AUSGABE 7-8/2020

S. 327 - 396

15. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Die Auslandsbestechung und die deutsche Strafrechtswissenschaft – eine Rezension
Zu Cornelia Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung, 2019**
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Mannheim 327
- Die „feindliche Willensrichtung“ als Element der Heimtücke
im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB**
Von Dr. Fabian Stam, Potsdam 336
- Zur strafrechtlichen Behandlung des Containerns
de lege lata und de lege ferenda**
Von Dipl.-Jur. Jan Renniecke, Göttingen 343
- Das Völkerstrafrecht als Herausforderung für das
Gesetzlichkeitsprinzip?
Untersuchungen zur Frage der Verletzung von Art. 103
Abs. 2 GG im Gewand der völkerstrafrechtsfreundlichen
Auslegung**
Von Ref. iur. Florian Schmid, Heidelberg/Mannheim 349
- Eine kritische Betrachtung der Anknüpfungspunkte
des § 7 StGB
Zugleich ein Votum für eine Streichung der sog.
„Neubürgerklausel“ qua Verfassungswidrigkeit**
Von Privatdozent Dr. Christoph Zehetgruber, Bayreuth 364
- Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung
Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens
Stealthing**
Von Ass. jur. Kim Philip Linoh, M.mel., Halle (Saale),
Nico Wettmann, M.A., Gießen 383

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 Auslandsbestechung und die deutsche Strafrechtswissenschaft – eine Rezension

Zu Cornelia Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung, 2019*

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

I. Gedankengang

1. Bei der hier zu besprechenden Arbeit handelt es sich um eine Kölner Dissertation, die „im Wesentlichen auf dem Stand von Ende 2018 ist“ (S. 5). Die *Verfasserin* grenzt zunächst ihr Thema ein. „Auslandsbestechung“ nennt sie die von §§ 331 ff. StGB erfassten Bestechungsdelikte, soweit sie unter Beteiligung Europäischer Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB („EU-Bestechung“) oder ausländischer oder internationaler Bediensteter im Sinne des § 335a StGB („Auslandsbestechung iES.“) erfolgen (S. 31). An anderer Stelle bezeichnet sie stattdessen die entsprechenden Straftatbestände als „Bestechung“, so etwa, wenn nach der „Ursache der EU-Bestechung“ oder nach dem „Zweck der Auslandsbestechung iES.“ gefragt wird (S. 127 ff., 205 ff.; das weicht vom strafrechtlichen Sprachgebrauch ab, der zwischen den Straftatbeständen und den ihre Extension bildenden Delikten unterscheidet). Näher bestimmt wird die Auslandsbestechung als Amtsträgerbestechungsdelikte (S. 29–72) sowie als transnationales Delikt (S. 72–87 zum einschlägigen Strafanwendungsrecht).

2. Für die Untersuchung der Auslandsbestechung entwirft die *Verfasserin* eine „Toolbox“, die als wichtigstes Instrument die Unterscheidung von Ursache, Grund und Zweck eines Gesetzes enthält. Dieser Differenzierung liegt eine ebenso einfache wie einleuchtende Überlegung zugrunde. Es gibt eine Vielzahl von Ursachen für den Erlass eines Gesetzes (*Spörl* differenziert insofern noch einmal zwischen dem äußeren Anlass für die Gesetzgebung als Ursache und sonstigen Ursachen als Grund des Gesetzes, S. 102 f., 104 ff.). Es kann das Verständnis des Gesetzes fördern, wenn man diese Ursachen kennt. Dessen normativ relevanten Zweck bilden jedoch nur die Ziele, an denen sich Gesetzgeber und Rechtsanwender orientieren dürfen (S. 108 ff.). Dieser Dreiteilung (die auf S. 100 f. an zwei Beispielen erläutert wird) folgt die anschließende Untersuchung der EU-Bestechung und der Auslandsbestechung im engeren Sinn.

Die Zusammenfassung spricht mit Blick auf die Trias von Ursache, Grund und Zweck zutreffend von einer „schlichten Unterscheidung“ (S. 286). Es überrascht daher, dass die *Verfasserin* sich von ihr eine bedeutende „Rationalisierung“ für Gesetzgebung und Rechtsanwendung verspricht (S. 125 und passim). Sie soll sogar gegen Populismus helfen. Denn eine „Dämonisierung der Korruption“ in der öffentlichen Debatte, damit in einem „auf der Metaebene befindlichen Sozialmoraldiskurs iSe. Selbstvergewisserungsprozesses“, sei zwar gefährlich, weil sie „eine große Distanz der inferioren Diskursteilnehmer zum infernalischen Gesprächsgegenstand“ schaffe, dieser öffentliche Diskurs sei jedoch „als solcher nicht schädlich, weil, wie eingangs gezeigt, die Rationalisierung der Strafgesetzgebung und -gesetzesanwendung in der

Unterscheidung von Gründen und Zwecken vor übereilten bzw. populistischen Gesetzen schützt“ (S. 191). Diese Erwägungen geben einen ersten Eindruck vom Duktus der Arbeit, ändern freilich nichts daran, dass es sich bei der erörterten Dreiteilung um eine rein äußerliche Gliederungsmöglichkeit handelt, die man nutzen mag oder auch nicht.

Sie beantwortet nicht die für den Rechtsanwender entscheidende Frage, *welche* Zwecke er bei der Auslegung von Gesetzen berücksichtigen darf oder muss. Diese Frage wird in der juristischen Methodenlehre seit langem diskutiert und ist insbesondere für die „Auslandsbestechung iES.“ bedeutsam, weil der Gesetzgeber in § 335a StGB Regelungen zusammengeführt hat, die unterschiedlichen Zwecken dienen: Das IntBestG sollte den internationalen Wettbewerb, das EUBestG die Integrität öffentlicher Institutionen schützen. Zu Recht geht die *Autorin* daher auf die einschlägige allgemeine Diskussion ein (S. 112–125). Das Ergebnis lautet: Der Rechtsanwender darf einen Zweck nicht frei wählen, sondern braucht Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber diesen Zweck verfolgte; man darf jedoch annehmen, dass der Gesetzgeber eine vernünftige Lösung der jeweiligen Sachprobleme bezweckte; über den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck darf sich die Rechtsanwendung nicht hinwegsetzen; der Zweck muss seinerseits legitim sein.

3. Im Kapitel über die EU-Bestechung (S. 127–149) schildert die *Verfasserin* zunächst, wie es zur Einbeziehung der Europäischen Amtsträger in die §§ 331 ff. StGB durch das KorrBekG 2015 kam (Antikorruptionsbewegung, S. 127 f.; EU-Antikorruptionsbericht, S. 128–131; Umsetzung internationaler Rechtsinstrumente, S. 132–134; rechtstechnische Verbesserungen, S. 134 f.; Europäische Integration, S. 135–137; EU-Rechtssetzungskompetenz, S. 137 f.). Sodann legt sie zutreffend dar, dass legitimer Zweck dieser Einbeziehung der Schutz europäischer Institutionen ist (S. 140–143), und erörtert auf dieser Grundlage Einzelfragen, die sich bei der Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB stellen (S. 144–149).

4. Im Kapitel über die Auslandsbestechung im engeren Sinn (S. 151–283) thematisiert *Spörl* zunächst (S. 151–193) deren Ursache (d.h. hier: Ursachen ihrer Kriminalisierung), wobei sie sich vom äußeren Anlass des KorrBekG 2015 weit entfernt und z.B. die Rolle des Kalten Kriegs (S. 163–174), die Bedeutung internationaler Organisationen und Initiativen (S. 174–181) sowie die Entwicklung in Großbritannien (S. 182–186) behandelt. Im Abschnitt über den Grund dieser Kriminalisierung (S. 194–204) wird dann (ebenso wie schon zuvor auf den S. 186–192) die Situation dargestellt, in der das KorrBekG 2015 erlassen wurde.

Den Zweck des § 335a StGB (dazu S. 205–265) bestimmt die *Verfasserin* differenziert. Sie nimmt an, die Erstreckung der Bestechungstatbestände auf internationale Bedienstete, Soldaten und Richter (S. 236–238) sowie auf Amtsträger anderer EU-Staaten (S. 254–257) diene dem Schutz der jeweiligen internationalen oder ausländischen Institutionen (S. 266). Umstritten ist, was die Kriminalisierung der Beste-

* Cornelia Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung. Ursache, Grund und Zweck, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 327 S., € 86.-

chung von Amtsträgern anderer Staaten bezweckt. In Betracht gezogen werden: Entwicklungshilfe; Demokratie; Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte; Wettbewerb; Schutz ausländischer Institutionen. Die *Autorin* verwirft diese Auffassungen (S. 207–257) und nimmt an, der *deutsche* öffentliche Dienst solle geschützt werden (S. 258–260, 266).¹

Weshalb der öffentliche Dienst in Deutschland davor geschützt werden muss, dass beispielsweise ein deutscher Tourist in Thailand einen Polizisten besticht, um die Ahndung eines Verkehrsverstoßes abzuwenden, ist nicht leicht zu erkennen. Die *Verfasserin* beruft sich auf die Globalisierung und einen „Dammbrechereffekt“ (S. 258), der zu befürchten sei, wenn deutsche Staatsbürger im Ausland dortige Amtsträger bestechen könnten, ohne mit einer Bestrafung nach deutschem Recht rechnen zu müssen.

Um absurde Konsequenzen zu vermeiden, plädiert sie für eine teleologische Reduktion der Auslandsbestechungstatbestände, die Länder „mit völlig korrupten staatlichen Institutionen“ betrifft, weil bei dort erfolgenden Bestechungen „eine auch nur abstrakte Gefährdung der deutschen Amtsführung abwegig“ sei (S. 266). In der umstrittenen Frage, nach welcher Rechtsordnung die Amtsträgereigenschaft zu beurteilen ist, spricht sie sich für eine autonome völkerrechtliche Bestimmung aus (S. 274–278). Für die Pflichtwidrigkeit des dienstlichen Handelns soll demgegenüber das ausländische Recht maßgeblich sein (S. 278–280, wiederum mit der Einschränkung, dass „abwegige Pflichtenregelung [sic] im Ausland keinen deutschen strafrechtlichen Schutz verdienen“ (S. 279). Mit Blick auf die Möglichkeiten einer Verfahrenseinstellung wird eine ergänzende Regelung in den RiStBV zu § 153a StPO vorgeschlagen (S. 280–282).

II. Inhaltliche Kritik

1. Die Arbeit behandelt ein wichtiges und aktuelles Thema. Nicht neu, aber einleuchtend ist die Auffassung, dass es bei der Erstreckung der Korruptionstatbestände auf Europäische Amtsträger, internationale Bedienstete, Soldaten und Richter sowie Amtsträger anderer EU-Staaten um den Schutz der jeweiligen Institutionen geht. Auch gelangt *Spörl* zu einer Reihe konkreter Ergebnisse, die plausibel oder doch vertretbar sind (wie etwa die Einstufung der Generalanwälte als Mitglieder „eines Gerichts der Europäischen Union“ gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2a lit. a StGB, S. 146).

Problematisch und umstritten ist die Bestimmung des Schutzzwecks von § 335a StGB, soweit er die Strafbarkeit der Bestechung von Amtsträgern ausländischer Staaten außerhalb der EU anordnet. Die von der *Verfasserin* vertretene Auffassung, es gehe dabei um den Schutz deutscher Institutionen, leuchtet zwar dem *Rezensenten* nicht ein. Die Praxis wird aber wohl mit dieser oder einer anderen Begründung die in der Literatur geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 335a Abs. 1 Nr. 2a StGB überwinden. Und sie

neigt dazu, den Begriff des ausländischen Amtsträgers, wie von der *Verfasserin* befürwortet, autonom zu bestimmen.²

Spörl ist außerordentlich belesen. Mit den internationalen Vorgaben, die der deutsche Gesetzgeber umzusetzen hatte, ist sie vertraut, ebenso mit den zur Kontrolle ihrer Umsetzung entwickelten Instrumenten (vgl. S. 128–131, 275–278) und einschlägiger Literatur nicht nur aus dem deutschen, sondern auch aus dem angelsächsischen Sprachraum. Dass sie die diversen Vorgaben nicht eingehend und im Zusammenhang erörtert (vgl. die Angaben auf den S. 68 f., 89 f., 132–134, 177–180), ist angesichts deren Darstellung etwa in den Dissertationen von *Horrer*, *Münkel* und *Haak* eine jedenfalls vertretbare Entscheidung.³

Stattdessen schildert die *Verfasserin* in großer Ausführlichkeit Ursachen und Begleitumstände der Kriminalisierung von Auslandsbestechungen nicht nur in Deutschland. Ob er das hilfreich findet, muss jeder Leser für sich entscheiden. Der *Rezensent* hat nicht den Eindruck, dass die entsprechenden Abschnitte zu Ursachen und Gründen der zunehmenden Kriminalisierung von Auslandsbestechungen sein Verständnis dieser Entwicklung gefördert haben, und hätte sich eine stärkere Konzentration auf das juristisch Wesentliche gewünscht.

2. Als *inhaltlich* problematisch erscheint mir der unbefangene Punitivismus, der an mehreren Stellen der Arbeit deutlich wird. Die Annahme, die Integrität der öffentlichen Verwaltung in Deutschland werde durch *außerhalb der EU* begangene Bestechungen gefährdet, halte ich für unrealistisch, die Ansicht, durch die Kriminalisierung solcher Bestechungen werde „der deutsche Verwaltungsapparat standhaft und beharrlich gegen korruptive Einflüsse auch transnationaler Art verteidigt“ (S. 259), für treuherzig.

Die *Verfasserin* ist der Auffassung, mit dieser Kriminalisierung sei „der Gesetzgeber seiner Verpflichtung aus dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, in Verbindung mit dem Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG nachgekommen“ (S. 259). Das beruht auf der Prämisse, „kollektive Rechtsgüter [... seien] grundsätzlich solche, die dem Schutz des Sozialstaatsprinzips (iVm. dem Gleichheitssatz) unterfallen“ (S. 253), weshalb sich aus dem „Untermaßgebot“ (gemeint ist das Untermaßverbot!) entsprechende Kriminalisierungspflichten ergeben könnten (S. 260). Diese Ansicht hat prima facie so weitreichende Konsequenzen, dass sie jedenfalls einer eingehenderen Begründung bedürft hätte, als sie sich auf den S. 253, 259 f. findet.

Spörl nimmt ohne weiteres an, dass die §§ 331 ff. StGB bis zu ihrer Änderung durch das KorrBekG 1997 Drittzuwendungen nicht erfassten, sei eine „Gesetzeslücke“ bzw.

² Vgl. BGH BeckRS 2018, 37760 Rn. 95, 98–100.

³ *Horrer*, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland, 2011; *Münkel*, Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger, 2013; *Haak*, Die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Amtsträger nach der Neufassung der §§ 331 ff. StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 2015, 2016. Vgl. auch die prägnante Darstellung bei *Korte*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 331 Rn. 27–40.

¹ Eine Ansicht, die schon zuvor von *Kubiciel/Spörl*, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 4/2014, 29 f., sowie *Kubiciel*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 45, vertreten wurde.

„ein rechtstechnischer Fehler, der den Tatnachweis von Straftaten erschwerte“ (S. 55), gewesen. Ich muss einräumen, dass ich seinerzeit für die Einbeziehung der Drittzuwendungen eingetreten bin.⁴ Seitdem diese erfolgt ist, haben sich allerdings so gravierende Folgeprobleme ergeben,⁵ dass es mir heute als fraglich erscheint, ob der alte Rechtszustand nicht vernünftiger war. „Rechtstechnisch“ fehlerhaft war er jedenfalls nicht.

Die *Verfasserin* spricht sich dafür aus, zum Schutz des internationalen Wettbewerbs „im Kernstrafrecht“ einen Straftatbestand zu schaffen, der an die „insofern überzeugende Vorgängervorschrift des Art. 2 § 1 IntBestG“ anknüpft (S. 234 f.) und wie diese die passive Seite, also die Bestechlichkeit, straflos lässt. Sie fährt fort: „Die Kriminalisierung der *aktiven* Auslandsbestechung i.e.S. im internationalen geschäftlichen Verkehr erscheint dagegen mit Blick auf die Bedeutsamkeit des internationalen Wettbewerbs für die Bundesrepublik in so besonderem Maße schützenswert, dass sogar eine tatbestandliche Erweiterung auf die Klimapflege und Dankeschön-Zahlungen angezeigt ist“ (S. 235). Hier muss man zunächst einmal, wie an vielen Stellen der Arbeit, zwischen dem unterscheiden, was die *Verfasserin* sagt, und dem, was sie sagen will: Gemeint ist natürlich nicht, dass die Kriminalisierung, sondern dass der internationale Wettbewerb als schützenswert erscheint.

Bevor man zu dessen Schutz den erörterten Gesetzgebungsvorschlag macht, wäre mit Blick auf die *Klimapflege* doch zu erörtern, ob man einen Tatbestand der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr wirklich mit so gravierenden Abgrenzungsproblemen belasten sollte, wie sie die zur Erfassung der Klimapflege vorgenommene Lockerung der Unrechtsvereinbarung bei §§ 331 und 333 StGB durch das 1. KorrBekG schon im nationalen Kontext zur Folge hatte.⁶ Und wenn die *Verfasserin* mit Blick auf *nachträgliche* Dankeschön-Zahlungen schreibt, es sei „kein Sachargument für eine Restriktion auf Vorabzuwendungen gegenüber ausländischen Amtsträgern zu finden“ (S. 236), so ist dem zu widersprechen. Ein solcher Sachgrund besteht sehr wohl (denn nachträgliche Zahlungen können das bereits erfolgte dienstliche Handeln nicht mehr beeinflussen) und das deutsche Strafrecht hat dem im Bereich der nationalen Bestechungsdelikte lange Rechnung getragen.⁷

3. Zu beanstanden ist der Umgang der Arbeit mit der einschlägigen Literatur. Die *Autorin* nimmt an, der Schutz der Integrität des öffentlichen Dienstes in allen Staaten dieser Erde sei kein legitimer Zweck des § 335a StGB. Ich stimme dem zu, habe diese Auffassung bereits in der 2017 veröffentlichten Kommentierung der Vorschrift im Nomos Kommentar vertreten, sodann in einem Aufsatz weiter ausgeführt und bin zu dem Ergebnis gelangt, die Vorschrift sei, weil sie

keinem legitimen Zweck diene, verfassungswidrig.⁸ In diesen Arbeiten setze ich mich mit der von *Kubiciel* und der *Verfasserin* vertretenen Ansicht auseinander, es gehe um den Schutz deutscher Institutionen, und verwerfe sie als „empirisch extrem unplausibel“.⁹ Und ich verweise darauf, dass diese Auffassung auch von anderen Autoren abgelehnt wird.¹⁰ Auf diese Kritik geht die *Verfasserin* mit keinem Wort ein.

Auch bei der Befürwortung einer teleologischen Reduktion des § 335a StGB, die Auslandsbestechungen in „Ländern mit völlig korrupten Institutionen“ (S. 266) vom Tatbestand ausnimmt, übergeht die *Verfasserin* völlig, dass eine ganz ähnliche Einschränkung durch eine verfassungskonforme Auslegung, „die den Schutzbereich der Tatbestände der internationalen Bestechung und Bestechlichkeit auf solche ausländischen Staaten beschränkt, die in einem gewissen Maße rechtsstaatlich verfasst sind“, im Nomos Kommentar erörtert und verworfen wird, weil es den Rechtsanwender überfordern würde, wollte man von ihm die Differenzierung zwischen Staaten unterschiedlicher Schutzwürdigkeit verlangen, die sich der Gesetzgeber nicht zugetraut hat.¹¹ Trotz zahlreicher Berührungspunkte lässt die Dissertation die Kommentierung des § 335a StGB im Nomos Kommentar auch sonst (von einem belanglosen Hinweis in Fn. 1099 abgesehen) unberücksichtigt.

Dem *Rezensenten* bleibt der Trost, dass er sich in guter Gesellschaft befindet. Auf S. 14 heißt es: „*Zimmermann* beschäftigt sich in seiner Habilitationsschrift grundsätzlich mit dem ‚Unrecht der Korruption‘“. Die dortige Fußnote lautet: „*Zimmermann*, Unrecht, S. 690 ff.“ Dieser Hinweis ist von bezeichnender Ungenauigkeit. Es stimmt zwar, dass sich die Habilitationsschrift „grundsätzlicher“ mit dem Unrecht der Korruption beschäftigt, das geschieht aber natürlich nicht erst auf S. 690 ff. Dort findet sich vielmehr ein Exkurs zur Auslandskorruption. Text und Fußnote passen also nicht zueinander. Gravierender ist, dass die Arbeit *Zimmermanns* anschließend in der Dissertation kein einziges Mal berücksichtigt wird, obwohl dazu vielfach Anlass bestanden hätte.

Vielleicht hat sich *Spörl* bewusst entschieden, das 2018 erschienene umfangreiche Werk nicht mehr einzuarbeiten, weil ihre eigene Arbeit bereits weitgehend abgeschlossen war. Das wäre mit Blick auf *Zimmermanns* allgemeine Theorie der Korruption verständlich. Es gehört sich in einem solchen Fall aber, darauf hinzuweisen, dass ein einschlägiger Beitrag, der in dieser für jeden Autor einer Monographie heiklen Phase erschienen ist, nicht berücksichtigt wird. Und jedenfalls hätte die *Verfasserin*, die immerhin noch die 2019 erschienene Kommentierung des § 335a StGB im Münchener

⁴ *Kuhlen*, NStZ 1988, 433 (436).

⁵ Vgl. dazu *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 331 Rn. 47 ff., 88 f.

⁶ Vgl. *Kuhlen* (Fn. 5), § 331 Rn. 80 ff., 96 ff.

⁷ Zur Diskussion über die „Belohnungskorruption“ siehe etwa *Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 492 ff.

⁸ *Kuhlen* (Fn. 5), § 335a Rn. 9 ff.; *ders.*, in: *Kuhlen/Kudlich/Gómez Martín/Ortiz de Urbina Gimeno* (Hrsg.), Korruption und Strafrecht, 2018, S. 27 (33 ff.).

⁹ *Kuhlen* (Fn. 5), § 335a Rn. 11 Fn. 25.

¹⁰ In *Kuhlen* (Fn. 8 – Korruption und Strafrecht), S. 36 Fn. 40, nenne ich *Silva Sánchez* und *Zimmermann* und zitiere letzteren, der die erörterte Ansicht als „überzogen punitiv, tendenziell uferlos und daher insgesamt nicht überzeugend“ einstuft.

¹¹ *Kuhlen* (Fn. 5), § 335a Rn. 12.

Kommentar berücksichtigt hat, auf *Zimmermanns* Exkurs über die Auslandskorruption eingehen müssen.

4. Die Arbeit enthält klare *strafrechtliche Fehler*. Ihr zufolge „agieren bei allen Bestechungsdelikten mindestens zwei kollusiv handelnde Akteure im Geheimen, um ihre Interessen mithilfe einer Unrechtsvereinbarung gegen die anderer durchzusetzen“ (so S. 27 ohne irgendeinen Versuch der dogmatischen Begründung; vgl. auch S. 263 zur „Geheimheit“ der Bestechungstaten). Ein geheimes Handeln ist für die Bestechungsdelikte zwar typisch,¹² aber nicht erforderlich.¹³ Andernfalls wäre z.B. der viel diskutierte EnBW-Fall, in dem „die Vorgehensweise des Angekl. [...] nicht durch Verschleierung bzw. Heimlichkeit geprägt“ war,¹⁴ strafrechtlich völlig unproblematisch gewesen.

Das StGB forderte, anders als heute, bei den Eigentumsdelikten Diebstahl und Raub lange Zeit (nämlich bis 1998) für den subjektiven Tatbestand die Absicht, die fremde Sache *sich* zuzueignen, während es für die Vermögensdelikte der Erpressung und des Betrugs schon immer (d.h. seit Inkrafttreten des RStGB) neben der Absicht, sich selbst zu bereichern, auch die genügen ließ, einen *Dritten* zu bereichern. Es ist deshalb verfehlt, neben Diebstahl und Raub auch den Betrug als Beleg für eine lange bestehende „Gesetzeslücke in Bezug auf Drittzuwendungen“ anzuführen (so aber S. 55).

Die Behauptung, dass bei einem Irrtum, der den Vorsatz bestehen lässt, „allenfalls ein schuldausschließender Subsumtionsirrtum gem. § 17 StGB in Betracht kommt“ (S. 277 Fn. 1276), zeigt, dass der *Verfasserin* der Unterschied zwischen Subsumtions- und Verbotsirrtum nicht geläufig ist.

Auch dass die Arbeit von einer „Form des strafbewährten privatwirtschaftlichen Verhaltens“ (S. 46) oder von einer „Strafbewährung der Bestechungszahlungen“ (S. 225) spricht, ist kein bloßes Problem der Rechtschreibung, sondern hängt mit dem Verständnis eines vielfach verwendeten strafrechtlichen Begriffs zusammen, bei dem es nicht darum geht, ob sich die Strafe mehr oder weniger gut bewährt hat, sondern darum, dass eine Verhaltensnorm mit einer Sanktion „bewaffnet“ oder eben bewehrt wird. Die zitierten Formulierungen¹⁵ zeigen, dass die *Verfasserin* den Begriff nicht richtig verstanden hat. Strafbewehrt oder nicht strafbewehrt können die *Normen* sein, die bestimmte Verhaltensweisen verbieten, nicht aber diese Verhaltensweisen selbst (von der *Verfasserin* gemeint ist an den angeführten Stellen, dass ein Verhalten *unter Strafe gestellt* ist oder wird).

¹² Und kann ein Indiz für den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung bilden. BGHSt 48, 44 (51), spricht deshalb mit Blick auf die Einwerbung von Drittmitteln durch einen Universitätsprofessor davon, „daß Bestechlichkeit wie Vorteilsannahme ein gewisses Maß an Heimlichkeit und Verdeckung der Vorteilsvereinbarung und des Vorteils gegenüber der Anstellungskörperschaft eigen ist“.

¹³ Vgl. etwa *Zimmermann* (Fn. 7), S. 99 f., 368 f.

¹⁴ BGH NJW 2008, 3580 (3584).

¹⁵ Ebenso die Fn. 975 auf S. 208, wo das Wort „strafbewehrt“ zwar in einem grammatisch fehlerhaften Satz verwendet, aber immerhin richtig geschrieben wird.

III. Stil

An dieser Stelle hätte ich die Rezension eigentlich gerne beendet. Dass die hier besprochene Arbeit sowohl vom Erst- wie vom Zweitgutachter mit dem Prädikat *summa cum laude* bewertet wurde, will ich jedoch nicht unkommentiert lassen. Ich habe mir, so wie es vielleicht auch andere tun werden, die Frage gestellt, ob ein pensionierter Strafrechtsprofessor nichts Besseres zu tun hat, als die Bewertung einer Dissertation durch Kollegen zu kritisieren (und dafür viel Zeit aufzuwenden). Da ich diese Rezension nun einmal übernommen habe, fühle ich mich jedoch verpflichtet, darzulegen, was mich an der Arbeit am meisten stört und weshalb ich ihre Bewertung mit dem höchsten Prädikat nicht nachvollziehen kann. Ich kleide diese Darlegung in die Form einiger nicht auf die *Autorin*, sondern auf mich persönlich bezogener Bemerkungen. Und ich beginne mit der Feststellung, dass die Lektüre dieser von anderen so hoch eingestuften Arbeit für mich eine deprimierende Erfahrung war.

1. Bei Doktoranden (dieser Ausdruck umschließt hier wie in der Folge selbstverständlich Personen jedweden nicht-grammatischen Geschlechts) bin ich häufig der Vorstellung begegnet, eine wissenschaftliche Arbeit zeichne sich durch möglichst anspruchsvolle und schwer verständliche Formulierungen aus. Ich bin dieser Auffassung immer entgegengetreten und habe betont, dass sich ganz im Gegenteil die wissenschaftliche Argumentation um *Verständlichkeit* bemühen müsse und dass deshalb, soweit dies mit ihrer sachlich gebotenen Differenziertheit verträglich ist, die *einfache* Formulierung der komplizierten vorzuziehen sei. Die vorliegende Dissertation enthält demgegenüber eine Unzahl äußerst anspruchsvoller und unnötig komplizierter Formulierungen (eindrucksvoll belegen das etwa S. 65 f. und S. 97–100).

2. Vielfach habe ich Doktoranden darauf hingewiesen, dass eine Dissertation der Lösung eines bestimmten Problems dienen und dass – ganz unabhängig davon, wie einfach oder komplex und wie konkret oder abstrakt dieses Problem ist – grundsätzlich jeder Satz der Arbeit zur Bestimmung und Lösung dieses Problems beitragen müsse. Darüber, wie dieser Grundsatz zu interpretieren und wie strikt er aufzufassen ist, kann man sicherlich unterschiedlicher Ansicht sein. Der vorliegenden Dissertation zur Auslandsbestechung fehlt jedoch der *Problemlösungsbezug* in einem meines Erachtens nicht mehr akzeptablen Maße. Dies gilt auch dann, wenn man die Unterscheidung von Grund, Ursache und Zweck als Zwischenschritt für die spätere Untersuchung der Auslandsbestechung gelten lässt.

So beginnt das erste Kapitel der Arbeit mit einem Zitat aus „The Adventures of Huckleberry Finn“ von Mark Twain und nimmt dieses zum Anlass ambitionierter und durch eindrucksvolle Fußnoten geschmückter Bemerkungen über Verstehen, Handlung und Hermeneutik, die in dem Heidegger-Zitat gipfeln: „Als Suchen bedarf das Fragen einer vorgängigen Leitung vom Gesuchten her“ (S. 20). So wird es wohl sein, aber ein Leser, der sich wie der *Rezensent* für das Problem der Auslandsbestechung interessiert, fragt sich doch etwas verwundert, was derartige Einsichten an dieser Stelle eigentlich sollen. Die Antwort, die der Text selbst auf diese Frage gibt, ist ernüchternd: Die *Verfasserin* will mit ihren

hermeneutischen Reflexionen begründen, dass sie im ersten Kapitel den Gegenstand ihrer Untersuchung beschreibt (S. 19). Das bedürfte meines Erachtens überhaupt keiner Begründung (ich kann mich nicht erinnern, eine Dissertation gelesen zu haben, die nicht zu Beginn dem Leser das Thema erläutert, das in der Folge behandelt wird), jedenfalls aber nicht einer so hochtrabenden.

Dem *Rezensenten* hat sich bereits an dieser Stelle die Vermutung aufgedrängt, dass es dort in Wahrheit nicht um einen Beitrag zur Klärung oder Lösung des Problems der Auslandsbestechung, sondern darum geht, durch besonders anspruchsvolle Ausführungen und Zitate juristische Leser zu beeindrucken. Und tatsächlich lässt sich vieles in dieser Arbeit nur so erklären. Ich will dafür zwei Beispiele nennen (und auf S. 65 f. auch in diesem Zusammenhang noch einmal hinweisen). Auf S. 48 heißt es: „Mit diesen Beschreibungen soll freilich noch keine Aussage über die Schutzrichtung der Bestechungsdelikte getroffen werden. Dies gilt in Bezug auf die Tatbestände für den Staat schon mit Blick auf *Schillers* Kritik an der spartanischen Demokratie: ‚Alles darf dem Besten des Staates zum Opfer gebracht werden, nur dasjenige nicht, dem der Staat selbst nur als ein Mittel dient. Der Staat selbst ist niemals Zweck, er ist nur wichtig als eine Bedingung, unter welcher der Zweck der Menschheit erfüllt werden kann, und dieser Zweck der Menschheit ist kein anderer als die Ausbildung aller Kräfte des Menschen‘“. Dieses imponierende Zitat (sein zweiter Satz wird auf S. 142 in der Fn. 639 ein weiteres Mal angeführt) ist an den Haaren herbeigezogen, denn es begründet natürlich in keiner Weise, dass *Spörl* einstweilen die Frage nach der Schutzrichtung der Bestechungsdelikte unbeantwortet lässt.

Auf S. 102 f. befasst sich die *Verfasserin* mit der Bedeutung der Ursache, wahlweise auch als „*Trigger* bzw. *occasio*“ bezeichnet (S. 102), also des äußeren Anlasses für den Erlass eines Gesetzes. In diesem Zusammenhang heißt es auf S. 103: „Für ein Verständnis des mit der Gesetzgebung verfolgten Anliegens ist die Ursache bedeutsam, ist Recht doch ein unendliches Zur-Wirklichkeit-Kommen eines schon zur Wirklichkeit Gekommenen.“ Wiederum scheint mir das, was hier begründet werden soll, so einleuchtend zu sein, dass es eigentlich keiner Begründung bedarf: Es wäre jedenfalls überraschend, wenn der Gesetzgeber nicht das Anliegen verfolgen sollte, auf den Anlass seines Tätigwerdens zu reagieren. Wenn man hier überhaupt eine Begründung für erforderlich hält, sollte sie aber doch nicht mit einem Satz erfolgen, der unbestreitbar wuchtig, aber wesentlich dunkler als der zu begründende ist. Die Beiläufigkeit dieser Erläuterung (das „*doch*“ signalisiert, dass man sich über das Folgende ja nun doch wohl hoffentlich mit jedem Leser einig sei) ist nicht ernstgemeint, tatsächlich ist zu erwarten und beabsichtigt, dass die Leser durch den begründenden Satz verblüfft werden (wie es auch dem *Rezensenten* ergangen ist). Sollten sie ihn nicht verstehen, erwächst ihnen daraus übrigens kein Nachteil, denn für die folgende Untersuchung der Auslandsbestechung spielt er keine Rolle.

Zum forcierten „*Impression Management*“, das diese Arbeit prägt, gehören die präziösen Vokabeln und Formulierungen. Warum sollte man sich mit der Formulierung begnügen,

der königliche habe sich zum staatlichen Bediensteten *gewandelt*, wenn man doch auch sagen kann: er „*metamorphosierte*“ sich entsprechend (S. 50); weshalb sollte man dem Gesetzgeber nur die Möglichkeit zubilligen, das Strafrecht *einzusetzen*, und nicht die, es „*zu employieren*“ (S. 80); warum nur vom *Fremdkörper* im Gefüge der §§ 331 ff. StGB sprechen und nicht stattdessen vom „*Embolus im Kreislauf der §§ 331 ff. StGB*“ (S. 139); warum banal darauf hinweisen, die Begründung eines deutschen Gesetzes habe *zunächst und vor allem* die inländische Situation in Bezug genommen, obwohl man auch schreiben kann, dies sei „*first and foremost*“ geschehen (S. 258)? Warum sollte man nicht beiläufig Feuerbachs „*memento mori*-Stimmung“ (S. 135), die reversible „*Hämostase*“ (S. 154 Fn. 690) oder eine „*entelechisch anmutende Strafzielbestimmung*“ (S. 207) ansprechen? Und warum sollte die *Autorin* dem Leser verschweigen, dass sie sich nicht nur im Völkerrecht und Strafrecht, der Rechtsgeschichte, Rechtstheorie und allgemeinen Philosophie, sondern auch in der Medizin (Embolus, Hämostase), Physik (S. 101 Fn. 414), Theologie (S. 157 Fn. 712), Archäologie (S. 159 Fn. 725) sowie der Sprach- und Literaturwissenschaft auskennt (vgl. S. 226, wo die *Verfasserin* einen Begriff „mit Blick auf das Althochdeutsche“ „*etymologisieren*“ will, sowie das „*Enjambement*“ auf S. 259)? Die *Autopoiesis* (S. 65 f.) und das Narrativ (S. 211 und öfter) dürfen nicht fehlen, muten in dieser Dissertation aber vergleichsweise altbacken an.

3. Gelegentlich bestand für mich Anlass, besonders ambitionierten Doktoranden zu sagen, dass es nicht unbedingt nötig, aber natürlich hochgradig erwünscht sei, wenn ihre Dissertation nicht nur solide, sondern geradezu brillant ausfalle – dass sich in einer *seriösen* Arbeit diese Brillanz aber einfach in der Argumentation *zeige* und nicht (ausgerechnet) vom Verfasser der Arbeit eigens beteuert werden müsse. Ich hätte deshalb beispielsweise die Andeutung, durch die eigene Arbeit werde man zu den „*tiefsten Fragen eines Straftatbestandes*“ vordringen (S. 100), selbst dann als Angeberei moniert, wenn sich die betreffende Untersuchung diesen Fragen stärker angenähert hätte, als dies in der vorliegenden geschieht.

Und ich hätte die Frage gestellt, ob mit der bereits zitierten Formulierung über die „*Distanz der inferioren Diskursteilnehmer zum infernalischen Gesprächsgegenstand*“ allen Ernstes behauptet werden soll, die Bürger, die sich in der öffentlichen Debatte für eine energische Bekämpfung der Korruption aussprechen, seien inferior, also minder- oder geringwertig (etwa weil ihnen im Gegensatz zur *Verfasserin* der Umstand, dass sie an einem „*auf der Metaebene befindlichen Sozialmoraldiskurs*“ mitwirken, wohl ebenso entgangen sein dürfte wie die schützende Wirkung der „*Unterscheidung von Gründen und Zwecken*“), oder ob vielleicht das Adjektiv „*inferior*“ ohne Rücksicht auf seine Bedeutung allein deshalb Verwendung findet, weil es an dieser Stelle interessant klingt (was meines Erachtens die Sache etwas, aber nicht viel besser machen würde).

Weiterhin hätte ich die Überheblichkeit moniert, mit der die *Verfasserin* dem Gesetzgeber (vgl. S. 206) sowie dem Politiker und ehemaligen Justizminister Maas begegnet, der sich in einem juristischen Aufsatz zum Zweck des § 335a

StGB geäußert hat (S. 207 ff.). Auch hätte ich die Frage gestellt, ob die Belobigungen, die die *Verfasserin* demgegenüber Autoren aus der akademischen Sphäre zuteilwerden lässt („die gewichtige Stimme *Hörnles*“, S. 110; „Eindringlich *Böse*, Rechtsgut“, S. 213, Fn. 1002), in einer Dissertation nicht deplatziert – oder vielleicht zum Zweck des akademischen Networking gerade dort besonders angebracht sind.

4. Bei von mir betreuten Dissertationen habe ich immer besonderen Wert auf deren *sprachliche Gestaltung* gelegt. Bei manchen Arbeiten gab es dazu wenig zu sagen (so etwa bei der 2013 erschienenen Dissertation *Münkels* über die Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger), bei vielen aber sehr viel. Nicht wenige Doktoranden waren von meinen detaillierten Hinweisen auf sprachliche Mängel ihrer Entwürfe überrascht, vor allem weil sie bei dieser Gelegenheit offenbar erstmals mit der Auffassung konfrontiert wurden, es genüge nicht, sich so auszudrücken, dass der Leser mit mehr oder weniger Mühe schließlich doch herausfinden kann, was gemeint ist, sondern es sei Aufgabe des Autors selbst, dafür zu sorgen, dass das, was er schreibt, dem entspricht, was er sagen will. Sie haben dann aber diese Ansicht (so hoffe ich jedenfalls) ebenso akzeptiert wie die Forderung, in ihrer Arbeit zumindest die Regeln der deutschen Grammatik einzuhalten.

Dissertationen und Entwürfe dazu einer detaillierten Sprachkritik zu unterziehen, kostet viel Zeit. Zudem ist oft fraglich, ob sich der Aufwand lohnt, denn in vielen Texten treten sprachliche Defizite zu Tage, die sich im Rahmen eines Promotionsverfahrens nicht beheben lassen. Ich halte es deshalb für jedenfalls verständlich, wenn Gutachter diese Mühe nicht immer auf sich nehmen und die sprachliche Unzulänglichkeit mancher Dissertation mit dem Mantel eines rite oder satis bene verhüllen – auch diese Prädikate sehen ja Promotionsordnungen aus gutem Grund vor. Bisher habe ich allerdings geglaubt, es bestehe Konsens darüber, dass eine mit magna oder gar summa cum laude beurteilte Arbeit auch eine sprachlich ansprechende Leistung sein muss. Dieser Glaube wird durch die Bewertung der vorliegenden Dissertation erschüttert. Denn deren sprachliche Gestaltung ist ein Desaster. Da sie „ein Kapitel für sich“ ist, soll sie ein solches auch bekommen.

IV. Sprache

Bevor ich mein Urteil über das sprachliche Niveau dieser Dissertation durch Nennung einiger *klarer Fehler* begründe, muss ich auf etwas anderes hinweisen. Wohl jeder, der einmal sprachlich schwächere Dissertationen zu begutachten hatte, wird die Erfahrung gemacht haben, dass die klar identifizierbaren, insbesondere grammatischen, Fehler nur die Spitze eines Eisbergs sind, dessen Fundament eine Vielzahl anderer *sprachlicher Mängel* bildet. Solchen Defiziten der sprachlichen und gedanklichen Feinmotorik begegnet man auch in dieser Dissertation auf Schritt und Tritt (einige Beispiele finden sich ja bereits unter II., weitere werden alsbald folgen). Das im Einzelnen darzulegen, würde den Rahmen dieser Rezension bei weitem überschreiten. Wer sich dafür interessiert, sei auf den Abschnitt über den ökonomischen und sozio-politischen Kontext des KorrBekG 2015 (S. 187–

190) hingewiesen, wo sich eine besonders krasse Häufung derartiger Mängel findet.

Da mein Urteil über die sprachliche Qualität der Arbeit so negativ ausfällt, muss ich es, damit es nicht als arrogant erscheint, durch Beispiele sprachlicher Fehler belegen – obwohl das einigen Platz in Anspruch nimmt und gelegentlich wehtut. Dabei werde ich jeweils die fehlerhafte Formulierung *kursiv* setzen, ebenso wie die richtige, die ich sicherheitshalber nenne.

1. Besonders zahlreich sind *Deklinationsfehler*:

- Der erste findet sich bereits auf S. 16: „Es wird sich zeigen, dass [...] nicht allein auf das Telos der Europaratskonvention abgestellt werden kann: Erstens hat der Gesetzgeber *diesen* falsch verstanden“ (da „das Telos“ stimmt, müsste es heißen: *dieses*). Der Fehler ist besonders peinlich, weil er ein eigentümliches Licht auf die an dieser Stelle ganz unbegründete und deshalb überhebliche Bemerkung über den Gesetzgeber wirft.
- „Das Handeltreiben [...] ist grundsätzlich *als solcher* strafbar“ (S. 45, richtig: *als solches*).
- Man kann „die Amtsträgerbestechungsdelikte als Delikte gegen die (auch) *deutsche* Bürger sowie für den deutschen Staat bzw. die EU begreifen“ (S. 72, richtig: *deutschen*). Im Übrigen frage ich mich, weshalb die genannten Delikte solche *gegen* die Bürger, aber *für* den Staat oder die EU sind. *Gemeint* ist das Gegenteil des Gesagten, nämlich dass sich die Delikte *gegen* den Staat und die EU richten.
- „Bei *mehrfachere* Zwecknennung sollte der einschlägige Zweck gerichtlich festgestellt werden“ (S. 125, richtig: *mehrfacher*). *Gemeint* ist übrigens nicht die *mehrfache Nennung* (auch ein und denselben Zweck kann man mehrfach nennen), sondern die Nennung *mehrerer Zwecke*. Das von der *Verfasserin* Gemeint trifft etwa folgende Formulierung: „Werden mehrere Zwecke genannt, sollte ...“.
- „Für die Rechtsanwendung empfiehlt sich – genauso wie für die Gesetzgebung – eine Rationalisierung *seiner* Entscheidungen“ (S. 125, richtig: *ihrer*). Anschließend wird behauptet, dafür biete sich die Differenzierung zwischen Ursache, Grund und Zweck an.
- Gesellschaftliche Forderungen „erfahren ihre Erdung so dann durch den Gesetzgebungsprozess ieS. und *der damit verbundenen* Fokussierung ...“ (S. 156, richtig: *die damit verbundene*).
- „schon wegen des gefürchteten *Wettbewerbsnachteil US-amerikanische* Unternehmen“ (S. 172 Fn. 801, richtig: wegen des *Wettbewerbsnachteils US-amerikanischer* Unternehmen). Gemeint sein dürfte übrigens nicht der gefürchtete, sondern der befürchtete Wettbewerbsnachteil.
- „Teil dieses ‚effektiven Kampfes gegen Korruption‘, zu *der* gemeinhin auch eine ‚Sensibilisierung der Öffentlichkeit‘ gezählt wird, ...“ (S. 188, richtig: *dem*, denn die Sensibilisierung wird nicht zur Korruption, sondern zu dem gegen sie gerichteten Kampf gezählt).
- „Die Zwangswirkung, *das* vom Recht ausginge, wäre zu groß“ (S. 202, richtig: *die*).

- „Genauso wie alle Sportler einen Vorteil aus einem fairen Kräftemessen ziehen, *der* keine Gesundheitsschädigungen [...] von ihnen verlangt“ (S. 230, richtig: *das*, denn der Relativsatz bezieht sich nicht auf den Vorteil, sondern auf das Kräftemessen).
 - Supranationale Tätigkeiten sind „transparenter zu machen, ‚ganz einfach weil‘, so *Lübbe-Wolff*, ‚nicht effektiv vor *den Bürgern* verantwortet werden kann, was *seiner* Kenntnisnahme prinzipiell entzogen ist“ (S. 143). Es gibt zwei Möglichkeiten, diesen Fehler zu beseitigen. Man kann es bei „den Bürgern“ belassen, dann muss es heißen: *ihrer* Kenntnisnahme. Oder man kann „den Bürgern“ durch „dem Bürger“ ersetzen, dann ist es richtig, von *seiner* Kenntnisnahme zu sprechen. Überprüft man die Fundstelle (sollte ausgerechnet Frau *Lübbe-Wolff* ein solcher Schnitzer unterlaufen sein?), so findet man erwartungsgemäß eine korrekte Formulierung (es könne nicht vor *dem Bürger* verantwortet werden, was *seiner* Kenntnisnahme entzogen ist). Hier implantiert also die *Verfasserin* sogar einen der bei ihr häufigen Fehler in einen fremden Text (auch den Wortlaut von Art. 1a Abs. 1 EU-Beamten-Statut verändert sie durch ein Implantat [„*der*“] – sicherlich nur ein Flüchtigkeitsfehler, der aber gleich zweimal, auf S. 145 und S. 287, auftritt).
 - Als letztes Beispiel eines Deklinationsfehlers sei eine Textstelle etwas ausführlicher kommentiert, die die enorme Diskrepanz zwischen dem Anspruchsniveau und dem sprachlichen Niveau dieser Arbeit verdeutlicht. Auf S. 97 f. heißt es über juristische Entscheidungen: „Spätestens seit der Überwindung der ‚Begriffsjurisprudenz‘ gilt,³⁹¹ dass solche Entscheidungen weder aus einem (pyramidalen Begriffs-)System deduzierbar sind, noch sonst an der schlicht formalen Ästhetik eines naturwissenschaftlichen³⁹² *Wahrheitsbeweises*³⁹³ zu messen sind.³⁹⁴“ (richtig: *Wahrheitsbeweises*; vgl. auch S. 42: „Schutz des offenen politischen *Prozesses*“). In der Fn. 391 heißt es: „Die neuere rechtshistorische Forschung geht davon aus, dass auch *die Vertreter der Begriffsjurisprudenz* [...] vor allem *um einen Ausgleich* zwischen rational-wissenschaftlichen und wertenden Aspekten *ging* und damit auf die politischen Verhältnisse des Vormärz reagierten“. Die Vertreter *ging* um einen Ausgleich? Gemeint ist natürlich, dass *es den Vertretern* der Begriffsjurisprudenz um einen Ausgleich *ging*. Denkwürdig ist auch die Fn. 392. Sie lautet: „Wobei auch die objektive Erkenntnis als absolute Gewissheit in der Mathematik und den Naturwissenschaften in Zweifel gezogen wird, vgl. die Schriften von *Popper, Russell* und *Feyerabend*.“ An wen wendet sich diese Aufforderung zum Vergleichen? Man darf doch wohl kaum voraussetzen, dass juristische Leser mit den Schriften dieser Philosophen und Wissenschaftstheoretiker so vertraut sind, dass sich bei einem Verweis darauf nähere Angaben erübrigen. Für mich lässt sich damit auch diese Fußnote nur als Versuch verstehen, den Leser durch Hinweis auf die Belesenheit der *Verfasserin* zu beeindrucken.
2. Es folgen einige Fehler, die die *Konjugation* betreffen:
- „Die Beantwortung der Fragen [...] *sind* fraglos elementar“ (S. 95, richtig: *ist*).
 - „Zu der neueren Diskussion, *der* die Anwendung von § 242 StGB auf Grundlage des Welle-Teilchen-Dualismus bejahen *wollen*: ...“ (S. 101 Fn. 414). Da sich der Relativsatz auf die „Diskussion“ bezieht, müsste er mit „*die*“ beginnen und mit „*will*“ enden. Ich möchte den so entstehenden Satz aber nicht als richtig bezeichnen, weil ich keine Vorstellung davon habe, was die *Autorin* an dieser Stelle eigentlich sagen will. Für das Problem der Auslandsbestechung kommt es auf den Welle-Teilchen-Dualismus jedenfalls nicht an.
 - „Anlass der Gesetzgebung *waren* also auch das Bestehen internationaler Initiativen und Abkommen“ (S. 177, richtig: *war*).
 - „Schon die Gesetzesinitiativen zu EUBestG und IntBestG *ist* maßgeblich auf internationale Initiativen und Rechtsinstrumente zurückzuführen“ (S. 177, richtig: *sind*).
 - „Die Angst vor dem ‚Virus der Korruption‘ [...] war schon seit den 90ern in aller Munde. Skandale in der Entwicklungshilfe [...] *intensivierte* diese“ (S. 187, richtig: *intensivierten*). Im Übrigen wollte die *Verfasserin* doch wohl sagen, dass das ‚Virus der Korruption‘ in aller Munde war. Das ist wegen der Anführungszeichen eine sinnvolle Aussage, anders als die Stilblüte, die Angst vor dem Virus sei in aller Munde gewesen.
3. Werfen wir einen Blick auf die *Präpositionen*:
- Man kann „einen *Schwerpunkt hin zu* den Amtsträgerbestechungstatbeständen ausmachen“ (S. 30, richtig: einen Schwerpunkt *bei*, oder aber: eine *Verlagerung* des Schwerpunkts *hin zu*).
 - „von weniger als 1 % wurde in den vorangegangenen 12 Monaten *nach einer Bestechungszahlung* gefordert und erwartet“ (S. 130, richtig: wurde *eine Bestechungszahlung* gefordert und erwartet).
 - „eine Sensibilität des Strafgesetzgebers *auf* gesellschaftliche Diskurse“ (S. 157, richtig *ist*, dass man mehr oder weniger sensibel *auf etwas reagieren* kann, dennoch muss es heißen: Sensibilität *für*).
 - „In *Absehung der* geringen Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdungssituation durch terroristische Anschläge stimulierte das allgemeine Angstklima also staatliche Eingriffe als notwendige Reaktion zur Abwehr eines zukünftigen Verletzungsschadens“ (S. 186). Ich beginne mit der fehlenden Präposition. Es gibt eine Verwendung des Verbs „absehen“, die ohne Präposition auskommt: Folgen einer Entscheidung etwa lassen sich *absehen*, d.h. voraussehen (oder auch nicht). Darum geht es hier nicht, sondern darum, dass man *von* etwas *absieht*, also etwas nicht berücksichtigt. Es müsste deshalb heißen: „In *Absehung von*...“. Diese Reparatur reicht jedoch nicht, denn der so entstehende Satz ist stilistisch immer noch *scheußlich* und außerdem meint – entgegen dem, was sie sagt – *Spörl* gar nicht, dass die Eingriffe *wirklich* eine notwen-

dige Reaktion waren. Eine Übersetzung in akzeptables Deutsch, die das berücksichtigt, könnte etwa lauten: „Obwohl terroristische Angriffe wenig wahrscheinlich waren, stimulierte das allgemeine Angstklima staatliche Eingriffe, die man für notwendig hielt, um weitere Anschläge zu verhindern.“ Mit dem Originalsatz hat das nur noch wenig gemein.

