezugs Konturen zu verleihen (S. 279 ff.).

Den Abschluss des vierten Kapitels bilden Ausführungen zum Phänomen der Zwangsheirat (S. 348 ff.). Auch hier wartet der *Autor* mit einer gelungenen Einführung in die Problematik anhand von aktuelle(re)n Beispielsfällen (Rote Khmer, Boko Haram, IS) auf, ehe er sich den menschenrechtlichen Implikationen sowie der Abgrenzung zu arrangierten Ehen zuwendet. Schwierig zu folgen bleiben *Schwarz*' Ausführungen, wenn er schreibt, bei „Zwangsheiraten [handle es sich] um eine schwere Menschenrechtsverletzung“. Dieser Befund soll nach seiner Auffassung den menschenrechtlichen Bezugsrahmen für die spätere Prüfung der Strafbarkeit von Individuen nach völkerstrafrechtlichen Sekundärnormen bilden. So zutreffend *Schwarz*' Ausführungen zu den unterschiedlichen Menschenrechtsinstrumenten und insbesondere der Schutzdimension der negativen Eheschließungsfreiheit auch sind, seinem Fazit fehlt doch die Klarstellung, *wem* die Verletzung dieser Primärnormen (Art. 23, 2 Abs. 2 IPbPR, Art. 10 IPwskR, Art. 12 EMRK, Art. 37 Istanbul-Konvention) in erster Linie anzulasten ist. Der Leser vermisst eine Brücke zur anschließenden völkerstrafrechtlichen Einordnung des Phänomens (S. 356 ff.).¹⁸ Hier hält *Schwarz* eine Strafbarkeit nach Art. 7 Abs. 1 lit. k Rom-Statut für denkbar, schreibt er dem Phänomen doch einen eigenständigen Handlungsunwert – nämlich die Verletzung der negativen Eheschließungsfreiheit – zu (S. 360 ff.). Dies erscheint an sich auch schlüssig. Indes wirft der Rekurs auf die Normen des internationalen Menschenrechtsschutzes erneut die Frage nach einer dogmatischen Verknüpfung auf. Anders gewendet:

¹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang: *Kreß* (Fn. 12), VStGB § 6 Rn. 13 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu *Viseur Sellers*, in: Pocar/Beruto (Hrsg.), *The Additional Protocols 40 years later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives*, IJHL 40th Roundtable on current issues of international humanitarian law, 2018, S. 116 ff., abrufbar unter <http://ijhl.org/full-list-congresses-international-conferences-round-tables-since-institutes-foundation/the-additional-protocols-40-years-later-new-conflicts-new-actors-new-perspectives/> (7.3.2020).

¹⁶ Hierzu: *Viseur Sellers* (Fn. 15), S. 121.

¹⁷ Die in diesem Zusammenhang ebenfalls ergangene Entscheidung der Berufungskammer wurde durch den *Autor* leider nicht mehr rezipiert, vgl. ICC, Judgment on the Appeal of Mr. Ntaganda against the „Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9“, Urt. v. 15.6.2017 – ICC-01/04-02/06 OA5 (The Prosecutor vs. Ntaganda), Rn. 46 ff., 64 f.; eine instruktive Darstellung der „Odyssee“, die diese Rechtsfrage in der Judikatur des ICC zurückgelegt hat, findet sich bei *Viseur Sellers* (Fn. 15), S. 116 ff.

¹⁸ Zu der zu überwindenden dogmatischen „Schlucht“: *Tomuschat*, JICJ 4 (2006), 830 (833, 834 f.).

Wie kann der *Autor* eine Strafbarkeit von *Individuen* nach den Sekundärnormen des Rom-Statuts ohne logische Bruchlinien unter Hinweis auf die soeben dargelegten Primärnormen herleiten, wenn diese Primärnormen sich doch in erster Linie als Abwehrrechte *gegen den Staat* (kein staatlicher Eheschließungszwang) bzw. Schutzpflichten *des Staates* (Schutz durch den Staat vor privatem Zwang) darstellen?¹⁹ Eine dogmatische Herleitung wäre in diesem Zusammenhang auch deshalb wünschenswert gewesen, da der *Autor* gerade die Einordnung der Strafbarkeit der Zwangsheirat als allgemeinen Rechtsgrundsatz gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut ablehnt (S. 357 f.).²⁰

Im Rahmen des letzten Kapitels befasst sich *Schwarz* schließlich mit der Einordnung geschlechtsbezogener Gewalt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (S. 369 ff.). Neben den Ausführungen zum – im Rahmen des § 7 VStGB im Übrigen nicht existentem²¹ – Akzessorietätsfordernis des Art. 7 Abs. 1 lit. h Rom-Statut lassen sich *Schwarz*' Erläuterungen zur mens rea des Tatbestandes (S. 373 f., 379 ff.) positiv hervorheben, zumal diese auch etwaige Beweisführungsschwierigkeiten herausarbeiten. Den Abschluss des Kapitels bildet die Behandlung der völkerstrafrechtlichen Relevanz von Verfolgungshandlungen aus Gründen der sexuellen Orientierung (S. 387 ff.) bzw. der geschlechtlichen Identität (S. 405 ff.). Den zuerst genannten Prüfungspunkt leitet der *Autor* mustergültig mit der Darlegung und Anwendung der allgemeinen Auslegungsmethoden ein. Umso ernüchternder erscheint dann zunächst freilich, dass er sich am Ende nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis, sondern einzig zu einer Favorisierung durchringen kann (S. 404). Auf den zweiten Blick ist es hingegen gerade diese Herangehensweise, die *Schwarz*' Arbeit durchgehend auszeichnet: Der *Autor* erreicht durch sein gründliches und methodisches Vorgehen die umfassende und sachliche Darlegung aller wesentlichen Argumente. Stets bleibt er dabei der Herausarbeitung denkbarer Varianten der Rechtsentwicklung und der klaren Unterscheidung von *lex lata* und *lex ferenda* verpflichtet. Gerade letzter Gesichtspunkt, dessen Abwesenheit in der Vergangenheit allzu oft kritisiert wurde,²² verleiht seiner Arbeit einen meines Erachtens bedeutenden Mehrwert.

IV. Fazit

Schwarz legt mit seiner in sich geschlossenen und folgerichtigen Untersuchung ein mehr als lesenswertes Werk vor. Der *Autor* schafft es, dem Leser die vielfach nur schwer verdauliche Materie in sachlich differenzierter Art und Weise zu

präsentieren. Zugleich versucht er, den Einzelschicksalen der Opfer derartiger Systemkriminalität bzw. der individuellen Dimension der Gewaltakte gerecht zu werden (vgl. z.B. S. 55 ff., 121 [Fn. 590], 256 f.). Auch wenn dieses Ansinnen im Rahmen einer akademischen Abhandlung durchaus herausfordernd erscheint,²³ ist *Schwarz* in der Lage, den schmalen Grat zwischen akademisch geschuldeter Sachlichkeit und emotionaler Indifferenz erfolgreich zu meistern. Positiv herauszustellen ist überdies, dass *Schwarz* dem Leser die Entwicklung des heutigen völkerrechtlichen Sexualstrafrechts ein ums andere Mal durch Ausführungen zur Normgenese – entweder in Gänze (S. 75 ff.) oder hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale (vgl. nur S. 175 ff.) – in besonders nachvollziehbarer Weise nahebringt. Während er der Rechtsprechung bzw. den Normtexten und deren Hintergründen des Öfteren – und vielfach auch zu Recht²⁴ – widerspricht respektive diese kritisiert, eröffnet er dem Leser doch zugleich die Möglichkeit, sich selbst eine Meinung zu bilden und auch *Schwarz*' Ansichten zu hinterfragen. Dem Werk sind zahlreiche Leser zu wünschen!

*Ref. iur. Florian Schmid**

¹⁹ Andernorts hatte er diese Problematik durchaus herausgestellt, vgl. S. 246.

²⁰ Diese Argumentation wurde im Nachgang an die Entscheidung des IMT jedenfalls im Hinblick auf die dort abgeurteilten Einzeltatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit fruchtbar gemacht, vgl. *Tomuschat* (Fn. 18), S. 834 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 4), Rn. 26.

²¹ Vgl. *Werle*, in: Joecks/Miebach (Fn. 12), VStGB § 7 Rn. 115.

²² Vgl. STL, Beschl. v. 16.2.2011 – STL-11-01/II/AC/R176bis (*The Prosecutor vs. Ayyash u.a.*), Rn. 85; hierzu: *Kirsch/Oehmichen*, ZIS 2011, 800.

²³ Andere Autoren wählten eine offensivere Darstellung von Einzelschicksalen, vgl. *Adams* (Fn. 10), S. 30 ff.

²⁴ Angeführt sei hier nur die lange Zeit geltende Einordnung sexueller Gewalttaten als Ehrdelikte.

* Der *Verfasser* ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe.

Buchrezension

Sarah Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018, 373 S., € 96.

I. Einleitung

Das Wiederaufnahmeverfahren dient „der Beseitigung rechtskräftiger Fehlentscheidungen, deren Bestand aus Gründen der Wahrheit, der Gerechtigkeit und der Rechtsbewahrung unerträglich ist. Wahrheit und Gerechtigkeit sind das oberste Ziel eines jeden Strafprozesses.“¹

Da es aber praktisch unmöglich ist, diese o.g. objektive Wahrheit zu erforschen, ist es zu akzeptieren, dass die objektive Wahrheit somit auch nur theoretisch existiert.² Die Folge dieser Erkenntnis ist die Annahme, maximal eine „relative Wahrheit“, als einen Anteil der objektiven, also der gesamten, Wahrheit erfahren zu können. Dieser Umstand lässt sich daran verdeutlichen, dass die richterliche Überzeugung auch stets auf Grundlage der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ und nicht aufgrund der „objektiven Wahrheit“ gebildet wird. Aber gerade zwischen diesen beiden Punkten liegt potenziell eine Fehlerquelle. Und diese Fehlerquelle „verlangt von dem Gesetzgeber auf Grund seiner rechtsstaatlichen Justizgewährungspflicht die Einrichtung eines Verfahrens, das den Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zur Beseitigung eines Justizirrtums dadurch löst, dass es ein Verfahren zur Beseitigung rechtskräftiger Urteile bereitstellt“³ – das Wiederaufnahmeverfahren.

Die Expertenkommission zur StPO-Reform im Jahr 2016 kam zu dem Ergebnis: „das Wiederaufnahmerecht sollte nicht geändert werden“⁴, wodurch es weiterhin (quasi zwingend) in der Hand der Rechtsprechung liegt, Korrekturen vorzunehmen und die Gesetzesfortschreibung zu betreiben. Denn die Expertenkommission bezweifelte es ausdrücklich, dass die geltende Rechtslage für den Verurteilten Defizite oder Regelungslücken aufweist, so dass überdies mangels „valider empirischer Erkenntnisse über Fehlurteilsquoten“⁵ ein Tätigwerden des Gesetzgebers auch gar nicht notwendig sei.

Der Koalitionsvertrag vom 12.03.2018 wollte die Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten der oder des freigesprochenen Angeklagten in Bezug auf die nicht verjähren Straftaten erweitern.⁶ In der Ausarbeitung⁷ des Wissenschaft-

lichen Dienstes des Deutschen Bundestags vom 31.1.2019 wird dagegen aktuell der Standpunkt vertreten, dass die Vornahme des Wiederaufnahmeverfahrens wegen neuer Erkenntnisse (aufgrund neuer Untersuchungsmethoden) nach derzeitigem Stand mit dem deutschen Recht nicht vereinbar sei – die Wiederaufnahme ist damit mit Ausnahme des späteren Geständnisses nur für die Fälle vorgesehen, in denen manipulativ auf das Urteil eingewirkt wurde.