- „Vor dem Hintergrund, dass Deutschland [...] *vor einem gewissen Rechtfertigungsgrund stand*, sich rechtspolitisch zu positionieren, erklärt sich der Sprachusus“ (S. 189). Hier ist nicht nur die Präposition, sondern der gesamte kursiv gesetzte Ausdruck falsch. Man kann auch *vor* etwas stehen (z.B. vor einem Rätsel), gemeint ist aber, wie der Kontext ergibt, etwas ganz anderes, nämlich dass Deutschland *unter* einem gewissen *Rechtfertigungsdruck* stand. Nicht als Fehler, sondern bloß als sprachlichen Mangel betrachte ich die Formulierung, dass sich *vor dem Hintergrund* etwas *erklärt*. Natürlich kann man auch vor einem Hintergrund etwas erklären, aber damit ist über die Art der Erklärung noch nichts gesagt. Die *Verfasserin* möchte jedoch den Sprachusus mit dem Rechtfertigungsdruck erklären. Weniger wäre hier also mehr gewesen, etwa die Formulierung: „Dass Deutschland unter Rechtfertigungsdruck stand, erklärt den Sprachusus.“

4. Abschließend seien einige meist *syntaktische* Fehler genannt:

- Es wurde festgestellt, dass „der ‚Schutz der Interessen des Geschäftsherrn [...]‘ *Ziel* des durch die Normänderung neugeschaffenen Modells *intendiert* ist“ (S. 120, das ist Zuviel des Guten: entweder ist der Schutz Ziel des Modells oder er ist mit ihm intendiert).
- „sofern lediglich für Argumente geworben und keine Verführung mithilfe von Vorteilen iSd. § 108e StGB stattfindet“ (155, richtig: geworben *wird*). Gemeint sein dürfte im Übrigen nicht, dass *für Argumente*, sondern dass *mit Argumenten* geworben wird.
- Es gab eine Zunahme von Strafanzeigen, „was *Tiedemann* auf die Lozierung der Tatbestände im StGB seit dem 18. StÄG und dem ‚wachsenden Umweltbewußtsei[n] der Bürger‘ zuschreibt“ (S. 172 Fn 804). Will man nicht annehmen, dass die *Verfasserin* die Formulierung „was *Tiedemann* auf die Lozierung zuschreibt“ bewusst gewählt hat, bleibt als schonendere Möglichkeit, dass – hinter dem „StÄG“ – wiederum ein Prädikat vergessen wurde (naheliegend: „zurückführt“). Rätselhaft ist im Übrigen die eckige Klammer. Bei *Tiedemann* ist von einer „Folge [...] des wachsenden Umweltbewußtseins der Bürger“ die Rede. Sollte die *Verfasserin* durch Einklammern des Buchstaben „n“ zum Ausdruck bringen wollen, dass in ihrem Zitat das „s“ des Originals fehlt?
- „Das Gesetzesvorhaben scheiterte [...] vor allem an einem ausreichenden politischen Willen“ (S. 181). Der Satz ist syntaktisch in Ordnung, aber dennoch unvollständig, denn gemeint ist, dass das Vorhaben am *Fehlen* eines ausreichenden politischen Willens scheiterte.

- „Zum einen hatte die Krise im Rahmen der fortgeschrittenen EU-Integration gewährten Rettungspakete unmittelbare volkswirtschaftliche Effekte auf Deutschland als größtes Geberland“ (S. 187). Die Krise hatte also Effekte – aber hatte sie die „im Rahmen“ der EU-Integration, oder vielleicht „im Rahmen“ der Rettungspakete? Beides ergibt keinen Sinn. Ich nehme an, auch in diesem Satz wurde etwas vergessen, und schlage vor, nach der „Krise“ die Worte „wegen der“ einzusetzen.
- *Schünemann* hat „die Fallgruppe der ‚vergeistigten Zwischenrechtsgüter‘, zu denen die §§ 331 ff. StGB wegen ihrer Vertrauenskomponente als erster benannt“ (S. 261 Fn. 1212). Der mit „zu“ beginnende Nebensatz ist unvollständig, nach der „Vertrauenskomponente“ fehlt das Prädikat „gehören“ (und der Abschluss des Nebensatzes durch ein Komma). Im Übrigen *schützen* die §§ 331 ff. StGB Rechtsgüter, *sind* aber keine, können also auch nicht zu den „vergeistigten Zwischenrechtsgütern“ gehören.

V. Ausblick

1. Ich beende die Aufzählung von Beispielen, die sich noch lange fortsetzen ließe, an dieser Stelle und wende mich der Frage zu, wie es möglich ist, dass eine Dissertation, die – neben juristischen Fehlertritten wie dem „Untermaßgebot“ und dem „Subsumtionsirrtum gem. § 17 StGB“ – derartige Fehler enthält, von beiden Gutachtern mit dem höchsten Prädikat bewertet wurde. Der Erstgutachter hat mir auf meine Nachfrage mitgeteilt, er habe im Gutachter-Exemplar der Dissertation auf eine Reihe sprachlicher Fehler hingewiesen. Dass sich darunter auch die hier genannten (sowie die zahlreichen anderen, die mir aufgefallen sind) befunden haben und dass sich die *Autorin* über diese konkreten Hinweise hinweggesetzt und die Arbeit unverändert in einer Reihe veröffentlicht hat, zu deren Herausgebern der Erstgutachter gehört, halte ich indes für so extrem unwahrscheinlich, dass ich es als bloße Denkmöglichkeit ausschließe (es dürfte sich eher so verhalten, dass die *Verfasserin* konkret benannte Fehler beseitigt hat, dass also die von den Gutachtern bewertete Dissertation noch mehr Fehler enthielt als die publizierte Fassung).

Naheliegender scheint mir, dass die Gutachter die Arbeit nicht mit der gebotenen Gründlichkeit gelesen und deshalb das Ausmaß der sprachlichen Mängel, insbesondere die Vielzahl der klaren und teilweise haarsträubenden Fehler, nicht bemerkt haben. Es gilt als ungehörig oder doch unkollegial, diese Möglichkeit öffentlich anzusprechen, weil damit erwohnen wird, dass die Gutachter eine sie treffende Pflicht in einem für die juristischen Fakultäten wichtigen Verfahren verletzt haben. Und ich tue es ungern, weil ich die Kollegen Kubiciel und Waßmer, die die Dissertation begutachtet haben, persönlich kenne und schätze (Letzteres unter anderem deshalb, weil ihre eigenen Arbeiten in einem ganz anderen Stil verfasst sind als die von ihnen begutachtete Dissertation). Aber die alternativen Erklärungen – vielleicht haben sie die Arbeit gründlich gelesen und die vielen Fehler sind ihnen trotzdem nicht aufgefallen; vielleicht haben sie sie bemerkt, fanden sie aber nicht so schlimm – sind m.E. nicht schonender. Ich enthalte mich jeder weiteren Spekulation – was mir

leichtfällt, weil mich die Bewertung dieser Arbeit vor allem als Hinweis auf ein allgemeineres Problem interessiert – und belasse es bei der Feststellung, dass ich es für abwegig halte, dieser Dissertation höchstes Lob zu erteilen.

2. Die rezensierte Arbeit ist kein Einzelfall. Ich selbst habe in diesem Jahr eine strafrechtswissenschaftliche Qualifikationsschrift gelesen, die viele Ähnlichkeiten mit der hier besprochenen aufweist. Und ein Kollege, mit dem ich über das Thema gesprochen habe, hat mir berichtet, er habe im letzten Jahr eine preisgekrönte strafrechtliche Dissertation eigentlich rezensieren – und deren Beurteilung mit dem Prädikat *summa cum laude* scharf kritisieren – wollen, wegen der Unzahl der darin enthaltenen sprachlichen und gedanklichen Mängel dann aber resigniert und sein Vorhaben aufgeben. Ich halte es mittlerweile für durchaus wahrscheinlich, dass die Arbeit von Frau *Spörl* exemplarisch für einen neuartigen und erfolgreichen Typus der strafrechtswissenschaftlichen Literatur und auch für eine neue Art der Sozialisation des strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchses steht.

Die *Autorin* versucht, erheblich mehr zu leisten als eine bloß solide juristische Untersuchung des Problems der Auslandsbestechung. Es soll auch eine ganz neue, für Gesetzgebung und Rechtsprechung gleichermaßen wertvolle und zu ihrer Rationalisierung beitragende Methode entwickelt werden. Zudem soll das Niveau der Arbeit durch anspruchsvolle theoretische Reflexion weit über das einer bloßen dogmatischen Analyse hinausgetrieben werden. Dass sich die *Verfasserin* einem derartigen *Anspruch auf Exzellenz* stellte, der nicht nur sie überfordert hätte, ist jedenfalls verständlich, wenn man die Angaben zur Entstehung der Arbeit auf S. 5 f. berücksichtigt. Forschungsaufenthalte in Berkeley und Oxford (gefördert vom DAAD, einer Anwaltskanzlei und der Graduiertenschule der Kölner Rechtswissenschaftlichen Fakultät), die Betreuung im Rahmen eines Projekts der Exzellenzinitiative an der Universität zu Köln sowie weitere Förderungsmaßnahmen durch private Stiftungen und eine Strafrechtskanzlei legen für alle Beteiligten Erwartungen nahe, denen nicht genügt, wer sich auf die präzise Analyse eines juristischen Problems und einen in klarer und verständlicher Sprache verfassten Beitrag zu seiner Lösung beschränkt.

Eine Möglichkeit, diesen Erwartungen gerecht zu werden, besteht offenbar darin, mit großer Ambition und erheblichem theoretischen Aufwand Eindruck auf juristische Leser zu machen, die für Derartiges empfänglich sind, selbst aber anderes zu tun haben. Wie die vorliegende Arbeit zeigt, kommt es, wenn *diese* Exzellenzerwartung erfüllt wird, auf die Einhaltung konventioneller Standards, etwa die Anforderung, eine gute Doktorarbeit solle keine Anfängerfehler enthalten, die einschlägige Literatur berücksichtigen, präzise und verständlich argumentieren sowie sorgfältig formuliert sein, nicht mehr entscheidend an. Die Arbeit ist nicht nur von den Gutachtern mit *summa cum laude* bewertet worden. Sie ist auch in einer ambitionierten Reihe veröffentlicht und im Jahr 2019 mit einem Preis der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. ausgezeichnet worden. All das dürfte dazu beigetragen haben, dass die *Verfasserin* ausweislich ihres im Internet nachzulesenden Wissenschaftlichen Werdegangs jetzt als „Senior Researcher“ und Habilitandin am Freiburger

Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht tätig ist.

Ich befürchte, dass mir die Lektüre dieser Arbeit einen Blick in die Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft ermöglicht hat. Was ich gesehen habe, hat mir nicht gefallen. Aber als Kristallkugel war die Dissertation dann doch auch für den *Rezensenten* wertvoll.

3. Die Arbeit und ihre Bewertung als glänzende wissenschaftliche Leistung werfen Fragen auf, die die Qualität der Betreuung von Dissertationen und die Standards betreffen, nach denen in der Strafrechtswissenschaft die Qualität wissenschaftlicher Leistungen beurteilt wird. Es liegt deshalb nahe, hier ein Problem der *Qualitätssicherung* zu sehen. Ich misstrau diesem Begriff, denn in seinem Gefolge stellen sich alsbald *Maßnahmen* zur Qualitätssicherung ein und es ist absehbar, dass das Ganze in bürokratischen Vorkehrungen endet, die von Betreuungsvereinbarungen und Regelwerken über Ombudspersonen bis hin zu einschlägigen Stabsstellen der Universitäten reichen und alles nur noch schlimmer machen.

Richtig ist allerdings, dass wir es mit einem wirklichen Problem zu tun haben. Sich um seine Lösung zu bemühen, obliegt nach meiner Auffassung nicht der Verwaltung, sondern der Strafrechtswissenschaft selbst, das heißt den einzelnen Mitgliedern dieser Disziplin. Wenn sie diese Aufgabe nicht ernst nehmen oder ihr nicht gewachsen sind, dürfen sie sich nicht darüber beschweren, dass sie zum Gespött werden (man stelle sich vor, was passieren würde, sollte sich etwa Bastian Sick der vorliegenden Dissertation annehmen) und dass andere die „Qualitätssicherung“ übernehmen. Vielleicht gibt ja diese Rezension einen Anstoß zum Nachdenken über die „Betreuung“ von Doktoranden und Habilitanden sowie die Beurteilung ihrer Qualifikationsschriften in der deutschen Strafrechtswissenschaft.

Die „feindliche Willensrichtung“ als Element der Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB

Von Dr. Fabian Stam, Potsdam*

I. Einleitung

Dass die §§ 211, 212 StGB reformbedürftig sind, entspricht der allgemeinen Meinung. Dabei steht unter anderem das Mordmerkmal der „Heimtücke“ im Fokus. Denn erstens ist unklar, weshalb diese sich überhaupt strafscharfend auswirken soll. Zweitens ist die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht für jede heimtückische Tötung verhältnismäßig. Schlagworte sind hier sogenannte Haustyrannenfälle¹ und ganz allgemein Fälle, in denen körperlich Unterlegene körperlich Überlegene töten (typischerweise, aber nicht notwendigerweise ist das – wie in den Haustyrannenfällen – so, wenn Frauen Männer töten)². Diese möglicherweise auch geschlechterdiskriminierende Problematik³ und die damit verbundene Gesetzeskritik soll indes nicht Gegenstand des folgenden Beitrags sein. Der Beitrag befasst sich vielmehr mit der *lex lata*. Denn auch wenn die vom Bundesjustizministerium eingesetzte „Expertengruppe“ sich für die Reform der Tötungsdelikte ausgesprochen hat,⁴ ist seitdem wenig (oder besser gesagt: nichts) geschehen, und die Umsetzung angelegener Reformen ist derzeit nicht besonders wahrscheinlich. Die gegenwärtige Fassung der §§ 211, 212 StGB und das Mordmerkmal der „Heimtücke“, das schon allein wegen der nationalsozialistischen Provenienz (erlassen 1941⁵ durch die Reichsregierung⁶) sowie angesichts der nationalsozialistischen Prägung des Begriffs (man denke nur an die sogenannten „Heimtückegesetze“, die praktisch jede Kritik an der nationalsozialistischen Führung unter Strafe stellten⁷) äußerst kritikwürdig ist, dürften daher auch künftig maßgeblich bleiben und sollen deshalb Gegenstand des Beitrags sein. Dabei geht es im Folgenden nicht darum, ob und wie dieses an manchen Stellen zu weite Tatbestandsmerkmal restriktiv aus-

gelegt werden soll (ob also etwa eine negative Typenkorrektur vorgenommen oder ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch des Täters verlangt werden soll⁸). Die hier interessierende Frage ist vielmehr, ob das Mordmerkmal der „Heimtücke“ ein Handeln des Täters in feindlicher⁹ Willensrichtung verlangt und wann diese fehlt. Einem induktiven Ansatz folgend werden hierfür sämtliche (nämlich 24) in der Standardliteratur präsenten Entscheidungen des BGH zu der Frage berücksichtigt.

Während Heimtücke nach der bis dato ständigen Rechtsprechung voraussetzte, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung ausnutzt, wobei es an letzterer vor allem dann fehlen kann, wenn der Täter vermeintlich „zum Besten“ des Opfers handelt,¹⁰ wählte der 5. Strafsenat in einer Entscheidung von 2019 – die hier näher betrachtet werden soll – einen abweichenden Ansatz. Ihm zufolge kann einer „heimtückischen Tötung [...] die feindselige Willensrichtung [...] grundsätzlich nur dann fehlen, wenn sie dem ausdrücklichen Willen des Getöteten entspricht oder – aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung – mit dem mutmaßlichen Willen des zu einer autonomen Entscheidung nicht fähigen Opfers geschieht“. Ansonsten habe ein Schuldspruch wegen Mordes zu erfolgen, und es sei zu prüfen, ob die Strafe im Sinne der sogenannten Rechtsfolgenlösung zu mildern sei.¹¹ Nach hier vertretener und im Folgenden entwickelter Ansicht überzeugt das nicht. Der Begriff der „Heimtücke“ setzt das Handeln des Täters in feindlicher Willensrichtung voraus, und dieses fehlt immer dann, wenn der Täter *glaubt*, zum Besten des Opfers zu handeln. Das entspricht zum Teil der Auffassung in der früheren Rechtsprechung (hierzu im Folgenden), die diese jedoch nie eingehend begründet hat.

Zunächst zum Sachverhalt der Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH: Der Angeklagte befand sich in einer für ihn aussichtslosen finanziellen Situation und tötete „seine schlafende Ehefrau, indem er ihr mit einem schweren Hammer neun wuchtige Schläge gegen den Kopf versetzte“. Tatmotiv sei es gewesen, „seiner Ehefrau durch die Tötung ein Leben im finanziellen Ruin zu ersparen, insbesondere die für wahrscheinlich gehaltene Wohnungskündigung und die Sperrung

* Der Autor ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Georg Steinberg).

¹ Vgl. etwa BGHSt 48, 255; dazu statt vieler nur Rengier, NSTZ 2004, 233; Rotsch, JuS 2005, 12.

² Vgl. bereits Jescheck, JZ 1957, 386 (387): Heimtücke sei „manchmal gar nicht Ausdruck von Verschlagenheit und Feigheit [...], sondern einfach die Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegen Übermacht, Gewalt und Brutalität. Sie spielt daher bei Tötungsverbrechen am Ehemann, Vater oder Stiefvater fast immer eine Rolle und kann dann ein für die Gesamtwürdigung der Tat gänzlich untergeordnetes Moment sein.“

³ Zu diesem Aspekt Lembke, NK 2009, 109.

⁴ Siehe dazu den Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 2015, insbesondere die Zusammenfassung und Abstimmungsergebnisse auf S. 15–60.

⁵ RGBl. I 1941, S. 549.

⁶ Diese war hierzu gemäß Art. 1 S. 1 des „Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 24.3.1933 (RGBl. I 1933, S. 141, sog. Ermächtigungsgesetz) befugt.

⁷ Dazu Dörner, „Heimtücke“: Das Gesetz als Waffe, 1998.

⁸ Vgl. hierzu nur Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 203–214; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage 2018, § 211 Rn. 6; jeweils mit umfangreichen Nachw.

⁹ Die Begriffe „feindlich“ und „feindselig“ werden in Rechtsprechung und Literatur synonym gebraucht. Im Sinne eines einheitlichen Sprachgebrauchs wird hier (abgesehen von wörtlichen Zitaten) durchgehend der Begriff „feindlich“ verwendet.

¹⁰ Nachweise folgen sogleich im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung.

¹¹ BGH NSTZ 2019, 719 (722).

des Stromanschlusses bei Wegfall seiner Einkünfte ohne Aussicht, eine neue Stellung zu erhalten“. Daneben sei bestimmend gewesen, „dass seine fast 78-jährige Ehefrau [...] an nicht unerheblichen physischen Einschränkungen, insbesondere einer deutlich verminderten Beweglichkeit litt, sie zudem erkennbar an Lebenslust verloren hatte und oftmals deprimiert und niedergeschlagen war. Er wollte ihr einen von ihm befürchteten völligen psychischen Zusammenbruch durch die Offenbarung der Wahrheit ersparen, indem er sie tötete. Andere – naheliegende – Möglichkeiten wie die Stellung eines erneuten Insolvenzantrages, den Gang zur Schuldnerberatung, verbunden mit einer weitgehenden Offenbarung der finanziellen Verhältnisse gegenüber seiner Ehefrau, erzog er nicht ernsthaft.“¹²

II. Feindliche Willensrichtung als begriffliche Vorgabe

1. Implikationen des Wortes „heimtückisch“

Weil Strafgesetze sich an alle ihnen Unterworfenen, d.h. die gesamte Bevölkerung, richten und von diesen verstanden werden müssen (wenn die Bürger sie befolgen sollen), muss der Gesetzgeber sich einer Sprache bedienen, die dem Verständnishorizont der Rechtsunterworfenen entspricht.¹³ Ausgangspunkt der Auslegung muss deswegen dasjenige sein, was allgemein unter einem Begriff verstanden wird, d.h. die *Standardsprache* (auch Hochsprache genannt). In der wissenschaftlichen Diskussion über das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung fällt indes ins Auge, dass es fast durchgehend an einer näheren Befassung mit dem Gesetzeswortlaut, insbesondere dem Sinn des Wortes „heimtückisch“, fehlt, obwohl der *Große Senat* das Merkmal ausdrücklich aus dem Begriff der Heimtücke entwickelt hat (siehe dazu sogleich).

Während der BGH nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst noch davon ausging, dass Heimtücke nur die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers voraussetzt,¹⁴ deutete sich bereits 1952 eine Veränderung an. Einerseits verwies der *1. Strafsenat* des BGH zwar darauf, dass die „heimtückische Tatausführung auch nicht dadurch ausgeschlossen [werde], daß der Täter aus nicht besonders verwerflichen, vielleicht sogar menschlich noch begreiflichen Beweggründen zu seinem Verbrechen gelangt“ sei. Andererseits warf er – in einem obiter dictum – die Frage auf, „ob die Vorstellung des Täters, mit der Tat das Beste des von ihm Getöteten zu bezwecken“, eine heimtückische Tatbegehung ausschließen könne.¹⁵ Wenige Monate später hielt er es (ebenfalls obiter) sogar für möglich, dass „[u]nter sehr seltenen Umständen [...] gewisse sittlich anerkennenswerte Beweggründe einer die Arg- und Wehrlosigkeit des Angegriffenen ausnützenden Tötung das Wesen der Heimtücke ausnahmsweise nehmen“ können.¹⁶

Grundlegend entschied dann auf Vorlage des *3. Strafsenats* der *Große Senat* für Strafsachen 1956 in einem Fall, in

dem der Angeklagte (der aufgrund seines beruflichen Fehlverhaltens „in tiefe Verzweiflung“ geraten war), bevor er sich selbst töten wollte, seine Tochter erwürgte und seine Ehefrau zu erwürgen versuchte, weil er „glaubte, daß seine Familie die Entehrung und die Not, die er über sie gebracht hatte, nicht ertragen könnte“, und er „seiner Familie eine Wohltat“ erweisen würde, „wenn er sie auslösche“. Die Gesinnung des Täters könne „insofern bedeutsam sein, als sie dem Vorstellungsbilde entsprechen muß, das dem Begriff der Heimtücke selbst zugrunde liegt. Hierzu ist die bisherige Auslegung des Merkmals der Heimtücke in folgendem Sinne fortzuentwickeln: Der Begriff ‚Heimtücke‘ hat nach allgemeinem Sprachgebrauch eine feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer zum Inhalt. Diese feindselige Haltung des Täters gegen das Opfer zeigt sich darin, daß er dessen Arg- und Wehrlosigkeit zum Töten ausnutzt. Sie gibt damit dem Gesamtbild der Tat das Gepräge. Wenn der Täter jedoch – wie hier – seine Familie, die er sehr liebt, mit sich in den Tod nehmen, ihr also das Schicksal bereiten will, das er sich selbst zgedacht hat, weil er in krankhafter Verblendung meint, zum Besten seiner Familie zu handeln, so fehlt es ihm an der feindseligen Willensrichtung, die für das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit kennzeichnend ist. Er handelt dann nicht heimtückisch.“¹⁷ Der BGH folgert also aus dem Sinn des Wortes „heimtückisch“, dass dieses das Handeln in feindlicher Willensrichtung voraussetzt. Wie eng die sich hieraus ergebende begriffliche Einschränkung zu verstehen ist, betont der *Große Senat* 1957. So habe der Richter, wenn ein Mordmerkmal erfüllt sei, „nicht noch zu prüfen, ob die Tat ihrem Gesamtbilde nach besonders verwerflich“ sei, und auch ein Handeln „in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ könne die Heimtücke nicht ausschließen. Vielmehr könne es lediglich dann an der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit fehlen, „wenn er [der Täter, *Verf.*] glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln“.¹⁸ Dies hat im Grundsatz seitdem der ständigen Rechtsprechung entsprochen.¹⁹

Wenn dagegen in der Literatur zum Teil von einer „Basisdefinition“²⁰ oder davon gesprochen wird, dass der BGH das Merkmal der feindlichen Willensrichtung in die Definition der Heimtücke „eingebaut“²¹, „hineininterpretiert“²², dieses der ursprünglichen Definition „nachgeschoben“²³ habe

¹⁷ BGHSt 9, 385 (390).

¹⁸ BGHSt 11, 139 (143 f.).

¹⁹ BGH NJW 1978, 709; BGH, Urt. v. 17.12.1980 – 3 StR 433/80 = bei *Holtz*, MDR 1981, 265 (267); BGHSt 30, 105 (116); BGH StV 1989, 390; BGH NStZ 1995, 230 (231). – 1999 ergänzt der *1. Strafsenat* des BGH dies noch dahingehend, dass für den Fall, dass der Täter glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln, obwohl dies dem erklärten Willen des Opfers widerspricht, „eine feindliche Willensrichtung nur verneint werden [könne], wenn er in krankhafter Verblendung“ handele, BGH NStZ-RR 2000, 327.

²⁰ So *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 201; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 124.

²¹ *Hassemer*, JuS 1971, 626 (629).

²² *Roxin*, NStZ 1992, 34 (35).

²³ *Geilen*, JR 1980, 309 (312).

¹² BGH NStZ 2019, 719 f.

¹³ *Baumann*, MDR 1958, 394 (395); *Lorenz/Pietzcker/Pietzcker*, NStZ 2005, 429 (430).

¹⁴ BGHSt 2, 60.

¹⁵ BGHSt 3, 183 (186).

¹⁶ BGHSt 3, 330 (332 f.).

oder das Kriterium als „angebliches Heimtückemerkmal“²⁴ und als „bloße Erfindung“²⁵ bezeichnet wird²⁶, also der Wortlaut abweichend interpretiert wird, erfolgt diese Kritik an der Rechtsprechung dagegen weitgehend ohne Bezugnahme auf den Wortlaut des § 211 StGB, obwohl der *Große Senat* mit dem Abstellen auf den allgemeinen Sprachgebrauch ausdrücklich hierauf Bezug nimmt; sie bleibt damit eine schlichte Behauptung. Sie wirkt zudem befremdlich, weil sie anscheinend davon ausgeht, „Heimtücke“ sei etwas ontologisch Vorgegebenes, als ließe sich feststellen, was Heimtücke tatsächlich *ist* (nämlich die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit). Tatsächlich dürfte der Grund für das „Nachschieben“ indes schlicht der gewesen sein, dass sich die Frage, ob Heimtücke ein Handeln in feindlicher Willensrichtung erfordert, bis zu BGHSt 9, 385 nicht gestellt hatte. Die Rede von einer „Basisdefinition“ der Heimtücke, auf die das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung sozusagen „aufgepfropft“ worden sei, ist deshalb nicht nachvollziehbar.

Will man dagegen die allgemeinsprachliche Bedeutung des Wortes „heimtückisch“ ermitteln, liegt es nah, sich an der Bedeutung laut „Duden“ zu orientieren, weil die dort verzeichnete Bedeutung schon aufgrund der Verbreitung des Werks am ehesten den allgemeinen Sprachgebrauch widerspiegeln dürfte. Danach hat das Nomen Heimtücke die Bedeutung „hinterlistige Bösartigkeit“. Synonyme sind „Arglistigkeit, Bösartigkeit, Gemeinheit, Hinterhältigkeit, Hinterlist, Intrige, Machenschaften, Niederträchtigkeit, Ruchlosigkeit, Tücke; (gehoben) Arglist, Niedertracht, Perfidie; (bildungssprachlich) Intriganz; (derb) Hinterfotzigkeit; (abwertend) Falschheit, Infamie, Verschlagenheit“.²⁷ Das Adjektiv „heimtückisch“ hat laut Duden die entsprechende Bedeutung, nämlich: „bei völliger Verborgenheit nach außen hin in gefährlicher Weise bösartig oder davon zeugend“.²⁸ Anhaltspunkte dafür, dass dieses Adjektiv eine abweichende Bedeutung haben sollte, wenn es sich auf die Tötung eines Menschen bezieht, sind nicht ersichtlich. Eine Tötung ist unter Zugrundelegung dieser Bedeutung deshalb heimtückisch, wenn der Täter das Opfer bei völliger Verborgenheit nach außen hin in gefährlicher Weise bösartig oder davon zeugend tötet. Damit tritt die Feindseligkeit einer heimtückischen Handlung (kon-

ret: der Tötung) deutlich zu Tage, und es liegt sehr nah, sie – wie der BGH – als konstitutives Element des Tatbestandsmerkmals zu betrachten.²⁹ Gegen diese Interpretation spricht es nicht, dass der Begriff nach Auffassung des nationalsozialistischen Gesetzgebers dagegen primär die „Falschheit und Feigheit“, also dauerhafte subjektive Eigenschaften des Täters kennzeichnen sollte.³⁰ Denn dieses nationalsozialistisch ideologisch geprägte Begriffsverständnis entsprang der typisch übersteigerten Bedeutung der „Ehre“ (wonach beispielsweise jeder „SS-Mann das Recht und die Pflicht seine Ehre im Zweikampf mit der Waffe zu verteidigen“ hatte³¹). Dass eine solche Begriffsprägung im demokratischen Rechtsstaat nicht maßgeblich sein kann und deshalb außer Betracht zu bleiben hat, versteht sich. Es ist vielmehr der in unserer Gesellschaft allgemeine Sprachgebrauch zugrunde zu legen.

Erachtet man die feindliche Willensrichtung als Voraussetzung der Heimtücke, rückt die Täterpersönlichkeit zwar in gewissem Maße ins Zentrum, dies aber nur insofern, als es darauf ankommt, ob der Täter *im Tatzeitpunkt* in feindlicher Willensrichtung handelt. Mit einem Täterstrafrecht, das „die Strafe an die Persönlichkeit des Täters anknüpft und deren Asozialität und ihr Ausmaß über die Sanktion entscheiden lässt“³², hat dies hingegen nichts zu tun. Es wird nämlich allein auf die (von einer feindlichen Willensrichtung getragene) „Einzeltat und nicht auf die gesamte Lebensführung des Täters oder die von ihm künftig erwarteten Gefahren“³³ abgestellt. Selbst wenn man indes eine zu starke Täterzentrierung konstatieren wollte, spräche dies nicht gegen die hier vertretene Begriffsinterpretation, sondern gegen die Verwendung des Merkmals „heimtückisch“ durch das Gesetz (und damit für eine entsprechende Reform des § 211 StGB). Diese Gesetzgebungskritik ist indes (wie eingangs erwähnt) nicht Gegenstand des Beitrags.

2. Konflikt mit dem Strafschärfungsgrund der heimtückischen Begehung?

Gegen die feindliche Willensrichtung als Voraussetzung der heimtückischen Tötung wird jedoch vorgebracht, diese passe teleologisch nicht zum Strafschärfungsgrund der Heimtücke, den die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung

²⁴ Langer, JR 1993, 133 (139).

²⁵ Schneider (Fn. 8), § 211 Rn. 201; so auch Morris, Die normative Restriktion des Heimtückebegriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen, 2010, S. 143 f.

²⁶ Moderat kritisch auch Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 46. Ed., Stand: 1.5.2020, § 211 Rn. 55; in Anbetracht „des noch möglichen Wortsinns nicht zwingend“; ferner Mitsch, JuS 1996, 213 (214); Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 211 Rn. 42.

²⁷ Abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Heimtuecke> (4.7.2020).

²⁸ Abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/heimtueckisch> (4.7.2020).

²⁹ Dass es sich bei dem Erfordernis der feindlichen Willensrichtung dagegen um eine „gesinnungsethisch überformte negative Typenkorrektur“ handeln sollte, erscheint angesichts dessen aus der Luft gegriffen. So aber Schneider, NSStZ 2005, 101 (103); ders. (Fn. 8), § 211 Rn. 202; ähnlich Geilen, JR 1980, 309 (312): „letztlich nur noch moralisierende Motivbewertung“; Rengier, MDR 1980, 1 (5). – Die angebliche „Indifferenz des Begriffs“ der feindlichen Willensrichtung kritisiert Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 211 Rn. 34.

³⁰ Dazu instruktiv und m.w.N. M. Beck, ZIS 2016, 10 (12–14).

³¹ Schieds- und Ehrengerichtsordnung der SS vom 9.11.1935, zitiert nach M. Beck, ZIS 2016, 10 (14).

³² Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 1.

³³ Roxin/Greco (Fn. 32), § 6 Rn. 1, nennen dies als Voraussetzung des Täterstrafrechts.

und Literatur in der gesteigerten Gefährlichkeit für das Opfer erblickt, das sich typischerweise aufgrund eines Überraschungseffekts schlechter oder gar nicht gegen den Angriff verteidigen kann.³⁴ Denn das Handeln in feindlicher Willensrichtung steigere nicht die Gefahr für das Opfer.³⁵ Letzteres trifft zwar zu, doch läuft diese Auffassung auf eine Missachtung des Wortlauts hinaus. Denn auch wenn der Zweck der Heimtücke-Qualifikation sein mag, für das Opfer besonders gefährliche Handlungen strenger zu bestrafen³⁶ (was hier jedoch dahinstehen kann), verwendet das Gesetz eben doch den Begriff „heimtückisch“, der (wie gezeigt) eine opferfeindliche Konnotation aufweist.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, ist es ferner keineswegs „unsystematisch“ (verstanden im untechnischen Sinn, d.h. nicht als Auslegungskategorie), den Beweggrund (jedenfalls in gewissen Grenzen) in ein tatbezogenes Mordmerkmal mit einzubeziehen.³⁷ Zudem ist die monistische Bestimmung des Qualifikationsgrunds keineswegs zwingend, es ist vielmehr ebenso gut möglich (und nach dem Wortlaut zudem überaus naheliegend), als Qualifikationsgrund (gegebenenfalls neben der gesteigerten Gefährlichkeit) auch die (mit der heimtückischen Begehung typischerweise einhergehende, im Einzelfall aber möglicherweise ausscheidende) besondere Feindseligkeit gegenüber dem Opfer anzusehen.

3. Opfer- oder Rechtsgutfeindlichkeit?

Gegen das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung wird ferner seit langem wiederholt die auf *Schwalm* zurückgehende Kritik geäußert, dass jede Tötung eines Menschen (bzw. der entsprechende Versuch) auf „einer feindlichen, nämlich rechtsgutfeindlichen Willensrichtung“ beruhe, auch wenn der Täter „glaubt, dem anderen eine ‚Wohltat‘ zu erweisen“³⁸, „ein nicht-feindlicher Angriff auf das Leben eines anderen, geschehe er auch aus den honorigsten Motiven“, sei nämlich – so *Hassemer* – „nicht denkbar“³⁹, und rhetorisch fragt *Rengier*, „[w]elcher Totschläger [...] sich schon ernsthaft anmaßen [könne], seinem Opfer ‚freundlich‘ gesinnt zu sein“^{40, 41}

³⁴ Vgl. nur die umfangreichen Nachw. bei *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 149; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 46; *Kühl* (Fn. 8), § 211 Rn. 6.

³⁵ *Wachter*, NStZ 2019, 722 (723); *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 201; *Sinn* (Fn. 26), § 211 Rn. 42; *Safferling*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 211 Rn. 51.

³⁶ Diesbezüglich kritisch und für eine Abschaffung des Mordmerkmals „Heimtücke“ etwa *M. Beck*, ZIS 2016, 10 (15–17).

³⁷ So aber *Wachter*, NStZ 2019, 722 (723); *Eschelbach* (Fn. 26), § 211 Rn. 55; *Safferling* (Fn. 35), § 211 Rn. 41.

³⁸ *Schwalm*, MDR 1957, 260; sehr ähnlich *Langer*, JR 1993, 133 (139).

³⁹ *Hassemer*, JuS 1971, 626 (629); ähnlich *Mitsch*, JuS 1996, 213 (214).

⁴⁰ *Rengier*, MDR 1980, 1 (5).

⁴¹ Wie die zuvor genannten auch *Eschelbach* (Fn. 26), § 211 Rn. 55; *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 211; *Grünewald*

Es wird also behauptet, dass der Täter eines vorsätzlichen Tötungsdelikts stets feindlich in Bezug auf das geschützte Rechtsgut handele, weshalb das Merkmal der feindlichen Willensrichtung keine begrenzende Funktion haben könne. Diese Kritik überzeugt jedoch nicht. Denn erstens missachtet sie den Charakter von Feindschaft als sozialer Beziehung zwischen Menschen(-gruppen) und verwendet den Begriff rein metaphorisch, wie wenn man beispielsweise sagt, jemand sei ein „Feind“ der Ungerechtigkeit. Darüber hinaus ist die Kritik aber insbesondere deshalb verfehlt, weil sie den Inhalt der Entscheidung des *Großen Senats* von 1956 ignoriert, der zur Bejahung von Heimtücke ausdrücklich die „feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer“⁴² und nicht gegen das geschützte Rechtsgut verlangt.⁴³ Dass aber gerade nicht jede Tötung von einer feindlichen Willensrichtung gegen das *Opfer* getragen sein muss, liegt dagegen – wie insbesondere „Mitleidstötungen“ zeigen – auf der Hand.

III. Keine Normativierung der „feindlichen Willensrichtung“

Sieht man also wie hier vertreten die feindliche Willensrichtung als konstitutives Element der Heimtücke an, stellt sich die Folgefrage, in welchen Konstellationen sie entfallen soll. Zunächst hatte der *Große Senat* für Strafsachen 1956 nur auf die Sicht des Täters abgestellt und die feindliche Willensrichtung etwa verneint, wenn der Täter „in krankhafter Verblendung meint, zum Besten seiner Familie zu handeln“.⁴⁴ Auch 1980 sollte es genügen, dass der Angeklagte „wenn auch in verblendeter Verknennung des Lebensrechtes seiner Tochter, zu deren Besten handeln“ wollte.⁴⁵

Während es sich bei diesen Entscheidungen jeweils um sogenannte erweiterte Suizidversuche handelte (die Täter also jeweils zunächst Familienmitglieder und sodann sich selbst töten wollten), hatte der 3. *Strafsenat* des BGH 1991 erstmals über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Krankenpflegerin fünf schwerstkranken Patienten „heimlich tödliche Injektionen verabreicht [hatte], um ihnen aus Mitleid weiteres von ihr als sinnlos angesehenes Leiden und einen Todeskampf zu ersparen, obwohl weder die Patienten noch deren Angehörige darum gebeten hatten“.⁴⁶ Der *Senat* bestimmt hier die feindliche Willensrichtung normativ, d.h. ihm zufolge reicht nicht

(Fn. 20), S. 129; *Zorn*, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB – ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?, 2013, S. 125.

⁴² BGHSt 9, 385 (390).

⁴³ So auch *Schaffstein*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 419 (423); *Theile*, ZJS 2019, 525 (528).

⁴⁴ BGHSt 9, 385 (390).

⁴⁵ BGH, Urt. v. 17.12.1980 – 3 StR 433/80 = bei *Holtz*, MDR 1981, 265 (267); ebenfalls ohne Element der Bewertung des konkreten Tatmotivs BGH StV 1989, 390.

⁴⁶ BGHSt 37, 376 – Dass der 3. *Strafsenat* die feindliche Willensrichtung ablehnt, kritisiert (aufgrund einer abweichenden Sachverhaltsinterpretation) *Geilen*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 519.

jede „Mitleidsmotivation“ aus, „um eine die Heimtücke prägende feindselige Haltung des Täters aus Rechtsgründen auszuschließen“. Vielmehr könnten „[b]ei der Prüfung, ob das Tatmotiv als feindselig zu werten ist, [...] normative Gesichtspunkte nicht außer Betracht bleiben. In oberflächlich vorhandener Mitleidsmotivation kann sich Feindseligkeit gegenüber dem Lebensrecht Schwerstkranker offenbaren. Daher kann Mitleid in Fällen dieser Art die Annahme des Heimtückemerkmals nur dann ausschließen, wenn es sich aus einer objektiv nachvollziehbaren Wertung des Täters ableitet, die der Vermeidung schwersten Leidens den Vorrang gibt. Heimtücke wird bei ‚Mitleidstötungen‘ vorliegen, wenn der Täter seine Opfer unter Ausnutzung von deren Arg- und Wehrlosigkeit nach eigenen Wertmaßstäben ‚selektiert‘ und von sich aus selbstherrlich das Leben der seiner ärztlichen oder pflegerischen Fürsorge anvertrauten Patienten gezielt verkürzt, indem allein er bestimmt, wen er wann durch eine von niemandem erbetene Tötung ‚erlösen‘ will.“⁴⁷ Zusammenfassend und präzisierend heißt es 1997 beim *1. Strafsenat* des BGH, dass in entsprechenden Fällen „eine die Heimtücke prägende feindselige Willensrichtung des Täters nur dann entfällt, wenn seine Motivation sich aus einer objektiv nachvollziehbaren Wertung ableitet, die der Beendigung schwersten Leidens den Vorrang gibt gegenüber dem grundsätzlich gebotenen Lebensschutz“.⁴⁸ Auch der *2. Strafsenat* des BGH bestimmt die feindselige Willensrichtung 2001 in diesem Sinne normativ, wenn es darauf ankommen soll, „daß der Angeklagte *begründet* meinte, zum Besten des Opfers zu handeln“.⁴⁹ 2008 entschied schließlich der *5. Strafsenat* des BGH, dass Heimtücke nicht ausscheide, wenn die Angeklagte „nicht aus individuellem Mitleid mit den schwerkranken Patienten“, sondern deshalb handle, um „ihre Vorstellung über Würde und Wert des Lebens eines sterbenden Menschen“ durchzusetzen.⁵⁰

Diese strengere Linie der Rechtsprechung blieb jedoch nicht auf Krankenhaustötungen beschränkt: So entschied der *1. Strafsenat* des BGH 1999 in einem Fall, in dem das Opfer (die Ehefrau des Angeklagten) eine gemeinsame Selbsttötung „entschieden abgelehnt“ hatte, der Angeklagte sie aber gleichwohl tötete, dass der Angeklagte sich „nicht darauf berufen [könne], er habe zum Besten seiner Frau gehandelt, als er sie tötete“. Eine feindselige Willensrichtung könne vielmehr „nur verneint werden, wenn er in krankhafter Verblendung“ gehandelt habe.⁵¹ Ähnlich wie in den Krankenhaussfällen genügt dem *1. Strafsenat* des BGH der bloße Glaube, zum Besten des Opfers zu handeln, 2001 nicht mehr: In einem Fall, in dem der Angeklagte seine Ehefrau tötete und im Anschluss auch sich selbst töten wollte, fordert der *1. Strafsenat* (weil der Täter nicht „übereinstimmend“ mit

seiner Ehefrau handelte) nämlich „daß der Angeklagte *begründet* meinte, zum Besten des Opfers zu handeln.“⁵²

Die Entscheidungen zeigen, dass die anfangs geübte Nachsicht gegenüber Tätern, die aus ihrer Sicht zum Besten des Opfers gehandelt haben, zunehmender Verständnislosigkeit gewichen ist. Während zu Beginn allein erforderlich war, dass der Täter *glaubte*, zum Besten der Opfer zu handeln, stellte die Rechtsprechung im weiteren Verlauf zunehmend darauf ab, ob (und weshalb) er dies glauben *durfte*. Obwohl es strenggenommen (mit Ausnahme von Notwehr- oder Notstandssituationen) keinen guten Grund geben kann, einen Menschen ohne (und nach der Wertung des § 216 StGB auch mit) dessen Willen zu töten, fragt sie, ob die Tat „objektiv nachvollziehbar“ ist. Mit seiner jüngsten Entscheidung hat nun der *5. Strafsenat* den Ausschluss der Heimtücke aufgrund eines Handelns „zum Besten“ des Opfers noch weiter zurückgedrängt: Bei Opfern, die zu einem eigenen Entschluss fähig sind, soll die feindselige Willensrichtung danach bei einer Tötung ohne deren Zustimmung nie fehlen, und bei Opfern die hierzu nicht in der Lage sind, nur dann, wenn dies „aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung“ mit dem mutmaßlichen Willen des Opfers übereinstimmt.⁵³

Mit der ursprünglichen Rechtsprechung des *Großen Senats* und der Bedeutung des Begriffs „feindselige Willensrichtung“ hat dies nichts mehr zu tun. Der BGH unterliegt hier der (oben bereits angesprochenen) Fehlvorstellung, diese müsse sich auf das *Rechtsgut* beziehen. Dann ließe sich in der Tat argumentieren, dass eine Rechtsgutfeindslichkeit nur dann ausscheidet, wenn das Opfer das Rechtsgut durch sein Einverständnis preisgegeben hat (wobei es dann regelmäßig ohnehin schon an der Arglosigkeit des Opfers fehlen und zudem eher § 216 StGB als § 212 StGB erfüllt sein und selbst bei Erfüllung des § 212 StGB ein minder schwerer Fall nach § 213 StGB naheliegen dürfte⁵⁴) oder davon ausgegangen werden darf, dass es dies bei Entschlussfähigkeit getan hätte. Dass sich die Feindseligkeit aber gerade nicht auf das Rechtsgut, sondern das Opfer beziehen muss, wurde oben bereits dargelegt. Zudem widerspricht es der üblichen gesetzlichen Wertung, wenn das *Fehlen* einer Zustimmung (das ja den Regelfall der vorsätzlichen Tötung darstellt!) strafschärfend (nämlich zur Begründung eines Qualifikationsmerkmals) gewertet wird; tatsächlich kann sich nämlich nur das *Vorliegen* einer Zustimmung auswirken – und zwar strafmildernd.⁵⁵

Berücksichtigt man die Bedeutung der Begriffe „Heimtücke“ und „feindselige Willens(!)richtung“, wäre es dagegen angezeigt, entsprechend der früheren Rechtsprechung Heimtücke schon dann aufgrund der fehlenden feindseligen Willensrichtung zu verneinen, wenn der Täter nach *seiner* Vorstellung zum Besten des Opfers handelt⁵⁶ (er dem Opfer also

⁴⁷ BGHSt 37, 376 (377 f.); ebenso BGH NStZ-RR 1997, 42 (43); BGH StV 1998, 583 (584); BGH NStZ 2008, 93 (94).