Betrachtet man die Rechtslage in den anderen Mitgliedstaaten der EU dazu, so sei in den Ländern Belgien, Estland, Frankreich, Griechenland, Kroatien, Polen, Rumänien, Slowenien und Spanien eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten wegen neuer Tatsachen nicht möglich.⁸ Wegen neuer Tatsachen wäre dagegen eine Wiederaufnahme möglich in: Bulgarien, Dänemark, Finnland, Irland, Lettland, Litauen, Österreich, Schweden, Slowakei, der Tschechischen Republik und Ungarn.⁹ Aber aus keinem der aufgeführten Länder wird aktuell über Vorhaben berichtet, die geltende Gesetzeslage für eine Reform zu ändern.

II. Umfeldanalyse

Obwohl das Thema der Wiederaufnahme aktuell wieder brisanter wurde, sind in den letzten 23 Jahren lediglich zwölf weitere Dissertationen zu diesem Themenkomplex der Wiederaufnahme bzw. der Wiederaufnahmeverfahren verfasst worden, wobei eine auffallende Häufung in den letzten 2–3 Jahren zu verzeichnen ist.

So befasste sich *Ruhs*¹⁰ im Jahr 2018 mit der Thematik der Rechtsbehelfe bei Verständigungen und legte dabei seinen Fokus auf die rechtswidrigen Verständigungen im Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren. Seine Arbeit stellt aber unübersehbar auch einen Mehrwert für den Bereich des Wiederaufnahmeverfahrens dar, da er dieses Thema in seinem Kapitel 4 „Rechtswidrige Verständigungen und ihr rechtliches Schicksal im Wiederaufnahmeverfahren anhand der Wiederaufnahmegründe §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO“ auf den Seiten 165–385 ausführlich bespricht.

*Dunkel*¹¹ beleuchtete das Wiederaufnahmeverfahren im Jahr 2018 durch eine grundlegende Analyse dieses Rechtsinstituts. So ging sie auf die Thematik der Fehlentscheidungen an sich ein, erarbeitete eine Definition, verengte die Darstel-

¹ *Schmidt*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, StPO Vor § 359 Rn 1.

² *Schmidt* (Fn. 1), StPO Vor § 359 Rn 2.

³ *Schmidt* (Fn. 1), StPO Vor § 359 Rn 3.

⁴ StPO-Expertenkommission, Bericht der Expertenkommission zur effektiven und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Berlin, Stand: Oktober 2015, S. 33 und 168.

⁵ StPO-Expertenkommission (Fn. 4), S. 169.

⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, „Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, 19. Legislaturperiode, S. 125, Zeilen 5853–5854.

⁷ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten aufgrund neuer Erkenntnisse – Überblick über die Rechtslage im Ausland, WD 7-3000-262/18 (Abschluss: 31.1.2019), S. 4 f.

⁸ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags (Fn. 7), S. 5–7.

⁹ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags (Fn. 7), S. 7–11.

¹⁰ *Ruhs*, Rechtsbehelfe bei Verständigungen, Das Schicksal rechtswidriger Verständigungen im Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren, 2018.

¹¹ *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz, Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren, 2018.

lung auf die Wiederaufnahmeverfahren, analysierte Risikofaktoren, die für Fehlentscheidungen kausal sein könnten, versuchte eine Anzahl der vorliegenden Fehlentscheidungen analytisch zu schätzen und konzentrierte sich dann auf die Auswertung der Daten des Statistischen Bundesamtes sowie einer aktuellen Aktenanalyse von Wiederaufnahmeverfahren an Gerichten der Hansestadt Hamburg. Eine interessante Arbeit, die auf jeden Fall Beachtung finden sollte.

*Brinkmann*¹² befasste sich im Jahr 2016 ebenfalls mit dem Thema des strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahrens. Nachdem sie die gesetzlich bereits vorgesehenen Korrekturmöglichkeiten (wie bspw. die Anörungsrüge, die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, die möglichen Rechtsbehelfe im verfassungsrechtlichen Kontext, die optionale Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK oder auch das Gnadenverfahren oder die Gegenvorstellung) analysierte, ging sie der Frage der grundsätzlichen Korrigierbarkeit von Urteilen sowie der Frage der Rechtskraft von Urteilen nach. In den beiden Hauptteilen ihrer Arbeit konzentrierte sie sich aber auf die Entscheidungen, die aus tatsächlichen und die aus rechtlichen Gründen heraus fehlerhafte Entscheidungen darstellten.

*Otto*¹³ hat sich im Jahr 2017 mit der Wiederaufnahme rechtskräftig geschlossener Verfahren bei unionsrechtlichen Urteilen im Zivilprozess beschäftigt – hier lag der Schwerpunkt allerdings im Zivilrecht.

*Bohn*¹⁴ beleuchtete im Jahr 2016 die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise.

*Greco*¹⁵ ging im Jahr 2013 im Rahmen seiner Habilitationsschrift auch umfassend der Frage der Auflösung der materiellen Rechtskraft nach (Kap. 6, S. 853–1.007). Dabei legte er in diesem Kapitel einen Schwerpunkt sowohl auf die Darstellung der Wiederaufnahme zugunsten des Beschuldigten (Kap. 6 C., S. 898–955) als auch zulasten des Beschuldigten (Kap. 6 D., S. 956–993).

*Jacobsen-Raetsch*¹⁶ hat sich im Jahr 2011 ebenfalls mit der Wiederaufnahme beschäftigt (Kap. 1, S. 5–110), mit Focus auf die bestehende Rechtskraft der Entscheidung und die Anforderungen an die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens.

¹² *Brinkmann*, Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO, Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur über das strafrechtliche Wiederaufnahmeverfahren, 2017.

¹³ *Otto*, Das Wiederaufnahmerecht und die Wiederaufnahme rechtskräftig geschlossener Verfahren bei unionsrechtswidrigen Urteilen im Zivilprozess, Eine Betrachtung des Spannungsverhältnisses zwischen Prozesszweck und Rechtskraft bei Mängeln in der rechtlichen Urteilsgrundlage, 2017.

¹⁴ *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016.

¹⁵ *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, 2015.

¹⁶ *Jacobsen-Raetsch*, Wiederaufnahme und Verjährung (§§ 78 ff StGB), 2011.

*Csaki*¹⁷ ging im Jahr 2008 der Frage der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens nach den Urteilen des EGMR in der deutschen Rechtsordnung nach.

Schließlich hat sich im Jahr 2007 *Bajohr*¹⁸ mit der Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme beschäftigt.

*Heiland*¹⁹ befasste sich im Jahr 2006 mit der Wiederaufnahme des nach den §§ 45, 47 JGG eingestellten Verfahrens – legte also den Focus auf das Jugendgerichtsgesetz.

In der von *Kaufmann*²⁰ im Jahr 2005 veröffentlichten Arbeit lag der Forschungsschwerpunkt auf der Wiederaufnahme von Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof.

*Weber-Klatt*²¹ hat sich im Jahr 1996 ebenfalls mit der Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten beschäftigt. Vor diesem Hintergrund stellt *Bayers* Arbeit, welche im Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität Berlin als Dissertation angenommen wurde, einen deutlichen Mehrwert dar – wie nachfolgend analysiert wird.

III. Der formale Aufbau der Arbeit

Bayer gliedert ihre Arbeit in sieben Teile – in eine Einleitung (S. 21–23) und sechs Themenkapitel (Kap. 1–6, S. 24–331).

1. Zur Einleitung (S. 21–23)

Die *Autorin* führt in ihrer Einleitung kurz in die Thematik ein und erläutert anschließend den weiteren Gang ihrer Untersuchung. So erfährt der Leser anschaulich bereits hier, dass es sinnvoll ist, die deutsche Regelung zum Wiederaufnahmeverfahren (vor dem Hintergrund der einheitlichen Rechts- und Wertegemeinschaft der Europäischen Union) europaweit zu harmonisieren und überdies vergleichend das englische und französische Recht im Kontrast zu betrachten. In diesem Vergleich lässt es sich, so *Bayer*, besser abschätzen, ob und wie das deutsche Wiederaufnahmerecht reformiert werden könnte bzw. sollte. Überdies kann die geltende deutsche Regelung besser verstanden werden, wenn zusätzlich auch die historische Entwicklung mit betrachtet wird.

2. Zu Kapitel 1: Einführung in die Thematik (S. 24–50)

Bayer unterteilt ihr Kapitel 1 in zwei Teile: In „Gerechtigkeit, Wahrheit und Fehlerurteile“ (Kap. 1 A., S. 24–36) und „Die

¹⁷ *Csaki*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der deutschen Rechtsordnung, 2008.

¹⁸ *Bajohr*, Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme, Eine Untersuchung zur Wiederaufnahme in Strafsachen unter besonderer Berücksichtigung der Wiederaufnahmegründe in § 79 Abs. 1 BVerfGG und § 359 Nr. 6 StPO, 2008.

¹⁹ *Heiland*, Die Wiederaufnahme des nach den §§ 45, 47 JGG eingestellten Strafverfahrens, 2008.

²⁰ *Kaufmann*, Wiederaufnahme von Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof, 2005.

²¹ *Weber-Klatt*, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, 1997.

Frage nach dem Ziel des Strafprozesses“ (Kap. 1 B., S. 37–50).

In Abschnitt A erfährt der Leser informative Hintergründe und philosophische Überlegungen über Gerechtigkeit und Wahrheit an sich (S. 25–26) sowie über die empirischen Grenzen der Wahrheitsermittlung (S. 26–30). Bayer konkretisiert ihre Gedanken zutreffend, indem sie fragt: Was ist das Ziel des Strafprozesses? Stets die Wahrheit zu erforschen? Und woran orientiert sich dabei das „Recht“ – an der Leitidee der Gerechtigkeit? (S. 24). Aber „Gerechtigkeit ist jedoch keine isoliert zu sehende Qualität einer Entscheidung; sie bezieht sich vielmehr notwendig auf die Relation zwischen der Entscheidung und dem zu beurteilenden Sachverhalt“ (S. 25). Wie kann man den Begriff der „Wahrheit“ dann also genau bestimmen? Und gibt es ferner überhaupt die eine Wahrheit oder ist Wahrheit nur ein „unendlicher Prozess, der die partiellen Wahrheiten akkumuliert“?²² Bayer vergleicht den Umgang mit der „relativen Wahrheit“ mit der Verfahrensweise im deutschen, englischen und französischen Strafprozess. Denn Grundlage der richterlichen Entscheidungsfindung ist im deutschen Strafprozess gem. § 261 StPO die „freie richterliche Überzeugung“, ähnlich so im englischen Prozess, wo der Beweisstandard mit „beyond a reasonable doubt“ gehandhabt wird. Wenig überraschend ist es daher, dass das französische Recht mit dem „intime conviction“ auch eine vergleichbare Regelung aufweist. Bei allem Aufwand, den die Strafverfolgungsbehörde in die Erforschung der Wahrheit steckt, sind aber auch normative Grenzen der Wahrheitsermittlung (S. 31–32) zwingend zu beachten, da es bereits seit dem Urteil des 4. Strafsenats des BGH vom Februar 1964 die Grenze gibt, dass „selbst auf die Gefahr hin [dass der] Strafverfolgungszweck dadurch beeinträchtigt oder vereitelt wird [die Intimsphäre des Einzelnen ebenfalls zu schützen sei]. In derartigen Fällen steht das Interesse am Schutze der Privatsphäre höher als dasjenige an der Strafverfolgung.“²³ Zumal es „auch sonst kein Grundsatz der StPO [ist], dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste.“²⁴ Abschließend widmet sich Bayer in diesem Kapitel noch dem Versagen der Rechtspflegeorgane (S. 33), der Falschen Rechtsanwendung (S. 33–34) als weiteren Umstand bei der Erlangung der „vollständigen Wahrheit“ und schließlich der fundamentalen Frage nach der Häufigkeit von Fehlurteilen (S. 34–36).