⁴⁸ BGH StV 1998, 583 (584).

⁴⁹ BGH StV 2001, 666 (667, *Hervorhebung* nur hier).

⁵⁰ BGH StV 2009, 524 (525).

⁵¹ BGH NStZ-RR 2000, 327.

⁵² BGH StV 2001, 666 (667, *Hervorhebung* nur hier).

⁵³ BGH NStZ 2019, 719 (722).

⁵⁴ Mitsch, NJW 2019, 2416; Theile, ZJS 2019, 525 (527); Jäger, JA 2019, 791 (793).

⁵⁵ Mitsch, NJW 2019, 2416; Wachter, NStZ 2019, 722.

⁵⁶ Vgl. Jäger, JA 2019, 791 (793); Neumann, StV 2009, 526 (527).

nichts Böses will) und zwar unabhängig davon, ob die Motivation des Täters nachvollziehbar ist oder nicht. Es bedarf also keiner normativen Betrachtung, ob die Maßstäbe, die der Täter zugrunde legt, nachvollziehbar oder gar vernünftig sind. Denn jeder Täter, der zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, verwirklicht ein ganz erheblich verringertes Handlungsunrecht.⁵⁷ Wenn *Roxin* meint, „ein Mitleid, das in den objektiven Gegebenheiten und vor allem der körperlichen und psychischen Situation des Patienten keine nachvollziehbare Begründung findet, sollte keine mildernde Wirkung haben, weil es hinter dem Schleier altruistischer Motivation mehr die Interessen des Täters als des Opfers verfolgt“⁵⁸, überzeugt das nur teilweise. Der Einwand zielt nämlich letztlich darauf ab, ob man es dem Täter glaubt, tatsächlich gedacht zu haben, zum Besten des Opfers zu handeln, wozu man eher bereit sein wird, wenn dessen Motiv nachvollziehbar ist. Das ist aber eine Beweisfrage, die nicht durch die materiell-rechtliche Voraussetzung ersetzt werden darf, dass die Motivation objektiv nachvollziehbar sein muss. Lässt sich feststellen, dass der Täter tatsächlich „hinter dem Schleier altruistischer Motivation“ mehr die eigenen als die (vermeintlichen) Interessen des Opfers verfolgt hat, handelt er selbstverständlich in feindlicher Willensrichtung.⁵⁹

Beispielsweise handelt nicht in feindlicher Willensrichtung, wer einen schwerkranken Menschen tötet, weil er glaubt, dass dieser schwer leide, und ihm dieses (möglicherweise nur vermeintliche) Leid ersparen möchte. Wer dagegen handelt, weil ihm das Opfer zur Last fällt, tut dies in feindlicher Willensrichtung (und dazu möglicherweise aus einem niedrigen Beweggrund). In jedem Fall in feindlicher Willensrichtung und aus einem niedrigen Beweggrund handelt, wer beispielsweise einen Menschen mit Behinderung tötet, weil er meint, dabei handele es sich um „lebensunwertes Leben“. Nicht überzeugend ist es dagegen, die feindliche Willensrichtung deshalb zu bejahen, weil der Täter sich „zum Herrn über Leben und Tod“ aufwirft und „in schwerwiegender Weise das uneingeschränkte Lebensrecht auch der Schwerstkranken

⁵⁷ A.A. *Safferling* (Fn. 35), § 211 Rn. 51: „Die Handlungsmotivation des Opfers spielt im Rechtsverhältnis zum Opfer [...] keine Rolle“.

⁵⁸ *Roxin*, NStZ 1992, 35 (36); ebenso *Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 211 Rn. 122; ähnlich in Bezug auf „erweiterte Suizidversuche“ auch *Saliger* (Fn. 34), § 211 Rn. 73: „Der Täter, der sich anmaßt, dem Leben anderer Personen als Konsequenz seines eigenen Unglücks oder Versagens den Lebenswert abzuspochen, handelt eher aus Narzissmus denn aus Mitleid mit dem Opfer.“

⁵⁹ Damit übereinstimmend entschied 2006 der 2. *Strafsenat* des BGH, dass es darauf ankomme, dass das Handeln „zum Besten“ des Opfers der alleinige Tatantrieb ist; handele der Täter dagegen auch aus einem nicht-altruistischen Motiv (konkret bei der Tötung der Kinder „um seine Ehefrau anzuklagen und zu bestrafen“) sei die feindliche Willensrichtung zu bejahen, siehe BGH NStZ 2006, 338 (339).

und Behinderten“ missachtet.⁶⁰ Denn diese (selbstverständlich verwerfliche) Missachtung kennzeichnet jede vorsätzliche Tötung.

Das dürfte auch keineswegs, wie dies etwa beim 5. *Strafsenat* anklingt, zu „unangebrachten“⁶¹ Ergebnissen führen. Nimmt man den jüngst entschiedenen Fall, dürfte es kaum zweifelhaft sein, dass sich die Tat des Angeklagten, der handelte, um seiner Ehefrau ein „Leben im finanziellen Ruin zu ersparen“, im Unrechtsgehalt deutlich vom Normalfall heimtückischer Tötungen unterschied. In diesem Zusammenhang kann es nicht schaden, die Selbstverständlichkeit zu betonen, dass es bei der Frage, ob die feindliche Willensrichtung vorliegt, nicht darum geht, ob das Handeln des Täters erlaubt ist, sondern (allein) darum, ob die Tat zwingend zu einer lebenslangen oder „nur“ zu einer sehr langen (nämlich fünf- bis fünfzehnjährigen) Freiheitsstrafe führt. Zwar bleibt selbstverständlich das (beträchtliche) Unrecht der vorsätzlichen Tötung bestehen, doch handelt es sich nicht um eine Konstellation, die die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe nach sich ziehen muss. Im Gegenteil erschiene diese hier (verglichen mit Fällen tatsächlich heimtückischer Tötungen) unverhältnismäßig – wie auch der Verweis des 5. *Strafsenats* auf die sog. Rechtsfolgenlösung⁶² zeigt (hierzu sogleich).

IV. Lösung auf Rechtsfolgenreite?

Es ist nämlich nicht so, dass der 5. *Strafsenat* des BGH die Problematik von Tötungen zum vermeintlich Besten des Opfers (bei denen er die feindliche Willensrichtung unzutreffenderweise bejahen will) verkennt. Er meint jedoch, den Konflikt dadurch lösen zu können, dass bei Bejahung der Heimtücke im Anschluss zu prüfen sei, „ob aufgrund ganz besonderer schuld mindernder Gesichtspunkte in Anwendung der Grundsätze der Entscheidung des *Großen Senats* [zur Rechtsfolgenlösung, *Verf.*] ausnahmsweise eine Berücksichtigung des besonderen Tatmotivs auf der Rechtsfolgenreite geboten ist.“⁶³ Dagegen spricht erstens bereits die eklatante Kompetenzüberschreitung, die der *Große Senat* für Strafsachen mit der Einführung der offensichtlich gesetzeswidrigen „Rechtsfolgenlösung“ begangen hat.⁶⁴ Zweitens öffnet der Verweis auf die (zudem in der Praxis überaus selten angewandte) Rechtsfolgenlösung dem Tatgericht einen enorm großen Spielraum. Es ist nämlich sowohl im Schrifttum als auch nach Auswertung der Rechtsprechung völlig unklar, unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Strafe mildern kann, weil der BGH nie präzisiert hat, wann „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, die eine Strafmilderung begründen können.⁶⁵ Dem offensichtlichen Ansinnen des 5. *Strafsenats*, „einzelfallgerechte“ Entscheidungen auf Kos-

⁶⁰ So aber *Kutzer*, NStZ 1994, 110; ebenso *Geilen*, JR 1980, 309 (312).

⁶¹ BGH NStZ 2019, 719 (721).

⁶² BGH NStZ 2019, 719 (722).

⁶³ BGH NStZ 2019, 719 (722).

⁶⁴ Dazu nur *Stam*, JZ 2018, 1055 (1056) m.w.N.

⁶⁵ Vgl. die Analyse der Rechtsprechung bei *Stam*, Studere 2019, 38.

ten der Rechtssicherheit des Beschuldigten fallen zu können, ist deshalb in aller Deutlichkeit entgegenzutreten.

V. Exkurs: Die Behauptung einer überholten Rechtsprechung

Auch wenn der 5. Strafsenat in seiner jüngsten Entscheidung formal am Kriterium der feindlichen Willensrichtung festhält, interpretiert er es doch völlig neu, mit der Folge, dass praktisch nichts von ihm übrigbleibt.⁶⁶ Er geht nämlich nicht mehr davon aus, dass die feindliche Willensrichtung entfällt, wenn der Täter zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, sondern dass hierfür das tatsächliche oder (wenn das Opfer zu einer autonomen Entscheidung nicht fähig ist) mutmaßliche Einverständnis des Opfers erforderlich sei. Zu diesem offensichtlichen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung glaubt der Senat sich befugt, weil diese „weitgehend überholt“ sei. Denn in der Entscheidung des Großen Senats zur Rechtsfolgenlösung von 1981 habe der BGH „entschieden, dass bei einer Tötung in heimtückischer Begehungsweise auch beim Vorliegen außergewöhnlicher mildernder Umstände stets ein Schuldpruch wegen Mordes zu erfolgen hat und allenfalls eine Strafraumverschiebung in entsprechender Anwendung von § 49 Absatz 1 StGB in Betracht kommt“. Den Ansatz, dass ein Handeln zum vermeintlich Besten des Opfers die feindliche Willensrichtung und damit die Heimtücke entfallen lässt, habe „der Große Senat für Strafsachen aber ausdrücklich nicht weitergeführt, sondern sich anstelle einer Restriktion auf der Tatbestandsebene für eine Ergänzung auf der Rechtsfolgenrechte entschieden“.⁶⁷

Diese Argumentation ist indes gänzlich unverständlich. Erstens ist der BGH nämlich – wie oben gezeigt wurde – auch nach der Entscheidung des Großen Senats zur Rechtsfolgenlösung beim Erfordernis der feindlichen Willensrichtung geblieben.⁶⁸ Und zweitens stand die Frage, ob der Angeklagte in feindlicher Willensrichtung gehandelt hatte, in dem vom Großen Senat entschiedenen Fall (den man aufgrund der stigmatisierenden Wirkung dieser Bezeichnung wohl besser nicht – oder jedenfalls nicht mehr – „Türkenfall“ nennen sollte) überhaupt nicht zur Debatte, weil dies völlig unzweifelhaft der Fall war (der Angeklagte hatte seinen Onkel getötet, weil dieser die Ehefrau des Angeklagten vergewaltigt und diesen selbst mit dem Tod bedroht hatte⁶⁹). Vielmehr ging der Große Senat dort selbstverständlich davon aus, dass der heimtückische Mord ein Handeln in feindlicher Willensrichtung erfordert.⁷⁰ Dementsprechend führte er aus, dass er Beweggründe des Täters über die feindliche Willens-

richtung hinaus sehr wohl berücksichtigen wolle, nur nicht auf der Tatbestands-, sondern auf der Rechtsfolgenrechte. Wörtlich: „Der Große Senat führt diesen Ansatz, wenn auch nicht auf der Tatbestandsseite, fort.“⁷¹ Darin kann jedoch gerade keine Abkehr von der eingangs dargestellten Linie der Rechtsprechung erblickt werden; vielmehr wollte der Große Senat lediglich keine weiteren Restriktionen auf Tatbestandsseite zulassen.⁷² Weil er also von der bisherigen Rechtsprechung des BGH abweicht, wäre der 5. Strafsenat gem. § 132 Abs. 2 GVG verpflichtet gewesen, die Frage dem Großen Senat für Strafsachen (der allein in diesem Fall gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist) vorzulegen. Der Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Angeklagten in seinem gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG grundrechtsgleichen Recht auf den gesetzlichen Richter.⁷³

VI. Fazit

In aller Kürze lässt sich festhalten, dass die Untersuchung die eingangs aufgestellten Thesen bestätigt. Das Mordmerkmal „heimtückisch“ setzt begrifflich voraus, dass der Täter in feindlicher Willensrichtung gegenüber dem Opfer handelt; nicht ausreichend ist hingegen (entgegen einem weit verbreiteten Missverständnis), dass der Täter rechtsgutfeindlich handelt. Das entspricht der bis dato ständigen Rechtsprechung. Glaubt der Täter, zum Besten des Opfers zu handeln, fehlt es an der feindlichen Willensrichtung, und eine Tötung unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ist dann nicht heimtückisch. Aus welchen Gründen der Täter glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln, ist dagegen für die Frage des Handelns in feindlicher Willensrichtung irrelevant. Ob er eine nachvollziehbare Motivation angibt, kann – entgegen der bislang ständigen Rechtsprechung, die schon das Nichtvorliegen der feindlichen Willensrichtung an eine „nachvollziehbare“ Motivation des Täters knüpft – vielmehr ausschließlich auf der Ebene der Beweiswürdigung (dort jedoch sehr wohl), d.h. für die Frage relevant sein, ob man dem Täter glaubt, aus seiner Sicht zum Besten des Opfers gehandelt zu haben. Der anderslautende Ansatz des 5. Strafsenats, die feindliche Willensrichtung nur zu verneinen, wenn der Täter mit der (mutmaßlichen) Zustimmung des Opfers handelt, und im Übrigen unter unklaren Voraussetzungen die Strafe zu mildern, überzeugt nicht und bezweckt allein, den Gerichten „einzelfallgerechte“ Entscheidungen zu ermöglichen, wofür der 5. Strafsenat die Rechtssicherheit zu opfern bereit ist. Das ist abzulehnen.

⁶⁶ Mitsch, NJW 2019, 2416; Theile, ZJS 2019, 525; ähnlich Wachter, NStZ 2019, 722; Jäger, JA 2019, 791 (793).

⁶⁷ BGH NStZ 2019, 719 (720 f.).

⁶⁸ Vgl. BGH StV 1989, 390; BGH NStZ 1995, 230 (231); BGH NStZ-RR 2000, 327. So auch Theile, ZJS 2019, 525 (526).

⁶⁹ Zum Sachverhalt BGHSt 30, 105 (106 f.).

⁷⁰ BGHSt 30, 105 (116): „Wer einen anderen (in feindseliger Willensrichtung – BGHSt 9, 385, 390) heimtückisch tötet, verübt, weil er sein Opfer ‚hinterrücks überfällt‘ (BGHSt 11, 139, 144) auf Grund seines Vorgehens einen Mord.“

⁷¹ BGHSt 30, 105 (119).

⁷² Hierzu Mitsch, NJW 2019, 2416; Theile, ZJS 2019, 525 (526).

⁷³ Näher zur Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter durch Nichtvorlage an den Großen Senat für Strafsachen siehe Stam, HRRS 2011, 79 f.

Zur strafrechtlichen Behandlung des Containers de lege lata und de lege ferenda

Von Dipl.-Jur. Jan Rennieke, Göttingen*

Der Beitrag befasst sich mit der im Jahr 2019 juristisch und politisch besonders virulent gewordenen Erscheinung des Containers. Neben einer Beschreibung des sozialen Phänomens werden die strafrechtliche und prozessuale Rechtslage untersucht und politische Lösungsansätze diskutiert. Der Verfasser gelangt zu dem Ergebnis, dass eine Beurteilung als Diebstahl nicht nur nach gegenwärtigem Recht zutreffend ist, sondern kriminalpolitisch auch in Zukunft beibehalten werden sollte. Der Gesetzgeber wird jedoch dazu aufgefordert, eine außerstrafrechtliche Lösung für das zugrundeliegende Problem der Lebensmittelverschwendung zu implementieren.

The paper is concerned with the phenomenon of dumpster diving, which has been the subject of much political as well as legal attention in 2019. Dumpster diving will be examined as a social phenomenon as well as a legal and political problem. The author will come to the conclusion that it is not only legally correct, but politically desirable to treat dumpster diving as an act of theft. However, the legislator is called upon to implement solutions to the food wastage problem outside the criminal law.

I. Einleitung

Das Phänomen des Containers hat im Jahr 2019 Gesellschaft und Gerichte in zuvor unbekanntem Ausmaß beschäftigt. Zwar handelt es sich um keine eigentlich neue Erscheinung, sie stand jedoch noch nie so im Fokus von Justiz, Politik und Medien wie heute. Der folgende Beitrag wird sich mit der Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Containers auseinandersetzen. Dazu ist zunächst erforderlich, das Container als soziales Phänomen zu beschreiben, wobei insbesondere die Motivlage der beteiligten Personen Berücksichtigung finden soll. Im Anschluss wird die Strafbarkeit und strafprozessuale Verfolgung des Containers de lege lata untersucht und auf gegen sie gerichtete Einwände eingegangen. Abschließend soll die aktuell stattfindende kriminalpolitische Diskussion um das Container dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

II. Beschreibung des Phänomens

Der Begriff „Container“, auch „Dumpster Diving“ oder zu Deutsch „Mülltauchen“ genannt, beschreibt das Herausuchen von noch verwendbaren Gegenständen aus Abfallbehältern.¹ Meist kommt es den beteiligten Personen darauf an, bei Supermärkten oder Fabriken Lebensmittel aus dem Müll zu

fischen, die zwar entsorgt, aber noch genießbar sind. Containern kommt zwar auch in anderen Formen, etwa der Suche nach Altkleidern oder anderen verwertbaren Gegenständen vor. Die Form als „Retten von Lebensmitteln“ dominiert jedoch die gesellschaftliche und politische Wahrnehmung des Containers und soll daher auch allein Gegenstand der folgenden Ausführungen sein. Dem Containern nach Lebensmitteln können im Wesentlichen drei Motive zu Grunde liegen.

Erstens kann das Containern ökonomisch schwachen Personen als Mittel zur Deckung ihres Nahrungsbedarfs dienen. Die Datenlage zu diesem Motiv ist allerdings wenig aktuell und erwartungsgemäß dünn. Belastbare Zahlen lieferte zuletzt eine in den USA durchgeführte Studie aus dem Jahr 2005. Sie ergab, dass fast ein Fünftel der aus einem urbanen Umfeld stammenden befragten Personen einmal oder öfter containert hat.² Dabei handelte es sich oft um ökonomisch schwache Personen, die häufig auch auf Lebensmittelmarken oder -spenden angewiesen waren.³ Ob die Mitnahme der Lebensmittel im Einzelfall legal war, etwa durch Duldung des Eigentümers, wurde nicht erhoben. Aus Deutschland sind keine vergleichbaren Zahlen bekannt. Es lässt sich zwar vermuten, dass auf Grund des engermaschigeren sozialen Netzes ein geringeres Bedürfnis für dieser Form von Nahrungsbeschaffung besteht als in den USA. Dennoch wird es auch hier Fälle geben, in denen Hunger das treibende Motiv zum Mülltauchen ausmacht. Zweitens hat Containern häufig eine politische Komponente und wird von den beteiligten Personen als Protestpraxis gegen Lebensmittelverschwendung verstanden.⁴ Das politische Motiv kann durchaus mit dem Motiv des Hungerns zusammenfallen. Es ist nicht fernliegend, dass derjenige, der sich zum Hungern gezwungen sieht, hieraus eine Forderung nach Änderung der Umstände herleitet. Schließlich sollte drittens nicht unterschätzt werden, dass Containern den beteiligten Personen durchaus Spaß machen kann und, da es nicht selten in Gruppen ausgeübt wird, auch ein soziales Zugehörigkeitsgefühl vermittelt.⁵ Gerade dieser soziale Faktor dürfte mit der politischen Motivation in Verbindung stehen, denn das Containern ist häufig zugleich Teil der Eingliederung in eine politische Subkultur.⁶

Containern wird von deutschen Behörden und Gerichten regelmäßig als Diebstahl bewertet (inwieweit das zutreffend ist, ist sogleich noch zu klären). Häufig kam es hier zu Verfahrenseinstellungen. Bundesweite Aufmerksamkeit hat 2019 jedoch das AG Fürstfeldbruck erregt, dass zwei Studentinnen wegen Diebstahls schuldig sprach, sie nach § 59 StGB verurteilte und jeweils eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie (Prof. Dr. Katrin Höffler) an der Georg-August-Universität Göttingen. Er dankt stud. iur. Juliane Greschenz für wertvolle Unterstützung. Der Beitrag wurde in gekürzter Form am 18.2.2020 beim deutsch-japanischen Symposium „Law and Behaviour“ an der Ludwig-Maximilians-Universität München vorgetragen.

¹ Grewe, *Teilen, Reparieren, Mülltauchen. Kulturelle Strategien im Umgang mit Knappheit und Überfluss*, 2017, S. 72.

² Eikenberry/Smith, *Agriculture and Human Values* 2005, 187 (191).

³ Eikenberry/Smith, *Agriculture and Human Values* 2005, 187 (192).

⁴ Lemke, *Politik des Essens: Wovon die Welt von Morgen lebt*, 2012, S. 258; Grewe (Fn. 1), S. 222 ff.

⁵ Grewe (Fn. 1), S. 208 f.

⁶ Grewe (Fn. 1), S. 205.

15 € vorbehielt.⁷ Die hiergegen gerichtete Revision wurde vom BayObLG als unbegründet verworfen.⁸ Mittlerweile haben die Studentinnen unter einiger medialer Aufmerksamkeit eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG anhängig gemacht.⁹ Die Frage nach Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Containers wird Gesellschaft und Gerichte also auf absehbare Zeit weiterhin beschäftigen.

III. Die gegenwärtige Rechtslage

Bevor in die kriminalpolitische Debatte um die Legalisierung des Containers eingestiegen wird, ist zunächst die aktuelle Rechtslage darzustellen. Sollte nämlich das Containern bereits durch Auslegung des geltenden Rechts straflos gestellt werden können, würde es sich in erster Linie um ein Problem der Strafrechtsdogmatik handeln. Zugleich kann nur durch eine Betrachtung der derzeitigen Lage der eigentliche politische Diskussionsbedarf ermittelt werden. Dabei sind materiell-rechtliche und prozessuale Faktoren zu berücksichtigen.

1. Materielles Strafrecht

a) Tatbestände

Werden Gegenstände aus den Abfallcontainern eines Supermarktes entnommen, so kommt in erster Linie eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in Betracht. Das setzt im objektiven Tatbestand bekanntlich die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus. Während die entsorgten Lebensmittel ohne weiteres bewegliche Sachen sind, ließe sich durchaus an der Fremdheit zweifeln, dann nämlich, wenn der Akt des Wegwerfens zugleich eine Dereliktion nach § 959 BGB beinhalten würde. Voraussetzung wäre eine Besitzaufgabe in der Absicht, das Eigentum aufzugeben. Erforderlich ist eine (nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung mit dem Inhalt, das Eigentum aufgeben zu wollen.¹⁰ Die reine Besitzaufgabe genügt also gerade nicht zur Dereliktion. Der erforderliche Wille zur Eigentumsaufgabe kann aus den Umständen des Einzelfalles gefolgert werden, wobei es insbesondere darauf ankommt, ob der Eigentümer noch ein Interesse daran hat, über das weitere Schicksal der Sache bestimmen zu können. Von einer Eigentumsaufgabe kann grundsätzlich ausgegangen werden, wenn der Eigentümer eine Sache nur deswegen gewirft, weil er sich ihrer entledigen möchte.¹¹ So liegt es an sich bei Supermärkten und Lebensmittelabriken, die aus der weggeworfenen Ware keinen Gewinn mehr schlagen können. Viele (wenn auch nicht alle) Eigentümer wollen dennoch den Zugriff Dritter auf die Lebensmittel unterbinden

und bringen zu diesem Zweck zum Teil Sicherheitsvorkehrungen wie Schlösser oder Zäune an.¹² Zwar wollen auch diese Eigentümer sich des Abfalls letztlich mittels eines Entsorgungsunternehmens entledigen. Sie bringen durch die Verwendung von Sicherheitsvorkehrungen jedoch zum Ausdruck, dass sie das Eigentum nicht pauschal, sondern nur und erst zugunsten des zuständigen Entsorgungsunternehmens aufgeben wollen.¹³ Bis der Entsorger den Abfall an sich nimmt, behält der Eigentümer den Willen, Eigentümer der weggeworfenen Gegenstände zu bleiben, sodass eine Dereliktion nicht in Betracht kommt.¹⁴ Man mag diesen Schritt für moralisch fragwürdig halten, nach der geltenden Eigentumsordnung ist er aber hinzunehmen. Schon wegen der grundrechtlichen Garantie des Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG und dem daraus erwachsenen Vorbehalt des Gesetzes wäre es verfehlt, ohne legislatorische Entscheidung aus Billigkeitsgründen eine Dereliktion zu erzwingen.

Teilweise wird insoweit erwogen, dass der Schutzzweck des § 242 StGB es nicht erfordere, Sachen ohne jeden materiellen oder immateriellen Wert zu schützen.¹⁵ Daher sei unabhängig von der zivilrechtlichen Rechtslage eine teleologische Reduktion geboten, die das Containern straflos stelle.¹⁶ Dem ist zu widersprechen. § 242 StGB schützt das Eigentum.¹⁷ Der Ausschluss anderer von einer Sache in freier Entscheidung und ohne sich dafür erklären zu müssen, gehört gerade zum Wesen des zivilrechtlichen und verfassungsrechtlichen Eigentumsrechts.¹⁸ Soweit der betroffene Lebensmittelhändler also das Eigentum und die Kontrolle an den weggeworfenen Sachen behalten will, und sei es nur bis zum Eintreffen des Entsorgungsunternehmens, ist das zu akzeptieren und es handelt sich weiterhin um fremde bewegliche Sachen.

Die Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams¹⁹ muss für die Mitnahme der Lebensmittel aus derselben Erwägung bejaht werden. Die Abfallbehälter auf dem Grundstück des Lebensmittelhändlers oder der Fabrik gehören noch zu deren Gewahrsamssphäre, sodass der Gewahrsam nicht mit dem Wegwerfen endet. Solange die Betreiber des Lebensmittelmarktes oder der Fabrik faktisch

⁷ AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

⁸ BayObLG BeckRS 2019, 24051.

⁹ Siehe etwa Spiegel Online v. 8.11.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/container-studentinnen-klagen-vor-bundesverfassungsgericht-a-1295502.html> (1.7.2020).

¹⁰ Oechsler, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 959 Rn. 3.

¹¹ Vgl. OLG Stuttgart JZ 1978, 691.

¹² Vgl. BayObLG BeckRS 2019, 24051 Rn. 7 ff.

¹³ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 35; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2020, § 242 Rn. 9.2.

¹⁴ Vgl. BayObLG BeckRS 2019, 24051 Rn. 9.

¹⁵ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 7; Schiemann, KriPoZ 2019, 231 (232).

¹⁶ Schiemann, KriPoZ 2019, 231 (232).

¹⁷ Schmitz (Fn. 13), § 242 Rn. 4; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 4.

¹⁸ Wendt, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 41; Brückner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Fn. 10), § 903 Rn. 24.

¹⁹ Vgl. Bosch (Fn. 15), § 242 Rn. 22. Krit. Rotsch, GA 2008, 65.

nicht mit der Mitnahme der Lebensmittel einverstanden sind, liegt darin ein Gewahrsamsbruch. Auch hieran ändert die etwaige moralische Fragwürdigkeit des Anliegens nichts. Soweit und solange der Eigentümer das Mülltauchen nicht gestatten will, erfüllt es demnach den objektiven Tatbestand des Diebstahls. Der subjektive Tatbestand ist unproblematisch. Wer Lebensmittel mitnimmt, um sie zu verzehren, hat die Absicht, sie sich zuzueignen. Dabei ist den Tätern faktisch durchaus bewusst, rechtswidrig vorzugehen.²⁰ Damit stehen der Erfüllung des Diebstahlstatbestandes keine juristisch tragfähigen Einwände entgegen.

Je nach der konkreten Ausgestaltung des Tatorts können auch noch weitere Tatbestände mitverwirklicht werden. Sofern die Abfallbehälter eingezäunt sind und die Einzäunung überwunden wird, liegt hierin noch ein Hausfriedensbruch (§123 StGB) und je nach Vorgehensweise eine Sachbeschädigung (§ 303 StGB). Möglich ist dann zudem ein besonders schwerer Fall nach § 243 StGB. Auch wenn der Täter Regelbeispiele erfüllt, wird die Strafschärfung aber regelmäßig an der Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB scheitern.

Bislang nicht praxisrelevant geworden, doch theoretisch möglich sind auch schwerere Eigentums- und Vermögensdelikte. Insbesondere ist an die §§ 249, 252, 253, 255 StGB zu denken, etwa wenn es zu einer gewaltsamen Auseinandersetzung mit Sicherheitspersonal kommt. Allerdings wird die praktische Bedeutung wohl weiterhin gering bleiben: Der Wert der Beute und auch die im Fall des Ertapptwerdens zu befürchtenden Sanktionen sind so gering, dass die Anwendung von Gewalt zu ihnen außer Verhältnis steht und von den Tätern vernünftigerweise nicht erwogen wird.

b) Rechtfertigungsgründe

Ist demnach regelmäßig der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB (ggf. als besonders schwerer Fall nach § 243 StGB) und sind eventuell auch die §§ 123 Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB verwirklicht, stellt sich die Frage nach etwaigen Rechtfertigungsgründen. Die Vernichtung der einem Supermarkt gehörenden Lebensmittel durch den Supermarkt selbst stellt keinen rechtswidrigen Angriff auf ein Individualrechtsgut dar, sodass Notwehr gem. § 32 StGB nicht in Betracht kommt. Denkbar wäre aber – abhängig von der Fallkonstellation – eine Rechtfertigung des Täters durch einen Notstand nach § 34 Abs. 1 StGB.

Dafür müsste eine Gefahr für ein Rechtsgut vorliegen und die Notstandshandlung zur Gefahrenabwehr erforderlich sein sowie in einem angemessenen Verhältnis zur abzuwendenden Gefahr stehen. Damit ist zugleich klar, dass diejenigen Personen, die im Container lediglich ein politisches Statement oder auch ein Vergnügen sehen, sich aber problemlos anderweitig ernähren können, sich nicht auf § 34 StGB berufen können. Wollen sie mit der Verschwendung von Lebensmitteln auch einen tatsächlich skandalösen Vorgang anprangern, wenden sie hiermit doch keine Gefahr ab. Die Lebensmittel, die durch die Tat gerettet werden sollen, werden als Eigentum von ihrem Eigentümer zerstört und sind damit aus recht-

licher Warte nicht rettungsbedürftig. Der rechtfertigende Notstand dient dem Schutz von Rechtsgütern, nicht der Durchsetzung sonstiger Interessen.²¹ Gänzlich anders liegt der Fall jedoch, wenn eine tatsächlich hungernde Person den Abfall nach Essbarem durchsucht. Mangelernährung stellt eine Gefahr für die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit des Hungernden und damit für notstandsfähige Rechtsgüter dar. Eine Notstandslage ist damit gegeben. Zur Abwehr dieser Gefahr muss nun das Container als Notstandshandlung erforderlich sein und die Interessen des Täters müssen die des Eigentümers überwiegen. Für die Erforderlichkeit kommt es darauf an, ob dem Hungernden kein für den Eigentümer milderer Mittel zur Verfügung steht, um sich zu ernähren.²² Ob das der Fall ist, ist Tatfrage. Als milderer Mittel kommt (neben der Lebensmittelbeschaffung aus eigenen Mitteln, die hier zumeist nicht möglich sein wird) vor allem die Nutzung kostenloser oder sehr günstiger Hilfsangebote, z.B. bei den Tafeln oder bei religiösen Einrichtungen in Betracht. Wer sich gegen die Nutzung solcher Einrichtungen entscheidet, kann nicht gleichzeitig den Zugriff auf fremdes Eigentum beanspruchen. Können solche Hilfsangebote etwa wegen mangelnder Kapazitäten dagegen nicht genutzt werden, steht der Erforderlichkeit des Containers nichts entgegen. In der sodann vorzunehmenden Interessenabwägung überwiegen die Interessen des Hungernden die des Eigentümers deutlich. Schon bei abstrakter Betrachtung sind körperliche Unversehrtheit und Gesundheit gewichtiger als das Eigentumsrecht.²³ Daran ändert auch die konkrete Betrachtung nichts: Nahrung ist ein menschliches Grundbedürfnis und Hunger eine enorme Gefahr für die Gesundheit, während das Eigentumsrecht des Eigentümers an den weggeworfenen Lebensmitteln zwar fortbesteht, aber keinen wirtschaftlichen Wert mehr verkörpert und daher zurücktreten muss.

Problematisch könnte letztlich nur noch die nach § 34 Abs. 1 S. 2 StGB erforderliche Angemessenheit des Verhaltens sein. Rechtsprechung und Teile der Literatur halten eine Rechtfertigung zur Bekämpfung wirtschaftlicher Not für ausgeschlossen.²⁴ Auf den ersten Blick trifft das auch auf den Hungernden zu, der ja ebenfalls aus wirtschaftlicher Not heraus hungert und deshalb stiehlt. Die angesprochene Fallgruppe betrifft allerdings in erster Linie Gesetzesverstöße, die ein Unternehmer etwa zum Erhalt von Arbeitsplätzen oder zur Abwendung anderer Notlagen für das Unternehmen begeht. Hier ist ein Ausschluss der Rechtfertigung zutreffend: Die Möglichkeit des Verlustes und letztlich des Untergangs von Marktteilnehmern gehört zu den Grundbedingungen einer Marktwirtschaft. Dürfte jeder in wirtschaftliche Not geratene Unternehmer die für ihn geltenden Regelungen brechen, um am Markt nicht unterzugehen, wäre die Wirt-

²⁰ Vgl. Grewe (Fn. 1), S. 208

²¹ Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 56 ff.

²² Vgl. BGH NStZ 2018, 226 (227); Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 34 Rn. 18.

²³ Erb (Fn. 21), § 34 Rn. 112; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 29 f.

²⁴ BGH NStZ 1997, 189 (190); Erb (Fn. 21), § 34 Rn. 187; Perron (Fn. 22), § 34 Rn. 35.

schaft überhaupt nicht mehr effektiv regulierbar. Das ist aber nicht mit der Situation eines Hungernden vergleichbar, der um seine Gesundheit und letztlich sein Leben fürchten muss. Vor der Erfüllung dieser Grundbedürfnisse muss die Eigentumsordnung im Einzelfall zurücktreten, ohne dass man dies als unangemessen bezeichnen könnte. Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass derjenige (aber auch nur derjenige), der Lebensmittel an sich nimmt, um nicht mehr hungern zu müssen oder anderen Hungernden zu helfen, nach § 34 StGB gerechtfertigt ist.

2. Strafprozessrecht

Während das Containern also meist de iure eine Straftat ist, solange damit keine wirkliche Not bekämpft werden soll, folgt daraus natürlich noch nicht, dass jeder Täter einen Fall für den Strafrichter darstellt. Einerseits wird der Wert der Diebesbeute oft erheblich unter 50 € liegen, zumal der Wert weggeworfener Lebensmittel noch geringer sein dürfte als der Wert noch verkäuflicher Lebensmittel. Damit ist die Geringwertigkeitsschwelle des § 248a StGB unterschritten. Ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung zur Ersetzung des Strafantrags wird sich kaum bejahen lassen. Allerdings werden diejenigen Lebensmittelhändler, die das Containern unterbinden wollen, nicht die Mühen eines Strafantrags scheuen, zumal sie durch die Anzeigen ubiquitärer Ladendiebstähle hierin Routine haben. Auch dann bleibt den Staatsanwaltschaften noch die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung nach den §§ 153, 153a StPO. In der Literatur wird oft gefordert, von dieser Möglichkeit umfassend Gebrauch zu machen, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen.²⁵ Der eingangs erwähnte Fall der Studentinnen zeigt aber, dass die Staatsanwaltschaften nicht zu einer solchen flächendeckenden faktischen Entkriminalisierung bereit sind. So viel Sympathie man mit dem hinter der Tat stehenden Anliegen haben mag, aus der Warte der Staatsanwaltschaften handelt es sich dabei um die richtige Entscheidung. Containern ist de lege lata ein Diebstahl und es ist weder Zweck der §§ 153, 153a StPO noch liegt es an den Staatsanwaltschaften, einen ganzen Komplex von Diebstahlstaten de facto straffrei zu stellen und damit das – erneut: nach gegenwärtiger Rechtslage berechnete – Strafverfolgungsinteresse der Eigentümer in jedem einzelnen Fall zurückzuweisen. Diese Erwägung wird von einem Blick ins Betäubungsmittelstrafrecht bestätigt: Dort war mit § 31a Abs. 1 S. 2 BtMG die Einführung einer als Soll-Norm ausgestalteten Diversionsvorschrift für den Besitz geringer Mengen Betäubungsmittel zum Eigenverbrauch erforderlich, um diesen faktisch zu entkriminalisieren. Die allgemeinen Diversionsvorschriften waren hierfür gerade nicht ausreichend. Es bleibt festzuhalten, dass sich das Phänomen des Containerns zu einem hochpolitischen Komplex entwickelt hat, der nicht durch rein prozessuale Werkzeuge, sondern vom hierzu berufenen politischen Organ, dem Gesetzgeber, aufzulösen ist.

²⁵ Vogel, in: Laufhütte/Tiedemann/Rissing-van Saan (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 45; Schliemann, KripoZ 2019, 231 (235).

IV. Der kriminalpolitische Diskussionsstand

Im Jahr 2019 gab es mehrere Initiativen zur Strafflosstellung des Containerns. Allen voran ist der Vorstoß des Hamburger Justizsenators Steffen zu nennen, der sich auf der Justizministerkonferenz (JuMiKo) im Juni 2019 nicht durchsetzen konnte.²⁶ Die JuMiKo war der Ansicht, dass eine Entkriminalisierung oder zivilrechtliche Lösung der Frage nicht in Betracht komme. Stattdessen wurde die Bundesregierung aufgefordert, die freiwillige Abgabe von Lebensmitteln an Bedürftige zu erleichtern.

Auch der Deutsche Bundestag wurde mit zwei Initiativen zur Entkriminalisierung des Containerns befasst: einem Antrag der Fraktion Die Linke vom 11.4.2019²⁷ und einem der Fraktion Bündnis90/Die Grünen vom 23.10.2019²⁸. Der Antrag der Fraktion Die Linke fordert die Bundesregierung auf, einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der das Containern entkriminalisieren solle. Der Einsatz des Strafrechts als ultima ratio sei ungerecht, weil Containern einerseits kein sozial-schädliches, sondern gesellschaftlich höchst erwünschtes Verhalten darstelle, das Teil einer Nachhaltigkeitsstrategie werden könne.²⁹ Andererseits würden so Personen kriminalisiert, die zu arm seien um Lebensmittel zu kaufen.³⁰ Als Möglichkeit der Entkriminalisierung schlägt die Fraktion vor, weggeworfene Lebensmittel für herrenlos zu erklären.³¹ Bereits hier soll angemerkt werden, dass eine Entkriminalisierung damit allein gar nicht erreicht werden kann, weil in vielen Fällen die Tatbestände der §§ 123 Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB weiterhin erfüllt bleiben.

Erheblich umfassender stellt sich der Antrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen dar, der ein ganzes Maßnahmenpaket zur Bekämpfung von Lebensmittelverschwendungen vorsieht. Neben einer Verpflichtung von Supermärkten, nicht mehr verkäufliche, aber noch genießbare Lebensmittel entsprechend der französischen Rechtslage zu spenden,³² Änderungen bei der Festlegung von Mindesthaltbarkeitsdaten und verstärkter Aufklärung der Verbraucher, soll auch die Strafverfolgung des Containerns unterbunden werden.³³ Die Kriminalisierung des Containerns stehe in ethischem und rechtlichem Widerspruch zur Bekämpfung der Lebensmittelverschwendung.³⁴

Langfristig soll die Entkriminalisierung durch eine generelle Strafflosstellung im StGB oder die Schaffung einer neuen Möglichkeit des Absehens von Strafe erfolgen, kurzfristig durch eine Änderung der RiStBV, die die Staatsanwaltschaften zum Absehen von der Strafverfolgung zwingt.³⁵ Strafbar sollen aber Fälle bleiben, in denen eine Sachbeschädigung

²⁶ Frühjahrskonferenz der JuMiKo am 5. und 6. Juni 2019, Beschluss zu TOP II. 11.

²⁷ BT-Drs. 19/9345.

²⁸ BT-Drs. 19/14358.

²⁹ BT-Drs. 19/9345, S. 1.

³⁰ BT-Drs. 19/9345, S. 1.

³¹ BT-Drs. 19/9345, S. 2.

³² Siehe dazu noch ausführlich unter V. 2.

³³ BT-Drs. 19/14358, S. 3.

³⁴ BT-Drs. 19/14358, S. 7.

³⁵ BT-Drs. 19/14358, S. 7.

oder ein Hausfriedensbruch unter Überwindung erheblicher Hindernisse vorliegen.³⁶ Auch hiermit wäre also keine vollständige Entkriminalisierung erreicht. Insbesondere müssten verfolgungswillige Lebensmittelhändler ihre Abfallbehälter lediglich mit Zäunen und Schlössern sichern, um weiterhin eine strafrechtliche Verfolgung zu gewährleisten.

V. Lösungsvorschlag

Abschließend bleibt zu klären, wie rechtspolitisch mit dem Phänomen Containern umgegangen werden soll, insbesondere ob und inwieweit den vorstehenden Reformvorschlägen zuzustimmen ist. Als Möglichkeiten stehen die unveränderte Beibehaltung der jetzigen Rechtslage, die schlichte Entkriminalisierung oder eine außerstrafrechtliche Lösung zur Auswahl.

1. Sollte Containern entkriminalisiert werden?

Zunächst ist also zu diskutieren, ob den im Raum stehenden Entkriminalisierungsforderungen zugestimmt werden kann. Dagegen sprechen drei Erwägungen:

Erstens wäre eine Entkriminalisierung gar nicht geeignet, das Problem der Lebensmittelverschwendung zu beseitigen. Nach Angaben des Umweltbundesamtes werden im Handel jährlich ca. 550.000 Tonnen Lebensmittel weggeworfen, in der Industrie 1,85 Millionen Tonnen.³⁷ Es wäre absurd zu glauben, die unkoordinierten Aktionen Einzelner wären geeignet, hieran in feststellbarem Maße etwas zu ändern. Auch bei einer Legalisierung würde sich das zwangsläufig mit dem Umgang mit organischen Abfällen verbundene Containern schwerlich zum Massenphänomen entwickeln. Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass jedes verschwendete Lebensmittel eines zu viel ist und daher jedes „gerettete“ Lebensmittel schon ein Fortschritt. Dennoch wäre der gesamtgesellschaftliche Effekt so gering, dass er nicht von ausreichendem Gewicht wäre, um eine Zurückdrängung des Eigentumsschutzes zu begründen.

Zweitens würde eine Legalisierung des Containers voraussichtlich nicht dazu führen, dass die „geretteten“ Lebensmittel gerade denjenigen Personen zugute kämen, die ökonomisch am dringendsten auf sie angewiesen wären. Profitieren würden in erster Linie diejenigen, die bereit sind, ihre Interessen am robustesten gegen fremde Eigentumsinteressen durchzusetzen und buchstäblich kein Problem damit haben, sich die Hände schmutzig zu machen. Der natürliche Ekel davor, in fremdem Abfall zu tauchen, würde weiterhin die meisten Personen vom Containern abhalten, auch wenn sie die Lebensmittel gut gebrauchen könnten. Auch nach einer Entkriminalisierung stünde zu erwarten, dass Containern das Metier abenteuerlustiger Aktivisten bleibt und nicht zum Massenphänomen ökonomisch schwacher Personen würde. Die Entkriminalisierung würde also wahrscheinlich

nicht dazu beitragen, die bestehende Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf Lebensmittel zu beseitigen.³⁸

Dagegen mag eingewandt werden, dass es Aktivisten gibt, die Lebensmittel nicht um ihrer selbst willen bergen, sondern um sie bedürftigen Personen zukommen zu lassen.³⁹ Tatsächlich entfällt in dieser Konstellation die Verteilungsgerechtigkeit. Zugleich stellt sich jedoch ein anderes Problem und damit der dritte Einwand. Der Handel entsorgt nicht nur genießbare Lebensmittel, sondern auch verdorbene Ware, die beim Verzehr eine Gesundheitsgefahr darstellt und daher mit Recht entsorgt wird. Dabei handelt es sich vor allem um Fleisch- und Milchprodukte und ähnlich leicht verderbliche Lebensmittel. Bei solchen Lebensmitteln tritt nach Art. 24 der maßgeblichen Lebensmittelinformationsverordnung⁴⁰ ein Verbrauchsdatum an die Stelle eines Mindesthaltbarkeitsdatums. Nach Ablauf dieses Verbrauchsdatums gelten die Produkte als nicht mehr sicher im Sinne des Art. 14 der Lebensmittel-Basis-Verordnung.⁴¹ Sie dürfen infolgedessen nicht mehr in den Verkehr gebracht werden, weil das Lebensmittelrecht in ihnen eine Gefahr für die Gesundheit sieht. Diese verdorbenen Lebensmittel müssen also vernichtet werden. Diese Gesundheitsschutzvorschriften würden unterminiert, wenn es jedem Einzelnen erlaubt wäre, weggeworfene Lebensmittel nach Belieben aus dem Abfall zu bergen. Solange die Ware nur zum Eigenverbrauch bestimmt ist, handelt es sich zwar um eine Selbstgefährdung, die noch zur Rechtssphäre des Einzelnen gehört.⁴² Sobald diese Lebensmittel jedoch verteilt werden, wandelt sich dies zu einer rechtlich relevanten Fremdgefährdung. Natürlich ginge die Unterstellung fehl, jemand würde absichtlich verdorbene Lebensmittel an bedürftige Personen verteilen wollen. Es wäre in einem solchen gesundheitskritischen Bereich aber ebenso verfehlt, auf den Sachverstand nicht näher bestimmbarer Personen, im Grunde auf den Sachverstand jedes beliebigen Mitbürgers zu vertrauen. Wäre für jedermann leicht zu erkennen, wann ein Lebensmittel verdorben und wann es noch genießbar ist, wären die strengen Vorschriften des Lebensmittelrechts überflüssig. Insoweit unterstützt die Strafbarkeit des Containers als Reflex auch die gesundheitsschützende Intention des Lebensmittelrechts.

Zusammengenommen führen diese drei Argumente dazu, dass das Interesse der Täter, straffrei auf fremdes Eigentum zugreifen zu können, nicht gut genug begründbar ist, um sich gegen das grundrechtlich geschützte und fortbestehende Eigentumsrecht des Lebensmittelhändlers durchsetzen zu können. Eine Entkriminalisierung sollte daher nicht weiter erwogen werden. Gleichzeitig sollte aber nicht aus den Augen verloren werden, dass es sich trotz allem um Bagatelldelinquenz handelt. Regelmäßig (wenn auch nicht generell), wird eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO die beste

³⁸ Dies gilt umso mehr, als bereits festgestellt wurde, dass Personen, die akut hungern, gem. § 34 StGB ohnehin gerechtfertigt sind und straffrei bleiben.

³⁹ So die Fraktion Die Linke, BT-Drs. 19/9345, S. 1.

⁴⁰ VO (EU) 1169/2011.

⁴¹ VO (EG) 178/2002.

⁴² Vgl. Duttge, in: Joecks/Miebach (Fn. 21), § 15 Rn. 152.

³⁶ BT-Drs. 19/14358, S. 7.

³⁷ Daten abrufbar unter

<https://www.umweltbundesamt.de/themen/wider-die-verschwendung> (1.7.2020).

Lösung dieser Fälle sein. So die Täter angeklagt und verurteilt werden, dürften strafzumessungstechnisch die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) oder bei einschlägig Vorbestraften geringe Geldstrafen das Mittel der Wahl sein.

2. Außerstrafrechtliche Lösung

Damit ist aber nicht gesagt, dass der juristische status quo beizubehalten wäre. Die enorme Lebensmittelverschwendung führt zu erheblichen Belastungen für die Umwelt und die natürlichen Lebensgrundlagen. Nach Angaben des Umweltbundesamtes werden für die Produktion von weggeworfenen und verschwendeten Lebensmitteln weltweit jährlich 38.000.000 Tonnen Treibhausgase freigesetzt, 43.000 Quadratkilometer landwirtschaftlicher Fläche sinnlos benutzt und 216.000.000 Liter Wasser verbraucht.⁴³ Dass der Gesetzgeber dem im Rahmen des Möglichen entgegensteuern muss, ergibt sich nicht nur aus dem Gebot sinnvollen Wirtschaftens mit knappen Ressourcen, sondern auch aus der Verfassung. Art. 20a GG verpflichtet den Gesetzgeber als Staatszielbestimmung dazu, die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu schützen. Dazu ist die Vermeidung der Entstehung von Treibhausgasen und der Verschwendung von Wasser und Landwirtschaftsfläche geeignet. Die Lösung sollte aber außerhalb des Strafrechts gesucht werden, frei nach dem *v. Lisztschen* Diktum, dass eine gute Sozialpolitik die beste Kriminalpolitik sei.⁴⁴

Zum Vorbild könnte und sollte die französische Rechtslage gemacht werden, die hier kurz skizziert werden soll.⁴⁵ Das dortige LOI n° 2016-138, bekannt als Gesetz gegen Lebensmittelverschwendung, verpflichtet Lebensmittelhändler mit einer gewissen Verkaufsfläche, der Verschwendung von Lebensmitteln entgegenzuwirken. Dazu verfolgt es ein mehrstufiges Konzept. In erster Linie sind Lebensmittelhändler verpflichtet, schon die Entstehung von Lebensmittelabfällen zu vermeiden. So sie dennoch anfallen, gibt es eine klare Hierarchie der Verwendungszwecke: Noch zum Verzehr geeignete Lebensmittel müssen an zertifizierte Hilfseinrichtungen für Bedürftige gespendet oder weiterverarbeitet werden. Hierzu nicht geeignete Lebensmittel sollen als Tierfutter verwendet oder, wenn auch das nicht möglich ist, landwirtschaftlich kompostiert oder in Biogasanlagen zur Energiegewinnung genutzt werden. Lebensmittelhändler, die sich nicht darum bemühen, Vereinbarungen mit Hilfsorganisationen zu schließen bzw. ihre Lebensmittel entsprechend des Gesetzes zu verwerten, müssen mit einem Bußgeld rechnen. Flankiert wird dieses System der Lebensmittelverwertung von einem bußgeldbewehrten Verbot der Ungenießbarmachung von Lebensmitteln, etwa durch den Einsatz von Bleiche.

⁴³ Daten abrufbar unter

<https://www.umweltbundesamt.de/themen/wider-die-verschwendung> (1.7.2020).

⁴⁴ *v. Liszt*, Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, S. 230 (246).

⁴⁵ Siehe hierzu die Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags WD 5 - 3000 - 095/18.

Ein solches Gesetz wäre natürlich ein Eingriff in das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Dabei würde es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung handeln, nicht um eine Enteignung, weil der Staat nicht zur Güterbeschaffung auf konkretisierte Eigentumsgegenstände zugreift.⁴⁶ Diese Bestimmung ließe sich mit der Sozialbindungsklausel des Art. 14 Abs. 2 GG rechtfertigen. Sie wäre auch nicht unverhältnismäßig, weil die Eigentümerinteressen an den weggeworfenen Lebensmitteln zwar fortbestehen, aber dadurch minimiert werden, dass der Eigentümer aus ihnen keinen wirtschaftlichen Wert mehr schlagen oder sie anderweitig verwenden möchte. Zugleich stünde mit dem Verfassungssatz des Art. 20a GG ein schlagendes Argument für die Rechtfertigung einer solchen Regelung zur Verfügung.

Der Gesetzgeber ist damit dringend aufgefordert, ein der französischen Regelung ähnliches Gesetz zu erlassen. Dabei handelt es sich nicht nur um ein verfassungsrechtliches Desiderat, sondern angesichts knapper Ressourcen um ein Gebot der Vernunft. Zugleich würde hiermit dem politisch motivierten Containern die ideologische Überzeugungskraft entzogen, weil das altruistische Anliegen, Lebensmittelverschwendung zu vermeiden, erfüllt würde. Damit dürfte ein Rückgang der Eigentumskriminalität in diesem Bereich einhergehen, zumal kaum mehr genießbare Lebensmittel im Abfall gefunden werden könnten.

VI. Fazit

Containern ist regelmäßig als Diebstahl strafbar und sollte dies auch bleiben. Dennoch ist das Grundanliegen derer, die das Containern als (auch) politische Aktion begreifen, begründenswert. Die Welt, in der wir leben, ist endlich und damit sind es auch die von ihr bereitgestellten Ressourcen. Diese Tatsache tritt im Zuge der Klimadebatte immer mehr in den öffentlichen Fokus. Mit Blick auf Art. 20a und 14 Abs. 2 GG ist eine Regulierung verschwenderischer Praktiken auch gegen das Eigentumsrecht möglich. Zwingt man Lebensmittelmärkte gesetzlich dazu, noch genießbare Lebensmittel an Hilfsorganisationen und ähnliche Einrichtungen zu übergeben, statt sie zu entsorgen, würde nicht nur der Verschwendung Einhalt geboten. Die geretteten Ressourcen würden auch denjenigen zugutekommen, die sie am dringendsten brauchen und nicht denjenigen, die ihre Interessen am robustesten durchsetzen können. Zugleich würden sich die Fallzahlen des Containerns wohl erheblich reduzieren. Hierin – und gerade nicht in einer Entkriminalisierung – liegt also die vorzugswürdige Lösung.

⁴⁶ Vgl. BVerfG NJW 1986, 2188 (2189); *Wendt* (Fn. 18), Art. 14 Rn. 148.

Das Völkerstrafrecht als Herausforderung für das Gesetzlichkeitsprinzip?

Untersuchungen zur Frage der Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG im Gewand der völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung

Von Ref. iur. **Florian Schmid**, Heidelberg/Mannheim*

I. Einleitung und Gang der Untersuchung

Leichenschändungen sind als Kriegsverbrechen nach dem VStGB strafbar. Als der Bundesgerichtshof (BGH) unter dieser Überschrift im Juli 2017 die entwürdigende Behandlung verstorbener Personen als Kriegsverbrechen im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB¹ einstuft und damit seine bereits 2016 eingeschlagene Rechtsprechungslinie fortführt,² ließen die Antworten aus der Strafrechtswissenschaft nicht lange auf sich warten. Neben der Einordnung Verstorbener als geschützte Personen des humanitären Völkerrechts erfuhr vor allem das Wortlautverständnis (Leiche als „Person“) Kritik aus dem Schrifttum.³ Andere Stimmen wiederum begrüßten die Entscheidung des Gerichts.⁴

Der Beitrag möchte diese Rechtsprechungslinie aufgreifen, um einen noch nicht allzu ausgereiften und – angesichts der Auslastung der Völkerstrafrechtsreferate des Generalbundesanwalts (GBA)⁵ – durchaus praxisrelevanten Themenkomplex zu diskutieren: das Verhältnis des Gesetzlichkeitsprinzips des Art. 103 Abs. 2 GG zum Grundsatz völker(straf)rechtsfreundlicher Auslegung nationaler Straftatbestände.⁶ Unter Heranziehung der konkreten Rechtsprechungs-

linie soll untersucht werden, ob wirklich eine Erosion des Gesetzlichkeitsprinzips – wie sie anderorts bereits 2010 befürchtet wurde⁷ – droht (gar bereits eingetreten ist) oder sich das Vorgehen nicht vielmehr in anerkannten verfassungsrechtlichen Bahnen bewegt.

Eingangs gilt es zunächst, die Möglichkeit der Eingliederung einer an den Normen des internationalen Rechts orientierten Auslegung des VStGB in die völkerrechtsfreundliche Konzeption der deutschen Rechtsordnung zu untersuchen (hierzu II.). Sodann wird eruiert, inwiefern die in Rede stehende Rechtsprechungslinie in Widerspruch zu geltendem Verfassungsrecht in seiner bisherigen Ausgestaltung steht, ob also die Einordnung eines Verstorbenen als „Person“ dem Analogieverbot zuwiderläuft (hierzu III.). Anschließend widmet sich der Beitrag der Frage, ob ein hiernach festgestellter Verfassungsverstoß nicht im Wege einer Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips vermieden werden kann. Hierbei gilt es nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch völkerrechtliche Wertungen miteinzubeziehen (hierzu IV.). Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass sich eine Heilung des Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip nicht im Wege einer abstrakten Aufweichung seines Wertungsgehalts bewerkstelligen lässt (hierzu V.).

II. Dogmatische Einordnung des Grundsatzes der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit

Wie ist die völkerstrafrechtsorientierte Auslegung des VStGB in die völkerrechtsfreundliche Konzeption der deutschen Rechtsordnung einzuordnen? Einer solchen Untersuchung bedarf es aus zweierlei Gründen: Zunächst einmal bedeutet die dogmatische Einordnung des Grundsatzes der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit als Unterfall der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, dass ersterem eine identische verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt. Zugleich folgte aus einer solchen Einordnung aber auch, dass sich das Institut der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit an denselben abstrakten Grundsätzen und Grenzen zu orientieren hat. Beide Gesichtspunkte spielen im Hinblick auf die Fragen eines Verstoßes

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Er dankt Frau Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Herrn Dr. Mindia Vashakmadze sowie Herrn Raphael Schäfer für wertvolle Anregungen.

¹ Wortlaut des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB: „Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...] eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt, wird [...] mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.“

² BGHSt 62, 272; zuvor bereits BGH NJW 2016, 3604; dem folgend: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 148 ff. (juris); KG Berlin, Urt. v. 1.3.2017 – (2A) 172 OJs 26/16 (3/16), Rn. 70, 73, 76 (juris); zustimmend: OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 917, Rn. 86 f. (juris).

³ Ambos, NJW 2017, 3672; ders., Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 1105 (1114 ff.); Berster, ZIS 2017, 264; Bock/Bülte, HRRS 2018, 100; Safferling/Petrossian, JA 2019, 401 (405).

⁴ Büngener, ZIS 2017, 755 (758 ff.); Tiemann, ZIS 2019, 553 (558 f.); Werle/Epik, JZ 2018, 261; der Sache nach zustimmend: Geiß/Zimmermann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, VStGB § 8 Rn. 204.

⁵ Vgl. nur Büngener, ZIS 2017, 755; Frank/Schneider-Glockzin, NSStZ 2017, 1 (3 ff.); Ritscher, ZIS 2019, 599.

⁶ Zu Begriff und Methode der völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung vgl. Bock, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 2013, S. 117 (122); Darge, Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht,

2009, S. 258 ff.; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 484 ff.; Werle, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), VStGB Einl. Rn. 43; ders., JZ 2012, 373 (375, 379); zum übergeordneten Themenkomplex des Verhältnisses von Art. 103 Abs. 2 GG und des Völkerstrafrechts vgl. Satzger, JuS 2004, 943 (944 ff.); ders., in: Kudlich/Montiel/Schuh (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 361; Jähnke, ZIS 2010, 463; Kuhli, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, S. 45 f., 156 ff., 245 f.; Dannecker/Schuh, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 32; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 84.

⁷ Jähnke, ZIS 2010, 463 (470).

gegen das Gesetzlichkeitsprinzip sowie dessen möglicher Lockerung auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts eine zentrale Rolle.

1. Die Herleitung der völkerstrafrechtsorientierten Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum

Ehe zur Frage der dogmatischen Fundierung einer solchen am Völkerrecht orientierten Auslegung nationaler Straftatbestände Stellung genommen wird, erscheint ein kurzer Überblick über die Begründungsansätze in Rechtsprechung und Literatur angezeigt.

Die fachgerichtliche Rechtsprechung artikuliert in ihren bisher zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ergangenen Entscheidungen nicht explizit einen – verfassungsrechtlich determinierten – Grundsatz völkerstrafrechtsfreundlicher Auslegung. Stattdessen weist sie vielmehr die Intention des Gesetzgebers als entscheidenden Anknüpfungspunkt der Gesetzesinterpretation aus. Der Normgeber habe das VStGB mit der Zwecksetzung erlassen, dass die Strafvorschriften des Rom-Statutes umgesetzt würden und sichergestellt werde, dass Deutschland stets in der Lage sei, die in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs (International Criminal Court, ICC) fallenden Verbrechen selbst zu verfolgen.⁸ Damit greift die Rechtsprechung indes primär auf den Willen des historischen Gesetzgebers zurück. Dieser verkörpert – abhängig vom jeweils vertretenen Konzept zur Auslegungszielbestimmung – entweder das Telos der Norm⁹ oder ist unter dem Gesichtspunkt der historischen Auslegung¹⁰ zu berücksichtigen. Jedenfalls finden Aspekte der klassischen Methodenlehre Anwendung, ohne dass ein Rückgriff auf verfassungsrechtliche Legitimationsansätze erfolgt.

In einer anders gelagerten Entscheidung aus dem Jahr 2019 bezog sich der BGH nicht nur in der theoretischen Begründung seines Auslegungsvorgehens auf die gerade skizzierte Rechtsprechungslinie. Vielmehr setzte er sich muster- gültig mit den Normen des Rom-Statuts bzw. des IV. Genfer Abkommens sowie der einschlägigen Rechtsprechung des ICC und des UN-Jugoslawientribunals (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) auseinander.¹¹

Die Auswertung der weiteren fachgerichtlichen Entscheidungen zeichnet – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – demgegenüber ein eher ernüchterndes Bild. Eine ebenfalls nicht weit zurückliegende Entscheidung des BGH zog an einigen Stellen explizit die internationale Spruchpraxis heran bzw.

verwies auf die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge, verzichtete hingegen auf eine theoretische Herleitung.¹² Auch in der übrigen Judikatur zum VStGB erfolgte vielfach schlicht ein Rekurs auf internationale Verträge oder die internationale Spruchpraxis, ohne dass dieser jedoch theoretisch begründet wurde.¹³ Vor allem aber ließen die Entscheidungen des Öfteren nicht nur eine solche theoretische Begründung, sondern zudem auch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Ad-Hoc-Straftribunale oder des ICC vollständig oder zumindest in der erforderlichen Tiefe vermissen.¹⁴ So wurde u.a. anlässlich des Verfahrens gegen den ehemaligen ruandischen Bürgermeister Onesphore R.¹⁵ kritisiert, der BGH habe sich überhaupt nicht mit der internationalen Rechtsprechung auseinandergesetzt.¹⁶ Vor Inkrafttreten des VStGB war dies durchaus der Fall.¹⁷ Indes erschöpfte sich die theoretische Herleitung zumeist in einem Verweis auf die Entstehungsgeschichte bzw. die völkerrechtliche Verwurzelung der Norm.¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) führte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 aus, dass die Rechtsprechung internationaler Gerichtshöfe im Sinne von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG von denjenigen deutschen Gerichten zu beachten sei, die das internationale Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden hätten.¹⁹ Die Gerichte treffe eine verfassungsunmittelbare Pflicht, einschlägige Judikate der für Deutschland zuständigen internationalen (Straf-)Gerichte zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.²⁰ Die Ableitung dieser Verpflichtung erfolgte zwar insbesondere unter Bezugnahme auf die Regelung des

⁸ Vgl. BGHSt 62, 272 (277 Rn. 19), unter Bezugnahme auf BT-Drs. 14/8524, S. 12 f.; BGH NJW 2016, 3604 (3606 Rn. 22); KG Berlin, Urt. v. 1.3.2017 – (2A) 172 OJs 26/16 (3/16), Rn. 74 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁹ Dannecker/Schuh (Fn. 6), § 1 Rn. 296 f., 317 (subjektive Auslegungszielbestimmung).

¹⁰ Die Rechtsprechung vertritt eher eine objektive Auslegungszielbestimmung, vgl. BVerfGE 105, 135 (157); vermittelnd: Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 44.

¹¹ BGH, Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, Rn. 33 ff., 42, 47 f. (juris).

¹² BGH, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, Rn. 85, 149, 153 (juris); zumindest auf den Willen des Gesetzgebers rekurrend: BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19, Rn. 34, 36 (juris).

¹³ BGH, Urt. v. 23.8.2018 – 3 StR 149/18, Rn. 23 (juris); BGH, Beschl. v. 11.8.2016 – AK 43/16, Rn. 25 f. (juris); BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 25 f., 32, 40 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10, Rn. 1783 (juris); OLG Frankfurt, Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 255 (juris).

¹⁴ Vgl. z.B. BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 24 ff. (juris); BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 13 ff. (juris).

¹⁵ Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 13 ff. (juris).

¹⁶ Safferling/Grzywotz, JR 2016, 186 (188).

¹⁷ BGH, Urt. v. 21.2.2001 – 3 StR 372/00, Rn. 13 ff., 16 f., 22 ff. (juris), befasste sich indes weniger mit der Auslegung deutschen Rechts als vielmehr mit der Ermittlung der für die Strafbarkeit erforderlichen, völkerrechtlichen Vorwertungen; völlig fehlende Auseinandersetzung mit der internationalen Spruchpraxis demgegenüber bei BGH, Beschl. v. 21.2.2001 – 3 StR 244/00 (juris), wobei sich der BGH dort auf bereits ergangene Rechtsprechung berufen konnte.

¹⁸ BGH, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, Rn. 37 f., 44 f., 50, 59 (juris).

¹⁹ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 56).

²⁰ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54).

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.²¹ Die Systematik der Entscheidungsgründe verdeutlicht jedoch, dass das Gericht auch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zur Begründung der Berücksichtigungspflicht herangezogen sehen wollte.²² In jüngeren Entscheidungen setzte sich das BVerfG zwar mit Normen des Völkerstraf(verfahrens)rechts auseinander, eine vertiefte theoretische Herleitung erfolgte indes nicht.²³ Auch die wohl bekannteste Entscheidung des BVerfG zum Völkerstrafrecht aus dem Jahr 2000 befasste sich mit der internationalen Spruchpraxis. Die theoretische Grundierung dieses Vorgehens beschränkte sich indes auf einen Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip und Art. 103 Abs. 2 GG.²⁴

Die Literatur versucht sich demgegenüber an einer breiteren dogmatischen Fundierung der Auslegungsdirektive. Einerseits wird der materiell-völkerrechtliche Ursprung²⁵ bzw. die „völkerrechtliche Vorprägung“²⁶ der Tatbestände des VStGB hervorgehoben. Zudem wird auf die sprachlichen Überschneidungen mit dem Rom-Statut verwiesen, die eine statut-konforme Auslegung nahelegten.²⁷ Aber auch rechtssystematisch gebiete sich eine derartige Interpretation, sei das Rom-Statut als Vertragsgesetz im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG doch ebenso Teil der deutschen Rechtsordnung wie es die Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts nach Art. 25 GG sind.²⁸ Des Weiteren sei der – auch von der Rechtsprechung ins Feld geführte – Wille des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt teleologischer und historischer Interpretation zu berücksichtigen.²⁹ Vielfache Betonung erfährt außerdem der verfassungsrechtliche Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, aus dem sich der Grundsatz der völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung des VStGB erge-

be.³⁰ Berücksichtigung zu finden hätten neben den völkerrechtlichen Ursprungsnormen auch die Spruchpraxis internationaler, ggf. gar ausländischer Gerichte.³¹ Bisweilen findet sich auch im Schrifttum der Hinweis auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.³² Vereinzelt wird zudem auf die Anwendbarkeit der Normen auf extraterritoriale Sachverhalte verwiesen, vgl. § 1 VStGB.³³ Aber auch die Notwendigkeit der Erfüllung völkergewohnheitsrechtlicher Bestrafungspflichten wird zu bedenken gegeben.³⁴ Andernorts findet sich der – eher praxisorientierte – Hinweis auf die vergleichbare besondere Beweissituation und Verantwortungslage im Falle völkerstrafrechtlicher Makrokriminalität.³⁵ Als interessant erweist sich zuletzt die vereinzelte Schlussfolgerung, aus der gesetzgeberischen Wertung, die Auslegung möglichst nahe an den völkerrechtlichen Mutternormen zu orientieren, folge die mittelbare Anwendbarkeit der in Art. 31 f. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜV) niedergelegten Regelungen. Dies führe dazu, dass auch die einschlägige internationale Rechtsprechung als Teil der „Übung“ über Art. 31 Abs. 2 lit. b WÜV bei der Auslegung des VStGB zu berücksichtigen sei.³⁶

Obgleich sich die zahlreichen Begründungsansätze durchweg als erkenntnisreich darstellen, sind angesichts des hiesigen, strafverfassungsrechtlichen Kontexts vor allem zwei Aspekte hervorzuheben: die völkerrechtliche Verwurzelung der Normen bzw. der ihnen zugrunde liegenden Bestrafungspflichten einerseits und die völkerrechtsfreundliche Grundhaltung der deutschen Rechtsordnung andererseits.

2. Dogmatische Einordnung des Prinzips der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit

Nach alledem stellt sich die Frage, ob der besondere Charakter des Völkerstrafrechts – der Grundsatz einer unmittelbaren (strafrechtlichen) Verantwortlichkeit des Einzelnen (nicht der Staaten) nach Völkerrecht³⁷ – einen eigenständigen Auslegungsgrundsatz begründet oder sich die – hinsichtlich des „Ob“ unstrittig anerkannte – Auslegungsdirektive als Unterfall des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes darstellt. Letztere Deutungsweise führte dazu, dass sich Wertungsgehalt und Grenzen (das „Wie“ der Auslegungsdirektive) an den identischen abstrakten Grundsätzen zu orientieren hätten.

²¹ Diese Verortung wirft – zumal nicht näher begründet – Fragen auf, vgl. *Kreß*, GA 2007, 296 (300).

²² BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54 ff.), das die Völkerrechtsfreundlichkeit unter lit. d), das obiter dictum zu Art. 16 Abs. 2 GG unter bb) aufführt; eine andere Einschätzung teilt offenbar *Kreß*, GA 2007, 296 (299 f.).

²³ BVerfG NSTZ 2011, 353 (354).

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 26 (juris).

²⁵ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 485; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; ebenso: *Ambos*, NSTZ 2001, 628 (628 f.); *Bettendorf*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei der Anwendung militärischer Gewalt, 2015, S. 162; *Kreicker*, in: *Eser/Kreicker* (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, 2003, S. 49 (79 f., 84 f.); *Weigend*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), VStGB § 2 Rn. 5.

²⁶ *Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (99); *ders.*, NJW 2002, 3068 (3069); ebenso: *Bock* (Fn. 6), S. 121 f.

²⁷ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 486; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43.

²⁸ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 486; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43.

²⁹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 486; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; ebenso: *Darge* (Fn. 6), S. 271; *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 1, 57; *Kreicker* (Fn. 25), S. 84; *Kreß*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), VStGB § 6 Rn. 28; *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (188).

³⁰ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 487; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; i.E. ebenso: *Bock* (Fn. 6), S. 121 f.; *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101); *Darge* (Fn. 6), S. 270 f.; *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 1, 57; *Kreicker* (Fn. 25), S. 83; *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (188); *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5; vgl. auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 11.

³¹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 487; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5.

³² *Beulke/Swoboda* (Fn. 30), Rn. 11.

³³ *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5.

³⁴ *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5.

³⁵ *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (762 f.).

³⁶ *Kreß* (Fn. 29), VStGB § 6 Rn. 28.

³⁷ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1.

Allen voran wären die Grenzen der methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation sowie der (drohenden) Einschränkung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz zu beachten.³⁸ Zum einen ist der Völkerrechtskonformität bei eindeutig entgegenstehendem Gesetzes- und Verfassungsrecht Einheit zu gebieten.³⁹ Das Völkerrecht dient als Auslegungshilfe und beansprucht keinen Geltungsvorrang. Die Völkerrechtsfreundlichkeit führt gerade nicht zu einer „[un-]kontrollierten Bindung“.⁴⁰ Zum anderen ist von einer völkerrechtsorientierten Auslegung abzusehen, soweit das individualrechtliche Schutzniveau des Grundgesetzes über den individuellen Schutzgehalt völkerrechtlicher Regelungen hinausgeht.⁴¹

Für die Einordnung als eigenständiges Prinzip streitet die Tatsache, dass sich der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung – ebenso wie der Grundsatz der verfassungskonformen oder der unionsrechtskonformen Auslegung – nicht mit letzter Klarheit in den klassischen Auslegungskanon integrieren lässt. Dies erklärt die vielfach vorgenommene Einordnung als Auslegungsmethode eigener Art.⁴² Die bisherige Auslegung des VStGB orientiert sich hingegen stark am Willen des historischen Gesetzgebers, alle der Jurisdiktion des ICC unterfallenden Straftaten national unter Strafe zu stellen.⁴³ Diese Auslegungsdirektive oszilliert zwischen teleologischer und historischer Auslegung, lässt sich also schon eher in den Auslegungskanon integrieren.⁴⁴

Indes erscheint die Einordnung als Fallgruppe des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit gleichwohl zutreffender. Hierfür streitet schon ein Blick auf die einschlägigen Judikate des BVerfG. In der Entscheidung zum Treaty Override bezog sich die Auslegungsdirektive gerade – vergleichsweise allgemein gehalten – auf alle „völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland“⁴⁵ und eben nicht nur auf bestimmte völkerrechtliche Teilgebiete (wie z.B. Menschenrechtsabkommen). Auch das Rom-Statut ist Teil des Völkerrechts. Zu bedenken gilt es zwar, dass auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts zwischen dem Zustimmungsgesetz zum Rom-Statut und dem VStGB als eigenständigem deutschen Gesetzbuch zu differenzieren ist.⁴⁶ Allerdings kann auch dieser Befund nichts daran ändern, dass

das VStGB einzig der verfassungskonformen Angleichung der innerdeutschen Rechtsordnung an den Zuständigkeitskatalog des Rom-Statuts dient. Es überzeugte nicht, zöge man hieraus eine qualitative Unterscheidung. Völkerrechtliche Pönalisierungspflichten, deren Befolgung das VStGB vielfach zu realisieren sucht⁴⁷ und deren Durchsetzung auch das Rom-Statut beabsichtigt,⁴⁸ ergeben sich im Übrigen bereits aus den Regelungen des Völkergewohnheitsrechts und des kodifizierten Völkerrechts.⁴⁹ Es erweist sich insoweit als unschädlich, dass überwiegend davon ausgegangen wird, das Rom-Statut selbst statuiere grundsätzlich keine Bestrafungspflichten.⁵⁰

Allein die Tatsache, dass sich die jüngere fachgerichtliche Rechtsprechung bisher noch nicht dazu veranlasst sah, den Grundsatz der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit verfassungsrechtlich zu konsolidieren, spricht für sich genommen noch nicht gegen die Annahme eines Fallgruppen-Verhältnisses. Für dieses Vorgehen lassen sich plausible Gründe finden, insbesondere die Intention, die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte nicht zu erhöhen.

Bestätigung findet die Einordnung als Fallgruppe auch dadurch, dass die vom BVerfG postulierte Vermutungsregel zugunsten der völkerrechtskonformen Intention des Gesetzgebers⁵¹ als Ausprägung der Völkerrechtsfreundlichkeit gerade eine ausdrückliche Bestätigung durch den Gesetzgeber im Falle des VStGB erfahren hat.⁵²

Schließlich wird man die bereits zuvor in Bezug genommene Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2006⁵³ für die Einordnung als Fallgruppe fruchtbar machen können. Wie bereits dargelegt, begründete das BVerfG die Pflicht zur Auseinandersetzung mit der Judikatur internationaler Strafgerichte gerade mit einem Verweis auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG und den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit.

3. Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund ist der Grundsatz der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit als Unterfall des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit einzuordnen. Hieraus folgt aber zugleich, dass sich das Institut der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit

³⁸ BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 133 f.).

³⁹ BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 72); v. Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 524.

⁴⁰ BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 69).

⁴¹ BVerfG NJW 2018, 2695 (2699 f. Rn. 128, 134); Ambos (Fn. 37), § 10 Rn. 5.

⁴² Zu den Methoden der verfassungs- bzw. unionsrechtskonformen Auslegung vgl. nur Dannecker/Schuhr (Fn. 6), § 1 Rn. 326 ff., 342 ff.; kritisch bzgl. der Einordnung als Auslegungsmethode(n): Knop, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 229 ff.; Darge (Fn. 6), S. 265 f.; Kuhli (Fn. 6), S. 157.

⁴³ BT-Drs. 14/8524, S. 12; vgl. BGHSt 62, 272 (277 Rn. 19).

⁴⁴ So auch Kreicker (Fn. 25), S. 84.

⁴⁵ BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 71).

⁴⁶ Jähnke, ZIS 2010, 463 (465); Kreicker (Fn. 25), S. 53, 56 f.; in diesem Sinne auch: Darge (Fn. 6), S. 241.

⁴⁷ Vgl. nur Weigend (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5; Werle/Jeßberger (Fn. 6), Rn. 476 m.w.N.

⁴⁸ Zu dieser Absicherungsdimension: Brighton, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (631 f.); Geneuss, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013, S. 87 ff., 150 f.

⁴⁹ Zu diesen Bestrafungspflichten: Kleffner, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, 2008, S. 8 ff.

⁵⁰ Kuhli, in: Brunhöber/Reinbacher/Vornbaum/Höffler/Kaspar (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 91 (93 f.); Lafleur, Der Grundsatz der Komplementarität, 2011, S. 359; a.A. Gioia, in: Kleffner/Kor (Hrsg.), Complementary Views on Complementarity, 2006, S. 105 (107 f.), die von einer impliziten Verpflichtung ausgeht.

⁵¹ BVerfG NJW 2016, 1295 (1298 Rn. 58) m.w.N.

⁵² BT-Drs. 14/8524, S. 12.

⁵³ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54 ff.).

keit an denselben abstrakten Grundsätzen und Grenzen zu orientieren hat.⁵⁴

III. Die Vereinbarkeit der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB mit Art. 103 Abs. 2 GG in seiner bisherigen Ausgestaltung

Ehe sich die Frage einer Lockerung des Art. 103 Abs. 2 GG im Lichte des Völker(straf)rechts stellt, muss zunächst untersucht werden, ob und inwiefern die Rechtsprechungslinie zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB überhaupt geltendem Verfassungsrecht widerspricht.

1. Der Gewährleistungsgehalt des Analogieverbots

Zweck des Analogieverbots ist es, dem rechtsstaatlichen sowie freiheitssichernden Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit einerseits und dem Prinzip der gewaltenteilenden Demokratie andererseits Ausdruck zu verleihen.⁵⁵ Das Prinzip hat „die Aufgabe, die zulässige gesetzestreue Auslegung von der verbotenen rechtsschöpferischen Analogie abzugrenzen“.⁵⁶ Das Analogieverbot begrenzt die Rechtskonkretisierungsfunktion des Rechtsanwenders – primär der Gerichte – für den Bereich des Strafrechts.⁵⁷ Zugleich sichert es für den Bereich der Rechtsanwendung den an den Gesetzgeber adressierten Bestimmtheitsgrundsatz dagegen ab, ins Leere zu laufen, verlängert ihn also.⁵⁸

Art. 103 Abs. 2 GG verbietet jedoch nicht nur die Analogie im rechtstechnischen Sinne.⁵⁹ Vielmehr ist jede Form der Auslegung untersagt, die die Strafbarkeit in einer für den Adressaten von vornherein nicht erkennbaren Weise begründet.⁶⁰ Unzulässig sind richterliche Tatbestandsausweitungen, die über den Inhalt eines gesetzlichen Straftatbestandes hinausgehen.⁶¹ Der aus Sicht des Adressaten zu bestimmende, mögliche Wortsinn der Norm stellt die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation dar.⁶²

Die (etwaige) Strafwürdigkeit eines Verhaltens vermag für sich genommen die Annahme der Strafbarkeit nicht zu

tragen.⁶³ Erforderlich ist vielmehr eine durch den Gesetzgeber vorgenommene tatbestandliche Verortung,⁶⁴ sodass das in Rede stehende Verhalten unter konkrete Strafbarkeitsvoraussetzungen subsumierbar ist.⁶⁵ In Grenzfällen mag es ausreichen, dass für den Normadressaten das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist.⁶⁶ Bezieht der Normgeber bei der Tatbestandsausgestaltung hingegen klar Position, so muss er sich auch beim Wort nehmen lassen. Bei klaren Begriffen kann eine drohende Strafbarkeitslücke also nicht durch den Einwand der Erkennbarkeit des Strafbarkeitsrisikos überspielt werden.⁶⁷ Wird eine Lücke festgestellt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers – nicht der Judikative – diese zu schließen.⁶⁸

Ist nunmehr der Wortsinn als äußerste Grenze ausgemacht, stellt sich daran anschließend die Frage seiner Ermittlung. Ausgangspunkt dürfte hierbei die Analyse des (isolierten) Wortlauts insbesondere mithilfe anerkannter Wörterbücher sein.⁶⁹ Dabei wird man in aller Regel zunächst einmal auf das alltagssprachliche Begriffsverständnis zurückzugreifen haben,⁷⁰ fehlt es doch zumeist an einer Legaldefinition der Begriffe.⁷¹ Freilich muss dies die Berücksichtigung des juristischen Sprachgebrauchs nicht ausschließen.⁷² Vielmehr kommt dem juristischen Sprachgebrauch häufig eine strafbarkeitseinengende und damit essentielle Bedeutung zu.⁷³ Die vielfach weitergehende Alltagssprache bildet den Nährboden, auf dem wiederum der juristische Sprachgebrauch Konkretisierungen vornimmt. Zugleich kommt der Alltagssprache die Funktion der Kontrolle und Einhegung des juristischen Sprachgebrauchs zu.⁷⁴ Vermieden werden soll – dies hebt *Schmitz* zutreffend hervor –, dass das Strafrecht zu einer für den Bürger nicht mehr nachvollziehbaren Geheimwissenschaft verkommt.⁷⁵ Zuletzt gilt es den textlichen Zusammen-

⁵⁴ In diesem Sinne letztlich auch: *Kuhli* (Fn. 6), S. 45 f., 156 ff., 245.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 69 f. (juris) = BVerfGE 126, 170; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 157; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 15 ff.; umfassender: *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 2.

⁵⁶ *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 26.

⁵⁷ *Schulze-Fielitz* (Fn. 55), Art. 103 Abs. 2 Rn. 17.

⁵⁸ *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 70 ff.; *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 157; *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 241.

⁵⁹ BVerfG NJW 2013, 365 (366); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 157; *Schulze-Fielitz* (Fn. 55), Art. 103 Abs. 2 Rn. 47.

⁶⁰ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 157.

⁶¹ BVerfG NJW 2013, 365 (366).

⁶² BVerfG NJW 2013, 365 (366); BVerfG NJW 2008, 3627 (3627 Rn. 12).

⁶³ BVerfG NJW 2008, 3627 (3627 f. Rn. 13); *Basak*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Fn. 50), S. 71 (76); *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Ed. 43, Stand: 1.12.2019, Art. 103 Rn. 38.

⁶⁴ BVerfG NJW 2008, 3627 (3627 f. Rn. 13).

⁶⁵ *Basak* (Fn. 63), S. 76.

⁶⁶ BVerfG NJW 2009, 2805 (2805); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 158.

⁶⁷ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 158 m.w.N.

⁶⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 78); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 158.

⁶⁹ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 159.

⁷⁰ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 159; vgl. auch *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 87.

⁷¹ Eine solche hätte andernfalls den Vorrang, vgl. *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 106; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

⁷² *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 37; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

⁷³ *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 106a; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

⁷⁴ *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 106a f.; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87; *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, S. 19 f.; einschränkend *Greco*, GA 2016, 139 (147); *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 303 f.

⁷⁵ *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

hang, in dem der Begriff steht, zu berücksichtigen.⁷⁶ Das Telos kommt – als Methode der Auslegung – demgegenüber erst innerhalb des durch Art. 103 Abs. 2 GG gezogenen Rahmens zur Anwendung.⁷⁷ Die bisweilen postulierte Gleichrangigkeit der Auslegungsmethoden gilt für das Strafrecht nur insoweit, als sie den Vorrang der grammatikalischen Methode anerkennt.⁷⁸

2. Verstoß gegen das Analogieverbot durch die Rechtsprechung

Die Befürworter einer Erstreckung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf verstorbene Personen verwehren sich gegen den Vorwurf eines Verfassungsverstößes mit Nachdruck. Ob sich deren Verteidigungsvorbringen als tragfähig erweist, soll im Folgenden analysiert werden.

Insbesondere das OLG Frankfurt a.M. bemühte sich seinerzeit um eine ausführliche Rechtfertigung seines Wortlautverständnisses, indem es die Entstehung des Begriffs der „Person“ ausführlich darlegte. Demnach bezeichnete dieser Terminus ursprünglich „die Maske eines Schauspielers, dann den Schauspieler selbst und später auch die dargestellte Rolle“.⁷⁹ Im weiteren Verlauf der Bedeutungsentwicklung sei der Begriff bald auch auf die Rolle übertragen worden, die jemand aufgrund seiner Eigenschaften, seines Ansehens und seiner Würde im Leben spielt.⁸⁰ Nach dem allgemeinen (heutigen) Wortsinn sei unter dem Begriff „Person“ nunmehr ein Mensch oder ein Wesen zu verstehen.⁸¹

Auch der BGH betonte, der Begriff der „Person“ sei nach allgemeinem Sprachgebrauch im Wesentlichen gleichbedeutend mit dem Begriff „Mensch“.⁸² Er erfasse gleichermaßen lebende und tote Menschen;⁸³ ob der betreffende Mensch lebendig oder tot sei, werde erst durch Beifügung des entsprechenden Adjektivs deutlich gemacht.⁸⁴ Die Verwendung weiterer Eigenschaftswörter führe vor diesem Hintergrund also einzig dazu, dass der in Bezug genommene Begriff näher beschrieben werde.⁸⁵

Dem entspreche auch der Sprachgebrauch des StGB. Dies zeige sich am Beispiel des § 168 Abs. 1 StGB, in dem von einem „verstorbenen Menschen“ die Rede sei.⁸⁶ Gleichermäßen verhalte es sich letztlich im internationalen Strafrecht, wie der Blick auf die Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xxi, lit. c Nr. ii Rom-Statut verdeutliche. In der englischsprachigen Originalfassung heiße es dazu jeweils: „For this crime, ‚persons‘ can include dead persons.“ Erst durch Hinzufügung des entsprechenden Adjektivs werde klargestellt, dass (ergänze: „nur“) eine verstorbene Person gemeint sei.⁸⁷

Weiterhin wird von Seiten der Literatur ins Feld geführt, dass auch die Anerkennung des postmortalen Achtungsanspruchs in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und dessen Verwurzelung in der Person des Menschen für ein derartiges Wortlautverständnis spreche.⁸⁸ Diesen Ausführungen lässt sich einerseits eine teleologische Wertung und andererseits der Hinweis auf ein besonderes verfassungsgerichtliches Wortlautverständnis entnehmen.

Zuletzt wird vorgebracht, dass dieses sprachliche Verständnis auch mit der Gesetzesbegründung in Einklang stehe. Das Völkerstrafgesetzbuch diene danach primär der Umsetzung des Rom-Statuts in deutsches Recht. Es verfolge insbesondere das Ziel, im Hinblick auf die Komplementarität der Verfolgungszuständigkeit des ICC zweifelsfrei sicherzustellen, dass Deutschland stets in der Lage ist, in die Zuständigkeit des ICC fallende Verbrechen selbst zu verfolgen.⁸⁹

Diese Ausführungen vermögen indes nicht zu überzeugen. Zwar sind die hinter dieser Rechtsauffassung stehenden rechtspolitischen und rechtspraktischen Erwägungen durchaus nachvollziehbar.⁹⁰ In rechtsdogmatischer Hinsicht erweist sich die Judikatur hingegen als fragwürdig.

Wie das BVerfG feststellte, ist es gerade der „Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken“.⁹¹ Strafbarkeit und Strafwürdigkeit können – wie oben erläutert

⁷⁶ BVerfG NJW 2007, 1666 (1667 Rn. 20); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 159.

⁷⁷ *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 86; *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 77.

⁷⁸ *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 37, 52; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 86; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, Rn. 79 (juris) = BVerfGE 105, 135.

⁷⁹ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 150 (juris).

⁸⁰ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 150 (juris).

⁸¹ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 150 f. (juris), unter Verweis auf gängige Wörterbücher.

⁸² BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

⁸³ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 151 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁸⁴ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

⁸⁵ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 151 (juris).

⁸⁶ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

⁸⁷ BGHSt 62, 272 (280, Rn. 28); OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁸⁸ *Büingener*, ZIS 2017, 755 (759), unter Hinweis auf BVerfGE 30, 173 (194); kritisch *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 1105 (1115).

⁸⁹ *Werle/Epik*, JZ 2018, 261 (262); ebenso: OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁹⁰ Angesichts zahlreicher (deutscher) Rückkehrer/innen und Schutzsuchender aus den Konfliktgebieten Syriens sowie des Irak, deren Beteiligung an Gräueltaten im Rahmen von Kampfhandlungen in Rede steht, besteht ein erhebliches Interesse deutscher Strafverfolgungsbehörden daran, die Betroffenen möglichst umgehend nach ihrer Einreise ins Bundesgebiet dem Haftrichter vorzuführen; vgl. zur Motivlage und Strafwürdigkeit des Verhaltens: *Berster*, ZIS 2017, 264; *Büingener*, ZIS 2017, 755 (758); *Safferling/Petrossian*, JA 2019, 401 (405).

⁹¹ BVerfG NJW 2008, 3627 (3629 Rn. 27).

– durchaus auseinanderfallen.⁹² Diese Wertung des Art. 103 Abs. 2 GG stellte man indes in Frage, wenn man sich zur Feststellung des Wortsinns von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB gerade auf Erwägungen wie den postmortalen Persönlichkeitsschutz (in seiner teleologischen Dimension) oder die gesetzgeberische Intention beriefe.

Anders ist dies freilich, soweit man ein verfassungsgerichtliches Wortlautverständnis in die Diskussion einbringen will. Das BVerfG setzt den Begriff der Person durchaus mit einem bereits verstorbenen Menschen gleich.⁹³ Aber auch dieser Einwand verfängt letztlich nicht. Selbst wenn man diesem verfassungsgerichtlichen Wortlautverständnis folgen möchte, wäre nicht gleichsam der Schluss auf eine Strafbarkeit etwaiger Verletzungen dieses verfassungsrechtlichen Gewährleistungsgehalts zu ziehen. Zum einen müsste auch ein verfassungsgerichtliches Wortlautverständnis für die Frage der Strafbarkeit jedenfalls die Grenzen der Alltagssprache respektieren.⁹⁴ Zum anderen ist gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich eine Strafbarkeit als Ausfluss einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht darstellte, auf den weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bei Erfüllung derartiger Schutzpflichten ebenso hinzuweisen⁹⁵ wie auf den Grundsatz schuldangemessenen Strafs.⁹⁶ Gerade die Alltagssprache spricht indes (wie zugleich zu zeigen sein wird) gegen die herrschende Auffassung. Weiterhin gestaltet sich die – bei Übernahme des Verständnisses zwingende – implizite Unterstellung, der Gesetzgeber würde Verstöße gegen das Prinzip schuldangemessener Bestrafung zur Sicherstellung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes hinnehmen wollen, als zweifelhaft.⁹⁷

Die herrschende Auffassung verkennt, dass ihre Kritiker nicht die synonyme Verwendung der Begriffe „Person“ und „Mensch“ in Frage stellen.⁹⁸ Vielmehr wird darauf hingewiesen, dass der Begriff der „Person“ zum einen in der Alltagssprache ohne das Hinzutreten der Adjektive „tot“ oder „verstorben“ nur das lebende Individuum, das Lebewesen, meint.⁹⁹ Es wird zum anderen – zutreffend – klargestellt, dass auch nach dem Gesetz tote Menschen nur dann gemeint sind, wenn sie auch als solche bezeichnet werden. Dies ergibt sich

im Übrigen nicht zuletzt aus § 168 StGB, denn dieser hat gerade nicht einen „Menschen“ im Allgemeinen zum Gegenstand, sondern einen „verstorbenen Menschen“.¹⁰⁰ Selbiges gilt für die derzeit im rechtspolitischen Diskurs befindliche Vorschrift des § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB n.F.,¹⁰¹ die sich als Reaktion auf aktuell bestehende Schutzlücken (sic!) versteht.¹⁰² *Ambos* ist zuzustimmen, soweit er einwendet, die Lebendeigenschaft des „Menschen“ trete beim Blick in die Tötungsdelikte geradezu evident zu Tage, denn Totschläger könne eben nur sein, wer einen (lebenden) „Menschen“ töte (§ 212 StGB).¹⁰³ Diese Erkenntnis lässt sich überdies verfestigen, wenn man von einem philosophisch inspirierten Personenbegriff ausgeht, der die Existenz eines lebendigen menschlichen Körpers voraussetzt.¹⁰⁴

Zwar könnte man unter Berufung auf die Völkerstrafrechtsfreundlichkeit des deutschen Rechts sowie die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu § 220a StGB a.F. dazu verleitet sein, die Lösung des Problems im völkerrechtlichen Begriffsfundus zu suchen. Eine derartige Stoßrichtung lässt sich etwa auch in der Argumentationsweise des BGH ausmachen, soweit dieser zur Identifizierung des Wortsinns auf das Rom-Statut und die korrespondierenden Verbrechenselemente zurückgreifen möchte.¹⁰⁵ Allerdings lässt diese Herangehensweise außer Acht, dass – geht man mit der hier vertretenen Auffassung von einem Fallgruppen-Verhältnis aus – die Heranziehung des Völkerrechts dort ihre Grenze findet, wo andernfalls der Wortsinn überschritten würde.¹⁰⁶ Grenze ist dabei zweifellos der deutsche Wortsinn,¹⁰⁷ würde man sich doch andernfalls dem Vorwurf aussetzen, die in der Rechtsprechung so betonte „kontrollierte Bindung“¹⁰⁸ zu umgehen. Die Rechtsprechung setzt die Existenz von Auslegungs- und Abwägungsspielräumen als Vorbedingung voraus.¹⁰⁹ Anders gewendet: eine völkerstrafrechtsfreundliche Auslegung kommt

⁹² *Basak* (Fn. 63), S. 76; siehe noch oben III. 1.

⁹³ BVerfGE 30, 173 (194).

⁹⁴ *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 302; vgl. auch: BVerfG NJW 2011, 3020 (3022 Rn. 29).

⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 137, 131 (juris); *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 35.

⁹⁶ Vgl. für den vorliegenden Kontext: *Berster*, ZIS 2017, 264 (268).

⁹⁷ BGHSt 62, 272 (281 Rn. 31), entgegnet diesem Einwand, dass dem in der Regel geringeren Unrechts- und Schuldgehalt einer Leichenschändung im Einzelfall innerhalb des Strafrahmens hinreichend Rechnung getragen werden könne.

⁹⁸ *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114); *Berster*, ZIS 2017, 264 (268); so aber: *Büngener*, ZIS 2017, 755 (759 f.).

⁹⁹ *Berster*, ZIS 2017, 264 (268); *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹⁰⁰ *Ambos*, NJW 2017, 3672 (3672); *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114 f.); *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹⁰¹ Vgl. hierzu *Walter*, ZRP 2020, 16.

¹⁰² Vgl. hierzu BT-Drs. 19/17795, S. 1 f., 10 f.; BT-Plenarprotokoll 19/170 v. 2.7.2020, S. 218.

¹⁰³ *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114).

¹⁰⁴ *Berster*, ZIS 2017, 264 (268); zustimmend *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114). Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, der Begriff der „Person“ sei an sich bereits in höchstem Maße normativ aufgeladen, sodass ein natürlicher Personenbegriff schon gar nicht existiere. Angesichts der Heterogenität der dem Völkerstrafrecht zugrunde liegenden Wertegemeinschaft erscheint gerade dann ein restriktives Verständnis der Person, also eine Beschränkung auf den „Begriffskern“, angezeigt, vgl. *Berster*, ZIS 2017, 264 (268).

¹⁰⁵ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

¹⁰⁶ BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 133).

¹⁰⁷ Vgl. *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5; zur unionsrechtskonformen Auslegung: *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 37.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 62).

¹⁰⁹ BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 133).

gerade nur im Rahmen der durch den deutschen Wortsinn gezogenen Grenzen in Betracht. In diesem Zusammenhang ist zudem auf das Gebot der Vermeidung bloßer Begriffs-Parallelisierungen und der kontextsensiblen Implementierung völkerrechtlicher Wertungen in die deutsche Rechtsordnung zu verweisen.¹¹⁰

Betrachtet man die Rechtsprechungslinie der deutschen Obergerichte, entstehen Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit. Soweit andernorts die Möglichkeit einer rein tatbestandsspezifischen Auslegung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ins Spiel gebracht wird, wurde eine solche von der Rechtsprechung ersichtlich nicht vorgenommen.¹¹¹ Hierauf kommt es mit Blick auf die vorliegende Untersuchung entscheidend an. Zudem sähe sich aber auch dieser Kunstgriff erheblichen methodologischen Einwänden ausgesetzt.¹¹²

Es bleibt festzustellen, dass die Rechtsprechungslinie – legt man die allgemeinen Grundsätze des Gesetzlichkeitsprinzips zugrunde – gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.