In Abschnitt B konzentriert sich die Autorin auf die Frage nach dem Ziel bzw. den Zielen des Strafprozesses (S. 37–50), denn „aus diesen lassen sich Rückschlüsse für die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Maße Fehlurteile durch die Rechtsgemeinschaft hingenommen bzw. behoben werden müssen, ziehen“, so Bayer auf S. 37.

²² Schaff, *Geschichte und Wahrheit*, 1970, S. 81; ebenso: Hartmann, *Das Problem des geistigen Seins – Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften*, 2. Aufl. 1949, S. 394.

²³ BGH, Urt. v. 21.2.1964 – 4 StR 519/63 = NJW 1964, 1139 (1142) = BGHSt 19, 325 (329).

²⁴ BGH, Urt. v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59 = NJW 1960, 1580 (1582) = BGHSt 14, 358 (365).

Bayer gelingt dieser Einstieg in die spannende Thematik ausgesprochen gut. Sie holt zwar teilweise recht weit aus, kanalisiert ihre Aussage aber stets zielgerichtet und kommt so auf den sprichwörtlichen Punkt. Denn eine Wiederaufnahme ist gerade mehr als nur der faktische Prozess.

3. Zu Kapitel 2: Geschichtlicher Abriss des deutschen Wiederaufnahmerechts (S. 51–122)

Bayer untergliedert ihr Kapitel 2 in sechs Teile: In den Bereich des inquisitorischen Prozesses des gemeinen Rechts (Kap. 2 A., S. 51–68), in den Einfluss des akkusatorischen Prozesses nach französischem Vorbild (Kap. 2 B., S. 68–88) in die Reichsstrafprozessordnung von 1877 (Kap. 2 C., S. 89–110), in die überblicksartige Darstellung der Reform von 1924 (Kap. 2 D., S. 110–112), in die Änderung der NS-Zeit (Kap. 2 E., S. 113–119) sowie in die Entwicklung des deutschen Wiederaufnahmerechts nach 1945 (Kap. 2 F., S. 119–122).

Auch dieses Kapitel 2 gelingt Bayer sehr gut. So wird deutlich, dass die deutsche Rechtsentwicklung maßgeblich durch das englische, vor allem aber durch das französische Recht mitbestimmt wurde. Erneut schafft es Bayer durch die rechtshistorische Darstellung, welche die Geschehnisse und Regelungen in den geschichtlichen Kontext rücken, das Thema für den Leser einfach verständlich darzustellen und ihre Aussage dadurch anschaulich zu transportieren.

4. Zu Kapitel 3: Geltendes deutsches Wiederaufnahmerecht (S. 123–190)

Das Kapitel 3 befasst sich mit dem geltenden deutschen Wiederaufnahmerecht. Bayer untergliedert es in drei thematische Abschnitte: In die Wiederaufnahmegründe zugunsten des Verurteilten (Kap. 3 A., S. 123–159) bei dem die Regelung des § 359 StPO sehr ausführlich, tatbestandlich und kritisch mit den Ansichten aus Literatur und Rechtsprechung beleuchtet werden; in die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten (Kap. 3 B., S. 159–168) mit der hauptsächlichen Darstellung des § 362 StPO sowie in den Abschnitt über die Ausgestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens (Kap. 3 C., S. 159–190).

Bayers Darstellung des Kapitels 3 belegt die Erkenntnis, dass „die in der RStPO entwickelte Kompromissform des Wiederaufnahmerechts, die 1950 durch die kleine Justizreform²⁵ wiederhergestellt und um einige Regelungen der NS-Zeit ergänzt worden war, im Wesentlichen bis heute“ (S. 123) noch so weitergilt. Ein sehr interessanter und gelungener Abschnitt.

5. Zu Kapitel 4: Rechtsmittel zur Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile nach französischem Recht (S. 191–253)

Bayer unterteilt das Kapitel 4 in fünf Teile: In den Teil der nicht vorgenommenen Wiederaufnahme zuungunsten des

²⁵ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950, BGBl. I 1950, S. 455.

Angeklagten (Kap. 4 A., S. 191–203), in den Teil der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten nach Art. 622 ff. Code de Procédure pénale (CPP) a.F. (demande en révision, Kap. 4 B., S. 203–223), in den Teil der Wiederaufnahme bei durch den EGMR festgestelltem Menschenrechtsverstoß nach Art. 626-1 ff. CPP a.F. (demande en réexamen, Kap. 4 C., S. 223–232), in den Bereich der Reform der Verfahren der allgemeinen Wiederaufnahme und der Wiederaufnahme bei durch den EGMR festgestelltem Verstoß (Kap. 4 D., S. 232–252) sowie den Teil des Sonderfalls der Revision im Interesse des Rechts (pouvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, Kap. 4 E., S. 252–253).