IV. Die Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips

Ob diese allgemeinen Maßstäbe hingegen auch für die Frage der praktischen Anwendung des VStGB Relevanz entfalten, hängt maßgeblich davon ab, ob das Gesetzlichkeitsprinzip auch im Bereich des deutschen Völkerstrafrechts uneingeschränkt gilt oder ob es aufgrund höherrangiger Wertungen zu lockern ist. Der soeben begründete Vorwurf einer Verletzung der Verfassung ließe sich im zuletzt genannten Fall nicht mehr aufrechterhalten.

1. Überblick über den Meinungsstand

Soweit eine Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips offen zur Sprache kommt oder gar befürwortet wird, erfolgt häufig ein Rekurs auf die Rechtsprechung des BVerfG zu § 220a StGB a.F.¹¹³ Das Gericht befand seinerzeit, dass eine Pflicht deutscher Gerichte dahingehend bestehe, „bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts, das – wie § 220a StGB – der Umsetzung des Völkerstrafrechts dient, das Analogieverbot auch im Lichte des völkerrechtlichen Normbefehls [zu] sehen“.¹¹⁴ Relativierend muss gleichwohl bedacht werden, dass das Gericht sich nicht für eine abstrakte Lockerung des Analogieverbots ausgesprochen haben dürfte.¹¹⁵ Erläuternd wies es nämlich darauf hin, dass „die mögliche Wortlautgrenze von § 220a StGB [...] auch im Lichte des internationalen Völkermordtatbestands, wie er in Art. II Völkermordkonvention, Art. 4 Statut des Jugoslawien-Strafgerichtshofs, Art. 4 Statut des Ruanda-Strafgerichtshofs und Art. 6 Römi-

sches Statut eines Internationalen Strafgerichtshofs niedergelegt ist, zu bestimmen“ sei.¹¹⁶

Einige Autoren plädieren demgegenüber ausdrücklich für ein gelockertes Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG mit Blick auf Normen des VStGB.¹¹⁷ Zwar reden sie einer Lockerung primär in Bezug auf den Bestimmtheitsgrundsatz das Wort. Allerdings beziehen sich die Befürworter einer Lockerung zumeist auf die Norm des Art. 103 Abs. 2 GG in ihrer Gesamtheit. Unabhängig davon erscheint es angezeigt, die vorgebrachten Argumente auch im hiesigen Kontext einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

Zunächst streite der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, den die Befürworter als eine Art Staatszielbestimmung zu verstehen scheinen und daher im Wege praktischer Konkordanz mit Art. 103 Abs. 2 GG in Ausgleich bringen wollen, für eine Lockerung.¹¹⁸ Eine Öffnung des Gesetzlichkeitsprinzips sei zum anderen auch insoweit zu rechtfertigen, als sich das Völkerstrafrecht als „Expertenstrafrecht“ darstelle. Dies gelte jedenfalls im Falle von Kriegsverbrechen.¹¹⁹ Zuletzt – so wird angeführt – werde der dem Rom-Statut zugrunde liegende Komplementaritätsgedanke (Art. 17 Rom-Statut) im Falle einer verweigerter Anpassung ad absurdum geführt. Unterbleibe eine Relativierung des Gewährleistungsgehalts von Art. 103 Abs. 2 GG, könne die Strafverfolgung letztlich nur durch den ICC durchgesetzt werden.¹²⁰ Einschränkend gelte es hingegen zu bedenken, dass eine völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht dazu führen könne, völkergewohnheitsrechtlich geltende Straftatbestände direkt zur Anwendung zu bringen.¹²¹

Andere Stimmen aus der Literatur sind demgegenüber der Auffassung, dass sowohl eine völkerrechtliche wie auch eine verfassungsrechtliche Auslegungsdirektive ihre Grenze im Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zu finden habe.¹²²

¹¹⁰ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2659 (2700 Rn. 134, 132).

¹¹¹ So i.E. auch *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹¹² Hierzu *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹¹³ *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; ebenso: *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 57.

¹¹⁴ BVerfG NJW 2001, 1848 (1850).

¹¹⁵ *Darge* (Fn. 6), S. 267; i.E. ebenso: *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 57; *Kreß* (Fn. 29), VStGB § 6 Rn. 28.

¹¹⁶ BVerfG NJW 2001, 1848 (1850).

¹¹⁷ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; *Satzger*, JuS 2004, 943 (945 f.); *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 369 f.; ähnlich *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730).

¹¹⁸ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; ebenso: *Satzger*, JuS 2004, 943 (946); ähnlich *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 370; *ders.*, NSTZ 2002, 125 (130); in diesem Sinne auch *Bock* (Fn. 6), S. 130; *Darge* (Fn. 6), S. 280 ff.

¹¹⁹ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730); einschränkend *Satzger*, JuS 2004, 943 (946: „teilweise im Bereich der Kriegsverbrechen“); weitergehend demgegenüber: *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 369 f.; vgl. zu Lockerungstendenzen mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot im Bereich des Nebenstrafrechts: BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77, 97 ff. (juris).

¹²⁰ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; kritisch *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

¹²¹ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32.

¹²² *Kreicker* (Fn. 25), S. 82 ff.; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 28; i.d.S. *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101); *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84.

2. Einwände wider die Lockerung des Analogieverbots

a) Generelle Einwände gegen die (bloß partielle) Lockerung des Analogieverbots

Die Idee einer auf das Völkerstrafrecht begrenzten (partiellen) Lockerung des Analogieverbots sieht sich – schon rein strukturell – mehreren Einwänden ausgesetzt. Einerseits scheint diese Deutungsdirektive einer Fragmentierung des Grundrechtsschutzes innerhalb von Art. 103 Abs. 2 GG Vorschub zu leisten. Dem stünde indes entgegen, dass Art. 103 Abs. 2 GG ein auf alle nationalen Straftatbestände – und damit auch das VStGB¹²³ – einheitlich anzuwendendes grundrechtsgleiches Recht darstellt. Selbst wenn man eine völkerstrafrechtsfreundliche Auslegung des Verfassungsartikels selbst erwäge, wäre eine generelle Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips die zwingende Folge.¹²⁴ Hätte der Normgeber des VStGB eine bereichsspezifische Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips realisieren wollen, hätte er dieses Ansinnen unter Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften nach Art. 79 GG verfolgen müssen.¹²⁵ Überdies stimmt die Annahme einer Art Bereichsausnahme für Normen des VStGB mit Blick auf die Konzeption eines möglichst weitgehend in den Allgemeinen Teil des Strafrechts integrierten Völkerstrafrechts¹²⁶ skeptisch. Zuletzt gilt es sich das Ausmaß an Rechtszersplitterung (in der Breite) zu vergegenwärtigen, mit dem sich die deutsche Rechtsordnung angesichts des zunehmenden Einflusses des internationalen Rechts, vornehmlich des Europarechts, konfrontiert sähe.¹²⁷ Man führe sich die Entwicklung eines nach Themenbereichen ausdifferenzierten, abgestuft gelockerten Gesetzlichkeitsprinzips vor Augen; die Norm des Art. 103 Abs. 2 GG würde gewissermaßen zu einem Patienten ihrer selbst. Zwar trifft es zu, dass im Anwendungsbereich des europäischen Mehrebenensystems das Nebeneinander unterschiedlicher Gewährleistungssysteme bereits heute Realität ist.¹²⁸ Gerade dieses Ne-

beneinander bringt aber zugleich gerichtliche Kompetenzkonflikte hervor, die sich wiederum in einer – zumal für den Normalbürger – schwerlich transparenten Kasuistik zur Zuständigkeit, Anwendbarkeit und Kontrolldichte verschiedener Gerichte niederschlagen.¹²⁹ Eine Fortführung dessen erscheint wenig erstrebenswert.

Andererseits drohte – als gegenteiliges Extrem – eine generelle Absenkung des verfassungsrechtlichen Schutzniveaus. Eine Entscheidung hierfür wäre die einzig logische Konsequenz, wollte man die Problematik der nationalen Berücksichtigung internationalen Rechts einer widerspruchsfreien Lösung zuführen.¹³⁰

Ob ein derartiges Vorgehen hingegen mit der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG vereinbar ist, erscheint zweifelhaft. Vielmehr wird man der Judikatur – insbesondere seit der Rechtssache Görgülü – im Wege des *argumentum a fortiori* die Wertung zu entnehmen haben, dass das Völkerstrafrecht gerade nicht zu einer Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG führen darf. Denn wenn schon die prinzipiell dem Bürger dienenden Menschenrechtsgewährleistungen der EMRK keine Herabsetzung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz herbeiführen können,¹³¹ muss dies doch erst recht für die den Einzelnen beschränkende Wirkung völkerstrafrechtlicher Sanktionsnormen gelten.¹³² Auch frühere Entscheidungen, die sich explizit mit der Berücksichtigung völkerstrafgerichtlicher Entscheidungen auseinandersetzten, sprechen für eine derartige Einordnung. So betonte das BVerfG eine derartige Berücksichtigungspflicht und ordnete sie zugleich dem allgemeinen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit – folglich auch dessen Grenzen – unter.¹³³ Auch nach hiesiger Auffassung, die von einem Fallgruppen-Verhältnis ausgeht, erscheint eine generelle Lockerung mehr als zweifelhaft.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass mit einer Herabsetzung des Schutzniveaus von Art. 103 Abs. 2 GG eine Stärkung der Rechtsposition von Geschädigten einhergehe, der Staat also einzig seinen Schutzpflichten nachkomme. Einerseits führte ein solch beschrittener Argumentationspfad zu Friktionen mit dem Rezeptionshindernis mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse.¹³⁴ Andererseits überzeugt der Einwand auch deshalb nicht, weil er den verfassungsrechtlich garantierten – auch für die Frage der Tatbestandsgrenzen geltenden – Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers bei der Erfüllung von Schutzpflichten unterminieren würde.¹³⁵

¹²³ Vgl. nur *Darge* (Fn. 6), S. 241; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (465, 469); kritisch hierzu *Satzger*, JuS 2004, 943 (945).

¹²⁴ Ebenso *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469).

¹²⁵ Vgl. in anderem Zusammenhang: *Ebert*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 171 (184). Die Tatsache, dass der Gesetzgeber sich im Jahr 2000 zur Änderung des Art. 16 GG im völkerstraf(verfahrens)rechtlichen Kontext bereitklärte, Art. 103 Abs. 2 GG hingegen unangetastet ließ, dürfte eher für die hiesige Auffassung sprechen. Vgl. zu dieser Änderung *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 1; *Kreicker* (Fn. 25), S. 50.

¹²⁶ BT-Drs. 14/8524, S. 12, 14; vgl. auch: *Darge* (Fn. 6), S. 242; *Kreicker* (Fn. 25), S. 73–76; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 47; zu den Hintergründen *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 1, 4.

¹²⁷ Hierauf hinweisend *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469 f.).

¹²⁸ Vgl. hierzu: *Dannecker*, in: Ambos/Bock (Hrsg.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, 2019, S. 115 ff.; *Schröder*, in: Oğlakcioğlu/Schuh/Rückert (Hrsg.), Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts, 2016, S. 121.

¹²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2020, 300 (301 Rn. 43 f.); BVerfG NJW 2020, 314 (316 Rn. 33, 42 ff.).

¹³⁰ *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469 f.).

¹³¹ So jüngst noch einmal BVerfG NJW 2018, 2695 (2699 Rn. 128) m.w.N.

¹³² Vgl. auch *Kuhli* (Fn. 6), S. 177, mit ähnlicher Stoßrichtung; andernorts argumentiert *ders.* damit, dass ein allgemeiner (völkerrechtlicher) Rechtsgedanke – gestützt auf Art. 53 EMRK und Art. 5 Abs. 2 IPwskR – gegen eine Absenkung streiten würde, vgl. *Kuhli* (Fn. 50), S. 103.

¹³³ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54 ff.).

¹³⁴ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 134).

¹³⁵ Vgl. hierzu BGHSt 62, 272 (281 Rn. 30) m.w.N.

b) Die Lockerung als Ausfluss praktischer Konkordanz?

Bedenklich an dieser Argumentation erscheint zuvörderst, dass die Befürworter dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit die Rechtsnatur eines – mit Art. 20a GG vergleichbaren – Belangs von Verfassungsrang zuzuerkennen scheinen.¹³⁶ Erst dadurch eröffnet sich ihnen die Möglichkeit einer Abwägung mit Art. 103 Abs. 2 GG, der als solcher vorbehaltlos gewährleistet ist.¹³⁷

Zwar ist die verfassungsrechtliche Relevanz des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht zu verleugnen.¹³⁸ Die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen und die Einordnung des Prinzips in der Normenhierarchie erscheinen demgegenüber nach wie vor nicht abschließend geklärt.¹³⁹ Dies zeigt sich nicht zuletzt an der unklaren Einordnung als „Verfassungsentscheidung“¹⁴⁰ einerseits und „grundgesetzliche[s] Leitmotiv“¹⁴¹ bzw. „Auslegungsgrundsatz“¹⁴² andererseits. Es gilt zu betonen, dass das induktive „Herausschälen einzelner Rechtsfolgen“¹⁴³ aus dem doch recht diffusen Terminus der Völkerrechtsfreundlichkeit durch die Judikatur des BVerfG seinen Teil zu dieser Unklarheit beigetragen hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint die bisweilen postulierte abstrakte Gleichrangigkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG¹⁴⁴ keineswegs gesichert. Es erscheint vielmehr zutreffend, wenn an anderer Stelle die von einzelnen Verfassungsbestimmungen losgelöste Zuweisung eines abstrakten Eigengewichts für dieses Prinzip abgelehnt wird.¹⁴⁵ Die anderorts erfolgte Charakterisierung als „plakative[r] Topos“¹⁴⁶ verdient jedenfalls in ihrem Kern Zustimmung, verdeutlicht sie doch die Abhängigkeit konkreter verfassungsrechtlicher Bedeutung von der fallgruppenbezogenen Wirkungs- und Rangzuweisung durch die Judikatur des BVerfG.

Obgleich andernorts eine Charakterisierung als Staatszielbestimmung aus der Präambel abgeleitet wird,¹⁴⁷ erscheint diese Einordnung doch fragwürdig. Zum einen fehlt es der Völkerrechtsfreundlichkeit an einer – mit den Prinzi-

pien nach Art. 20a GG – vergleichbaren inhaltlichen Mindestspezifität. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit wird in inhaltlicher Hinsicht erst durch die jeweiligen Völkerrechtsnormen aufgefüllt.¹⁴⁸ Zum anderen stellt sich das Prinzip in erster Linie als prozedurale und weniger als inhaltliche Direktive dar.¹⁴⁹ Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit hat mehr eine konfliktvermeidende,¹⁵⁰ denn eine als Abwägungsposition im Konflikt befindliche Bedeutung.

Zwar ist zu konzedieren, dass auch der Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 2 GG vergleichsweise unscharf niedergelegt ist.¹⁵¹ Allerdings weist die Verfassung Art. 103 Abs. 2 GG immerhin expressis verbis grundrechtsgleiche Bedeutung und damit einen klaren verfassungsrechtlichen Rang zu, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.¹⁵² Hieran fehlt es in Bezug auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit gerade. Es stimmt bedenklich, dass – wie an anderer Stelle (zumindest implizit) vertreten¹⁵³ – die Unschärfe einer verfassungsrechtlichen Rechtsposition dazu führen soll, dass eine im Wesentlichen rein richterrechtlich begründete und damit noch stärker einhebungsbedürftige Verfassungsfigur mit vergleichbarer Bedeutung aufgeladen wird.¹⁵⁴

Überdies erscheint auch an dieser Stelle ein Rückgriff auf den Souveränitätsvorbehalt in der jüngeren Rechtsprechung aufschlussreich. Wenn dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit durch die Judikatur nämlich a priori die Möglichkeit genommen wird, zu einer Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz zu führen,¹⁵⁵ fehlt dem Prinzip gerade die elementare – und auch vorliegend relevante – Fähigkeit eines Staatsziels. Ein derartiger Belang von Verfassungsrang zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er im Rahmen einer Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen ist und geeignet sein kann, andere Belange von Verfassungsrang zurückzusetzen und hierbei insbesondere in der Lage ist, die Einschränkung von Grundrechten zu rechtfertigen.¹⁵⁶

¹³⁶ Ebenfalls für eine derartige Einordnung plädierend: v. Arnould (Fn. 39), Rn. 522; Darge (Fn. 6), S. 247 f., 280 ff.; Knop (Fn. 42), S. 110, 258, 350 f.; Payandeh, JöR 57 (2009), 465 (497 f.); BVerfG NJW 2016, 1295 (Abweichende Meinung der Richterin König, 1305 f. Rn. 3, 5 f., 11), will diese Wirkung durch eine Aufladung des Rechtsstaatsprinzips erreichen.

¹³⁷ BVerfGE 109, 133 (171 f.); Darge (Fn. 6), S. 247; Kuhli (Fn. 50), S. 108.

¹³⁸ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2695 (2696 ff. Rn. 112, 126 ff.); BVerfG NJW 2016, 1295 (1299 Rn. 65).

¹³⁹ Ähnlich differenzierend: Darge (Fn. 6), S. 281 f.

¹⁴⁰ Kuhli (Fn. 6), S. 156.

¹⁴¹ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 90. Lfg., Stand: Februar 2020, Präambel Rn. 64.

¹⁴² Streinz, in: Sachs (Fn. 95), Art. 24 Rn. 6.

¹⁴³ Ihren Ausgangspunkt hat diese Figur bei Knop (Fn. 42), S. 201.

¹⁴⁴ Satzger, JuS 2004, 943 (946).

¹⁴⁵ Herdegen (Fn. 141), Art. 25 Rn. 8.

¹⁴⁶ So Gärditz, Weltrechtspflege, 2006, S. 380.

¹⁴⁷ Knop (Fn. 42), S. 110.

¹⁴⁸ Dies zeigt sich implizit bei Darge (Fn. 6), S. 281 f., der für die hinreichende Spezifität des Prinzips die Normen des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts ins Feld führt; kritisch auch Neubert, Der Einsatz tödlicher Waffengewalt durch die deutsche auswärtige Gewalt, 2016, S. 180.

¹⁴⁹ So wohl auch Herdegen (Fn. 141), Art. 25 Rn. 8.

¹⁵⁰ BVerfG NJW 2016, 1295 (1299 Rn. 65); Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 24 Rn. 3; vgl. auch: Herdegen (Fn. 141), Art. 25 Rn. 7 f.; ausführlich hierzu: BVerfG NJW 2016, 1295 (Abweichende Meinung der Richterin König, 1306 Rn. 12 m.w.N.).

¹⁵¹ Darge (Fn. 6), S. 281.

¹⁵² Degenhart, in: Sachs (Fn. 95), Art. 103 Rn. 53; Schmitz (Fn. 70), § 1 Rn. 2; zahlreiche Autoren sehen in Art. 103 Abs. 2 GG gar ein echtes Grundrecht, vgl. die Nachweise bei Remmert, in: Maunz/Dürig (Fn. 141), Art. 103 Rn. 2.

¹⁵³ Darge (Fn. 6), S. 281.

¹⁵⁴ Ebenso für eine Zurückhaltung hinsichtlich „formelhaft mit Verfassungsrang ausgestattet[r] Rechtswerte“ plädierend: Sachs (Fn. 95), Vor Art. 1 Rn. 121, 133.

¹⁵⁵ BVerfG NJW 2018, 2695 (2699 f. Rn. 128, 134).

¹⁵⁶ BVerfGE 127, 293 (328); Knop (Fn. 42), S. 106.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Einordnung des Prinzips als Staatsziel bzw. abwägungsrelevanter Belang von Verfassungsrang verfehlt.

Zu diesem Befund kommt erschwerend die folgende Problematik hinzu: Dass die Norm des Art. 103 Abs. 2 GG überhaupt einer Abwägung – mit kollidierendem Verfassungsrecht – zugänglich ist, wird vielfach bezweifelt.¹⁵⁷ Jedenfalls die Rechtsprechung des BVerfG spricht dafür, von einer Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auszugehen. Das Gericht billigte im Falle der Mauerschützen zwar eine Durchbrechung des Art. 103 Abs. 2 GG, betonte indes zugleich den Ausnahmecharakter dieser Vorgehensweise und die Absolutheit des Gewährleistungsgehalts.¹⁵⁸ In einer späteren Entscheidung stellte es zudem klar, dass „anders als das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG folgende allgemeine Vertrauensschutzgebot [...] das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG der Abwägung nicht zugänglich [ist]“.¹⁵⁹ Eine Differenzierung zwischen dem Rückwirkungsverbot und den übrigen Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips unter diesem Gesichtspunkt ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Vielmehr deuten die Entscheidungsgründe auf einen intendierten Gleichlauf hin.¹⁶⁰

c) Völkerstrafrecht als Expertenstrafrecht?

Auch das Vorbringen, jedenfalls die Kriegsverbrechen rechtfertigten als Expertenstrafrecht¹⁶¹ eine Herabsetzung des

verfassungsrechtlichen Schutzniveaus,¹⁶² vermag nicht zu überzeugen.¹⁶³

Zum einen würde die – durchaus problematische – Fragmentierung des Gesetzlichkeitsprinzips in relativierbare und nicht relativierbare Teilbereiche durch diese Argumentation noch weiter betrieben (dieses Mal in die Tiefe). Zudem vermag die Beteiligung von Experten zwar der Dimension der Vorhersehbarkeit, nicht aber der staatsorganisationsrechtlichen Säule des Art. 103 Abs. 2 GG, der zufolge nicht der Richter, sondern das Parlament über die Reichweite der Strafgesetze bestimmen soll,¹⁶⁴ Rechnung zu tragen.

Zum anderen erscheint die Annahme eines Expertenstrafrechts zweifelhaft. Auf rein völkerrechtlicher Ebene wurde spätestens seit den Entscheidungen des ICTY der Tendenz hin zu einer weitgehenden Angleichung des gewohnheitsrechtlichen Bestandes humanitär-völkerrechtlicher Regelungen für internationale und nicht-internationale Konflikte Vorschub geleistet.¹⁶⁵ In der Folge sehen sich Akteure in nicht-internationalen Konflikten heutzutage vielfach ähnlichen Verhaltensanforderungen und damit – im Falle der grave breaches – Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt wie Teilnehmer an internationalen bewaffneten Konflikten. Gerade an nicht-internationalen Konflikten sind indes üblicherweise humanitär-völkerrechtlich nicht geschulte Konfliktparteien beteiligt.¹⁶⁶ Beispielhaft verwiesen sei nur auf Beteiligte aktueller nicht-internationaler Konflikte wie die Taliban in Afghanis-

¹⁵⁷ Gegen eine Einschränkung: BVerfGE 109, 133 (171 f.); *Degenhart* (Fn. 152), Art. 103 Rn. 54; *Ebert* (Fn. 125), S. 182 f.; *Gärditz* (Fn. 146), S. 380; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 17, 34; *Schröder*, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, 2013, S. 338 ff., 346; *Schulze-Fielitz* (Fn. 55), Art. 103 Abs. 2 Rn. 58; zweifelnd: *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 2; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 76; die Einschränkung befürwortend demgegenüber: *Darge* (Fn. 6), S. 247 f., 279 f.; *Kuhli* (Fn. 50), S. 108 ff. m.w.N.

¹⁵⁸ BVerfGE 95, 96 (130 ff., insbes. 132 f.).

¹⁵⁹ BVerfGE 109, 133 (171 f.).

¹⁶⁰ *Degenhart* (Fn. 152), Art. 103 Rn. 54, sieht die Entscheidung ebenfalls auf Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Gesamtheit bezogen. Anders sehen dies *Darge* (Fn. 6), S. 280 (dort Fn. 130), und *Remmert* (Fn. 152), Art. 103 Abs. 2 Rn. 136. Allerdings gilt es zu betonen, dass das Gericht kurz vor den oben zitierten Ausführungen, die nur das Rückwirkungsverbot betreffen, explizit auf alle Ausprägungen des nullapena-Prinzips einging und die Bedeutung des Prinzips und dessen Herleitung insgesamt behandelte.

¹⁶¹ Der Begriff des Expertenstrafrechts findet seinen Ausgangspunkt in der Annahme, dass sich das Nebenstrafrecht zumeist an Fachleute richte, die durch ihre Ausbildung und Informationsquellen für die strafrechtlichen Grenzen ihres Handelns regelmäßig besonders sensibilisiert seien und es daher gerechtfertigt erscheine, in derartigen Fällen die Ge-

setzlichkeitsmaßstäbe zu vermindern, vgl. hierzu *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 242 ff.

¹⁶² *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730); einschränkend *Satzger*, JuS 2004, 943 (946: „teilweise im Bereich der Kriegsverbrechen“); weitergehend *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 369 f.; vgl. zu Lockerungstendenzen mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot im Bereich des Nebenstrafrechts BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77, 97 ff. (juris).

¹⁶³ Ebenso *Bock* (Fn. 6), S. 129 f.; *Darge* (Fn. 6), S. 250 ff.; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (467).

¹⁶⁴ Eingehend hierzu BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 69, 77 (juris) = BVerfGE 126, 170.

¹⁶⁵ ICTY (AC), Beschl. v. 2.10.1995 – IT-94-1 (The Prosecutor v. Tadic), Rn. 96 ff., 126 f.; vgl. *Alamuddin/Webb*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 1219 (1221 f.); *Cassese et al.*, International Criminal Law, 3. Aufl. 2013, S. 69, 71; *Cryer et al.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4. Aufl. 2019, S. 267 ff.; *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law Study, 2005, S. XXXV; *Kreß*, Journal of Conflict and Security Law 15 (2010), 245 (258); *Safferling*, in: Bouffier/Horn/Poseck/Radtke/Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa, Liber Amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, 2016, S. 437 (446); der Annahme einer zwischenzeitlich vollständigen Assimilation aus nachvollziehbaren Gründen kritisch gegenüberstehend: *Akande*, in: Wilmschurst (Hrsg.), International Law and the Classification of Conflicts, 2012, 32 (36 f.).

¹⁶⁶ *Bock* (Fn. 6), S. 130; *Darge* (Fn. 6), S. 251.

tan¹⁶⁷ oder Mitglieder bewaffneter Oppositionsgruppen in Bezug auf ihre Auseinandersetzungen mit der syrischen Zentralregierung.¹⁶⁸ Insofern vermag die Annahme eines Expertenstrafrechts schon unter diesem rein völkerrechtlichen Gesichtspunkt nicht zu überzeugen. Der Einwand fehlender rechtlicher Schulung bewaffneter Kämpfer erweist sich in der Folge aber auch im Hinblick auf die nationalen Umsetzungsnormen des VStGB als durchaus tragfähig. Dies gilt umso mehr, als diese nicht nur die Abbildung der Tatbestände des Rom-Statuts zum Ziel haben, sondern darüber hinausreichen, indem sie den gesicherten Bestand des Völkergewohnheitsrechts – und damit auch die angenäherte Rechtslage – abbilden sollen.¹⁶⁹ Anders als das Rom-Statut folgt das VStGB nicht dem sog. „two-box approach“, sondern orientiert sich weitestgehend an der Assimilierungsrichtlinie der UN-Ad-hoc-Tribunale, vgl. nur §§ 8 Abs. 1, Abs. 2, 9 Abs. 1, 10 Abs. 1, Abs. 2, 11 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 1, Abs. 2 VStGB.¹⁷⁰

Ferner gilt es die zunehmende Transnationalisierung und Internationalisierung der Konfliktverläufe als besondere Herausforderung zu bedenken. In diesem Zusammenhang ist es denkbar, dass Konflikten ein internationaler Charakter zugeschrieben wird, obgleich auch nicht-staatliche Akteure involviert sind, deren Kämpfer von einer Appellfunktion des Konfliktvölkerstrafrechts nur bedingt erreicht werden.

Als problematisch erweisen sich insbesondere sogenannte „transnationale Konflikte“, also Situationen, in denen sich ein Staat im Konflikt mit einer nicht-staatlichen bewaffneten Gruppierung auf dem Gebiet eines anderen Staates befindet.¹⁷¹ Beispielhaft sei auf das Vorgehen der USA und ihrer Alliierten gegen den IS auf dem Staatsgebiet Syriens verwiesen. Ob derartige transnationale Konflikte als international oder nicht-international einzustufen sind, ist dogmatisch umstritten und überdies noch höchst einzelfall-, weil faktenabhängig.¹⁷² Vielfach ist hier allerdings eine Tendenz hin zur

abstrakten Einordnung transnationaler Konflikte als solche nicht-internationaler Art zu vernehmen.¹⁷³

Unabhängig davon sind Fallgestaltungen denkbar, in denen ein ausländischer Staat mit nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen im Kampf gegen einen anderen Staat in zurechenbarer Weise (!) zusammenarbeitet. In derartigen Fällen, die vielfach unter dem Terminus der „indirekten Intervention“ firmieren, dürfte nur schwerlich von einem nicht-internationalen Konflikt auszugehen sein.¹⁷⁴ In der Folge wäre das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts auf Akteure (die Aufständischen) anwendbar, deren Kenntnisse im humanitären Völkerrecht allenfalls rudimentär sein dürften.

Dieser Befund wird auch nicht etwa durch besondere Formulierungen des VStGB entschärft. *Darge* weist vielmehr zutreffend darauf hin, dass der Adressatenkreis des VStGB vielfach nicht auf „Soldaten regulär konstituierter staatlicher Armeen“ beschränkt ist, sondern sich an eine Vielzahl an Kämpfergruppen richtet („wer“).¹⁷⁵

Vor diesem Hintergrund kommt man nicht umhin, Kriegsverbrechen als theoretische wie praktische „Jedermann-Delikte“ einzustufen.¹⁷⁶ Von einem Expertenstrafrecht, das eine Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips denkbar machen würde, könnte das Rechtsgebiet hingegen inzwischen vielfach nicht weiter entfernt sein. Die Einstufung zahlreicher Konfliktbeteiligter als „Experten“ würde den Realitäten in den Konfliktgebieten schlicht nicht gerecht, stellte vielmehr eine unangebrachte Fiktion zulasten der Betroffenen dar.¹⁷⁷

¹⁶⁷ Vgl. ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2017, Rn. 240, 249, abrufbar unter

https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE_ENG.pdf (3.7.2020); *Safferling* (Fn. 165), S. 444.

¹⁶⁸ Vgl. BGHSt 62, 272 (274 Rn. 11).

¹⁶⁹ Vgl. hierzu: *Kreicker* (Fn. 25), S. 65 ff.; *Günther/Reuss*, in: *Safferling/Kirsch* (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, 2014, S. 127 (129), *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 8 Rn. 15.

¹⁷⁰ *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), *VStGB Vor § 8 Rn. 2, 17*; *Safferling* (Fn. 165), S. 446; *Kirsch*, in: *Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 287 (289); vgl. auch BGH, *Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10*, Rn. 32 (juris).

¹⁷¹ Vgl. *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 272; ähnlich: *Kreß*, *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), 245: „phenomenon which may be defined as cross-border armed violence between a state and a (collective) non-state actor“.

¹⁷² Hierzu *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 272 f.; *Safferling* (Fn. 165), S. 444 ff.; einen instruktiven Überblick über den Meinungsstand bietet *Kreß*, *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), 245 (253 ff.).

¹⁷³ ICC (TC I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (The Prosecutor v. Lubanga Dyolo)*, Rn. 541; US Supreme Court, *Urt. v. 29.6.2006 – (2006) 548 US (Hamdan v. Rumsfeld)*, S. 67; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 272 f.; *Paulus/Vashakmadze*, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 95 (111 f.); *Kreß*, *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), 245 (255 ff.), der zugleich die Grenzen dieser Einordnung herausarbeitet; a.A. Supreme Court of Israel, *Urt. v. 11.12.2005 – HCJ 769/02 (The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel)*, Rn. 18; *Akande* (Fn. 165), S. 73 ff.; implizit wohl auch ICJ, *Urt. v. 19.12.2005 – ICJ-Rep. 2005, 168 (Armed Activities on the Territory of the Congo [Democratic Republic of the Congo v. Uganda])*, Rn. 163 ff., 215 ff.; differenzierend: *Safferling* (Fn. 165), S. 445.

¹⁷⁴ Für die Einordnung als internationaler Konflikt: ICC (TC I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (The Prosecutor v. Lubanga Dyilo)*, Rn. 541; ICC (TC II), *Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (The Prosecutor v. Katanga)*, Rn. 1177; *Ambos* (Fn. 37), § 7 Rn. 241 f.; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 271 f.; *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), *VStGB § 8 Rn. 102*; *Paulus/Vashakmadze*, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 95 (111).

¹⁷⁵ *Darge* (Fn. 6), S. 250; zustimmend *Bock* (Fn. 6), S. 130.

¹⁷⁶ *Jähnke*, *ZIS* 2010, 463 (467); in diesem Sinne: *Darge* (Fn. 6), S. 250 ff.

¹⁷⁷ Ähnlich *Darge* (Fn. 6), S. 253.

d) Lockerung des Analogieverbots mit Blick auf das Komplementaritätsprinzip

Soweit von Seiten der Befürworter einer Lockerung das Komplementaritätsprinzip und insbesondere die Regelung des Art. 17 Rom-Statut fruchtbar gemacht werden, wirft dies die folgende Frage auf: Gebieten Sinn und Zweck des Prinzips der Komplementarität zwingend den Schluss, das innerstaatliche Gesetzlichkeitsprinzip zu lockern? Anders gewendet: Droht durch unterlassene strafgerichtliche Verurteilungen bzw. strafrechtliche Verfolgungen auf nationaler Ebene eine praktische Entleerung des Komplementaritätsprinzips?

Erblickt man in diesem Prinzip primär ein Regime zum Schutze staatlicher Souveränität,¹⁷⁸ wird man nicht umhinkommen, diesen Schluss zu ziehen. Würde man von einer Lockerung absehen, so stünde der unerwünschte Pfad zur Strafverfolgung auf Ebene des ICC in bestimmten Fällen offen.¹⁷⁹ Ein derart staatenzentriertes Verständnis der Norm würde indes die ergänzende Intention (complementarity) der Norm gänzlich ausblenden.¹⁸⁰ Insbesondere die Regelung des Art. 17 Rom-Statut stellt eine ausbalancierte Kompromisslösung zwischen dem Schutz staatlicher Souveränität und der Vermeidung von Straflosigkeit dar;¹⁸¹ eine einseitig staatenzentrierte Auslegung würde ihrem Wertungsgehalt nicht gerecht. Art. 17 Rom-Statut weist dem Gerichtshof gerade auch eine Aufsichts- und Kontrollkompetenz¹⁸² sowie eine Auffangfunktion zu.¹⁸³

¹⁷⁸ In diese Richtung z.B. *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume III: International Criminal Procedure, 2016, S. 270; *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (595); vgl. auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 345, die den Schutz staatlicher Souveränität besonders betonen; vgl. aber auch den Überblick über die weiteren Zwecksetzungen des Art. 17 Rom-Statut bei *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 314.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu: *Hassanein*, International Criminal Law Review 15 (2015), 101; einen Ausweg skizzieren *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84.

¹⁸⁰ Vgl. ICC (AC), Urt. v. 30.8.2011 – ICC-01/09-02/11 OA (The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta & Ali), Rn. 36; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 155; *Lafleur* (Fn. 50), S. 146 f.; *Geneuss* (Fn. 48), S. 149.

¹⁸¹ *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (600 f.); *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (631 f.); *El Zeidy*, The Principle of Complementarity in International Criminal Law, 2008, S. 158; *Geneuss* (Fn. 48), S. 152; *Hassanein*, International Criminal Law Review 15 (2015), 101 (115).

¹⁸² *Ambos* (Fn. 37), § 8 Rn. 12; *Cryer*, Prosecuting International Crimes, 2005, S. 148 f.; *Jeßberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1081 (1087 ff.); *Geneuss* (Fn. 48), S. 151; *Stahn*, Criminal Law Forum 19 (2008), 87 (97); *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 314.

¹⁸³ *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632); *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 155; *Stahn*, Criminal Law Forum 19 (2008), 87 (96 f., 113); *Solera*, International Review of the Red Cross 84 (2002), 145 (148).

Führt ein Festhalten am hergebrachten Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips nicht erst zu einer praktischen Wirksamkeit des Prinzips der Komplementarität? Auf den ersten (staaten-zentrierten) Blick mag dies zunächst zynisch anmuten. Versteht man die Lückenfüllungsfunktion des ICC hingegen umfassend, erscheint dies nur folgerichtig. Ein Aufgreifen der Rechtssache durch den ICC mag in derartigen Fällen politisch wenig opportun erscheinen,¹⁸⁴ völkerrechtlich realisiert sich indes schlichtweg die Regelungsintention, die den ICC als „letzte Zufluchtsstätte“ bzw. „Notfall- und Reservegericht“¹⁸⁵ im Kampf gegen Straflosigkeit ansieht. Hierdurch wird letztlich dem völkerrechtlichen Effektivitätsgrundsatz Rechnung getragen.¹⁸⁶ Zudem werden Staaten nicht zur Preisgabe fundamentaler verfassungsrechtlicher Grundsätze gezwungen.¹⁸⁷ In einem derartigen Fall ist einzig die dem Art. 17 Rom-Statut zugrunde liegende Vermutung widerlegt, dass nationale Justizsysteme zur Vermeidung von Straflosigkeit stets besser geeignet sind.¹⁸⁸

Dass dieses Vorgehen letztlich dem Erreichen einer Verurteilung diene, die im nationalen Rechtssystem verfassungsrechtlich zweifelhaft wäre,¹⁸⁹ ist aus mehreren Gründen kein durchgreifendes Gegenargument. Erstens haben sich das Gesetzlichkeitsverständnis des Völkerstrafrechts und des deutschen Verfassungsrechts durchaus angenähert.¹⁹⁰ Partiiell reicht der Gewährleistungsgehalt des völkerstrafrechtlichen Analogieverbots sogar über den des verfassungsrechtlichen hinaus, vgl. Art. 22 Abs. 2 S. 2 Rom-Statut.¹⁹¹ Zweitens dürfte spätestens seit der Entscheidung der Berufungskammer des ICC in der Rechtssache Bemba sowie den entsprechenden Sondervoten klar sein, dass auch Verfahren auf internationaler Ebene keineswegs immer eine Verurteilung nach sich ziehen. Vielmehr betonten die Richter die Bedeutung der Wahrung von Beschuldigtenrechten.¹⁹² Drittens mag ein angenähertes Gesetzlichkeitsverständnis einem Angeklagten

¹⁸⁴ *Burchards*, Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten, 2005, S. 328; *Darge* (Fn. 6), S. 256; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 363.

¹⁸⁵ *Ambos* (Fn. 170), VStGB § 1 Rn. 22.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 366.

¹⁸⁷ Vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

¹⁸⁸ Vgl. zu dieser Vermutungsregel: *Ambos* (Fn. 178), S. 270; *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632); *Gioia*, Leiden Journal of International Law 19 (2006), 1095 (1115).

¹⁸⁹ *Darge* (Fn. 6), S. 256; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469).

¹⁹⁰ Dies konzidiert auch *Darge* (Fn. 6), S. 256; eingehend hierzu *Cote Barco*, Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen, 2018, S. 418 ff.

¹⁹¹ *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 367.

¹⁹² ICC (AC), Urt. v. 8.6.2018 – ICC-01/05-01/08 A (The Prosecutor v. Bemba Gombo), Joint Separate Opinion van den Wyngaert/Morrison, Rn. 5; eine Einordnung der Entscheidung findet sich bei *Heinze*, Some Reflections on the Bemba Appeals Chamber Judgment, Blog-Beitrag v. 18.6.2018, OpinioJuris, abrufbar unter <http://opiniojuris.org/2018/06/18/some-reflections-on-the-bemba-appeals-chamber-judgment/> (11.7.2020).

zwar wenig Vorteile bringen, wenn sich existente Abweichungen zwischen nationaler VStGB-Norm und völkerstrafrechtlicher Mutternorm in der Praxis realisieren.¹⁹³ Hieraus aber den Schluss zu ziehen, die mit der Kaschierung etwaiger gesetzgeberischer Umsetzungs- bzw. Formulierungsdefizite verbundene Relativierung einer grundlegenden Verfassungsentscheidung sei einer strafrechtlichen Aufarbeitung durch das dafür vorgesehene internationale Forum um jeden Preis vorzuziehen, erscheint fragwürdig.¹⁹⁴ Zuletzt gilt es zu bedenken, dass Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG – zumindest theoretisch – sehr wohl auch eine Auslieferung an den ICC vorsieht.¹⁹⁵

Im Übrigen dürfte das souveränitätsschonende Moment des Prinzips der Komplementarität im Rahmen des Rom-Statuts auch anders zu verstehen sein als jenes im Rahmen der Subsidiaritätsregime von Menschenrechtsverträgen.¹⁹⁶ Auch wenn bisweilen die Ähnlichkeit des Art. 17 Rom-Statut zu derartigen Vorschriften hervorgehoben wird,¹⁹⁷ erschiene jedenfalls eine schematische Parallelisierung der Wertungsgelände bedenklich.¹⁹⁸ In Menschenrechtssystemen sitzen die Mitgliedstaaten „auf der Anklagebank“. Sie sollen daher eine – die Bloßstellung durch den Spruchkörper vermeidende – Möglichkeit der Selbstbesserung erhalten.¹⁹⁹ In Völkerstrafverfahren steht demgegenüber die vertikale Adjudikation des Individuums als Adressat völkerstrafrechtlicher Normen im Mittelpunkt. Zwar wirkt der ICC durch seine (horizontale) Kontrolle der Mitgliedstaaten im Rahmen der Art. 17, 19 Rom-Statut auch auf die Erfüllung der völkerrechtlichen Strafverfolgungsverpflichtungen hin. Diese Tätigkeit dient jedoch einzig dazu, in indirekter Weise die Straflosigkeit etwaiger Völkerstraftaten zu vermeiden.²⁰⁰ Das Tätigwerden

des ICC zielt auf ein Vorgehen gegen einen (vermeintlichen) Straftäter ab. Der Vorwurf unzureichender mitgliedstaatlicher Pflichterfüllung ist ein – wenn auch nicht unerhebliches – Nebenprodukt.²⁰¹ Diese Zielsetzungen sind allerdings wesentlich verschieden verglichen mit dem mitgliedstaatlichen Interesse an der Ausräumung (eigener) staatlicher Menschenrechtsverletzungen. Eine Heranziehung der Judikatur der Spruchkörper in Menschenrechtssystemen erscheint daher nicht zielführend.²⁰²

Im völkerstrafrechtlichen Kontext streiten zudem insbesondere praktische Erwägungen wie die einer effektiven Ressourcenallokation (aufwandsärmerer Zugang zu Beweismitteln und Ressourcen auf nationaler Ebene) und einer Verringerung des Risikos von Beweisführungslücken für den Vorrang nationaler Strafverfolgung.²⁰³ Derlei Erwägungen stellen indes einzig Unterpunkte des übergeordneten Ziels dar, systematische Straflosigkeit zu vermeiden.²⁰⁴ Auch insoweit sieht sich die Bedeutung des souveränitätsschonenden Moments also einer Relativierung ausgesetzt.

Der Eindruck eines Zurücktretens des souveränitätsschonenden Moments findet auch in der Staatspraxis Bestätigung. In Verfahren vor dem ICC unterstützten sowohl die Demokratische Republik Kongo als auch die Elfenbeinküste und die Zentralafrikanische Republik ein Vorgehen des ICC, obgleich sie die Gelegenheit hatten, den Einwänden der jeweiligen Angeklagten beizutreten.²⁰⁵

Im Übrigen muss man bedenken, dass eine etwaige Beeinträchtigung der Souveränität aufgrund der rein-punktuellen Bewertung des Zustands des nationalen Justizsystems im Rahmen des Art. 17 Rom-Statut als eher gering einzustufen sein dürfte. Der ICC würde im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung den Zustand des Justizsystems in der jeweils konkreten Situation bewerten und nicht das System in Gänze.²⁰⁶

Zuletzt gilt es zu betonen, dass auch der deutsche Gesetzgeber keine Deckungsgleichheit mit dem Völkerrecht um jeden Preis bezweckte. Vielmehr sah er von einer Angleichung ab, wenn ihm Regelungen des Rom-Statuts als mit zwingenden Verfassungsvorgaben oder sachgerechten natio-

¹⁹³ So dürfte *Darge* (Fn. 6), S. 256 a.E. zu verstehen sein.

¹⁹⁴ Dies dürfte auch nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen, der gerade an einer verfassungskonformen Gesetzeslage interessiert war, vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 17, 20, 22; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

¹⁹⁵ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 56); *Maaßen*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 63), Ed. 43, Stand: 1.12.2019, Art. 16 Rn. 70.

¹⁹⁶ *Stahn*, A Critical Introduction to International Criminal Law, 2019, S. 222 f.

¹⁹⁷ *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 5. Aufl. 2017, S. 171; ähnlich, aber einschränkend: *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (603 f.).

¹⁹⁸ *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (603 f., 614); vgl. auch: ICC-OTP, Informal expert paper – The principle of complementarity in practice, 2003, Rn. 49, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf> (11.7.2020).

¹⁹⁹ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.7.1999 – 25803/94 (*Selmouni v. France*), Rn. 74; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2018, S. 49.

²⁰⁰ In diese Richtung auch *Jeßberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1081 (1085, 1087);

Brighton, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632).

²⁰¹ So wohl auch: *Jeßberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1081 (1087 f.).

²⁰² Zutreffend daher *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (614).

²⁰³ Vgl. nur ICC-OTP (Fn. 198), Rn. 1; *Cassese et al.* (Fn. 165), S. 298; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 155; *Geneuss* (Fn. 48), S. 152 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 312, 314.

²⁰⁴ *Stahn*, Criminal Law Forum 19 (2008), 87 (91 ff., 113); vgl. auch *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632); *Gioia*, Leiden Journal of International Law 19 (2006), 1095 (1115); *Lafleur* (Fn. 50), S. 353 ff.

²⁰⁵ *Stahn*, in: *Stahn* (Hrsg.), The Law and Practice of the International Criminal Court, S. 228 (232 m.w.N.).

²⁰⁶ *Moreno-Ocampo*, in: *Stahn/El Zeidy* (Hrsg.), The International Criminal Court and Complementarity – from Theory to Practice, 2011, S. 21 (23); kritisch *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (603 Fn. 57).

nalen Regelungen unvereinbar erschienen.²⁰⁷ Dies wirft indes Zweifel auf, ob der – noch weniger dazu berufene – Rechtsanwender einer derartigen Direktive unterworfen werden kann.

Nach alledem verbleiben zahlreiche Probleme bei dem Versuch, dem Komplementaritätsprinzip eine Wertung zu entnehmen, die eine Aufopferung nationalen Verfassungsrechts fordert.²⁰⁸

e) Fazit

Angesichts dessen bleibt festzustellen, dass weder eine partielle noch eine generelle Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips überzeugend begründet werden können. Zum einen halten sie einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht stand. Zum anderen sind sie auch unter Hinzuziehung völkerrechtlicher Erwägungen nicht überzeugend herzuleiten.

3. Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund ist einer Lockerung des Analogieverbots anlässlich der innerstaatlichen Umsetzung des Völkerstrafrechts sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus völkerrechtlicher Perspektive eine Absage zu erteilen. In der Folge lässt sich allerdings auch eine Heilung der durch die strafgerichtliche Praxis verursachten Verstöße gegen das Analogieverbot nicht begründen.

V. Ergebnis

Dieser Beitrag hat sich primär mit der Auslegung des VStGB und deren Grenzen auseinandergesetzt. Die vielfach thematisierten Aspekte der Normenbestimmtheit und des Verbots der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht sind hingegen ausgeblendet worden.²⁰⁹ Gleichwohl fanden zahlreiche, im dortigen Zusammenhang erörterte Gesichtspunkte Eingang in die hiesige Untersuchung. Abschließend lassen sich die folgenden Ergebnisse formulieren:

1. Der Grundsatz der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit ist als Fallgruppe des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit anzusehen. Er unterliegt folglich auch denselben Beschränkungen.

2. Eine Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips, insbesondere des Analogieverbots, ist nicht zu rechtfertigen. Sie wäre mit geltendem Verfassungsrecht, insbesondere den Grenzen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit, unvereinbar. Im Übrigen lässt sie sich weder unter dem Gesichtspunkt der praktischen Konkordanz noch dem des Expertenstrafrechts oder des Prinzips der Komplementarität begründen.

3. In der Folge lässt sich eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips durch die Rechtspraxis nicht unter Berufung auf übergeordnete Wertungen heilen. Dieses Vorgehen erscheint – mit Blick auf die konkret untersuchte Rechtsprechungslinie – zwar kriminalpolitisch und unter dem Gesichtspunkt effek-

tiver Strafverfolgung durchaus nachvollziehbar, in strafverfassungsrechtlicher Hinsicht hingegen bedenklich.

²⁰⁷ Vgl. Weigend (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 2.

²⁰⁸ So wohl auch Roxin/Greco (Fn. 6), § 5 Rn. 84; Satzger (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

²⁰⁹ Vgl. hierzu: Kuhli (Fn. 6), S. 1 ff.; ders. (Fn. 50), S. 91 ff.; Jähnke, ZIS 2010, 463 (466 ff.); Darge (Fn. 6), S. 241 ff.

Eine kritische Betrachtung der Anknüpfungspunkte des § 7 StGB

Zugleich ein Votum für eine Streichung der sog. „Neubürgerklausel“ qua Verfassungswidrigkeit

Von Privatdozent Dr. Christoph Zehetgruber, Bayreuth*

Der vorliegende Beitrag widmet sich innerhalb der Strafanwendungsvorschrift des § 7 StGB in kritischer Weise den dort niedergelegten, völkerrechtlich konnotierten Prinzipien bzw. Anknüpfungspunkten in Bezug auf die Wahrnehmung deutscher Strafgewalt. Er spricht sich im Ergebnis für eine Interpretation der gesamten Norm als solche der stellvertretenden Strafrechtspflege aus. Darüber hinaus votiert er für die Streichung einer Variante des § 7 StGB – der sog. „Neubürgerklausel“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB) – wegen ihrer Verfassungswidrigkeit.

The following article discusses in a critical manner the principles of criminal international law which are laid down within a special legal rule of jurisdiction, § 7 StGB (German Penal Code). These principles or links are vital to constitute penal power under the conditions of § 7 StGB. As a result, the article recommends to interpret the legal rule in its entirety under the principle of deputy criminal justice. Besides, the article votes for the cancellation of a certain variation of this legal rule in question, the so called „Neubürgerklausel“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB) based on grounds of unconstitutionality.

I. Einführung

Die Vorschriften der §§ 3–7 und 9 StGB, für welche sich im deutschen Strafrecht der für Missverständnisse prädestinierte Terminus des Internationalen Strafrechts bzw. jener des Strafanwendungsrechts etabliert hat, sind trotz ihrer doch langen Verankerung im Rechtsbestand immer noch hoch umstritten. Differente Sichtweisen und diesbezüglich als schlagend angenommene, unterschiedliche Geltungsgründe wirken maßgeblich auf die Interpretation der einzelnen Vorschriften ein¹ und bewirken im Ergebnis erhebliche Diskrepanzen und eine Vielzahl unterschiedlicher Ansichten in Rechtsprechung und Lehre. Gerade § 7 StGB bietet auf Basis seiner Normstruktur und der – nach h.M. in jenem zum Ausdruck gelangenden – unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für die Begründung deutscher Strafkompetenz für eine diesbezügliche Auseinandersetzung ein hervorragendes Beispiel. Der vorliegende Beitrag widmet sich nach grundsätzlichen Überlegungen sowie Diskussion und Stellungnahme hinsichtlich der Anknüpfungspunkte der genannten Norm weiteren, bislang eher stiefmütterlich behandelten Schwierigkeiten einer (Teil-)Vorschrift, der sog. „Neubürgerklausel“ des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, und votiert im Ergebnis für eine

Streichung derselben wegen ihrer Verfassungswidrigkeit sowie ein insgesamt anderes Verständnis des § 7 StGB.

II. Zum Begriff des internationalen Strafrechts im gegebenen Kontext

Die Bezeichnung der §§ 3–7, und 9 StGB als „Internationales Strafrecht“² ist unglücklich gewählt, stellen jene Vorschriften doch (explizit etwa anders als die Normen des internationalen Privatrechts) keineswegs Regeln dar, welche im Kollisionsfall von mehreren Rechtsordnungen zueinander Lösungen bereitstellen.³ Vielmehr bringen die genannten Normen schlicht zum Ausdruck, in welchen Fallkonstellationen deutsches Strafrecht auf einen Sachverhalt mit „Auslandsberührung“ zur Anwendung zu bringen ist,⁴ sie sind – wie bereits die amtliche Überschrift vor § 1 StGB zum Ausdruck bringt – schlicht Geltungsbereichsnormen,⁵ und bilden innerstaatliches Rechtsanwendungsrecht.⁶ Der Begriff des „Internationalen Strafrechts“ ist im Kontext der diesbezüglichen Strafanwendungsregeln der §§ 3–7 und 9 StGB daher missverständ-

* Der Verf. ist akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht II der Universität Bayreuth und im Sommersemester 2020 als Lehrstuhlvertreter an der Universität Bielefeld tätig.

¹ Siehe nur Werle/Jeßberger, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 7 Rn. 10 mit Nachw. in Fn. 9; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (144).

² Vgl. näher zum Begriff und dessen unterschiedlichen Bedeutungsebenen nur Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 2 ff.; Bock, HRRS 2010, 92 mit Nachw. in Fn. 2; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 2 Rn. 2; Schmitz, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 619; Schiemann, JR 2017, 339 mit Nachw. in Fn. 3; Woessner, ZRP 1976, 248; Wolfrum, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht – Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 977 (979 Fn. 7).

³ Siehe hierzu nur Bock, HRRS 2010, 92 mit Nachw. in Fn. 4; Pawlik, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 357 Fn. 1; Schmitz (Fn. 2), S. 619; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, § 9 Rn. 240.

⁴ Ähnlich Satzger (Fn. 2), § 3 Rn. 2 f.; Schiemann, JR 2017, 339, mit Verweis auf Ambos in Fn. 4.

⁵ Statt vieler Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 16, 17; Oehler, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 771; Ambos (Fn. 2), § 1 Rn. 3; Pawlik (Fn. 3), S. 357 Fn. 1; vgl. auch Bock, HRRS 2010, 92; Schneider, ZIS 2013, 488 (489); dies., in: Asholt/Kuhli/Ziemann/Basak/Reiß/Beck/Nestler (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, 2015, S. 101; Schmitz (Fn. 2), S. 619; Grünwald, StV 1991, 31 (33).
⁶ BayObLG NJW 1998, 392 (393); ähnlich bereits Lackner, JR 1968, 268; Mosiek, StV 2008, 94 (98).

lich, was dazu führen sollte, diesen Terminus durch jenen des transnationalen bzw. des Strafanwendungsrechts⁷ zu ersetzen.

III. Originäre und derivative Strafgewalt als Hintergrund der Prinzipien des deutschen Strafanwendungsrechts sowie Auslegungsparameter für § 7 StGB

Eng verzahnt mit den für § 7 StGB sogleich (siehe IV.) zu skizzierenden, völkerstrafrechtlichen Anknüpfungspunkten ist die (Vor-)Frage, welche Form von Strafgewalt im Falle der Einschlägigkeit jeder Variante von § 7 StGB tatsächlich ausgeübt wird, ob somit in concreto originäre oder derivative Strafgewalt bzw. ein ebensolcher Strafanspruch Deutschlands besteht. Als originäre (ursprüngliche) Strafgewalt wird eine solche charakterisiert, die im Interesse eines Staates, die Geltung seiner eigenen Rechtsordnung zu garantieren und die Rechtsgüter seiner Bürger (und der Gemeinschaft aller als solches) zu schützen, bestimmte Verhaltensweisen der eigenen Strafgewalt unterwirft.⁸ Damit verbunden ist auch die Zuständigkeit der eigenen Verfolgungs- und Rechtsprechungsgremien, diesen originären Strafanspruch durchzusetzen.⁹ Derivative oder abgeleitete Strafgewalt umschreibt hingegen die Konstellation eines Staates, der ein Strafverfahren nicht im Eigeninteresse, sondern im Interesse eines anderen Staates oder internationalen Organs durchführt, welcher/welches nicht imstande ist, die in Frage stehende Straftat selbst zu verfolgen und seine insofern originäre Strafgewalt zur Ausübung gelangen zu lassen.¹⁰ Bestehen nun (nur exemplarisch zu verstehen) etwa in einem Staat Hindernisse, einen habhaft gemachten eigenen Staatsangehörigen oder Ausländer an einen ersuchenden Staat, etwa auf Grund eines nicht erfolgreichen Auslieferungersuchens qua innerstaatlicher gesetzlicher Bestimmungen auszuliefern, so bestimmt der Grundsatz der internationalen Solidarität, dass der ersuchte Staat (sofern weitere Voraussetzungen vorliegen) ein Strafverfahren stellvertretend für den ersuchten Staat, somit in dessen Interesse, zu führen hat.¹¹ Die Strafgewalt des ersuchten Staates ist somit klar ersichtlich von jener des ersuchenden Staates abgeleitet;¹² ferner stellt sie sich hinsichtlich der originären Strafgewalt dieses Staates als subsidiär dar,¹³

und der ersuchte Staat setzt konkret nicht sein eigenes Strafrecht (seinen eigenen Strafanspruch), sondern das Strafrecht des ersuchenden Staates (dessen Strafanspruch) durch,¹⁴ wengleich (zumindest in Deutschland) dies nicht im Sinne „echter Fremdrechtsanwendung“, sondern grundsätzlich in Gestalt der nationalen strafrechtlichen Normen geschieht.¹⁵ Die vorgenommene Unterscheidung zwischen den Strafgewalten ist somit – gerade im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte der Varianten des § 7 StGB, das Gesamtverständnis der Norm als solcher und hinsichtlich der konkreten Auslegung deren Tatbestandsmerkmale (siehe V.) sowie den daraus erwachsenden Folgen – von enormer Bedeutung.

IV. Prinzipien des Strafanwendungsrechts im Rahmen von § 7 StGB – Ansichten und eigene Standpunkte

1. Allgemeines

Wie bereits angesprochen, eignet sich § 7 StGB, welcher – im Gegensatz zu den die deutsche Strafgewalt ebenfalls auf Auslandstaten erstreckenden Vorschriften der §§ 5, 6 StGB¹⁶ – dieses Ziel nicht über eine katalogartige Aufzählung bestimmter Delikte, sondern in generellerer Art und Weise verfolgt,¹⁷ hervorragend dazu, einige unterschiedliche Prinzipien des Strafanwendungsrechts und die Auswirkungen, welche die jeweilige Annahme oder Nichtannahme eines solchen im Ergebnis zeitigt, darzustellen und zu diskutieren. Die Frage, welche Anknüpfungspunkte i.S.v. die Ausdehnung der Strafgewalt legitimierenden „genuine links“¹⁸ tatsächlich den einzelnen Tatbestandsvarianten des § 7 StGB zu Grunde liegen, ist hierbei hoch umstritten und führt in der konkreten Auslegung der Norm¹⁹ zu bisweilen großen Dis-

⁷ Ambos (Fn. 2), § 1 Rn. 2 mit Nachw. in Fn. 3; Krey/Esser (Fn. 3), § 9 Rn. 240; siehe allgemein ferner Mosiek, StV 2008, 94 (98). Krit. auch insoweit und ausführlich Rotsch, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, StGB Vor §§ 3–7 Rn. 1 ff.

⁸ Böse, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1311 (1315 mit Nachw. in Fn. 29); Jeßberger (Fn. 5), S. 11.

⁹ In diesem Sinne instruktiv Böse (Fn. 8), S. 1315 f. mit Nachw. in Fn. 30; Jeßberger (Fn. 5), S. 11.

¹⁰ Böse (Fn. 8), S. 1316 mit Nachw. in Fn. 31; Jeßberger (Fn. 5), S. 11 f.

¹¹ Siehe Böse (Fn. 8), S. 1316 mit Nachw. in Fn. 33; Bock, HRRS 2010, 92 (94 mit Nachw. in Fn. 32); Jeßberger (Fn. 5), S. 12.

¹² Pawlik (Fn. 3), S. 378.

¹³ Böse (Fn. 8), S. 1316 Fn. 34.

¹⁴ Böse (Fn. 8), S. 1317; Jeßberger (Fn. 5), S. 12.

¹⁵ Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 13 mit Nachw. in Fn. 72; Reinbacher, ZJS 2018, 142 mit Nachw. in Fn. 3. In diesem Rahmen sind Wertentscheidungen anderer Rechtsordnungen zu berücksichtigen; siehe nur Satzger (Fn. 2), § 4 Rn. 15; § 5 Rn. 93 ff., 99, 101; Bock, HRRS 2010, 92 (94).

¹⁶ Jene sind vorrangig zu prüfen, sodass § 7 StGB nur dann zur Anwendung gelangt, wenn nicht bereits über §§ 5 oder 6 StGB die deutsche Strafgewalt im konkreten Fall begründet wurde; vgl. nur Satzger, JURA 2010, 190; a.A. Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 3, welcher dafür votiert, im Falle des Vorliegens sowohl der Voraussetzungen nach §§ 5, 6 als auch des § 7 StGB für den konkreten Sachverhalt die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf beide Vorschriften zu stützen.

¹⁷ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 7 Rn. 1; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 7 Rn. 1; Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 1; Reinbacher, ZJS 2018, 142; siehe auch Schneider (Fn. 5), S. 102.

¹⁸ Schiemann, JR 2017, 339.

¹⁹ Allgemein darauf hinweisend etwa Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 10 f., 16, 21.

krepanzen des grundsätzlichen und/oder inhaltlich-einzelfallbezogenen Geltungsumfangs des deutschen Strafrechts in Fällen mit Auslandsberührung.

Geeint werden sämtliche Varianten des § 7 StGB, unabhängig von ihren differentiellen Anknüpfungspunkten im Detail, durch den Umstand, dass die jeweils verwirklichte Straftat sowohl am Tatort (im Ausland) als auch in Deutschland im Zeitpunkt der Tatbegehung mit Strafe bedroht sein muss oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt (für die erstgenannte Variante: sog. Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit; in diesem Zusammenhang werden ferner die synonym verwendete Begriffe der [als problematisch anzusehenden] identischen Tatortnorm²⁰ bzw. jener der sog. *lex loci* bemüht).²¹ Hinsichtlich des Umfangs des *lex-loci*-Erfordernisses, des Terminus des „mit Strafe bedroht-Seins“ und weiterer Punkte bestehen subtile Auslegungsfragen und mannigfaltige Unterschiede in der Deutung des § 7 StGB (siehe hierzu näher unter V.).

2. § 7 Abs. 1 StGB – Anknüpfungspunkt allein passives Personalitätsprinzip?

§ 7 Abs. 1 StGB, der die Geltung des deutschen Strafrechts für Taten normiert, die gegen einen Deutschen im Ausland begangen werden, fußt nach wohl übereinstimmender Meinung auf dem sog. passiven Personalitätsprinzip,²² welches unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten zwar anerkannt ist, jedoch einen eher schwachen „genuine link“ bildet. Diskussionen über die Geltung des deutschen Strafrechts betreffen in diesem Zusammenhang damit nicht so sehr die Geltungs-

²⁰ Etwa *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 7 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 7 Rn. 2; v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2020, § 7 Rn. 2; *Lagodny/Pappas*, JR 1994, 162 (163); *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 59.

²¹ *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 4; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 1, 8 f., 17 f.; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 59); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 2; *Eser*, JZ 1993, 875 (878, 881); *Mosiek*, StV 2008, 94 (98); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142; *Satzger*, JURA 2010, 190 (192); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 7, 17 ff. Da den deutschen Gerichten die konkrete (hierzu sogleich) Anwendung ausländischen Strafrechts grundsätzlich fremd und untersagt ist, muss die im Ausland strafbare Tat somit auch in Deutschland einem Straftatbestand unterfallen, damit das zuständige Gericht jene nach deutschem Recht aburteilen kann und darf.

²² *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 1, 2 mit Nachw. in Fn. 5; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 1; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 20; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, § 2 Rn. 99; *Krey/Esser* (Fn. 3), § 9 Rn. 248; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 11); *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 2, verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff des „Individualschutzprinzips“; *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 83; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 8.

grundlage i.S.e. Anknüpfungspunkts der deutschen Strafgewalt, sondern die – völkerstrafrechtlich als diskussionswürdig eingestufte – Qualität desselben. Richtigerweise wird jedoch – in unterschiedlich starker Nuancierung – § 7 StGB in seiner Gesamtheit dem Stellvertretungsprinzip zuzuordnen²³ und (ebenfalls) zu berücksichtigen sein. Die stellvertretende Strafrechtspflege basiert auf dem Grundgedanken der Solidarität zwischen Staaten oder – im Hinblick auf internationale Gerichtshöfe – Institutionen völkerrechtlicher Natur.²⁴ In Bezug auf § 7 Abs. 1 StGB wird der Stellvertretungsgedanke²⁵ im Großteil der Literatur sowie von der Rechtsprechung jedoch kaum als existent angesehen.²⁶

Grundsätzlich fungiert somit nach herrschender Lesart die Deutscheneigenschaft²⁷ als konstitutives Element der Straf-

²³ Vgl. hierzu – wenngleich im Ergebnis a.A. hinsichtlich § 7 Abs. 1 StGB – *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 2, 8, welcher das passive Personalitätsprinzip und damit eine originäre Strafgewalt Deutschlands in Bezug auf jene Norm annimmt; im Ergebnis identisch *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 13; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144); ferner *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740), wonach „Grundbedingung“ aller vier Tatbestände des § 7 StGB die Voraussetzung stellvertretender Strafrechtspflege sei. A.A. *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172), welcher § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB vollständig und ausnahmslos dem aktiven Personalitätsprinzip zuordnet, dabei jedoch (auch und gerade) die problematische zeitliche Dimension der „Neubürgerklausel“ verkennt.

²⁴ *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 99; *Schultz*, in: Welzel/Conrad/Kaufmann/Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S. 305 (312); i.d.S. für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB *Walther*, JuS 2012, 203 (205); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144, 145, jedoch nur für Var. 2); ähnlich *Schneider* (Fn. 5), S. 112.

²⁵ Unter (berechtigter) Stellvertretung ist in diesem Kontext das Tätigwerden für einen anderen Staat zu verstehen, der (bei Nichtverhinderung) selbst in gleicher Weise oder ähnlich tätig geworden wäre. Stellvertretende Strafrechtspflege kann dann jedoch nur in einer Weise umgesetzt werden, die jener des vertretenen Staates möglichst nah kommt, und jedenfalls nicht in einer Art der Strafverfolgung resultieren, welche jener nie vorgenommen hätte; siehe instruktiv hierzu nur *Schmitz* (Fn. 2), S. 628; vgl. allgemein auch *Böhm*, NStZ 2017, 618 (620).

²⁶ *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 1, anerkennen zwar ein „Mitschwingen“ des Gedankens der stellvertretenden Strafrechtspflege in Bezug auf die im Rahmen des § 7 Abs. 1 Var. 1 StGB vorhanden sein müßende Tatnorm, meinen jedoch, der Schutz deutscher Staatsangehöriger im Ausland sei der maßgebliche Hintergedanke der genannten Norm.

²⁷ Zum Begriff des „Deutschen“ siehe Art. 116 Abs. 1 und 2 GG: „(1) Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat. (2) Frühere deutsche Staatsangehörige,

barkeit, und jene muss im Zeitpunkt der Tatbegehung beim Opfer vorliegen,²⁸ um (neben weiteren Voraussetzungen) § 7 Abs. 1 StGB zur Anwendung gelangen zu lassen.

Aus diesem Grund kann für Straftaten, welche im Ausland gegen die ungeborene Leibesfrucht begangen werden – trotz gegensätzlicher Stimmen in der Literatur²⁹ – § 7 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung gelangen, ist die Verleihung der deutschen Staatsbürgerschaft qua Abstammung doch abhängig von der Lebendgeburt (vgl. nur §§ 3 Nr. 1 und 4 StAG).³⁰ Mit diesem Zeitpunkt wird über § 7 Abs. 1 StGB der Schutz (auch) durch das deutsche Strafrecht begründet, zuvor kann jener mangels dieser Eigenschaft nicht bestehen. Das passive Personalitätsprinzip ist insofern nicht einschlägig. Die bisweilen propagierte, aus rechtspolitischen Erwägungen und unter dem Aspekt des umfassenden Lebensschutzes durchaus verständliche Forderung³¹ der Erstreckung der Deutscheneigenschaft auf die ungeborene Leibesfrucht begibt sich dar-

denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wiedereinzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.“ Vgl. hierzu ferner *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 19 ff.; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 18; *Oehler* (Fn. 5), S. 774 ff.; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 3; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 82; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 3; *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 55 ff.; *Rath*, JA 2007, 26 (31). Die Deutscheneigenschaft kann hierbei durch Geburt, Legitimation, Annahme als Kind oder Einbürgerung begründet werden, ist jedoch – gleichsam als Vorbedingung – abhängig vom strafrechtlich relevanten „ins Leben treten“ i.S.e. Lebendgeburt. Ob die Person eine weitere Staatsangehörigkeit besitzt, also ein sog. Mehrstaatler ist, ist für die deutsche Staatsangehörigkeit ohne Belang (vgl. §§ 1 und 4 Abs. 3 StAG); siehe nur *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 19; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 3; *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 3; *Rath*, JA 2007, 26 (31).

²⁸ Statt vieler siehe allgemein *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 11.

²⁹ *Mitsch*, JURA 1989, 193 (195 mit Nachw. in Fn. 30); so etwa auch *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 24, welcher es als „zu formal“ ansieht, eine Ausdehnung des § 7 Abs. 1 StGB auf den Embryo abzulehnen, und versucht, aus Opferschutzgesichtspunkten die – ihrem Sinn nach vollkommen differente – Argumentationslinie für zwangsausgebürgerte Personen als Begründung heranzuziehen. Bereits auf faktischer Ebene (zur rechtlichen Seite siehe oben) vermag dies kaum zu überzeugen, denn anders als das Ungeborene besaßen die von den Nationalsozialisten zwangsweise ausgebürgerten Menschen zuvor sehr wohl die deutsche Staatsangehörigkeit.

³⁰ *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 13; *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 66.

³¹ Ähnlich auch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 14.

über hinaus auf Grund einer strafbegründenden Analogie³² zu Lasten möglicher Täter in Opposition mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG und ist daher bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen klar abzulehnen.³³ Im Zeitpunkt der Tatbegehung lag die Deutscheneigenschaft noch nicht vor,³⁴ und eine vergleichbare Regelung wie die (verfassungsrechtlich gleichfalls umstrittene) „Neubürgerklausel“ (siehe hierzu VI.) für Täter, gleichsam eine „Neuopferklausel“ mit Rückwirkungseffekt, kennt das deutsche StGB nicht,³⁵ sodass § 7 Abs. 1 StGB in den skizzierten Fallgestaltungen keinen Anwendungsbereich besitzt.

3. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB – aktives Personalitätsprinzip und/oder stellvertretende Strafrechtspflege?

Welcher „genuine link“ für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB, welche die Deutscheneigenschaft des Täters voraussetzen, heranzuziehen ist, wird kontrovers diskutiert. Zwar erachtet ein großer Teil der Lehre³⁶ und auch die Rechtsprechung³⁷ in jenen Normvarianten das sog. aktive Personalitätsprinzip verwirklicht, doch ist diese Sichtweise – zumindest hinsichtlich des aktiven Personalitätsprinzips als einzigem oder überwiegendem Anknüpfungspunkt für beide Varianten – zu Recht als fragwürdig einzustufen. Hinsichtlich § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB ist jene jedenfalls gänzlich verfehlt.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB mag ein starker Bezug zur Deutscheneigenschaft des Täters zur Tatzeit innewohnen, der für die alleinige Heranziehung des aktiven Personalitätsprinzips und einen insofern originären Strafanspruch³⁸ streitet,³⁹

³² *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 67.

³³ Siehe eindeutig ferner *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 3 mit Nachw. in Fn. 15.

³⁴ Allgemein hierzu nur *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 3, 5.

³⁵ BGH NJW 1981, 531 (533); vgl. auch *Schroth*, NJW 1981, 500 (501).

³⁶ So etwa *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 2 (für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB); *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 80, 84 mit Nachw. in Fn. 202, 218; ebenso *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2, 21; *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 8, 74; *Tröndle*, JR 1977, 1 (2); *Krey/Esser* (Fn. 3), § 9 Rn. 248; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2.

³⁷ BGH NStZ 2017, 146 (148); OLG Hamm NStZ-RR 2018, 292 (293); BGH NStZ-RR 2000, 208 (209).

³⁸ So BGH NStZ-RR 2018, 292 (293); für § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB insofern auch *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147); ferner *Eser*, JZ 1993, 875 (881).

³⁹ So (allzu) generell für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB BGH NStZ-RR 2000, 208 (209); *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 1; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 98; *Scholten*, NStZ 1994, 266 (267); *Eser*, JZ 1993, 875 (878); *Liebelt*, GA 1994, 20 (35 mit Nachw. in Fn. 96); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172); *Oehler* (Fn. 5), S. 772; *Rath*, JA 2007, 26 (33 mit Nachw. in Fn. 47); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 16); *Schmitz* (Fn. 2), S. 621; vgl. auch *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 8; *ders.*, JURA 2010, 190 (191, 192); a.A. mit gewichtigen Argumenten *Böse*

doch handelt es sich bei den diesbezüglich dem deutschen Strafrecht unterfallenden Taten immer um solche, die im Ausland begangen wurden und (abgesehen von der Variante fehlender Strafgewalt am Tatort, welche wohl eine Kombination aus Weltrechtsprinzip und aktivem Personalitätsprinzip darstellt)⁴⁰ grundsätzlich der Ahndung durch das Tatortrecht unterliegen müssten, ist dort doch der Rechtsfriede beeinträchtigt worden.⁴¹ Das Territorialitätsprinzip ist grundsätzlich der stärkste völkerrechtliche Anknüpfungspunkt. Jeder Staat soll auf seinem Staatsgebiet, somit innerhalb seines originären Herrschaftsbereichs, Straftaten von Personen jeglicher Staatsangehörigkeit grundsätzlich ahnden dürfen.⁴² Nimmt Deutschland nun die Aufgabe der Strafverfolgung nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB wahr, wird es per se bereits stellvertretend für den anderen Staat tätig,⁴³ dem die ursprüngliche, originär begründete Strafgewalt zukäme.⁴⁴ Anders als bisweilen propagiert, ist somit auch mit dieser Normvariante keine originäre,⁴⁵ sondern eine derivative Strafgewalt Deutschlands begründet,⁴⁶ ein Umstand, der ferner durch das *lex loci*-Erfordernis zum Ausdruck kommt. Auch der – durch die Auslieferungsmöglichkeit an andere Staaten der Europäischen Union und internationale Gerichtshöfe bei Wahrung rechtstaatlicher Grundsätze bedeutend eingeschränkte – Grundsatz der Nichtauslieferung deutscher Staatsbürger nach Art. 16 Abs. 2 GG spricht in diesem Zusammenhang für ein Verständnis des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB als überwiegend vom Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege geprägte Norm. Als Begründung der Anwendung des deutschen Strafrechts auf Sachverhalte, welche § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB unterfallen, wird oftmals und teilweise singulär darauf hingewiesen, dass eine solche deshalb notwendig sei, damit deutsche Staatsbürger, die im Ausland Straftaten begehen und gem. Art. 16 Abs. 2 GG nicht

ausgeliefert werden können, sich einer Strafverfolgung nicht entziehen können.⁴⁷ Als „genuine link“ ist damit das aktive Personalitätsprinzip benannt.⁴⁸ Durch die Einschränkung des verfassungsrechtlichen Auslieferungsverbots nach Art. 16 Abs. 2 GG⁴⁹ hat jedoch diese Argumentationslinie zur Geltungsgrundlage jener Normvariante des § 7 StGB erheblich an Bedeutung eingebüßt: Sofern eine Auslieferung an Staaten der Europäischen Union und internationale Gerichtshöfe möglich ist und vollzogen wird, wird dadurch der originären Strafkompetenz des ersuchenden Staates bzw. des internationalen Gerichtshofes entsprochen, womit das aktive Personalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt bzw. der Grund der Nichtauslieferungsmöglichkeit (Staatsangehörigkeit) durch die Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers geschwächt wird. Einer stellvertretenden Strafrechtspflege durch Deutschland, die an sich durch Art. 16 Abs. 2 GG erheblich gestützt wird, bedarf es in einem solchen Fall nicht mehr.⁵⁰ Zum Ausdruck gelangt dadurch ein (mehr als partielles) Abgehen vom aktiven Personalitätsprinzips als (behauptetem) Anknüpfungspunkt des deutschen transnationalen Strafrechts per se und eine in die konkrete Auslegung der Norm einzubeziehende und das Verständnis derselben prägende Gegebenheit. Nicht die (mögliche) Nichtauslieferung auf Grund der Deutscheneigenschaft als solche, sondern der Umstand, dass wegen der Nichtauslieferung ein möglicher Täter einer Sanktion nicht entgehen sollte,⁵¹ und demzufolge Deutschland für einen anderen Staat diese Aufgabe aus Solidarität⁵² wahrnimmt, steht im Vordergrund, und dies entspricht klar dem Gedanken stellvertretender Strafrechtspflege,⁵³ wie er etwa auch für

(Fn. 15), § 7 Rn. 12; i.d.S. wohl auch *Liebelt*, NStZ 1989, 182; differenziert *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, welcher sowohl den „aktiven Personalgrundsatz“ als auch „den Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege“ verwirklicht sieht; so auch *Krey*, JR 1980, 45 (47 mit Nachw. in Fn. 39), sowie BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); ähnlich *Bock*, HRRS 2010, 92 (93 f.); *Bosch*, JA 2009, 905 (906).

⁴⁰ Zur Unbedenklichkeit der Zuordnung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 StGB in seiner Gesamtheit zum Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege in Fällen fehlender Strafgewalt am Tatort siehe *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12, unter Verweis auf den auch für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB insofern denkbaren, jedoch nicht überzeugenden Einwand.

⁴¹ Siehe zu Recht *Liebelt*, GA 1994, 20 (35 f.), wonach es im Anwendungsbereich von § 7 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB um die Ahndung der Störung fremder Rechtsordnungen gehe.

⁴² Statt vieler *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (728); allgemein nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 95; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 15 ff.

⁴³ I.d.S. etwa *Hoyer*, JR 2002, 34.

⁴⁴ So bereits (für die alte Rechtslage des § 4 StGB) BGHSt 2, 160 (161).

⁴⁵ So explizit *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 13 mit Nachw. in Fn. 52.

⁴⁶ Instrukтив *Böse* (Fn. 8), S. 1323.

⁴⁷ OLG Celle NJW 2001, 2734 (2735); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (728); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 98.

⁴⁸ Vgl. hierzu nur *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 67; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 4; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 17); *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 7; *Tröndle*, JR 1977, 1 (2).

⁴⁹ Siehe allgemein nur *Werle/Jeffberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 75.

⁵⁰ Vgl. *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 12.

⁵¹ Ganz i.d.S. *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 66, 67, und unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien, wonach § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB nur auf Grund der Lückenfüllung wegen der Abkehr vom aktiven Personalitätsprinzip als vormaligem Leitgedanken eingeführt wurde; allgemein ferner *Krey*, JR 1980, 45 (49); siehe auch *Eser*, JZ 1993, 875 (881); OLG Celle NJW 2001, 2734 (2735).

⁵² I.d.S. für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB *Walther*, JuS 2012, 203 (205); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (144, jedoch nur für Var. 2); allgemein die internationale Solidarität als Grund der stellvertretenden Strafrechtspflege nennend und diese mit Recht in den Kontext der Rechtshilfe setzend *Schultz* (Fn. 24), S. 312; ähnlich zur Solidarität auch *Schneider* (Fn. 5), S. 112.

⁵³ So im Ergebnis ferner *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 71; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2, 23; *Liebelt*, NStZ 1989, 182; *Woesner*, ZRP 1976, 248 (249); i.d.S. auch *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 15 mit Nachw. in Fn. 41, sowie *Bock*, HRRS 2010, 92 (94); a.A. insofern *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 1, welcher das aktive Personalitätsprinzip

nichtauslieferungsfähige Ausländer in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB eindeutig zum Ausdruck gelangt.⁵⁴ Darüber hinaus krankt die Begründung deutscher Strafgewalt auf Basis der deutschen Staatsangehörigkeit für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB allgemein bereits daran, dass sie dem Ziel des Reformgesetzgebers, welcher anstelle des (schon aus der deutschen Geschichte extrem bemakelten)⁵⁵ aktiven Personalitätsprinzips (zu Recht) jenes der Territorialität als das maßgebliche einstuft wollte, diametral entgegensteht.⁵⁶ Innersystematisch wäre es darüber hinaus nicht einsichtig, weshalb der Gesetzgeber dem (völkerrechtlich trotz aller Bedenken stärkerem) aktiven Personalitätsprinzip gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB den Nachrang gegenüber dem (schwächeren) Anknüpfungspunkt des passiven Personalitätsprinzips⁵⁷ nach § 7 Abs. 1 StGB hätte einräumen sollen,⁵⁸ und ferner, dass unterschiedliche „genuine links“ für die beiden Varianten des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (neben weiteren Problemen) zu seltsam anmutenden Inkonsistenzen innerhalb der Norm führen würden, wäre dann die deutsche Staatsangehörigkeit doch an einer Stelle Tatbestandsmerkmal (Var. 1), an anderer (Var. 2) hingegen objektive Bedingung der Strafbarkeit.⁵⁹

des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB als „Konsequenz des zwischenstaatlichen Auslieferungsverbots“ begreift (so auch beinahe wortgleich v. *Heintschel-Heinegg* [Fn. 20], § 7 Rn. 4) und daher mangels Auslieferungsmöglichkeit Deutschland eigene Staatsangehörige selbst bestrafen müsse, wiewohl er in Fn. 1 sehr wohl die Auslieferungsmöglichkeiten an Staaten der Europäischen Union oder Internationale Gerichtshöfe nennt; vgl. auch *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 12.

⁵⁴ Auf welcher Basis (Art. 16 Abs. 2 GG für Deutsche bzw. sonstige Gründe bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für Ausländer) die Auslieferung somit nicht erfolgt, ändert am zugrundeliegenden „Stellvertretungscharakter“ der diesbezüglichen Varianten des § 7 StGB nichts.

⁵⁵ Siehe zur Überbetonung desselben, insbesondere in Zeiten der nationalsozialistischen Terrorherrschaft *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (143 unter Verweis auf § 3 RStGB 1940); ausführlich *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (342), welche in Fn. 62 zu Recht darauf hinweisen, dass eine allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber dem Heimatstaat, „dessen Strafgesetze auch im Ausland zu beachten [...], als obrigkeitsstaatlichem Denken verhafteter Anachronismus“ anmutet; ebenso *Böse* (Fn. 8), S. 1322 mit Verweis auf *Oehler* in Fn. 68; kritisch insoweit bereits früh *Schultz* (Fn. 24), S. 311; *Pawlik* (Fn. 3), S. 363 f.; siehe allgemein hierzu *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 7.

⁵⁶ So zustimmungswürdig *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 68.

⁵⁷ Zur allgemeinen Umstrittenheit des passiven Personalitätsprinzips in völkerrechtlicher Hinsicht und seiner per se schwachen Stellung siehe nur *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (341, 342); vgl. auch *Satzger* (Fn. 2), § 4 Rn. 11.

⁵⁸ *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 69.

⁵⁹ *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 12; für unproblematisch erachtet von *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 88; *Gribbohm*, JR 1998, 177 (179 mit Nachw. in Fn. 15); siehe allgemein *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 11; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 5; *Mosiek*, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 57).

Doch selbst im Falle, dass Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG wirkt und eine Auslieferung nicht stattfinden darf (etwa in Bezug auf Staaten außerhalb der Europäischen Union), ist – und im bedeutend stärkeren Maß als bislang angenommen – in § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege verwirklicht; dies umso mehr, falls der ersuchende Staat ein Auslieferungersuchen gestellt und so seinem Wunsch nach Strafverfolgung gegenüber dem deutschen Staatsangehörigen Ausdruck verliehen hat. Gerade auf Grund der Nichtauslieferung nach Art. 16 Abs. 2 GG wird der deutsche Staatsbürger im Inland vor Gericht gestellt; auch ein Vergleich mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, welcher nach h.M. jedenfalls das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege verwirklicht⁶⁰ und sich auf im Inland betroffene Ausländer bezieht, die aus den genannten Gründen nicht ausgeliefert werden können, legt ein solches, der Systematik der Norm des § 7 Abs. 2 StGB in seiner Gesamtheit sowie den auslieferungsrechtlichen Bestimmungen entsprechendes Verständnis i.S.d. stellvertretenden Strafrechtspflege nahe. Da das Deutschenprivileg von Art. 16 Abs. 2 GG nach h.M. Ausländern nicht zu Gute kommen kann, hat in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB (insofern anders als in § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB) der Gesetzgeber im Normtext explizit auf Gründe für die Nichtauslieferung Bezug genommen.

Einem gedanklichen „Stufenbau transnationaler Strafverfolgung“ entsprechend ist eine stellvertretende Strafrechtspflege jedenfalls als derivative Ausübung von Strafgewalt und subsidiär gegenüber einer Verfolgung durch den Tatortstaat (als den den originären Strafanspruch innehabenden Staat) anzusehen.⁶¹ Um dem originären Strafanspruch des Tatortstaates zum Durchbruch zu verhelfen, geht eine erlaubte Auslieferung an den zu vertretenden Staat damit einer Geltendmachung des abgeleiteten Strafanspruchs durch die deutsche Justiz grundsätzlich vor.⁶² Ist eine Auslieferung als primäres Vorgehen jedoch nicht möglich (siehe die Fälle des Art. 16 Abs. 2 GG für § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und 2 StGB bzw. solche nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), so wird (bei Vorliegen der weiteren zu prüfenden Voraussetzungen) Deutschland in solchen Fällen umso mehr in Stellvertretung strafverfolgend tätig.⁶³ Die genannten Normen sind somit (auch) aus diesem Grund von einem auslieferungsrechtlichen Sinngehalt erfüllt und dementsprechend zu interpretieren.

Versteht man § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB (dies gilt umso mehr auch für dessen Var. 2, dazu sogleich) im dargestellten Sinn sowie im Kontext auslieferungsrechtlicher Bestimmungen und als primär vom Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege geprägte Norm, und kann in concreto der mutmaßliche deutsche Täter qua Art. 16 Abs. 2 GG nicht (etwa an einen Staat außerhalb der Europäischen Union) ausgeliefert werden, wäre – zur Verwirklichung des Gedankens der stellvertretenden Strafrechtspflege – entgegen der derzeitigen

⁶⁰ *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 11 mit Nachw. in Fn. 54.

⁶¹ *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 17; *Schmitz* (Fn. 2), S. 628 (unter Verweis auf das Verhältnis zwischen Auslieferung und stellvertretender Strafrechtspflege).

⁶² *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 17 mit Nachw. in Fn. 98.

⁶³ *Böse* (Fn. 8), S. 1323.

Lesart und Praxis und analog zur Auslieferung ein bisweilen geforderter, nachgewiesener und rechtlich verbindlicher Verfolgungswille des Tatortstaates zu verlangen.⁶⁴ Ein negativ beschiedenes Auslieferungersuchen desselben würde dem diesbezüglichen Wunsch nach Strafverfolgung gegenüber dem deutschen Staatsangehörigen in diesem Zusammenhang wohl ebenso genügen wie (ein auf Grund der Kenntnis des ersuchenden Staates vom schlagend werdenden Deutschenprivileg gleichsam antizipiert eingebrachtes) förmliches Ersuchen um Strafverfolgung.⁶⁵ Eine solches Verständnis und zusätzliches, rechtliches Erfordernis im Bereich des § 7 StGB würde einer stellvertretenden Strafrechtspflege gerecht werden, da jene tatsächlich nur auf Ersuchen des anderen Staates⁶⁶, nicht gleichsam „ins Blaue“ durchgeführt würde und so „echter Stellvertretung“ näher käme als die bislang geübte Praxis. Darüber hinaus würden dadurch subkutane Verwerfungen zwischen dem vorrangigen Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege des § 7 StGB und den eng damit in Verbindung stehenden auslieferungsrechtlichen Vorschriften⁶⁷ des deutschen Rechts, welche ebenfalls einen Stellvertretungsgedanken zum Ausdruck bringen, durch einen gewissen Gleichklang der Erfordernisse behoben werden. Eine solche Sichtweise wäre auch unter Berücksichtigung der inneren Systematik der Norm (Vergleich von § 7 Abs. 2 Nr. 1 und § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB aus auslieferungsrechtlichem Blickwinkel) vorzugswürdig.

4. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB (Neubürgerklausel) – aktives Personalitätsprinzip oder stellvertretende Strafrechtspflege?

In § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, der sog. Neubürgerklausel,⁶⁸ sieht der Großteil der Literatur zu Recht die stellvertretende Strafrechtspflege als korrekten und alleinigen Anknüpfungspunkt,⁶⁹ womit auch in dieser Normvariante derivative Straf-

gewalt ausgeübt wird.⁷⁰ Die Gegenmeinung übersieht bereits die zeitliche (und in weiterer Folge noch gravierende Auswirkungen auf die Norm als solche auslösende) Komponente, nach welcher das aktive Personalitätsprinzip schon aus Gründen der Denklogik nicht als Anknüpfungspunkt bzw. Geltungsgrundlage fruchtbar gemacht werden kann: In der Alternative des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB lag im maßgeblichen Zeitpunkt der Tat die für das aktive Personalitätsprinzip vorhanden sein müßende Deutscheineigenschaft beim (insofern „noch“ ausländischen) Täter nicht vor, diese wird durch den späteren „Neubürger“ erst danach begründet,⁷¹ sodass eine Berufung auf jenes als Anknüpfungspunkt fehlgehen muss. Ein originärer Anknüpfungspunkt deutscher Strafgewalt besteht somit im Tatzeitpunkt nicht.⁷² Der „Neubürger“ wird i.S.e. stellvertretenden Strafrechtspflege⁷³ gleichsam im Interesse und für den anderen Staat verfolgt (derivativer Strafanspruch Deutschlands).⁷⁴ Der Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft wird häufig als objektive Bedingung der Strafbarkeit klassifiziert,⁷⁵ wobei eine Aufgabe der deutschen Staatsbürgerschaft vor dem Ende der letzten Tatsacheninstanz die Heranziehung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB – wie auch für Bürger der ehemaligen DDR, welche (nach der Wiedervereinigung) solche des vereinigten Deutschlands wurden – verbietet.⁷⁶

5. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB – stellvertretende Strafrechtspflege

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB fungiert nach h.M. als gesetzliche Ausformung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege.⁷⁷ Der insofern geltend gemachte Strafanspruch ist

⁶⁴ Vgl. auch Reinbacher, ZJS 2018, 142, in Bezug auf die Regel des § 4 RStGB 1871, die einen solchen Antrag des ausländischen Staates bereits ausdrücklich vorsah.

⁶⁵ Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 15, erachtet in diesem Kontext für die derzeitige Rechtslage durch die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat eine widerlegbare Vermutung des Einverständnisses des Tatortstaates mit der Strafverfolgung für gegeben.

⁶⁶ Für ein solches votierend auch Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 15.

⁶⁷ Explizit etwa Schultz (Fn. 51), S. 311.

⁶⁸ Statt vieler bloß Reinbacher, ZJS 2018, 142.

⁶⁹ So etwa Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 9; ders., JURA 2010, 190 (191, 192); ders. (Fn. 2), § 5 Rn. 80 mit Nachw. in Fn. 205; eindeutig Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 2, sowie Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 12 mit Nachw. in Fn. 63 f.; Böhm, NSStZ 2017, 618 (620); Krey, JR 1980, 45 (49 mit Nachw. in Fn. 57); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 101; Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (339 Fn. 35 m.N., 342); Rath, JA 2007, 26 (32 mit Nachw. in Fn. 48); etwas abgeschwächt Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 1. A.A. etwa Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 8, welche sowohl das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege als auch das aktive Personalitätsprinzip als gegeben ansehen; a.A. ferner Krey/Esser (Fn. 3), § 9 Rn. 249.

⁷⁰ Explizit Böse (Fn. 8), S. 1323 f., der richtigerweise das aktive Personalitätsprinzip qua im Tatzeitpunkt fehlender Deutscheineigenschaft für nicht einschlägig erachtet.

⁷¹ Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 13.

⁷² Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 1; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (144 mit Nachw. in Fn. 22).

⁷³ Siehe auch BGHSt 39, 317 (321).

⁷⁴ Siehe allgemein Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (337).

⁷⁵ Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 9.

⁷⁶ Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 9; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (148 mit Nachw. in Fn. 74); Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 83, 85; BGHSt 39, 317 (320) = BGH NJW 1994, 140.

⁷⁷ BGH NSStZ-RR 2000, 208 (209); BayObLG NJW 1998, 392 (395); Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 5; Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 18; Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; Böhm, NSStZ 2017, 618 (622); Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 1, 7; Eser, JZ 1993, 875 (878, 882); Liebelt, GA 1994, 20 (35); Heger (Fn. 20), § 7 Rn. 1, 2; Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 80; ders. (Fn. 17), § 7 Rn. 2, 11 ff.; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (145 mit Nachw. in Fn. 23); Schneider (Fn. 5), S. 112 mit Nachw. in Fn. 40; Schmitz (Fn. 2), S. 619 mit Nachw. in Fn. 4; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 20), § 7 Rn. 7; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 101; a.A. etwa Ambos, NSStZ 1998, 138 (140 mit Verweis auf Pappas in Fn. 28); Lagodny/Pappas, JR 1994, 162 (163); Scholten, NSStZ 1994, 266; unsubstanziert Schroeder, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada

kein originärer Deutschlands, sondern ein derivativer, zugunsten des ersuchenden Staates vertretungsweise wahrgenommener, da eine Auslieferung (aus den in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB angesprochenen Gründen) nicht durchführbar ist.⁷⁸ Der Zweck von § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird darin erblickt, dass ein in Deutschland ergriffener Ausländer, der nicht ausgeliefert wird,⁷⁹ einer Verfolgung nicht entgehen soll.⁸⁰ In Reinform wäre insofern im Rahmen stellvertretender Strafrechtspflege die Anwendung fremden Strafrechts in seiner Gesamtheit durch deutsche Gerichte theoretisch denkbar.⁸¹ Jene würden somit nach ausländischen Straftatbeständen urteilen und in concreto die dort normierten Strafen vollziehen, doch wird diese Form einer „vollständigen Fremdrechtsanwendung“ im strafrechtlichen Kontext ganz überwiegend abgelehnt, und der Stellvertretungsgedanke demzufolge (zu Recht) einschränkend interpretiert. Die Geltendmachung des ausländischen Strafanspruchs in Deutschland führt somit (grundsätzlich) nicht zu einem – gewissermaßen verkappten – tatsächlichen Import ausländischer Normen und wäre auch nicht mit höherrangigen, verfassungsrechtlichen Bestimmungen vereinbar.⁸² In Bezug auf die Auslegung und Berücksichtigung ausländischer Gegebenheiten zeitigt die Annahme stellvertretender Strafrechtspflege bei § 7 StGB jedoch erhebliche Folgen (siehe sogleich 6. sowie V. und VI.).

(Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 643.

⁷⁸ Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 11; Schneider (Fn. 5), S. 112; Reinbacher, ZJS 2018, 142 (147).

⁷⁹ Siehe Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 20.

⁸⁰ Vgl. BGH NStZ 2019, 460.

⁸¹ Dafür etwa Schneider (Fn. 5), S. 112 mit Nachw. in Fn. 39; Schmitz (Fn. 2), S. 637.

⁸² Vgl. auch allgemein Mankowski/Bock, ZStW 120 (2008), 704 (707), wonach sich (im Gegensatz zu zivilrechtlichen Regelungen und der denkbaren und häufig vollzogenen, vollinhaltlichen Anwendung solchermaßen einzustufender ausländischer Normen durch deutsche Gerichte) „das Strafrecht [...] sich in einem anderen Rahmen normhierarchisch höher-rangiger Bedingungen“ bewege. Darüber hinaus verlange Art. 103 Abs. 2 GG als Grundlage der Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht, dass der Straftatbestand, somit die Grundlage der Strafbarkeit (auf welcher ein deutsches Gericht entscheide), ein deutsches Parlamentsgesetz sein müsse, wodurch einer oben skizzierten, extrem weit verstandenen Fremdrechtsanwendung im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege der Boden entzogen ist; siehe Mankowski/Bock, ZStW 120 (2008), 704 (716 mit Verweis auf Schumann sowie BVerfGE 78, 374 [383], in Fn. 63 f. sowie ausführlich 720, 721 mit Nachw. in Fn. 83, 85, 88, 89, 757); Mosiek, StV 2008, 94 (98); allgemein zur Anwendung (allein) inländischen Strafrechts in Deutschland bereits BGH JR 1968, 266 (268); Lackner, JR 1968, 268; kritisch in diesem Kontext allgemein Mosiek, StV 2008, 94.