Im französischen Recht hat der „non bis in idem“²⁶-Grundsatz – bzw. der „ne bis in idem“-Grundsatz, wie er international eigentlich bekannt ist – eine enorm hohe Bedeutung. Denn traditionell besteht im französischen Recht ein sehr hohes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und der Prämisse, das Individuum vor der mehrmaligen Verfolgung wegen derselben Sache zu schützen. Als Hintergrund dazu werden regelmäßig die Erfahrungen der Franzosen im Absolutismus bis hin zur Französischen Revolution angeführt.²⁷ So wurde der „ne bis in idem“-Grundsatz in Frankreich erstmals in der Verfassung von 1791 kodifiziert und lässt sich heute in Art. 368 CPP²⁸ (Code de Procédure pénale) oder in Art 6 Abs. 1 CPP²⁹ wiederfinden, bei dem nachzulesen ist, dass mit Eintritt der Rechtskraft eines Urteils der Strafkörperverbrauch eintritt. Bayer belegt hier anschaulich, dass eine erneute Verfolgung des Angeklagten nicht möglich ist und die Fälle der Rechtskraftdurchbrechung nur für jene geringe Anzahl von Fällen in Betracht gezogen werden, in denen Justizirrtümer

²⁶ Bayer weist darauf hin, dass in der französischen Literatur regelmäßig vom „non bis in idem“, statt dem gebräuchlichen „ne bis in idem“-Grundsatz gesprochen wird und führt dies (nach *Lelieur-Fischer*) auf eine „sprachliche Laxheit der Franzosen“ zurück, so Rn. 797; ausführlich dazu: *Lelieur-Fischer*, La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Etude à la lumière des droits français, allemand et européens, 2005, S. 15.

²⁷ Ausführlich dazu *Merle/Vitu*, Traité de droit criminel, Bd. 2: Procédure pénale, 5. Aufl. 2001, Nr. 876, S. 1030.

²⁸ So lautet Art. 368 CPP: „Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.“, was wegen der besseren Verständlichkeit etwas freier übersetzt bedeutet: „Keine gesetzlich freigesprochene Person kann mit den gleichen Tatsachen wieder verfolgt oder angeklagt werden, auch nicht wegen einer anderen Qualifikation der Tat.“

²⁹ In Art. 6 CPP werden die Gründe für den Eintritt des Strafkörperverbrauches aufgezählt, so lautet Art. 6 Abs. 1 CPP: „L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée.“, was übersetzt bedeutet: „Die öffentliche Klage auf Vollstreckung des Urteils erlischt mit dem Tod des Angeklagten, der Verschreibung, der Amnestie, der Aufhebung des Strafgesetzes und der Rechtskraft.“

gegenüber den zu Unrecht Verurteilten korrigiert werden sollen (S. 192).

Die andere Seite dieser „Medaille“ wird in Frankreich unter der „Affaire Haderer“³⁰ deutlich. Diese führte zwar in den Jahren 2013 und 2014 zu Reformüberlegungen des französischen Wiederaufnahmerechts, bei der auch mehr als 80.000 Unterschriften dazu gesammelt wurden, aber zu keiner nennenswerten Veränderung. Der Leser erfährt aber gleichwohl, dass Personen im französischen Rechtssystem dennoch nicht schutzlos sind. So steht ihnen neben der révision (einer vergleichbaren Regelung zu der Wiederaufnahme nach § 359 StPO) auch ein besonderes Rechtsmittel zur Verfügung, welches im Nachgang von Urteilen des EGMR angewendet werden kann.

Auch in diesem Abschnitt schafft die Darstellung der historischen Entwicklung einen Mehrwert für das Verständnis. Bayer beleuchtet ausführlich die französische Regelung in ihren einzelnen Tatbestandsmerkmalen, erklärt dort Meinungsstreitigkeiten und die unterschiedlichen (zum Teil diametralen) Ansichten und rundet ihre Ausführungen regelmäßigen stets durch die historische Entwicklung sowie den Ländervergleich mit Frankreich ab.

6. Zu Kapitel 5: Rechtsmittel zur Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile nach englischem Recht (S. 254–308)

In der Darstellung der Rechtsmittel zur Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile nach englischem Recht untergliedert Bayer dieses Kapitel thematisch in zwei große Teile: in den Bereich der Rechtsmittel zur Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile zugunsten des Angeklagten (Kap. 5 A., S. 255–283) und den Bereich der Rechtsmittel zur Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile zuungunsten des Angeklagten (Kap. 5 B., S. 283–308).

Diese vergleichende Betrachtung des englischen Rechts ist aus mehreren Aspekten sehr sinnvoll, da sie zutreffend aufzeigt, dass ein Rechtsvergleich mit dem englischen Recht mitunter sehr schwierig sein kann. „Denn zum einen war das englische Strafprozessrecht – wie auch das englische materielle Strafrecht – nie Gegenstand systematischer legislativer Aufmerksamkeit. Zum anderen setzen sich die relevanten

³⁰ Der Täter Jaques Maire wurde im Oktober 2008 vom Verdacht des Mordes an der 22-jährigen Frau Nelly Haderer freigesprochen, die im Januar 1987 verschwunden und dann ermordet und zerstückelt auf einer Deponie aufgefunden wurde. Im Jahr 2009 wurden auf Antrag der Familie sämtliche Beweismittel erneut überprüft, da sich die technischen Mittel stark weiterentwickelt hatten. Ende Januar 2014 hatte jedoch eines dieser genetischen Gutachten die DNA von Jacques Maire in einem Blutfleck auf den Jeans von Nelly Haderer hervorgehoben. Jacques Maire war wegen Mordes an Nelly Haderer nach einem Rechtsbehelf freigesprochen und erhielt vom Staat eine Entschädigung. Er starb am 21.1.2018 im Alter von 64 Jahren an einem Herzstillstand in seinem Haus; ausführlich dazu bspw.:

<https://www.dna.fr/actualite/2018/01/21/affaire-nelly-haderer-condamne-puis-acquitte-jacques-maire-est-mort> (6.3.2020).

Quellen nicht nur aus dem statutory law, d.h. Gesetzen im kontinentaleuropäischen Sinne, sondern auch aus common law, d.h. aus sich aus richterlichen Entscheidungen ergebenden Rechtsgrundsätzen, und administrative guideline und directives, d.h. Verwaltungsvorschriften und -richtlinien, zusammen, sodass das relevante Recht in einer Vielzahl von Quellen verstreut zu finden ist“ (S. 254). Ebenso unsystematisch und unübersichtlich gestaltet sich auch das englische Rechtsmittelsystem – so werden bspw. alle Rechtsmittel (also auch die Beschwerde) einheitlich als appeal bezeichnet. Ebenso wie im französischen Recht, gibt es im englischen Recht keine Wiederaufnahmemöglichkeit rechtskräftig abgeschlossener Verfahren – auch hier gilt der „ne bis in idem“-Grundsatz.

Diese spannende und schwierige Thematik stellt Bayer auch in diesem Abschnitt umfassend strukturiert und weitreichend erläuternd dar und zieht zutreffend die Vergleiche zu den anderen Jurisdiktionen. Sie ist sehr gut gelungen, auch da sie der drängenden Frage nachgeht, wie man in England eigentlich rechtskräftige Urteile (zugunsten sowie zuungunsten des Angeklagten) überprüfen kann.

7. Zu Kapitel 6: Reformüberlegungen und Fazit (S. 309–331)

Das sechste Kapitel unterteilt Bayer in zwei Teile: Im Teil A (S. 309–320) ermittelt sie den Reformbedarf an Hand der Wiederaufnahmeregelung im deutschen Recht und in Teil B (S. 320–326) erfolgen selbige Überlegungen für das englische und französische Recht.

Wo sieht Bayer im deutschen System nun konkreten Handlungsbedarf? Ihrer Ansicht nach hat ihre „Analyse des geltenden deutschen Rechts vielerlei Unklarheiten sowie offene, teilweise dem technischen Fortschritt und der Fortentwicklung des Rechts geschuldete, rechtspolitische Rechtsfragen ergeben, die durch den Gesetzgeber adressiert werden sollten“ (S. 309). So zeigt sie in Ihrer Analyse Defizite in den tatbestandlichen Regelungen der §§ 359, 362 StPO auf, die sie in ihrer Darstellung über die Reformüberlegungen konkretisiert und zusammenfasst. Daneben spricht sie auch Änderungen im Bereich der allgemeinen Verfahrensfragen an. Nach der aktuellen Regelung des § 363 StPO besteht ein Ausschluss der Wiederaufnahme zum Zweck der Herbeiführung einer anderen Strafbemessung aufgrund desselben Strafgesetzes sowie zum Zweck der Strafmilderung wegen der verminderten Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB. Diese Regelung möchte Bayer für die günstige Wiederaufnahme aufgehoben wissen, da nach Ihrer Analyse diese Regelung „auf dem Ansatz beruht, dass es sich bei der Strafzumessung um eine der nachträglichen Überprüfung weitgehend entzogenen Tatfrage handelt“ (S. 317). Schließlich möchte sie die Verjährungsfristen als Wiederaufnahmehindernis zuungunsten des Angeklagten im Interesse der Rechtskraft und zum Schutze des Angeklagten verändert wissen.

Abschließend zieht Bayer ein Fazit ihrer Arbeit und kommt zu dem Ergebnis, dass fast zwingend Handlungsbedarf des Gesetzgebers besteht, da sie Defizite in Bezug auf die aktuelle Rechtslage ausgemacht hat. Diese werden gerade auch im Vergleich zu den Jurisdiktionen aus England und Frankreich deutlich.

Folglich qualifiziert Bayer den Standpunkt der eingangs erwähnten Expertenkommission aus dem Jahr 2016 durchaus vertretbar als „Ausflucht“ (S. 329). Ihrer Ansicht nach gilt das „insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Analyse der bestehenden Vorschriften [...] viele Unklarheiten und offene Rechtsfragen des geltenden Wiederaufnahmerechts ergibt, die nur durch den Gesetzgeber behoben bzw. – in die eine oder andere Richtung – entschieden werden können“ (S. 329).

IV. Fazit

Bayer analysiert und beleuchtet mit ihrer Arbeit die aktuelle Rechtslage in Deutschland im Vergleich zu England und Frankreich. Dabei erklärt sie das Instrument des Wiederaufnahmeverfahrens historisch und vom Sinn und Zweck der Norm her. Sie setzt sich konkret mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der geltenden Gesetzeslage auseinander und zeigt Defizite, sowie sich aus ihrer Analyse heraus ergebende Handlungsnotwendigkeiten auf.

Wenn man nun anführt, dass ihre Arbeit 1.383 Fußnoten beinhaltet, klingt das auch bei 311 Seiten nach einer rein statistischen Angabe. Doch hier steht sie für eine in hohem Maße zu honorierende Fleißarbeit. Denn Bayer nutzt ihre Fußnoten nicht nur für den Beleg einer getätigten Aussage. Sie gibt dort regelmäßig sehr ausführlich und genauso umfangreich weitere Aspekte oder Hintergrundinformationen an. Auf zahlreichen Seiten ist der Fußnotenbereich sogar umfangreicher als der Bereich des Haupttextes. Es ist daher häufiger passiert, dass mich die Ausführungen der Fußnoten angeregt haben, die Belegstellen weiter zu verfolgen, um diese „erläuternde Aspekte zum Haupttext“ wegen des Interesses an der Materie weiter zu vertiefen.

Kurz: Die Darstellung von Rechtsanwältin Dr. Sarah Jaus (geb. Bayer), LL.M., Maître en droit, besticht durch ihre Genauigkeit und Detailversessenheit in ihrer Darstellung sowie durch die umfassende und rechtsvergleichende Bearbeitung des Themas. Sie ist zwecklogisch und klar strukturiert und sehr verständlich formuliert. Für interessierte Leser an der Materie sind auch die zusätzlichen Fußnotenangaben mitunter ebenso interessant. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Gesetzgeber Bayers Arbeit mit als Grundlage für weitere Reformbestrebungen heranzieht. Einen erkennbaren Mehrwert für die Strafrechtswissenschaft stellt ihre Arbeit unstrittig bereits jetzt dar.