6. Das Zusammenspiel von § 7 StGB mit § 51 Abs. 3 S. 1 StGB sowie die mögliche Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung

a) Das Verhältnis von § 7 StGB zu § 51 Abs. 3 S. 1 StGB

Die Vorschrift des § 51 Abs. 3 S. 1 StGB (vgl. in diesem Zusammenhang ferner § 153c StPO) könnte auf den ersten Blick dazu verführen, die Einordnung des § 7 StGB (in dessen Gesamtheit) als Norm der stellvertretenden Strafrechtspflege in Zweifel zu ziehen, hat der Gesetzgeber nach einer Lesart der Vorschrift doch mit jener zum Ausdruck gebracht, dass nicht einmal rechtskräftige Verurteilungen ausländischer Gerichte eine neuerliche Strafverfolgung in Deutschland beschränken, sondern in solchen Fällen allein eine Anrechnung bereits vom Ausland angeordneter und vollstreckter Freiheitsentziehung stattfindet.⁸³ Dadurch sei ausgedrückt, dass Deutschland selbst nach erfolgter Aburteilung durch den Tatortstaat die Tat nach eigenem Strafrecht verfolgen dürfe⁸⁴ und dies würde für die Annahme des aktiven Personalitätsprinzips,⁸⁵ damit das Vorliegen originärer Strafgewalt in Fällen des § 7 StGB und gegen die stellvertretende Strafrechtspflege in diesem Kontext sprechen.

Der soeben skizzierten Ansicht ist aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen. Die Anrechnungsvorschrift des § 51 Abs. 3 S. 1 StGB betrifft Fallkonstellationen, in welchen der Tatortstaat bereits originäre Strafgewalt ausgeübt und den betroffenen Normunterworfenen verurteilt hat, was sich inhaltlich-thematisch eklatant von den Anwendungsfällen des § 7 StGB unterscheidet (unabhängig vom angenommenen Anknüpfungspunkt; siehe zu den allgemeinen Voraussetzungen des § 7 StGB in diesem Kontext die Ausführungen unter IV. 1.). Aus § 51 Abs. 3 S. 1 StGB eine Indizwirkung für § 7 StGB „aus systematischen Überlegungen“ herauslesen zu wollen,⁸⁶ geht somit bereits dem Grunde nach fehl und verkennt ferner den Charakter der §§ 3–7, 9 StGB als nach ganz h.M. strafbarkeits- bzw. strafgewaltseinschränkenden Normen.⁸⁷

Darüber hinaus ist § 51 Abs. 3 S. 1 StGB in keiner Weise als absolut geltender und nicht einschränkungs-fähiger Tatbestand anzusehen, gilt die dort fixierte Grundregel doch (auf Grund völkerrechtlicher Vereinbarungen in Bezug auf den per se rein nationalen Grundsatz des ne bis in idem aus Art. 103 Abs. 3 GG) auch explizit nicht für bestimmte ausländische bzw. internationale Urteile, etwa für Anwendungsfälle des Art. 54 SDÜ und Art. 50 GrCh (Mitgliedstaaten der EU) sowie für solche der Vertragsstaaten des Römischen

⁸³ Niemöller, NStZ 1993, 171 (172); vgl. allgemein Pawlik (Fn. 3), S. 364; Scholten, NStZ 1994, 266 (267).

⁸⁴ Niemöller, NStZ 1993, 171 (172); Scholten, NStZ 1994, 266 (267); Pawlik (Fn. 3), S. 364.

⁸⁵ Niemöller, NStZ 1993, 171 (172).

⁸⁶ So (allzu vereinfachend) Scholten, NStZ 1994, 266 (267), explizit für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; beinahe identisch (für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) etwa Pawlik (Fn. 3), S. 364.

⁸⁷ Siehe hierzu allgemein nur Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 58).

Statuts,⁸⁸ sodass jener einschränkender Interpretation bereits grundsätzlich offensteht. Eingedenk dieser Möglichkeiten spricht nichts dagegen, auch die Konstellationen des § 7 StGB als Ausnahme von der Grundregel des § 51 Abs. 3 S. 1 StGB zu verstehen,⁸⁹ jenen in diesem Sinne auszulegen und zur Anwendung zu bringen,⁹⁰ sodass Fälle des § 7 StGB von der Vorschrift nicht erfasst werden. Unabhängig von diesen Argumenten bildet die – theoretisch dennoch denkbare – neuerliche Verurteilung trotz bereits bestehender ausländischer Aburteilung keinen Widerspruch zur stellvertretenden Strafrechtspflege, da der vorrangige Zweck der diesbezüglich einschlägigen Regeln wohl (auch) darin besteht, die Ausübung deutscher Strafgewalt bei grenzüberschreitenden Taten nicht per se auszuschließen, und der historische Gesetzgeber – wie aus der Gesetzgebungsgeschichte ersichtlich – Verfolgungshindernissen nach dem Recht des Tatortstaates (wie etwa einer rechtskräftigen Verurteilung) offen gegenüberstand.⁹¹

b) § 7 StGB sowie die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung

Auch der vom BGH als unproblematisch erachtete Umstand, im Falle der Anwendung des § 7 StGB bei Verurteilung eine Maßnahme der Besserung und Sicherung zu verhängen,⁹² welche im Tatortstaat als Rechtsfolge nicht vorgesehen ist, spricht nicht gegen die Einordnung des § 7 StGB als Norm der stellvertretenden Strafrechtspflege. Maßnahmen der Besserung und Sicherung sind (nach rein nationalem Verständnis) keine Strafen i.e.S., sondern verfolgen von jener zu unterscheidende Ziele, sodass die Verhängung einer solchen Maßnahme (wiewohl mit Sanktionscharakter ausgestattet) unter Anwendung des deutschen Strafrechts auf eine im Ausland begangene Tat im Rahmen des § 7 StGB keine Geltendmachung eines dortigen, derivativen oder aber hiesigen, originären Strafanspruchs darstellt, und demzufolge auch keine Aussage über die Rechtsnatur des § 7 StGB und dessen Anknüpfungspunkte erlaubt.

Bedeutend gewichtiger als dieses rein formal und vom nationalen Recht geprägte Argument ist freilich bei näherer Betrachtung die grundsätzliche strafenwendungsrechtliche, mit dem ausländischen Recht in Verbindung stehende Dimension von § 7 StGB, die im Ergebnis für die stellvertretende Strafrechtspflege ausschlägt: Deutsche Maßregeln der Besserung und Sicherung (denen nach Ansicht des EGMR

sehr wohl ein strafender Charakter innewohnt und die zur Strafrechtspflege zu zählen sind)⁹³ mögen zwar in einer konkreten Ausgestaltung ein Spezifikum des deutschen Rechts darstellen⁹⁴ und im Recht des Tatortstaates unbekannt sein, doch bedeutet dies weder, dass jene nicht angewendet werden dürften noch (in Bezug auf § 7 StGB) den Anknüpfungspunkt der stellvertretenden Strafrechtspflege schwächen könnten: Um eine solche betreiben zu dürfen, ist es nicht erforderlich, dass sich die möglichen Sanktionen delinquenten Verhaltens in beiden betroffenen Rechtsgemeinschaften decken oder auch nur entsprechen; vielmehr muss sich der die Stellvertretung ausübende Staat nach Kräften bemühen, seine staatliche Reaktion (soweit als möglich in einem inhaltlich-teleologischen Sinn) den rechtlichen Gegebenheiten der vertretenen Entität anzugleichen. Deutschland kennt die Maßregeln der Besserung und Sicherung als neben der Strafe weitere Spur des staatlichen Sanktionssystems. Doch ist auch denkbar, dass im vertretenen Staat, etwa nach gerichtlicher Feststellung der Notwendigkeit einer Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung wegen der Gefährlichkeit des Täters im Strafverfahren ein eigenes, vom Strafverfahren losgelöstes „Unterbringungsverfahren“ (z.B. neben der erfolgten Verhängung einer Strafe) durchgeführt wird. Jenes zählt schon deshalb, weil es eine Straftat zum Auslöser hat, zum insofern weit verstandenen Begriff der dortigen Strafrechtspflege, die Deutschland in casu concreto in Gestalt und über die Maßregel der Besserung und Sicherung stellvertretend wahrnimmt, da eine echte Fremdrechtsanwendung dem Grunde nach untersagt ist. Somit liegt in der Tatsache, dass Deutschland auch bei Anwendung des § 7 StGB für im Ausland geschehene Ereignisse Maßregeln der Besserung und Sicherung verhängen darf, weder eine Abkehr vom hier vertretenen Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege für § 7 StGB begründet noch ein Argument für die Geltung der insofern diskutierten Anknüpfungspunkte des passiven und aktiven Personalitätsprinzips. Ein rein auf dieselben Rechtsinstitute im In- wie Ausland abstellender oder jene im Kernbereich des Strafrechts verortender Blick oder eine allein nationale Betrachtungsweise auf Sachverhalte mit Auslandsberührung verbietet sich daher ebenso wie ein zu formalistischer Ansatz, etwa, ob die Sanktion der skizzierten „Unterbringung“ als in der Maßregel der Besserung und Sicherung vergleichbarer Form, in Gestalt einer anderen Rechtsfigur, oder in einem dem Strafverfahren zeitlich nachgeordneten selbstständigen Verfahren auftritt. Vielmehr bedarf es eines – im Einzelfall für die Normanwender durchaus fordernden, jedoch (etwaig mit gutachterlicher Hilfe) gut lösbaren – Vergleichs im Hinblick auf die ratio bzw. den telos der rechtlich verbindlichen, staatlichen Reaktionen auf delinquentes Verhalten und den insofern vorhandenen, tatsächlichen Transformationsmöglichkeiten im nationalen Recht, die den aus-

⁸⁸ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 106; *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 mit Nachw. in Fn. 7.

⁸⁹ Ganz i.d.S. *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 15 mit Nachw. in Fn. 83, im Hinblick auf bereits im Ausland abgeurteilte Sachverhalte und unter Verweis auf das sog. Erledigungsprinzip; so ferner *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 59 mit Nachw. in Fn. 137.

⁹⁰ Identisch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 15 mit Nachw. in Fn. 84, und unter Verweis auf den Normzweck, welcher nur erfüllt sein könne, wenn eine Strafverfolgung für den Tatortstaat noch überhaupt denkmöglich sei.

⁹¹ Vgl. näher *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 11, 8.

⁹² BGHR § 7 Sicherungsverwahrung 1; siehe ferner *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 2.

⁹³ Vgl. nur EGMR HRRS 2010 Nr. 65; siehe statt vieler *Satzger* (Fn. 2), § 11 Rn. 87.

⁹⁴ Vgl. allgemein hochinformativ jedoch *Ambos* (Fn. 2), § 10 Rn. 67 mit Nachw. in Fn. 401, welcher auf die in ähnlicher Form ausgestalteten Rechtsinstitute in anderen kontinental-europäischen Ländern in diesem Zusammenhang verweist.

ländischen Vorschriften (sofern jene vom internationalen wie nationalen ordre public gedeckt sind) dem Sinn und Zweck nach entsprechen.⁹⁵

Beim im Zusammenspiel mit dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege zu beachtenden lex-mitior-Grundsatz (siehe hierzu ferner VI. 2 sowie Fn. 95) gilt für Maßregeln (sofern der Sanktionscharakter derselben bejaht wird [und entgegen der Ansicht des BGH]) wohl Identisches wie für mögliche Strafen: Sieht das Recht des Tatortstaates (im Gegensatz zum deutschen Strafrecht) nun aber eine einer Maßregel vergleichbare Reaktion auf die inkriminierte Tat in keiner Form vor, darf in Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes eine solche bei etwaiger Ahndung nach deutschem Recht ebenfalls nicht verhängt werden. Der lex-mitior-Grundsatz erstreckt sich in diesem Kontext somit auf alle staatlichen Normen mit Sanktionscharakter. Insofern findet das für den Normunterworfenen in concreto mildere (weil keine Maßregel oder vergleichbare staatliche Reaktion vorsehende) Recht Anwendung.

⁹⁵ Zum anzuwendenden Strafrahen bei Berücksichtigung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege in § 7 StGB-Konstellationen siehe VI. 2. Problematisch können sich unter den Kautelen stellvertretender Strafrechtspflege unterschiedliche Strafrahen für vergleichbare Delikte im In- und Ausland etwa dann auswirken, wenn extreme Diskrepanzen in der möglichen Strafhöhe (Bsp.: Staat A verhängt für ein Delikt mindestens fünf und maximal 30 Jahre Freiheitsstrafe, während die deutsche Strafdrohung maximal drei Jahre vorsieht) bestehen (vgl. allgemein zu einem derartigen „Strafgefälle“ *Werle/Jeßberger* [Fn. 1], § 7 Rn. 2) oder das ausländische Recht (vgl. exemplarisch zu streng muslimisch geprägten Staaten, wie Iran etwa *Zehetgruber*, Islamisches Strafrecht versus kontinentaleuropäische Werteordnung, 2010, S. 251 ff.) Körperstrafen vorsieht, welche in Deutschland selbstverständlich nicht verhängt oder gar vollzogen werden dürfen. Auch in solchen Fällen bedarf es i.S.d. stellvertretenden Strafrechtspflege der Berücksichtigung des Tatortrechts bei der von Deutschland (etwaig) verhängten Strafe, jedoch nach Maßgabe und unter alleiniger Anwendung des deutschen Rechts, welches sich (mit Ausnahme der differenten Richtung) dem Grunde nach nicht von der skizzierten Transformationsleistung (vgl. thematisch *Liebelt*, GA 1994, 20 [36 m.V.a. *Jakobs* in Fn. 102]) im Hinblick auf das Rechtsinstitut der Maßnahme der Besserung und Sicherung unterscheidet. Da sich eine echte Fremdrechtsanwendung im Strafrecht in Deutschland grundsätzlich verbietet (siehe hierzu *Lackner*, JR 1968, 268; *Jeßberger* [Fn. 5], S. 17 f.; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 [2008], 704 [716, 720]; *Mosiek*, StV 2008, 94 [98]; allgemein *Schultz* [Fn. 24], S. 308 ff.; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 59; *Scholten*, NStZ 1994, 266 [267]), kann als Maximalstrafe im obigen Beispiel damit nur eine solche von drei Jahren verhängt werden.

V. Zur Auslegung des § 7 StGB unter den Kautelen der zu Grunde liegenden Anknüpfungspunkte

1. Das Tatbestandsmerkmal des „mit Strafe bedroht-Seins“ und die Berücksichtigung materieller Straffreistellungsgründe

Besonders das Tatbestandsmerkmal des „mit Strafe bedroht-Seins“ am ausländischen Tatort bewirkt im Rahmen der Auslegung des § 7 StGB und unter Zugrundelegung der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte erhebliche Diskussionen. Um die Strafbarkeit am Tatort feststellen zu können, bedarf es bei diesem Prüfpunkt einer inzidenten Fremdrechtsanwendung im Rahmen des § 7 StGB.⁹⁶ Eine solche stellt sich (in diesem Stadium) als unproblematisch dar, da hernach (grundsätzlich) die Anwendung deutschen Strafrechts, sowohl in Bezug auf den in Frage kommenden Tatbestand per se als auch hinsichtlich der zu verhängenden Rechtsfolge, erfolgt.

Dem Wortlaut der Norm nach könnte für das „mit Strafe bedroht-Sein“ sowohl die rein formale Unterstellung eines Verhaltens unter einen ausländischen Tatbestand, welcher mit Kriminalstrafe⁹⁷ bedroht ist, ausreichen,⁹⁸ während andere Stimmen darauf abstellen, dass einem Täter tatsächlich Strafe drohen müsse, ein Umstand, der etwa durch das Eingreifen von materiellen Straffreistellungsgründen jeglicher Art (siehe unten) nicht gegeben wäre.⁹⁹ Da der Wortlaut der Norm an dieser Stelle keine vollkommen eindeutige und überzeugende Auslegung zulässt,¹⁰⁰ muss auf die der jeweiligen Variante des § 7 StGB zu Grunde liegenden Anknüpfungspunkte repliziert werden, um den diesbezüglichen Anwendungsbereich des § 7 StGB abzustecken. Nach der im Rahmen des Beitrags vertretenen Ansicht ist § 7 StGB in seiner Gesamtheit durch das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege definiert, wengleich in unterschiedlicher, jedoch für alle Variationen der Norm im Gegensatz zu anderen denkbaren Anknüpfungspunkten

⁹⁶ *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 8 mit Nachw. in Fn. 34; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 11; *Mosiek*, StV 2008, 94 (98); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740 mit Nachw. in Fn. 173); *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 20; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 21; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (143).

⁹⁷ Zum Aspekt der Qualität der angedrohten ausländischen Rechtsfolge i.S.e. Kriminalstrafe oder (qualitativ) vergleichbaren Sanktion siehe nur *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 5; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 10; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 89; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 17; *ders.*, JURA 2010, 192; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7; *Bock*, HRRS 2010, 92 (94); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 3; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 27 f.

⁹⁸ BGH NJW 1954, 1086; *Woesner*, ZRP 1976, 248 (250); siehe auch *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; vgl. ferner *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 91 mit Nachw. in Fn. 240.

⁹⁹ So grundsätzlich statt vieler *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 91, 92; *ders.*, JURA 2010, 193; ferner bereits *Grünwald*, StV 1991, 31 (35 f.); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (741 mit Nachw. in Fn. 180).

¹⁰⁰ *Eser*, JZ 1993, 875 (878 ff.); vgl. auch *Grünwald*, StV 1991, 31 (36); *Bock*, HRRS 2010, 92 (94); *Scholten*, NStZ 1994, 266 (267).

punkten prävalierender Art und Weise. Dies führt dazu, dass entgegen anderslautender Ansicht in Lehre wie Rechtsprechung und um den Zweck stellvertretender Strafrechtspflege zu verwirklichen sowie jenem tatsächlich Genüge zu tun, kein abstrakter Vergleich der aus- und inländischen einschlägigen Normen vorzunehmen sein kann, sondern bei der angezeigten rechtlichen Beurteilung der konkreten Tat im prozessualen Sinn¹⁰¹ eine ähnliche Schutzrichtung des deutschen mit dem in Frage stehenden ausländischen Straftatbestand zu fordern ist.¹⁰² Gegenmeinungen, die für sämtliche Formen des § 7 StGB die Tatsache ausreichen lassen, dass die konkrete Tat im Ausland unter irgendeinem rechtlichen Aspekt einem dortigen Straftatbestand mit Kriminalstrafsanktion unterfällt,¹⁰³ und daraus folgern, dass da-durch der gesamte

Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts eröffnet werde,¹⁰⁴ sind ob ihrer Generalität und mangels Berücksichtigung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege verfehlt.¹⁰⁵ Selbst falls man der Auffassung folgte, dass die stellvertretende Strafrechtspflege (etwa bei § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 und 2 StGB) nur ein weiterer oder schwächerer Anknüpfungspunkt im Gegensatz zum aktiven Personalitätsprinzip sei,¹⁰⁶ müsste man jene für die Auslegung doch zumindest mitberücksichtigen, und demzufolge erkennen, dass „für die Spezifizierung des Unrechts“ [...] im konkreten Fall „nicht die deutsche, sondern die ausländische Rechtsordnung maßgeblich sei“.¹⁰⁷ Umso mehr gilt dies natürlich nach der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich des Anknüpfungspunktes von § 7 StGB in toto.

Wird stellvertretende Strafrechtspflege (und damit die Geltendmachung eines derivativen Strafanspruchs) hinsichtlich § 7 StGB ernst genommen, so führt dies – wie vielfach zu Recht konstatiert¹⁰⁸ – bei gebotener konkreter Betrachtungsweise zu einer weiten Berücksichtigung von materiellrechtlichen Gründen in solchen Fällen, in denen zwar ein ausländischer Straftatbestand erfüllt ist, jedoch nach dortigem Recht gegebene Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder

¹⁰¹ Sog. allgemein übliche, konkrete Betrachtungsweise; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 5, 11; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 89 mit Nachw. in Fn. 231; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 18; *ders.*, JURA 2010, 192; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 34; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 6 mit Nachw. in Fn. 18; Rn. 9; *Bock*, HRRS 2010, 92 (94 mit Nachw. in Fn. 45); *Rath*, JA 2007, 26 (33 mit Nachw. in Fn. 63); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 4; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 29.

¹⁰² *Rath*, JA 2007, 26 (33 mit Nachw. in Fn. 61); *Schmitz* (Fn. 2), S. 628 mit Nachw. in Fn. 43; *Bock*, HRRS 2010, 92 (94: „vergleichbarer Schutzgehalt der Tatbestände“); für § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 14 mit Nachw. in Fn. 78; *Jeßberger* (Fn. 5), S. 164 mit Nachw. in Fn. 112, 113; i.d.S. ferner überzeugend *Hoyer*, JR 2002, 34, welcher zu Recht darauf verweist, dass von stellvertretender Strafrechtspflege nur dann gesprochen werden kann, wenn die deutsche Strafverfolgung auf den Unrechtstyp reagiert, welcher dem ausländischen Strafanspruch zu Grunde liegt; offen gelassen etwa von BGH NStZ 2017, 146 (147, 148) = BeckRS 2016, 16540 Rn. 17. Eine Identität der Tatbestände ist jedoch nicht zu fordern (vgl. nur *Satzger* [Fn. 17], § 7 Rn. 18; *Rotsch* [Fn. 7, StGB § 7 Rn. 11; *Böhm*, NStZ 2017, 618 [622]), wohl tatsächlich „naturgemäß ausgeschlossen“ (BGHSt 2, 160 [161]) und würde im Ergebnis ein (mangels tatsächlicher Übereinstimmung von aus- und inländischen Straftatbeständen) „Leerlaufen“ des § 7 StGB zur Folge haben.

¹⁰³ BGHSt 2, 160 (161); 42, 275 (277); *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 6 mit Nachw. in Fn. 19; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 36; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 11; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 61); *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740 mit Nachw. in Fn. 176); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (172); *Sengbusch*, JURA 2009, 307 (308 mit Nachw. in Fn. 3); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 30 mit Nachw.; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 89 mit Nachw. in Fn. 232 (wenngleich mit der Einschränkung des „völlig anderen Gepräges der Tat“ nach ausländischem Strafrecht, welches in Ausnahmefällen zu einem Entfall der Voraussetzung der Tatortstrafbarkeit führe); so auch *ders.*, JURA 2010, 192 mit Bsp.; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 18, 20; ferner *Rotsch* (Fn. 7), § 7 Rn. 11 m.N.; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; differenziert *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 4; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (146 f.).

¹⁰⁴ BGH NJW 1997, 334; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 6 f. mit Nachw. in Fn. 20 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 32, 36, welche Einschränkungen bei Varianten stellvertretender Strafrechtspflege nach § 7 StGB anerkennen; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740 mit Nachw. in Fn. 177); *Niemöller*, NStZ 1993, 171 (173).

¹⁰⁵ Auch der BGH (NStZ 2017, 146 [147 f.]; vgl. *Satzger* [Fn. 17], § 7 Rn. 18) scheint in einer jüngeren Entscheidung von seiner vormaligen starren Haltung abzurücken, wenn er beim Vergleich einer ausländischen und deutschen Strafnorm eine „Unrechtsparallelität“ prüft, wegen deren Gegebenheit im konkreten Fall den gegenständlichen Streit jedoch offen lässt.

¹⁰⁶ So explizit für alle Varianten des § 7 StGB etwa *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740: „Bei allen vier Tatbeständen muss aber als Grundbedingung die Voraussetzung der stellvertretenden Strafrechtspflege gegeben sein.“).

¹⁰⁷ *Liebelt*, GA 1994, 20 (36 mit Nachw. in Fn. 100).

¹⁰⁸ *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 92; *ders.*, JURA 2010, 193; ausführlich hierzu *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 13; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 10 f.; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 mit Nachw. in Fn. 37; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102 mit Nachw. in Fn. 81; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 37; *Schmitz* (Fn. 2), S. 628; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *Rath*, JA 2007, 26 (33 f.); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147); teilweise a.A. *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2 (für Fälle des § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB, wonach hier wegen des passiven bzw. aktiven Personalitätsprinzips eine „hinreichende Legitimation“ der Nichtberücksichtigung gegeben sei); kritisch hierzu *Eser*, JZ 1993, 875 (876).

sonstige „Straffreistellungsgründe“¹⁰⁹ zum tatsächlichen Entfall der Tatortstrafbarkeit führen. Die Ansicht, solche Gründe wären generell unbeachtlich,¹¹⁰ negiert den Geltungsgrund der stellvertretenden Strafrechtspflege vollkommen¹¹¹ und bewirkt (wie bereits die abzulehnende Sichtweise hinsichtlich des weiten Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts; s.o.) die vom Telos des § 7 StGB, der Einschränkung der Strafgewalt, verpönte Ausweitung des deutschen Strafrechts bzw. der diesbezüglichen Strafgewalt.¹¹² Der Vorgabe stellvertretender Strafrechtspflege i.S.d. § 7 StGB lässt sich nicht dadurch entsprechen, dass Deutschland Strafverfolgung und ggf. Strafverhängung wegen eines – im Vergleich zum ausländischen Tatortrecht – vollkommen andersgearteten strafrechtlichen Vorwurfs verhängt.¹¹³

Nur sofern die ausländische Rechtsordnung Straffreistellungsgründe normiert, welche mit dem internationalen ordre public kollidieren, somit gegen die grundlegenden, universell geltenden Prinzipien der internationalen Rechtsgemeinschaft verstoßen (zu denken ist hier an Fälle menschenrechtswidriger Gründe, wie etwa Amnestien für völkerrechtliche Verbrechen, menschenrechtswidrige Einzelfallgesetze oder militärische Befehle in diktatorisch regierten Staaten),¹¹⁴ sind jene für die Berücksichtigung nach § 7 StGB unbeachtlich.¹¹⁵

¹⁰⁹ Maßgeblich ist nicht die Einordnung der Gründe nach den Maßstäben des deutschen Strafrechts, sondern sind alle Gründe, welche die Strafbarkeit per se ausschließen, sind doch die rein nationalen Differenzierungen (etwa in Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe des deutschen Rechts) ausländischen Rechtsordnungen unbekannt, sodass es insofern nur auf die Wirkung der ausländischen Regelungen, und nicht auf eine Klassifizierung derselben nach deutschem Recht ankommt. Anderes widerspricht jedenfalls der Bedeutung des § 7 StGB und dessen Kontext, vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 90 sowie Fn. 237; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 19; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 37.

¹¹⁰ *Woerner*, ZRP 1976, 248 (250).

¹¹¹ Vgl. in diesem Zusammenhang (wenngleich nur auf die Frage der Schutzrichtung der ausländischen Norm bezogen) zustimmungswürdig *Schmitz* (Fn. 2), S. 628 ff.

¹¹² Explizit hierzu (und zum Zweck stellvertretender Strafrechtspflege) für Varianten des § 7 StGB *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 17; i.d.S. ferner *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 5; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 19; *Schmitz* (Fn. 2), S. 621.

¹¹³ *Hoyer*, JR 2002, 34; *Bock*, HRRS 2010, 92 (94 mit Nachw. in Fn. 51); siehe auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 36.

¹¹⁴ Vgl. *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 16; *Satzger*, JURA 2010, 193.

¹¹⁵ BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277 (1278). Ausführlich zur gesamten Thematik etwa *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 90–96; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 20; *ders.*, JURA 2010, 193; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 13; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 16; *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 7 (für § 7 Abs. 1 StGB); vgl. ferner *Pawlik* (Fn. 3), S. 379 mit Nachw. in Fn. 112; *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 62); *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 5; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 38; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147 mit Nachw. in

2. Die Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Hindernisse des Tatortrechts

Auch die Diskussion, ob verfahrensrechtliche Hindernisse des Tatortrechts (etwa Verjährung, Verfolgungserfordernisse wie Strafanträge oder ähnliche Bedingungen, [General-] Amnestien)¹¹⁶ im Rahmen des § 7 StGB Beachtung zu finden haben, ist – eingedenk des zu Grunde liegenden Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege – eindeutig und entgegen der Rechtsprechung und vereinzelter Stimmen in der Lehre¹¹⁷ (mit Ausnahme des Verstoßes solcher Regeln gegen den internationalen ordre public)¹¹⁸ umfassend zu bejahen:¹¹⁹ Die rein nationale, deutsche Unterscheidung in materielle und verfahrensrechtlich konnotierte Straffreistellungsgründe bzw. Verfahrenshindernisse findet sich in vielen ausländischen Rechtsordnungen nicht oder nicht in der dem deutschen Recht bekannten Form,¹²⁰ führt bereits im nationalen Recht zu diffizilen Abgrenzungsfragen (etwa in Bezug auf die Ver-

Fn. 57); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; a.A. *Bock*, HRRS 2010, 92 (94 f., welcher für eine generelle Relevanz der Straffreistellungsgründe votiert und gegen die Beachtung des internationalen ordre public die vagen diesbezüglichen Kriterien anführt); i.d.S. für § 7 Abs. 2 StGB auch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 15.

¹¹⁶ Vgl. nur *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 98; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 43 mit Nachw. in Fn. 40.

¹¹⁷ RGSt 40, 402 (403 ff.); BGHSt 2, 160 (161); BGH NJW 1954, 1086; BGH NStZ 1992, 508 (509) = NJW 1992, 2775 (2776); BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); BGH NStZ-RR 2000, 208 (209); BGH NStZ-RR 2011, 245 (246); OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277 (1278); *Scholten*, NStZ 1994, 266 (270 f.).

¹¹⁸ *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 101 mit Nachw. in Fn. 262; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 115 ff.; *Rath*, JA 2007, 26 (34 mit Nachw. in Fn. 75); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147).

¹¹⁹ Ebenso *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 100 f. mit Nachw. in Fn. 260 f.; *ders.* (Fn. 17), § 7 Rn. 22; *ders.*, JURA 2010, 190 (193 f. mit Nachw. in Fn. 41); *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 35 (generelle Beachtlichkeit von Verfahrenshindernissen); *Rath*, JA 2007, 26 (34); *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 65); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 102; *Bock*, HRRS 2010, 92 (95 mit Nachw. in Fn. 58); für eine (abzulehnende) teleologische Auslegung der Fallgruppen des § 7 StGB in diesem Zusammenhang, wenngleich im Ergebnis für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zum hier vertretenen Ergebnis gelangend *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 13; so auch *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 8, 15; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 6, 7; *Eser*, JZ 1993, 875 (876–878); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 44–47; *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 2; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (147 mit Nachw. in Fn. 62 f.); siehe hierzu ferner *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 14.

¹²⁰ Siehe hierzu *Bock*, HRRS 2010, 92 (95); *Böhm*, NStZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 64); *Satzger* (Fn. 2), § 5 Rn. 98 mit Nachw. in Fn. 257; *Rath*, JA 2007, 26 (34).

jährungsvorschriften des StGB)¹²¹ und geht am inhaltlichen Kern der Problematik vorbei. Ein Festhalten an einer solchen formalen Differenzierung im gegebenen Kontext verstellt den Blick auf Inhalt und Telos des § 7 StGB und entwertet die stellvertretende Strafrechtspflege, da sich im Ergebnis der deutsche Rechtsanwender über das Solidaritätsprinzip der Staaten untereinander hinwegsetzt.¹²² Soll jene für einen anderen Staat jedoch tatsächlich wahrgenommen werden, setzt dies auch die Berücksichtigung aller dortigen rechtlich verbindlichen Gründe voraus, die die Strafbarkeit in concreto verhindern, unabhängig davon, wie jene (ggf. nach deutschem Verständnis) formal-rechtlich einzuordnen sind.

3. Zur faktischen Nichtverfolgung im Tatortstaat

Entgegen dem Großteil der Stimmen im Schrifttum¹²³ besteht jedoch keine Veranlassung, auch die (bisweilen stattfindende) faktische Nichtverfolgung nach ausländischen Gegebenheiten generell und in jedem Fall zu berücksichtigen.¹²⁴ Während die soeben behandelten Gründe (materiell- wie verfahrensrechtlicher Natur) nach dem maßgeblichen ausländischen Tatortrecht im Falle ihres Vorliegens rechtlich verbindlich sind sowie für alle Normunterworfenen in genereller Art und Weise eine Straffreistellung bzw. Nichtverfolgung der in Frage kommenden Tat normieren, damit allein auf rechtlicher Ebene zu verorten und insofern – gegebenenfalls mit Hilfe von Gutachten¹²⁵ – nachzuvollziehen sind, verhält es sich mit

der faktischen Nichtverfolgung doch erheblich anders: Die grundsätzliche Strafbarkeit am Tatort besteht, das strafwürdige Unrecht ist verwirklicht¹²⁶ und aus dem faktischen Umstand, dass in vergleichbaren Fällen eine Strafverfolgung üblicherweise nicht erfolge, kann nicht notwendigerweise geschlossen werden, dass der Tatortstaat solche Verhaltensweisen nicht grundsätzlich verfolgen oder bestrafen möchte.¹²⁷ Ein generelles, antizipiertes Berücksichtigen faktischer Nichtverfolgung würde sich auch mit dem erklärten Willen des ausländischen Gesetzgebers in Widerspruch setzen, der die in Frage stehenden Verhaltensweisen eben nicht für strafflos oder nicht verfolgbar erklärt hat. Entscheidend – und auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit für alle Normunterworfenen zu favorisieren¹²⁸ – ist daher nach derzeitiger Rechtslage eine das (allein antizipierte und kaum im Einzelfall korrekt einschätzbare) Ermessen der ausländischen Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich der Strafverfolgung nichtberücksichtigende Position, welche sich am Inhalt der ausländischen einschlägigen Rechtsnormen und damit am gesetzgeberischen Willen der Strafbar- bzw. Strafflosigkeit, respektive der Verfolgung oder Nichtverfolgung ausrichtet.

Nur sofern der Tatortstaat (im jeweils konkreten Fall und diesfalls wohl nur auf „Nachfrage“) klar zu verstehen gibt, das konkret in Frage stehende Verhalten trotz seiner grundsätzlichen Strafbarkeit nicht verfolgen zu wollen (vgl. zum Verfolgungswillen und dem nach derzeitiger Rechtslage nicht geforderten Nachweis eines solchen die Ausführungen unter IV. 3) ist meiner Ansicht nach eine andere Vorgehensweise angebracht, hat sich dann der Nichtverfolgungswille des Tatortstaates doch (begründet) konkretisiert und ist zu beachten.

Formal bleibt freilich in Konstellationen mit faktischer Nichtverfolgung im Tatortstaat der – generell in Fällen des § 7 StGB qua Auslandstaten eröffnete Weg – des § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO gangbar,¹²⁹ welcher den grundsätzlichen Verfolgungszwang bei einschlägigen Sachverhalten erheblich einschränkt.¹³⁰

¹²¹ Schmitz (Fn. 2), S. 630; Bock, HRRS 2010, 92 (95); Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 98 mit Nachw. in Fn. 256.

¹²² Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 99; ebenso treffend wie scharfzüngig Schmitz (Fn. 2), S. 629 f.: Die „überkommene Trennung von zu berücksichtigenden materiellen und nicht zu berücksichtigenden formellen Strafbarkeitsvoraussetzungen“ kann „nur als Zeichen deutscher Ignoranz gegenüber fremden Rechtsordnungen bezeichnet werden.“ Tendenziell ähnlich für die derzeitige deutsche Rechtslage in diesem Kontext Pawlik (Fn. 3), S. 379; i.d.S. allgemein ferner Rath, JA 2007, 26 (34 mit Nachw. in Fn. 74).

¹²³ Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 102 (auf Basis „hinreichend manifestierter rechtspolitischer Entscheidung des Tatortstaates für die Nichtverfolgung“); ders. (Fn. 17), § 7 Rn. 23; ders., JURA 2010, 190 (194 mit Nachw. in Fn. 43); ähnlich Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 15; Pawlik (Fn. 3), S. 378 mit Nachw. in Fn. 107 f.; Bock, HRRS 2010, 92 (95); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 102 mit Nachw. in Fn. 82; für eine (nach hier vertretenem Standpunkt abzulehnende) Differenzierung in Bezug auf die Fallgruppen des § 7 StGB in diesem Zusammenhang Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 14; Rotsch (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 15; ebenso Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 8, 15; Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 6 f.; Werle/Jeßberger (Fn. 1), § 7 Rn. 48–50.

¹²⁴ So im Ergebnis auch Rönnau, JZ 2007, 1084 (1086); zustimmend Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 61).

¹²⁵ Eine als „Gespenst der Fremdrechtsanwendung“ zu bezeichnende „praktische Undurchführbarkeit“ (siehe etwa Schmitz [Fn. 2], S. 632 ff.; Mosiek, StV 2008, 94 [99 mit Nachw. in Fn. 72]) in Bezug auf ausländische Normen wird daher insoweit wohl nicht zu befürchten sein.

¹²⁶ OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18044 (siehe instruktiv zur grundsätzlichen Strafbarkeit des Besitzes auch kleinerer Mengen Suchtgifte in den Niederlanden trotz Nichtverfolgung); so bereits OLG Düsseldorf NStZ 1985, 268; siehe auch OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277 (1278).

¹²⁷ Eine Friktion mit dem Grundsatz der konkreten Betrachtungsweise besteht im Übrigen nicht: Jener fordert eine Prüfung der konkreten Tat (unter Berücksichtigung aller rechtlich verbindlichen Straffreistellungsgründe und Verfolgungshindernisse), nicht jedoch die – im Ergebnis ausgesprochen vage – Berücksichtigung bloß faktischer Nichtverfolgung, welche aus unterschiedlichsten Gründen auftreten kann.

¹²⁸ Ähnlich Safferling (Fn. 2), § 3 Rn. 35.

¹²⁹ Siehe bloß Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 103; ders. (Fn. 17), § 7 Rn. 25; Böse (Fn. 15), § 7 Rn. 22; Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 33; Scholten, NStZ 1994, 266 (270).

¹³⁰ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 106; Rath, JA 2007, 26 (35).

VI. Die Neubürgerklausel als in mehrfacher Hinsicht problembehaftete Norm

Die Schwierigkeiten der Auslegung und differenten Sichtweisen auf einzelne Merkmale in ein und derselben Norm, welche mit dem jeweils vertretenen Anknüpfungspunkt nach der erfolgten Darstellung (unter Ablehnung der hier vertretenen Ansicht, § 7 StGB in ihrer Gesamtheit als Norm der stellvertretenden Strafrechtspflege zu verstehen) zu Tage treten, zeitigen (neben weiteren Problemen) gerade im Rahmen der Neubürgerklausel des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB erhebliche Auswirkungen.

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB nicht nur – wie beinahe einhellig konstatiert¹³¹ – als bedenklich bzw. problematisch einzustufen; vielmehr ist jener in seiner derzeitigen Form verfassungswidrig.¹³²

Die bei Beschäftigung mit § 7 StGB zu klärende (Vor-)Frage, ob es sich bei jenem als Strafanwendungsvorschrift um materielles Recht oder aber eine verfahrensrechtliche Norm handelt, fällt nach h.M. (und für die Gesamtheit der §§ 3–7 und 9 StGB) eindeutig zu Gunsten der erstgenannten Kategorie aus,¹³³ sodass die verfassungsrechtlichen Vorgaben des nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatzes (Gesetzlichkeitsprinzip) des Art. 103 GG¹³⁴ (möglicherweise

umfänglich-qualitativ in eingeschränkter Form)¹³⁵ auch für § 7 StGB Geltung beanspruchen,¹³⁶ ist dieser doch seiner Wirkung nach strafbegründend.¹³⁷ Somit sind das Rückwirkungsverbot, der Bestimmtheitsgrundsatz, das Analogieverbot und das Verbot von gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung- oder -schärfung als Einzelprinzipien¹³⁸ des nullum crimen-Grundsatzes zu beachten.¹³⁹

1. Verfassungsrechtliche Problematiken und (wenig überzeugende) rechtspolitische Begründetheit der Neubürgerklausel

Durch das Bestimmtheitsgebot bringt der Verfassungsgesetzgeber zum Ausdruck, dass strafbegründende Normen so eindeutig wie möglich abzufassen sind (nulla poena sine lege certa).¹⁴⁰ Dies dient einerseits dazu, den Normunterworfenen die Möglichkeit zu geben, ihr Verhalten an den im Tatzeitpunkt geltenden Gesetzen auszurichten, sich also gesetzeskonform verhalten zu können (individualschützender Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes i.S.e. Schutzes vor staatlicher Willkür),¹⁴¹ andererseits verpflichtet der Bestimmtheitsgrund-

¹³¹ Satzger (Fn. 17), § 7 Rn. 10; ders., JURA 2010, 190 (191); ders. (Fn. 2), § 5 Rn. 85; Safferling (Fn. 2), § 3 Rn. 36 mit Nachw. in Fn. 89; Ambos (Fn. 20), § 7 Rn. 26; Heger (Fn. 20), § 7 Rn. 4; Eser/Weißer (Fn. 17), § 7 Rn. 13; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 20), § 7 Rn. 5; Rath, JA 2007, 26 (32); Böhm, NSTZ 2017, 618 (620 mit Nachw. in Fn. 32).

¹³² Siehe ebenso bereits (für die annähernd inhaltsgleichen Vorgängervorschriften zu § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 und § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) Staubach, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964, S. 153.

¹³³ So Jeßberger (Fn. 5), S. 142 mit Nachw. in Fn. 11; Ambos (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 77; Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 56); Oehler (Fn. 5), S. 771; Krey, JR 1980, 45 (46 m.N. in Fn. 25); Safferling (Fn. 2), § 3 Rn. 5; Gribbohm, JR 1998, 177 (179). Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Geltungsbereichsnormen als Tatbestandsmerkmale oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit angesehen werden, nehmen doch auch Letztere an „rechtsstaatlichen Sicherungen“ teil; siehe Jeßberger (Fn. 5), S. 142 Fn. 11 mit Verweis auf Jescheck/Weigend; allgemein zur Diskussion der Rechtsnatur der Normen Ambos (Fn. 2), § 1 Rn. 9.

¹³⁴ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 69 mit Nachw. in Fn. 1; Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (339); Mosiek, StV 2008, 94 (98). Sofern somit „eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“ (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG), bedarf es einer genauen Betrachtung, ob die Neubürgerklausel diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, und dies insbesondere unter den vom BVerfG in diesem Zusammenhang als besonders bedeutend erachteten Kautelen der Vorhersehbarkeit und des Vertrauensschutzes; siehe Jeßberger (Fn. 5), S. 142 Fn. 13; vgl. auch BVerfGE 25, 269 (285); BVerfG NJW 2002, 1779 f.

¹³⁵ Dafür Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 59 f.), der meint, dass § 7 StGB kein „sozial-ethisches Unwerturteil über Verhaltensweisen“ enthalte, und demnach die „maßgebenden Umstände“ der Norm „nicht Bestandteil des gesetzlichen Unrechtstatbestands“ seien, wodurch sie „letztlich einen geringeren Grundrechtsbezug als der eigentliche Unrechtstatbestand aufweisen“ würden, und diesem Umstand daher im Rahmen der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG „Rechnung zu tragen“ sei; siehe allgemein zur Bejahung des strafbegründenden Charakters der §§ 3 ff. StGB Krey, JR 1980, 45 (46 mit Nachw. in Fn. 26). Ob eine solche qualitativ differenzierende Prüfung für die Normen des Strafanwendungsrecht angezeigt ist, erscheint fraglich, betreffen jene doch (analog zu den „eigentlichen“ Straftatbeständen) sowohl das „Ob“ und (siehe die Ausführungen zur Auslegung der Varianten des § 7 StGB) explizit auch das „Wie“ der Anwendung des konkreten Tatbestands und der Rechtsfolge (siehe Oehler [Fn. 5], S. 771), sodass die von Mosiek vertretene Differenzierung stark an Legitimation einbüßt und im Ergebnis entbehrlich erscheint.

¹³⁶ BVerfG wistra 2003, 255 (257); BGHSt 45, 64; Jeßberger (Fn. 5), S. 142 mit Nachw. in Fn. 12; Ambos (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 77 mit Nachw. in Fn. 545, welcher zur Begründung u.a. auf die Rechtsnatur der deutschen Strafanwendungsvorschriften verweist.

¹³⁷ Gribbohm, JR 1998, 177 (179).

¹³⁸ Siehe allgemein bloß Krey/Esser (Fn. 3), § 3 Rn. 48 f.; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 3 Rn. 2; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 71 ff.

¹³⁹ Vgl. Mosiek, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 56); Gribbohm, JR 1998, 177 (179 mit Nachw. in Fn. 17); Ambos (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 77.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfGE 92, 1 (12); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2 Rn. 72 mit Nachw. in Fn. 6.

¹⁴¹ Böse (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 138), § 3 Rn. 5; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), § 2

satz auch den Gesetzgeber, selbst über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen zu entscheiden (kompetenzwahrende Funktion).¹⁴² Für den Normunterworfenen müssen der Anwendungsbereich und die Tragweite der Strafvorschriften somit hinreichend erkennbar sein,¹⁴³ jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit welcher Strafsanktion es behaftet ist.¹⁴⁴ Dabei bilden die Erkennbarkeit und Verstehbarkeit der Strafnorm unabdingbare Voraussetzungen für die Vorhersehbarkeit der in Frage stehenden Strafvorschrift.¹⁴⁵ Aus diesem Teilaspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes ergeben sich für den der Neubürgerklausel Unterworfenen (sowie für Taten eines Ausländers nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB)¹⁴⁶ mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbare Problematiken.¹⁴⁷ Wie soll eine Person, die erst später (oder nie) deutscher Staatsbürger wird, sich am Normbefehl der deutschen Strafvorschrift orientieren, jenen befolgen und ihr Verhalten danach ausrichten könne, wenn sie von diesem keinerlei Kenntnis besitzt?¹⁴⁸ Im Tatzeitpunkt können die Vorschriften des deutschen Strafrechts den im Tatortstaat Handelnden gar nicht erreichen, der Anwendungsbereich und die Tragweite der deutschen Strafnormen bleiben ihm verborgen. Auch der diesbezügliche denkbare Einwand, dem Täter sei jedoch gewahr, dass seine Tat im Tatortstaat mit Strafe bedroht sei,¹⁴⁹ und beim Bestimmtheitsgrundsatz wäre primär maßgeblich, abschätzen zu können, ob eine Strafbar-

keit gegeben sei, und der Täter demgemäß allein vor einer nicht erkennbaren Bestrafung geschützt werden solle,¹⁵⁰ eine solche Strafbarkeit aber in concreto sowohl im Ausland als auch in Deutschland vorliege, und es demzufolge nicht so sehr darauf ankäme, welches Gericht (ob ausländisches oder deutsches) schließlich nach welchem Recht über die Tat entscheide,¹⁵¹ sodass im Ergebnis die Vorgabe des Art. 103 Abs. 2 GG nicht verletzt sei, verfangt nicht. Darüber hinaus ändert dieser Einwand ferner nichts daran, dass die deutsche Norm des § 7 StGB als solche am Bestimmtheitsgrundsatz zu messen ist, und der Handelnde im Tatzeitpunkt (üblicherweise) mangels Beziehung zu Deutschland keinerlei diesbezügliche Normkenntnis aufweist bzw. aufweisen muss.¹⁵²

Bereits aus diesen Gründen liegt ein verfassungsrechtlicher Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor. Umso prekärer und offensichtlich verfassungswidrig sind in diesem Zusammenhang nun Konstellationen zu beurteilen, die zwar eine beiderseitige Strafbarkeiten im Tatortstaat und Deutschland grundsätzlich kennen, in welchen jedoch etwa differente Verjährungsfristen bestehen (exemplarisch sieht der Tatortstaat eine solche von drei Jahren, Deutschland eine von fünf Jahren vor, und erfolgt die Annahme der deutschen Staatsbürgerschaft vier Jahre nach der Tat). Nach Meinung der Rechtsprechung und Teilen der Lehre ist im Rahmen der Neubürgerklausel das aktive Personalitätsprinzip und damit originäre deutsche Strafgewalt verwirklicht; es bedürfte somit (als teilweise auch unabhängig davon vertretener Folge) der Berücksichtigung prozessualer Strafverfolgungshindernisse im Tatortstaat generell nicht (s.o. unter V. 2.), wohingegen die hier vertretene Ansicht bei § 7 StGB in allen Varianten vom Vorliegen stellvertretender Strafrechtspflege als alleinigem (oder zumindest maßgeblichem) Anknüpfungspunkt ausgeht und prozessuale Verfolgungshindernisse (mit Ausnahme jener, die den internationalen ordre public verletzen) berücksichtigt.¹⁵³ Die erstgenannte Ansicht gelangt bspw. zu einer (möglichen) Bestrafung desjenigen Normunterworfenen, der im Vertrauen auf die Verjährung einer Startat nach den Verjährungsregeln des Tatortstaats die deutsche Staatsbürgerschaft erwirbt.¹⁵⁴ Die Fiktion, der Täter hätte im Tatzeitpunkt

Rn. 72; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (715); *Mosiek*, StV 2008, 94 (98 mit Nachw. in Fn. 62).