Oliver Michaelis, LL.M. (EuR), Düsseldorf

Kurze Erwiderung zu Wasserburg, ZIS 2019, 461

Von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Grüner, Wiesbaden

In seinem Beitrag in ZIS 2019, 461 rezensiert *Wasserburg* die Neubearbeitung von Band X (Art. 1–8 EMRK, 7. Zusatzprotokoll und Verfahrensrecht) des Systematischen Kommentars zur Strafprozessordnung, der in der 5. Auflage 2018 nicht mehr von *Paeffgen*, sondern von *Meyer* bearbeitet wird.

Es ist schon einigermaßen erstaunlich, dass die Rezension sich nicht mit der Neubearbeitung selbst befasst, sondern ausdrücklich mit einem Vergleich dieser Neubearbeitung zu der vorhergehenden Auflage. Noch erstaunlicher ist, dass der Rezensent zu der Abschlussthese gelangt, es fänden sich in der Neuauflage im Gegensatz zu dem bekannt kritischen Stil des Verfassers der Voraufgabe zu selten eigene oder gar kritische Kommentierungen der Rechtsprechung, ohne einen einzigen Beleg dafür zu nennen. Allein die mehrfachen Hinweise des Rezensenten, *Meyer* nehme keinen Bezug auf die Voraufgabe und erwähne den vorhergehenden Kommentator nicht, helfen dem Leser an dieser Stelle ebenso wenig weiter wie die langwierige Auflistung des unterschiedlich verteilten Seitenumfangs.

Darüber hinaus lässt sich der umfänglich dargestellte (und einzig inhaltliche) Kritikpunkt des Rezensenten, in den verglichenen Kommentierungen werde die wegweisende Bedeutung des in der Kommentierung fehlenden sog. Talaat-Pascha-Prozesses aus dem Jahre 1921 verkannt, in dieser Schlichtheit nicht aufrechterhalten.

Es ging in dem bekannten Prozess vor dem Landgericht Berlin um die strafrechtliche Beurteilung des tödlichen Attentats auf Talaat Pascha, einen der Drahtzieher des von den sog. Jungtürken initiierten Völkermordes gegen die im Osmanischen Reich lebenden Armenier in den Jahren 1915/1916. Die Geschworenen folgten der Verteidigung, die auf Freispruch wegen zeitweiliger Unzurechnungsfähigkeit plädiert hatte („Lassen Sie Ihr Gefühl rückhaltlos walten, getragen von der juristischen Überzeugung der wohlbegründeten Gerechtigkeit“, zitiert nach *Hosfeld*, Vortrag im Berliner Lepsiushaus am 26.11.2010). Die strafprozessuale Besonderheit dieses „Völkermordprozesses wider Willen“ (*Hosfeld*) besteht darin, dass es der Verteidigung gelang (unterstützt von dem Gutachter Johannes Lepsius), trotz einer auf politischen Druck eingeschränkten Dauer von zwei Verhandlungstagen den Geschworenen den Völkermord an den Armeniern und die leitende Beteiligung des Talaat Pascha daran mit dem Resultat der strafrechtlichen Exkulpation des Attentäters zu verdeutlichen.

Sicherlich hat der Ablauf des Talaat-Pascha-Prozesses visionäre zeitgenössische Beobachter wie Robert Kempner oder Raphael Lemkin beeindruckt und beeinflusst. Die These des Rezensenten, der Prozess hätte „rechtshistorisch grundlegende Bedeutung“ für die Entwicklung der dort gar nicht entscheidungsrelevanten Begriffe „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ (eine seit Beginn des 20. Jahrhunderts, spätestens aber seit einer Protestnote der Triple Entente v. 24.5.1915 an die türkische Regierung wegen des Völkermordes eingeführte Bezeichnung) und „Genozid“ (Lemkin) gehabt, entbehrt jedoch einer tragfähigen Grundlage. Bedeut-

samer in diesem Zusammenhang dürfte das (von Atatürk erst in der Zeit nach dem Talaat-Pascha-Prozess aufgehobene) Urteil des osmanischen Kriegsgerichts in Istanbul sein, das Talaat Pascha schon im Jahr 1919 in Abwesenheit unter anderem wegen seiner herausragenden Rolle bei den armenischen Massakern „im Namen der allgemeinen Menschenrechte“ zum Tode verurteilt hatte; die Anklage hatte sich ausdrücklich auf die Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit berufen (dazu *Taner Akcam*, Armenien und der Völkermord. Die Istanbul Prozesse und die türkische Nationalbewegung, 1996, S. 210 ff.).

Unabhängig davon liegt, was die von *Wasserburg* weiter vermisste Berücksichtigung der Arbeiten von Lemkin und Anderen zu Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Genozid angeht, darin erkennbar kein Mangel einer EMRK-Kommentierung. Es handelt sich zwar um völkerrechtlich zentrale Themen, die aber nicht Regelungsgegenstand des kommentierten völkerrechtlichen Vertrags sind. Das wird u.a. durch die Entscheidung *Perincek/Schweiz v. 15.10.2015 – 27510/08*, verdeutlicht, die sich mit der Menschenrechtsbeschwerde eines türkischen Politikers gegen die strafrechtliche Verurteilung in der Schweiz wegen Rassendiskriminierung im Zusammenhang mit der Leugnung des Völkermordes an den Armeniern befasst. Die Große Kammer des EGMR weist einleitend darauf hin, dass sich laut Art. 19 EMRK die Aufgabe des Gerichtshofs auf die Sicherstellung der Einhaltung der Verpflichtungen der Hohen Vertragsparteien in dieser Konvention und den Protokollen beschränke. Im Gegensatz zu internationalen Strafgerichtshöfen fehle dem Gerichtshof für Menschenrechte jegliche Befugnis, rechtlich bindende Aussagen dazu zu treffen, ob die Verfolgung der armenischen Bevölkerung im Osmanischen Reich als Völkermord im Sinne des einschlägigen Völkerrechts zu werten sei.