¹⁴² *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (715 mit Nachw. in Fn. 54 f.).

¹⁴³ Vgl. BVerfG wistra 2003, 255 (257); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 72.

¹⁴⁴ BVerfG wistra 2003, 255 (257); *Böse* (Fn. 8), S. 1318 ff.; *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (709 m.w.N. zu der einschlägigen ständigen Rechtsprechung des BVerfG in Fn. 22).

¹⁴⁵ BVerfGE 105, 152 f.; vgl. ferner BVerfG wistra 2003, 255 (256); siehe statt vieler nur *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (709 mit Nachw. in Fn. 23); *Böse* (Fn. 8), S. 1319 mit Nachw. in Fn. 45.

¹⁴⁶ Siehe insofern nur *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26 mit Nachw. in Fn. 116.

¹⁴⁷ So eindeutig für die Neubürgerklausel *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46 mit Nachw. in Fn. 385; *Staubach* (Fn. 132), S. 151 ff.

¹⁴⁸ Vgl. ähnlich (zur Problematik der Neubürgerklausel) *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (339 mit Nachw. in Fn. 34 und unter Verweis auf *Oehler*, wonach der Täter „in einem Akt der Überrumpelung [...] mit völlig fremdem Recht konfrontiert“ werde); widersprüchlich *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 92, welche den insofern gegebenen Vertrauensschutz zwar für einen von § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfassten Ausländer favorisieren, müsste jener doch zum Tatzeitpunkt nicht damit rechnen, nach dem gegenüber dem Tatortrecht strengeren deutschen Gesetz verfolgt zu werden, jenen einem (im Tatzeitpunkt ebenfalls die Ausländereigenschaft innehabenden) Neubürger jedoch nicht zu Gute kommen lassen wollen.

¹⁴⁹ Siehe etwa *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 36.

¹⁵⁰ *Rath*, JA 2007, 26 (32 mit Nachw. in Fn. 52).

¹⁵¹ Vgl. hierzu näher *Böse* (Fn. 8), S. 1319 f.; ferner *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 88.

¹⁵² Ähnlich *Rath*, JA 2007, 26 (32 Fn. 55), unter Verweis auf die „formale“ Komponente des Bestimmtheitsgebots.

¹⁵³ Inzident dieses Ergebnis stützend wohl auch *Ambos* (Fn. 133), Vor § 3 Rn. 78, da jener annimmt, dass der Täter einen Anspruch auf den Schutz seines Vertrauens in das im Zeitpunkt der Tat geltende Recht (und damit wohl auch die diesbezüglichen, differenten Verjährungsfristen des ausländischen Rechts) besitzt.

¹⁵⁴ Dies auch deshalb, weil die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts von der h.M. wohl als objektive Bedingung der Strafbarkeit verstanden wird, womit die Verjährungsfrist erst mit dem Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft begänne; siehe zu diesem Punkt nur *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46. Eine solche Sichtweise verletzt einerseits das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, da sie über die Kompe-

bereits davon ausgehen können, zu einem späteren Zeitpunkt qua Staatsbürgerschaft (Neubürger) oder aus anderen Umständen (Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) der deutschen Strafgewalt zu unterfallen bzw. müsse nach eingetretener Verjährung im Tatortstaat dennoch mit Strafverfolgung durch Deutschland rechnen, ist in Bezug auf solche Fälle schlicht als unerfüllbare Anforderung an die potentiellen Normunterworfenen zu bezeichnen. Eine solche verlangt Unmögliches und ist aus Sicht des Bestimmtheitsgrundsatzes in keiner Weise geeignet, eine Strafverfolgung nach deutschem Recht zu rechtfertigen, bildet jedoch die Schwierigkeiten des § 7 StGB in diesen Normvarianten eindrucksvoll ab.

Doch selbst im Falle, dass seitens des späteren Neubürgers bereits im Tatzeitpunkt ein Antrag auf Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit gestellt wurde, er also (theoretisch) bereits einen differenten gedanklichen Horizont hinsichtlich seiner Deutscheigenschaft und damit der Normgeltung des deutschen Strafrechts für ihn aufweise, und jener dies in seinen Tatplan miteinbezogen habe, ändert dies an der Verletzung des Bestimmtheitsgebots durch die genannte Vorschrift nichts.¹⁵⁵ Es erscheint in diesem Kontext bereits grundsätzlich und per se mehr als zweifelhaft, der Annahme der deutschen Staatsbürgerschaft den Charakter einer „Unterwerfung“¹⁵⁶ i.S.e. rückwirkenden Anwendung aller deutschen Strafvorschriften beilegen zu wollen.¹⁵⁷ Allein die grundsätzliche „Unterwerfung“ unter die Vorschriften des deutschen (Straf-)Rechts ab dem Zeitpunkt der Verleihung (ex nunc) wäre an dieser Stelle wohl eine denk- wie vertretbare Auslegung, nicht jedoch diejenige einer „Unterwerfung mit rückwirkender Kraft“, welche dem Einzelnen normtheoretisch

tenz des Tatortstaates hinausgeht, und ist mit dem Bestimmtheitsgebot (sowie dem Rückwirkungsverbot) unvereinbar; siehe in diesem Kontext allgemein *Böse* (Fn. 8), S. 1324 (Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bei Annahme originärer Strafgewalt Deutschlands sowie des aktiven Personalitätsprinzips für Neubürger); ferner *ders.* (Fn. 15), § 7 Rn. 12. Der im Ausland strafrechtlich relevantes Verhalten Setzende hat im Tatzeitpunkt keinerlei Beziehung zur deutschen Rechtsordnung, er kann sein Handeln damit nicht am Normbefehl des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB (bzw. bei Taten nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB jenem) i.V.m. den deutschen Verjährungsvorschriften ausrichten, welche in ihrer Gesamtheit und konkreter Betrachtungsweise hier strafbegründend wirken. Bei Annahme stellvertretender Strafrechtspflege als Anknüpfungspunkt für § 7 StGB hingegen finden die ausländischen Verjährungsfristen Anwendung, sodass eine Strafverfolgung unterbleibt.

¹⁵⁵ A.A. (jedoch den Charakter des Art. 103 Abs. 2 GG übersehend) *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26 mit Nachw. in Fn. 114.

¹⁵⁶ Die tatsächliche Verleihung der Staatsbürgerschaft ist eine Entscheidung der zuständigen deutschen Behörden, die eine solche verweigern können, sodass auch der Terminus der „Unterwerfung“ in diesem Zusammenhang auf Grund der Suggestion, die Verleihung der Staatsbürgerschaft hinge allein vom Antragssteller ab, jedenfalls unpassend erscheint.

¹⁵⁷ So etwa *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26; vgl. auch *Schneider*, ZIS 2013, 488 (490 mit Nachw. in Fn. 20).

sowie faktisch gar nicht offensteht.¹⁵⁸ Darüber hinaus kann ferner die Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht durch den (pro futuro-Akt) der Annahme der deutschen Staatsbürgerschaft durch den Normunterworfenen selbst suspendiert werden. Auf die Rechtswohltat dieser Vorschrift kann er somit in keiner Weise (rückwirkend auf den Tatzeitpunkt bezogen) verzichten bzw. deren Verletzung gleichsam „durch Zustimmung heilen“. Seine allein behauptete „Unterwerfung“ kann damit schon aus diesem normtechnischen Grund und unter Schutzaspekten dem Individuum gegenüber keinerlei Bedeutung entfalten.¹⁵⁹ Darüber hinaus wäre bei einer Rückwirkung einer strafbegründenden oder strafscharfenden Norm qua „Unterwerfung“, wie sie § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB zweifellos darstellt,¹⁶⁰ das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verletzt und auch demzufolge auch aus diesem Grund die Verfassungswidrigkeit der Norm gegeben.

Das Rückwirkungsverbot (nullum crimen sine lege praevia) verbietet die zeitlich rückwirkende Begründung und Verschärfung von Strafe.¹⁶¹ Strafbegründenden wie strafscharfenden Gesetzen darf somit weder vom Gesetzgeber noch dem Normanwender rückwirkende Kraft verliehen werden, wobei sich das Rückwirkungsverbot sowohl auf das Ob als auch Wie der Strafbarkeit bezieht.¹⁶² Richtigerweise wird darüber hinaus in diesem Kontext eine Strafbefugnis (in diesem Fall Deutschlands) „eine dem Strafrecht vorausgehende rechtliche Beziehung zwischen dem möglichen Angeeschuldigten und dem strafenden Staat“ voraussetzen.¹⁶³ Die Neubürgerklausel des deutschen StGB kommt nun auf Taten

¹⁵⁸ Ob Straf- oder sonstige Rechtsvorschriften öffentlich-rechtlicher Natur mit Sanktionscharakter auf den Normunterworfenen bei Vorliegen der festgestellten tatbestandlichen Voraussetzungen Anwendung finden, steht insofern nicht zu dessen Disposition; sind die in Frage stehenden Taten etwa schon verjährt, spielt es insofern keine Rolle, ob sich der Normunterworfene freiwillig einer staatlichen Sanktionierung „unterwerfen“ möchte oder nicht. Eine solche kann und darf nicht mehr staatsfinden.

¹⁵⁹ I.d.S. eindeutig ferner *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46, wonach der nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatz „als Kernbestandteil einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege nicht zur Disposition des Einzelnen stehe“; a.A. und insofern abzulehnen *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 87; *Safferling* (Fn. 2), § 3 Rn. 36; *Jeßberger* (Fn. 5), S. 146.

¹⁶⁰ So nur allgemein *Krey/Esser* (Fn. 3), § 3 Rn. 54, wonach strafbegründende Gesetze all jene Normen des materiellen Rechts seien, welche eine Neukriminalisierung zur Folge hätten.

¹⁶¹ BVerfGE 95, 96 (131); BGH NJW 1993, 141 (147); *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 138), § 3 Rn. 2, 4 mit Nachw. in Fn. 6.

¹⁶² Vgl. BGHSt 39, 1 (29); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), § 2 Rn. 74 mit Nachw. in Fn. 74; ferner *Ambos* (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 78 mit Verweis auf den Schutz des Vertrauens des Täters in das zum Zeitpunkt der Tat geltende Recht, somit das „Wie“ der Strafbarkeit.

¹⁶³ *Schultz* (Fn. 24), S. 311; *Pawlik* (Fn. 3), S. 366, unter wörtlicher Zitierung von *Schultz* in Fn. 48.

zur Anwendung, die im Tatzeitpunkt von einem Ausländer im Ausland begangen werden, welcher danach die deutsche Staatsbürgerschaft erlangt. Im maßgeblichen Tatzeitpunkt besteht somit kein genuiner Anknüpfungspunkt des deutschen Strafrechts und keine rechtliche Beziehung. Diese wird erst nachträglich durch die Übernahme der deutschen Staatsbürgerschaft gebildet und wirkt insofern strafbegründend, als sie nunmehr die Tat dem deutschen Strafrecht und damit der deutschen Strafgewalt unterstellt. Bereits der versuchte rechtspolitische Begründungsansatz einer solchen Ausdehnung deutscher Strafgewalt auf den Neubürger, die Kehrseite des Deutschenprivilegs nach Art. 16 Abs. 2 GG zu bemühen, vermag nicht vollinhaltlich zu überzeugen. Da das Auslieferungsprivileg des Art. 16 Abs. 2 GG auch für jenen ab dem Zeitpunkt seiner „Deutschwerdung“ gelte, der Rechtsbruch des Täters aber nicht ungesühnt bleiben dürfe,¹⁶⁴ müsse eine Strafverfolgung erfolgen. Diese Argumentation hat durch die Möglichkeit der – primär zu tätigenden – Auslieferung eigener Staatsangehöriger an Staaten der Europäischen Union und internationale Gerichtshöfe doch erheblich an Bedeutung eingebüßt (siehe oben unter IV. 3.) und eignet sich somit in genereller Weise kaum noch für die Begründung der Norm.¹⁶⁵

In gravierender Art und Weise jedoch widerspricht die nachträgliche Strafgebührensargumentation dem Verbot rückwirkender Strafgesetze nach § 2 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG,¹⁶⁶ wird durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB doch ein Strafgesetz auf eine Tat zur Anwendung gebracht, die zur Zeit ihrer Begehung (mangels Deutscheigenschaft) noch nicht von jenem erfasst wurde.¹⁶⁷ Die Meinung und der rein formalistische Argumentationsversuch des BGH, eine direkte Rückwirkung liege für die Neubürgerklausel deshalb nicht vor, da im Tatzeitpunkt ja bereits bestimmt sei, dass das deutsche Strafrecht zur Anwendung komme, falls der Täter in der Zukunft deutscher Staatsbürger werde, somit feststehe, dass und wie die Tat zu bestrafen sei,¹⁶⁸ und insofern die Regelung

verfassungsrechtlichen Bedenken nicht begegne,¹⁶⁹ krankt in mehrerlei Hinsicht. Zu Recht weist etwa *Satzger* darauf hin, dass zur Tatzeit noch keinerlei Bindungen des Normadressaten an das deutsche Recht gegeben waren, und demzufolge Art. 103 Abs. 2 GG durch den maßgeblichen Rückwirkungseffekt des § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB in seiner Funktion als den Vertrauensschutz der Normunterworfenen gewährleistende Norm betroffen sei.¹⁷⁰ Die von der Neubürgerklausel ausgehende, strafbegründende Rückwirkung, der dieser Klausel innewohnende Effekt, ist somit entscheidend, nicht die Tatsache, dass formalistisch betrachtet im Tatzeitpunkt feststand, dass deutsches Strafrecht zur Anwendung gelangen werde, falls der Täter in Zukunft Deutscher würde.¹⁷¹ Ferner kann eine verhaltenslenkende Funktion einer solchen Regelung, welche an den Eintritt zeitlich nachfolgender Ereignisse anknüpft, schon dem Grunde nach nicht zukommen.¹⁷²

Die Ansicht des BGH zur Verfassungsmäßigkeit der Neubürgerklausel stellt darüber hinaus – bereits aus Kompetenzgesichtspunkten hinsichtlich der deutschen Höchstgerichte – keine normativ bindende Stellungnahme dar. Nicht der BGH, sondern allein das BVerfG ist dazu berufen, über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm zu entscheiden, sodass Stimmen, welche mit Hinweis auf die einschlägige Entscheidung BGHSt 20, 22 eine solche als unproblematisch annehmen,¹⁷³ einem Irrtum unterliegen.

2. *Lex mitior-Anwendung wegen verfassungsrechtlicher Bedenken bzw. Verfassungswidrigkeit der Norm?*

Die vom Großteil der Lehre erkannte verfassungsrechtliche Problematik (richtigerweise Verfassungswidrigkeit) des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB wird im Ergebnis auf Rechtsfolgen-seite bekämpft, indem in Form der *lex mitior*-Regel in Neubürgerfällen (analog zur Regelung bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) die in Deutschland etwaig auszusprechende Strafe maximal so hoch sein darf wie diejenige, welche im Tatortstaat hätte verhängt werden dürfen; der Täter darf somit nicht strenger bestraft werden als nach dem Tatortrecht.¹⁷⁴ Die Begründung

¹⁶⁴ BGHSt 20, 22 (23) = BGH NJW 1954, 2359.

¹⁶⁵ So jedoch noch *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13; ferner (allzu verallgemeinernd) *Böhm*, NSTZ 2017, 618 (620) mit Nachw. in Fn. 31, sowie *Jeßberger* (Fn. 5), S. 145. Verhindert wird somit (sowohl im Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 wie auch jenem der Var. 1 StGB) auf Basis des Art. 16 Abs. 2 GG in genereller Weise allein die Auslieferung an „Drittstaaten“, sodass Deutschland – um seiner Solidaritätsverpflichtung zu genügen – i.S.d. stellvertretenden Strafrechtspflege tätig werden muss.

¹⁶⁶ Vgl. *Satzger*, JURA 2010, 190 (191). A.A. in Bezug auf das Rückwirkungsverbot *Böse* (Fn. 15), Vor §§ 3 ff Rn. 46 mit Nachw. in Fn. 392, welcher jedoch (unzutreffend) davon ausgeht, dass die strafenwendungsrechtlichen Vorschriften des deutschen StGB verfahrensrechtlicher Natur seien und demzufolge das Rückwirkungsverbot nicht zur Anwendung käme.

¹⁶⁷ Eindrücklich *Staubach* (Fn. 132), S. 147, 150 ff.; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13.

¹⁶⁸ Siehe BGHSt 20, 22 (23) = BGH NJW 1954, 2359.

¹⁶⁹ BGHSt 20, 22 (23) = BGH NJW 1954, 2359; siehe allgemein auch BGH NJW 1994, 140; zustimmend *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 87; vgl. auch *Schneider*, ZJS 2013, 488 (490 mit Nachw. in Fn. 19).

¹⁷⁰ *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; siehe ferner *ders.*, JURA 2010, 190 (191); *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 85.

¹⁷¹ Siehe auch *Rath*, JA 2007, 26 (32); ähnlich *Satzger*, JURA 2010, 190 (191).

¹⁷² *Böse* (Fn. 141), Vor §§ 3 ff Rn. 46; *Krey/Esser* (Fn. 3), § 3 Rn. 52 mit Nachw. in Fn. 23, und Hinweis auf die generalpräventive Funktion des Strafrechts.

¹⁷³ So etwa *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 87.

¹⁷⁴ *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 85; *Rotsch* (Fn. 7), StGB § 7 Rn. 22; *Ambos* (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 78; *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13; *Böhm*, NSTZ 2017, 618 (620 mit Nachw. in Fn. 33); *Rath*, JA 2007, 26 (32 mit Nachw. in Fn. 53); vgl. allgemein auch *Böse* (Fn. 8), S. 1320; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (148 mit Nachw. in Fn. 75); *Jeßberger* (Fn. 5), S. 18; a.A. *Niemöller*, NSTZ 1993, 171 (172). Sofern das Tatortrecht insofern eine härtere Bestrafung

für und die grundsätzliche Positionierung im Hinblick auf diese Sichtweise im Allgemeinen begegnen Be-denken.

Zum einen folgt die Anwendung der *lex mitior*-Regel bereits allein aus dem einfachgesetzlichen Charakter des § 7 StGB als Vorschrift der stellvertretenden Strafrechtspflege, als Wahrnehmung derivativer Strafgewalt, welche nicht über die originäre des Tatortstaats hinausgehen darf,¹⁷⁵ und muss (als logische Folge der hier vertretenen Ansicht) somit für sämtliche Tatbestandsvarianten der Norm gelten. Einer Rückbindung an die oder Kombination mit der grundgesetzliche(n) Ebene des Art. 103 Abs. 2 GG,¹⁷⁶ und dem insofern gewiss bedeutenden Vertrauensschutz¹⁷⁷ bedarf es daher in diesem Punkt grundsätzlich nicht,¹⁷⁸ wiewohl eine solche ein durchaus valides, weiteres Argument für die richtigerweise anzunehmende Selbstbeschränkung Deutschlands im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege darstellt.

Allerdings übersieht die soeben beschriebene Ansicht der Lehre, welcher sich die bisweilen uneinig gewesene Rechtsprechung in Bezug auf die Berücksichtigung des Tatortrechts bei der konkret zu verhängenden Strafe immer mehr anzuschließen scheint,¹⁷⁹ dass der Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift nicht durch die Selbstbindung an den maximalen Strafraumen des Tatortstaates Rechnung getragen werden kann. Für die (als verfassungswidrig einzustufende) Neubürgerklausel wird die diesbezügliche Problematik (Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz sowie das Rückwirkungsverbot) mit einer solchen Vorgehensweise keinen Deut verbessert, die beschriebene Rückbindung ist daher zur Behebung der (soeben dargelegten und wohl evidenten) Probleme mit Art. 103 Abs. 2 GG i.S.e. verfassungskonformen Interpretation ungeeignet. Insofern erscheint es aus problem-

als das deutsche Recht vorsieht, kommt in Anwendung der *lex mitior*-Regel und auf Grund des Verbots echter Fremdrechtsanwendung nur eine Bestrafung nach deutschem Recht in Betracht. In diesem Fall wäre also die deutsche Norm die *lex mitior*; allgemein nur *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 138) § 4 Rn. 2 mit Nachw. in Fn. 5.

¹⁷⁵ In diesem Detail (wenngleich im Ganzen different gewichtet) ebenso *Bock*, HRRS 2010, 92 (95 ff. mit Nachw. in Fn. 77 f.); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 25; vgl. BGH NJW 1994, 140 (141); für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB explizit etwa *Ambos* (Fn. 20), Vor § 3 Rn. 78 mit Nachw. in Fn. 552; *Böhm*, NSTZ 2017, 618 (622 mit Nachw. in Fn. 58); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 25, 92.

¹⁷⁶ Vgl. i.d.S. *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; *ders.* (Fn. 2), § 5 Rn. 85 f.; *ders.*, JURA 2010, 190 (191 f.); *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (148); *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 21 mit Nachw. in Fn. 125 f. (für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB); *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 4; auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), § 7 Rn. 25, 89.

¹⁷⁷ *Satzger* (Fn. 17), § 7 Rn. 10; *ders.*, JURA 2010, 190 (191, 192); *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 26; siehe ferner v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 20), § 7 Rn. 5.

¹⁷⁸ Offen gelassen von BGH NJW 1994, 140 (141).

¹⁷⁹ Vgl. nur BGH NSTZ-RR 2018, 292 (293); BGH NSTZ 2017, 146 (148); BGHSt 39, 317 (321); BGHSt 42, 275 (279) = BGH NJW 1997, 951 (952); KG JR 1988, 345 (346); OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2010, 48.

orientierter Sicht nicht passgenau, wenn der Versuch unternommen wird, die Verfassungskonformität der Neubürgerklausel über die skizzierte Selbstbindung der deutschen Strafrichter zu rechtfertigen.¹⁸⁰

Zu Ende gedacht führt die (jedoch primär aus Stellvertretungssicht, s.o.) grundsätzlich zu befürwortende Selbstbindung zu bislang kaum (an-)diskutierten (und auch an dieser Stelle allein in Frageform anzureißenden) Schwierigkeiten für die deutschen Normanwender. Wie festgestellt, steht die deutsche Strafrechtsordnung einer echten Fremdrechtsanwendung zu Recht ablehnend gegenüber. Handelt es sich bei der notwendigen Selbstbindung an den (sofern geringeren) Strafraumen des ausländischen Rechts insoweit nicht auch um eine Form der verkappten Fremdrechtsanwendung, selbst wenn formell rein deutsches Strafrecht zur Anwendung kommt,¹⁸¹ da sich diese Bindungswirkung doch (entgegen der an anderer Stelle dargestellten indirekten) explizit auf den nach deutschem Recht anzuwendenden Strafraumen und die Strafbemessung auswirkt? Wie soll bei Anwendung der diesbezüglichen *lex mitior*-Regel in diesem Kontext eine erhebliche Diskrepanz zwischen dem strengeren deutschen und dem mildereren Tatortrecht, welche im konkreten Einzelfall eine Unterschreitung des deutschen Strafraumens zur Folge hat, im Urteil ausgedrückt werden, wie die Bindung an die maximale Strafhöhe des ausländischen Rechts im Urteil insofern deutlich gemacht werden? Diese nur äußerst knapp (und ohne Anspruch auf Vollständigkeit) skizzierten Punkte verdeutlichen somit eine weitere Facette der Schwierigkeiten der Regeln des deutschen Strafanwendungsrechts in diesem Bereich.

VII. Zusammenfassende Bemerkungen und Schluss

Die bislang in Lehre und Rechtsprechung angenommenen, unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für die Begründung deutscher Strafgewalt nach § 7 StGB sind nach dem Dargestellten und der hier vertretenen Deutung der Norm weder notwendig noch entsprechen sie der tatsächlichen Rechtsnatur und dem Charakter der Vorschrift als jener der stellvertretenden Strafrechtspflege. Mag die jeweilige Anknüpfung an diese graduell zwar unterschiedlich stark sein, so ist sie doch für alle Tatbestandsvarianten des § 7 StGB die eindeutig zu favorisierende. Ein solches Verständnis führt dazu, Friktionen hinsichtlich der Geltung von (prozessualen) Straffreistellungsgründen und damit unterschiedliche Ergebnisse hinsichtlich der grundsätzlichen Strafbar- bzw. Verfolgbarkeit zu vermeiden, gibt der Vorschrift eine durchgängige, vertretbare und ihrer (auch) auslieferungsrechtlichen Konnotation entsprechende innere Systematik und fügt sich unproblematisch in das Gesamtsystem des deutschen Strafanwendungsrechts ein.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, die Neubürgerklausel, welche (als „genuine link“) ebenfalls allein auf die stellvertretende Strafrechtspflege zurückgeführt werden kann, ist hin-

¹⁸⁰ So etwa *Eser/Weißer* (Fn. 17), § 7 Rn. 13; vgl. auch *Heger* (Fn. 20), § 7 Rn. 4.

¹⁸¹ *Böse* (Fn. 15), § 7 Rn. 13, 21; *Reinbacher*, ZJS 2018, 142 (143).

gegen in der derzeitigen Form nicht nur eine unter verfassungsrechtlichen Kautelen problematische Norm, sondern als solche verfassungswidrig. Sie konfligiert mit dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG. Die Versuche, diese Problematik über die Anwendung einer lex mitior-Regel zu entschärfen, vermögen hieran nichts zu ändern.

Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung

Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens Stealthing

Von Ass. jur. **Kim Philip Linoh**, M.mel., Halle (Saale), **Nico Wettmann**, M.A., Gießen*

Mit der interdisziplinären Betrachtung des Phänomens Stealthing will dieser Beitrag aus soziologischer und juristischer Perspektive zeigen, welche Bedeutung Vertrauen und Materialität im Kontext sexueller Interaktion haben. Mithilfe einer qualitativen Analyse von Berichten über Stealthing-Erfahrungen in Online-Foren lassen sich Vertrauensgewinnung und -verlust durch die Benutzung des Kondoms rekonstruieren. Aus strafrechtlicher Sicht zeigt sich Stealthing als strafbares Verhalten im Sinne eines sexuellen Übergriffs. In der Verbindung beider Betrachtungsweisen lässt sich das Phänomen Stealthing in einer neuen Richtung mit vier Dimensionen denken: 1. Vertrauensgenerierung, 2. Objektuale Grenzziehung, 3. Wahrnehmung der Materialität und 4. Kommunikativ-interaktionale Aushandlung sexueller Interaktionen. In ihrer wechselseitigen Bedingtheit lassen sich diese Dimensionen zu einem komplexen Modell integrieren, dass die sozialen wie rechtlichen Aspekte des Phänomens Stealthing zu erklären vermag. Der hier entworfene Ansatz mit seinen Dimensionen liefert somit einen Beitrag zum Verständnis von Vertrauen(sbrüchen) innerhalb sexueller Interaktionen und kann damit über das Phänomen Stealthing hinausgedacht werden. Damit geht auch der Appell einher, Vertrauen, Objekt und Kontextsensitivität in den beteiligten Wissenschaften näher und interdisziplinärer zu denken und zu berücksichtigen.

This article aims to show the importance of trust and materiality in the context of sexual interaction from a sociological and legal perspective, by taking an interdisciplinary look at the phenomenon of stealthing. Through a qualitative analysis of reports on stealthing experiences in online forums, we will be able to reconstruct the gains and losses of trust that are brought on by the use of condoms. From a criminal law perspective, stealthing is an act which is punishable by law, falling under the category of sexual assault. By combining these two perspectives, the phenomenon of stealthing can be thought of in a new direction with four dimensions: (1) Generating trust, (2) object boundary formation, (3) material perception and (4) communicative-interactive negotiation of sexual interactions. In their interdependence, these dimensions can be combined to form a complex model explaining the social and legal aspects of the phenomenon of stealthing. Thus, the dimensions of this approach contribute to the understanding of breaches of trust within sexual interactions

* *Kim Philip Linoh* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht von Prof. Dr. Henning Rosenau an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. *Nico Wettmann* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Mediensoziologie von Prof. Dr. Nicole Zillien an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Die Verfasser danken ihren Kolleginnen und Kollegen für den wertvollen Austausch und das Feedback zu diesem Beitrag.

and can therefore be thought of beyond the phenomenon of stealthing. Accompanying this is the appeal to think of and consider trust, objects and context sensitivity more closely and with a stronger interdisciplinary approach.

I. Stealthing in den Rechts- und Sozialwissenschaften

Bedingt durch mehrere Strafverfahren in der Schweiz¹ und eine Verurteilung in Deutschland² finden sich in den letzten zwei Jahren im öffentlichen Diskurs vermehrt Berichte über das Phänomen Stealthing, womit die heimliche Entfernung des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs durch den insertiven Partner mit der anschließenden ungeschützten Fortsetzung des Verkehrs gemeint ist³. Dass dieses Phänomen keine Randerscheinung ist, zeigt eine australische Studie, bei der 32 % der befragten Frauen und 19 % der befragten Männer angaben, schon einmal Stealthing erlebt zu haben.⁴ Dabei ist Stealthing kein neues Phänomen, rückte jedoch erst durch seine Benennung in das Licht der Forschung verschiedener Fachgebiete.⁵ In der deutschen Jurisprudenz hat dieses Thema allerdings noch keinen größeren Widerhall gefunden, gleichwohl es Ende 2018 eine erste Verurteilung durch das AG Berlin-Tiergarten⁶ sowie eine bestätigende Berufungsentscheidung des LG Berlin⁷ gab. Nur vereinzelte, kurze Beiträge beschäftigen sich bisher mit dem Phänomen.⁸ Rückt nun Stealthing mehr in den Fokus des forensischen Diskurses,⁹ so hat dies vor allem zwei Gründe: Zum einen hat

¹ Bezirksgericht Lausanne, Urt. v. 9.1.2017 – PE15.012315-LA; Kantonsgericht Waadt, Urt. v. 8.5.2017 – PE15.012315-LAE/PBR; aber auch Bezirksgericht Bülach, Urt. v. 13.2.2019 – DG180057; Strafgericht Basel-Landschaft, Urt. v. 15.1.2019 – 300 18 65; Kantonsgericht Basel-Landschaft, Entscheid v. 6.6.2019 – 460 19 68.

² AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), und das Berufungsverfahren LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – 570 Ns 50/19.

³ Schumann/Schefer, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 811.

⁴ Latimer et al., PLOS ONE 13 (2018), e0209779, 1 (5).

⁵ Vgl. Blanco, Penn State Law Review 123 (2018), 217; Latimer et al., PLOS ONE 13 (2018), e0209779; Czechowski et al., PLOS ONE 14 (2019), e0219297.

⁶ AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); vgl. dazu die Besprechung von Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5.

⁷ LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – 570 Ns 50/19.

⁸ Beispielsweise Herzog, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 351; Hoffmann, NSTz 2019, 16.

⁹ Vgl. hierzu auch die vermehrte Erwähnung in der Literatur, bspw. von Renzikowski, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 4: Strafrecht Besonderer Teil

das Phänomen durch die Abhandlung von *Brodsky*¹⁰ einen Namen bekommen und damit eine Situation mangelnder Benennbarkeit und Ausdrucksform für Betroffene beendet.¹¹ Zum anderen war bis zur Reform des Sexualstrafrechts 2016 fraglich, ob Stealthing überhaupt einen Straftatbestand erfüllt. Auch in der sozialwissenschaftlichen Forschung finden sich nur vereinzelte Beiträge zum Thema. Neben dem bereits erwähnten Beitrag von *Brodsky*,¹² finden sich weitere Arbeiten zu Stealthing, die die Handlung als Ausdruck heteropatriarchaler sexueller Gewalt durch die Verletzung sexueller Autonomie sehen. *Ebrahim* folgert etwa, Stealthing „diminishes their sexual and reproductive integrity despite a subjective sense of liberation and empowerment to have initiated the use of a condom in the first place“.¹³ Auch *Schrupp* greift Stealthing als Form sexueller Gewalt auf und kritisiert die ungleiche Problemverteilung, die sich durch Schwangerschaften ergeben, besonders, wenn „Personen mit Gebärmutter“¹⁴ gewaltsam gegen den eigenen Willen geschwängert werden.¹⁵ Daneben fokussiert *Brennan* in der Analyse von Online-Diskursen etwa die Darstellung von Macht- und Missbrauchsstrukturen bei Stealthing zwischen homosexuellen Männern.¹⁶ Die Arbeiten eint das Verständnis von sexuellem Missbrauch und Autonomieverlusten der rezeptiven Partnerin bzw. des rezeptiven Partners durch das heimliche Entfernen des Kondoms und der Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs durch den insertiven Partner.

Es zeigt sich, dass sich die bisherigen Arbeiten in den Rechts- und Sozialwissenschaften primär mit der spezifisch fachlichen Beschreibung und Bewertung des Phänomens Stealthing auseinandersetzen. Diese Vorarbeiten ermöglichen den Schritt hin zu einer interdisziplinären Betrachtung. Im vorliegenden Beitrag sollen deshalb die rechts- und sozialwissenschaftlichen Zugänge zum Thema verbunden werden. Dabei richtet sich der Fokus auf die materielle Komponente von Stealthing – das Kondom. Eine empirisch-soziologische und normativ-juristische Analyse von Stealthing bilden die Grundlage für die Entwicklung einer bislang unerörterten Betrachtungsweise des Phänomens in beiden Wissenschaftszweigen. Mithilfe der Analyse von Beiträgen aus Online-Foren, in denen Betroffene von ihren Stealthing-Erfahrungen berichten, wird gezeigt, dass das Konzept einvernehmlichen geschützten Geschlechtsverkehrs mit der Benutzung des Kondoms steht und fällt. Die Entfernung des Kondoms bricht nicht nur die konsensuelle und autonome Entscheidung, sich in eine sexuelle Beziehung zum entsprechenden Partner zu

begeben, sondern und vor allem auch das damit einhergehende Vertrauen. Aus juristischer Sicht wird die strafrechtliche Relevanz der Kondomentfernung und die Tauglichkeit des Kondoms als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit herausgearbeitet. Dabei wird gezeigt, dass die durch die Reform des Sexualstrafrechts geschaffene Kommunikationsobliegenheit deutliche Schwächen aufweist, die nur durch ein neues, kontextbasiertes Verständnis der Erkennbarkeit des für den sexuellen Übergriff notwendigen Gegenwillens vermieden werden können. In der Zusammenschau beider Perspektiven lässt sich schließlich ein multidimensionaler Ansatz entwickeln, der Objektivität und Vertrauen in sexuellen Beziehungen zusammendenkt und normative Implikationen mit sich bringt. Hierdurch lassen sich neue intradisziplinäre Begründungs- und Bewertungsansätze herausbilden, die Vertrauen und Objektivität in sexuellen Interaktionen mitdenken.

II. Grundlegungen

Zunächst bedarf es der Einführung in die hier leitende juristisch-soziologische Perspektive. Dazu soll in einem ersten Schritt die Reform des Sexualstrafrechts 2016 in der gebotenen Kürze dargestellt und bewertet werden. Im Anschluss daran wird Stealthing aus einem Ansatz betrachtet, der Vertrauen und Objektbeziehungen anhand des Kondoms erörtert. Dabei erfolgt eine kurze Hinführung zu einem soziologischen Konzept modularen Vertrauens und der Rolle des Kondoms in sexuellen Vertrauensbeziehungen. Das Zusammenspiel von Vertrauen und Objekten wird dann unter Rückbezug auf das Konzept „objekt-orientierter Sozialität“¹⁷ weitergeführt.

1. Die Reform des Sexualstrafrechts 2016: Paradigmenwechsel beim Schutzgut

In einem hastigen und übereilten Prozess wurde das Sexualstrafrecht 2016 in nur wenigen Wochen reformiert,¹⁸ obwohl die letzte größere Änderung des Sexualstrafrechts erst 2015¹⁹ erfolgte. Die Ergebnisse einer kurz nach der Änderung 2015 eingesetzten Expertenkommission, die einen weiteren Reformbedarf im Sexualstrafrecht evaluieren sollte, wurden nicht abgewartet.²⁰ Bemerkenswerterweise konnte sich die Bundesregierung mit ihrem – zurückhaltenden – Entwurf nicht durchsetzen, sondern dieser erfuhr im Rechtsausschuss des Bundestages erhebliche Änderungen.²¹ Die beschlossene Reform ist aufgrund dogmatischer, systematischer und be-

I, 2019, § 9 Rn. 24; *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114, oder *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 811.

¹⁰ *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017), 183.

¹¹ *Blanco*, Penn State Law Review 123 (2018), 217 (224 f.).

¹² *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017), 183.

¹³ *Ebrahim*, SAGE Open 9 (2019), 1 (9).

¹⁴ *Schrupp*, Schwangerwerdenkönnen, Essay über Körper, Geschlecht und Politik, 2019, S. 14.

¹⁵ *Schrupp* (Fn. 14), S. 30 f.

¹⁶ *Brennan*, Psychology & Sexuality 8 (2017), 318.

¹⁷ *Knorr-Cetina*, in: Rammert (Hrsg.), Technik und Sozialtheorie, 1998, S. 83.

¹⁸ *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (14); *Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325.

¹⁹ BGBl I 2015, S. 1255.

²⁰ *Heger*, ZRP 2018, 118; *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3558); *ders./Schmidt*, KriPoZ 2018, 325; *May*, JR 2019, 130 (131); *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (14).

²¹ Vgl. dazu BT-Drs. 18/8210 gegen BT-Drs. 18/9097; hierzu auch *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (14).

weisrechtlicher Schwächen allgemein auf berechtigte Kritik gestoßen.²²

Blendet man die rechts- und moralpolitischen Implikationen aus, so kann man mit Recht behaupten, dass der Reform ein Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht gelungen ist.²³ Die bislang erforderliche Nötigungskomponente in § 177 StGB a.F. wurde aufgehoben; mit Ausnahme von § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB wird sie in den Grundtatbeständen des § 177 StGB n.F. nicht mehr vorausgesetzt.²⁴ Damit wird das Handeln gegen den Willen einer Person zum Dreh- und Angelpunkt des § 177 StGB n.F.²⁵ und das Verständnis des Schutzgutes, also der sexuellen Selbstbestimmung ändert sich: Während diese bislang nur gegen die Beeinträchtigung der physischen und psychischen Voraussetzungen der Fähigkeit zur Konsentierung sexueller Handlungen geschützt war,²⁶ wird nun das fehlende Einverständnis mit dem sexuellen Kontakt als „Prototyp der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung“²⁷ strafrechtlich relevant. Pönalisiert wird die Missachtung der selbstbestimmt getroffenen Entscheidung für oder gegen eine sexuelle Handlung.²⁸ Die damit einhergehende Aufhebung der Dichotomie von „sexuellem Missbrauch“ und „sexueller Nötigung“²⁹ ist mit Blick auf den erweiterten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung begrüßenswert:³⁰ Nur ein so verstandenes und geschütztes Selbstbestimmungsrecht ist zeitgemäß, da der Schutz der „Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung“ nicht allein genügt, um von sexueller Selbstbestimmung sprechen zu können. Diese beinhaltet vielmehr das Recht, jederzeit über das Ob, Wann und Wie eines sexuellen Kontakts zu entscheiden.³¹ Das lässt sich nur realisieren, wenn man bereits die Vornahme einer nicht konsentierten sexuellen Handlung unter Strafe stellt. Selbstbestimmung wird nur ernst genommen, wenn dem jeweiligen Rechtssubjekt eine exklu-

sive Zulassungs- und Ausschlussfunktion hinsichtlich des geschützten Gutes zugestanden wird.³²

Für das zu erörternde Phänomen Stealthing bedeutet dieser Paradigmenwechsel eine entscheidende Wende: Vor dem 50. StÄndG gab es den sexuellen Übergriff als Straftat nicht, es gab nur die sexuelle Nötigung nach § 177 StGB a.F. Ob Stealthing damals unter diesen Tatbestand zu subsumieren gewesen wäre, erscheint zweifelhaft. Gewalt oder Drohung liegt beim Stealthing per definitionem – die Kondomentfernung erfolgt heimlich – nicht vor. Ebenso wird es im Regelfall an einer schutzlosen Lage fehlen; denn nach ständiger Rechtsprechung ist dazu eine Lage erforderlich, in der aufgrund „objektiver Umstände in Verbindung mit subjektiven Momenten die Möglichkeit der Person, sich Gewalteinwirkungen zu entziehen, gegenüber dem Durchschnitt sozialer Situationen wesentlich herabgesetzt ist“.³³ Da ein bloßes Alleinsein mit einer anderen Person (1:1-Situation) auch im Rahmen sexueller Handlungen noch keine solche Lage auslöst,³⁴ müssten weitere Umstände hinzutreten, um eine Schutzlosigkeit zu begründen. Erst der Wechsel zur Pönalisierung nicht konsentierter sexueller Handlungen durch die Reform hat es überhaupt möglich gemacht, Stealthing als (mögliche) Sexualstraftat zu denken. Dass das Kondom als Objekt hier eine besondere Rolle einnimmt, ist rechtlich nicht selbstverständlich und begründungsbedürftig, insbesondere im Hinblick auf die anders zu behandelnde sog. „Pillenlüge“. Diese Begründung kann – so wird sich zeigen – in der unterschiedlichen Ausprägung von Vertrauen und Vertrauensbrüchen erblickt werden.

2. Objektuale Vertrauensbeziehung

Soziale Beziehungen beruhen auf Vertrauen. Vertrauen schafft in Bezug auf uns selbst wie auch innerhalb sozialer Beziehungen und ungewissen Situationen eine stabile soziale Ordnung. Weiter ausdifferenzieren lässt sich Vertrauen mit *Endreß'* Konzept dreier Vertrauensmodi: reflexives, habituelles und fungierendes Vertrauen.³⁵ Dabei ist reflexives Vertrauen als kognitive Form und als in spezifischen Situationen einsetzbare strategische Handlungsressource zu verstehen,³⁶ die an die explizite Thematisierbarkeit von Risiken und Misstrauen ansetzt.³⁷ Vertrauen und Risiken können von den Akteuren artikuliert, abgeschätzt und verhandelt werden. In Abgrenzung dazu meint habituelles Vertrauen jene Form, die auf Gewohnheiten und Gegebenheiten gründet.³⁸ Anders ausge-

²² Hoffmann, NStZ 2019, 16; Renzikowski, NJW 2016, 3553; ders., in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 177 n.F. Rn. 32 ff.; ders. (Fn. 9), § 9 Rn. 3 und 13; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2020, Vor § 174 Rn. 4 und § 177 Rn. 4.

²³ Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156; May JR 2019, 130 (131).

²⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 21; May, JR 2019, 130 (131); Hörnle, NStZ 2017, 13 (14); Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 177 Rn. 1.

²⁵ Renzikowski (Fn. 22 – MüKo-StGB), § 177 n.F. Rn. 31.

²⁶ Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 87; Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156.

²⁷ Renzikowski (Fn. 9), § 9 Rn. 19.

²⁸ Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156.

²⁹ Hörnle, NStZ 2017, 13 (14).

³⁰ So auch Hörnle, ZIS 2015, 206 (208 ff.); dies., NStZ 2017, 13 (14).

³¹ Fischer (Fn. 22), § 177 Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 6; Renzikowski (Fn. 22 – MüKo-StGB), Vor § 174 Rn. 7 ff.; Sick (Fn. 26), S. 87.

³² Vgl. Renzikowski (Fn. 22 – MüKo-StGB), Vor § 174 Rn. 7.

³³ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 177 Rn. 27; vgl. BGHSt 51, 284; 50, 362; 45, 255 f.; 44, 231.

³⁴ Renzikowski (Fn. 22 – MüKo-StGB), § 177 a.F. Rn. 47.

³⁵ Endreß, Vertrauen, 2002; ders., in: Maring (Hrsg.), Vertrauen – zwischen sozialem Kitt und der Senkung von Transaktionskosten, 2010, S. 91; ders., in: Bartmann/Fabel-Lamla/Pfaff/Welter (Hrsg.), Vertrauen in der erziehungswissenschaftlichen Forschung, 2014, S. 31.

³⁶ Endreß (Fn. 35 – Maring), S. 102 f.

³⁷ Endreß (Fn. 35 – Vertrauen), S. 68.

³⁸ Endreß (Fn. 35 – Maring), S. 100.

drückt handelt es sich dabei um die kristallisierten Einstellungen, die als ein „gewöhnheitsmäßige[s] Sich-Verlassen“³⁹ erscheinen. Als dritter Modus steht fungierendes Vertrauen rationalem Kalkül und Gewohnheit entgegen und ist als prä-reflexive konstitutive Form, als elementares Urvertrauen über Situationen hinweg zu verstehen.⁴⁰ Es lässt sich nicht artikulieren, sondern wirkt als implizite Vorannahme sozialer Interaktionen, die diese erst ermöglicht.⁴¹ Zusammengefasst ist „*fungierendes Vertrauen* als konstitutiver Modus; *habitualisiertes Vertrauen* als pragmatisch wirksame Routinegrundlage und Interaktionsprodukt des Handelns und schließlich *thematisch-reflexives Vertrauen* als kognitiver Modus und strategische Handlungsressource“⁴² zu verstehen. Vertrauensverluste zeichnen sich in diesem Sinne durch ihre Handlungsbezüge aus: Bezieht sich der Verlust auf kalkulierte und geplante Handlungen, lässt sich ein Schwund reflexiven Vertrauens finden; bei Vertrauensverlusten in selbstverständlich gewordene Handlungen wirkt habituelles Vertrauen; bei Verlust des Selbstvertrauens, etwa durch traumatische Ereignisse, lässt sich ein Vertrauensverlust fungierender Art festhalten⁴³. Die von *Endreß* ausdifferenzierten Vertrauensmodi zeigen sich in sozialen Beziehungen jedoch unterschiedlich: Der Modus fungierenden Vertrauens findet sich etwa in Intim- oder Freundschaftsbeziehungen, die gerade auf einem reziproken Vertrauen zueinander beruhen und in denen die Thematisierung von Vertrauen die soziale Beziehung erst problematisiert.⁴⁴ Vertrauensbeziehungen etwa zwischen Institutionen bauen jedoch auf dem Modus reflexiven Vertrauens auf, das sich durch die Thematisierbarkeit von Vertrauensinstanzen des „ein- oder wechselseitigen Vertrauens-Könnens“ auszeichnet.⁴⁵ Vertrauen verhilft somit nicht nur dem Zustandekommen sozialer Beziehungen, es strukturiert die sozialen Beziehungen mit – dies gilt auch für sexuelle Beziehungen.

Da Vertrauen für soziale Beziehungen konstitutiv ist, benötigt auch die Genese sexueller Interaktionen Vertrauen. Das Kondom nimmt dabei eine besondere Rolle ein, da es als Symbol für Sexualität steht, das auf bevorstehenden oder vergangenen Sexualverkehr hindeutet.⁴⁶ Gleichzeitig eröffnet das Kondom ein Moment des Misstrauens, das als ein vom sexuellen Gegenüber ausgehendes Risiko und der Abgrenzung davon zu verstehen ist.⁴⁷ Gerade für neue romantische

Beziehungen gilt das Wegfallen des Kondoms oft als ein notwendiger Vertrauensbeweis, damit sich diese Intimbeziehungen weiter festigen können.⁴⁸ Im Zentrum stehen hierbei die Materialität des Kondoms und die damit verbundenen Konzepte. Vertrauen gründet sich somit nicht rein auf Basis menschlicher, sondern auch nicht-menschlicher Interaktionen. Wie innerhalb der Science and Technology-Studies bereits breit diskutiert, nehmen Objekte eine tragende Rolle innerhalb von Gesellschaften ein.⁴⁹ *Knorr-Cetina* arbeitet etwa die Beziehungen zwischen Subjekten und Objekten heraus und formuliert die These einer „Objekt-bezogenen Sozialität“.⁵⁰ Sie schlägt in diesem Sinne ein Konzept vor, in dem objektuale Beziehungen stattfinden, die als Form von Sozialität anzusehen sind.⁵¹ Es finden somit Personen-Objekt-Beziehungen statt, die etwa innerhalb von Gemeinschaften eine integrative Funktion einnehmen, aber auch gemeinsames Wissen ermöglichen.⁵² In ihrer Untersuchung zur „Fabrikation von Erkenntnis“⁵³ zeigt sich dies etwa im Zusammenspiel zwischen visuellen Darstellungen, dem Mikroskop und den Forschenden im Labor – Wissen wird in diesem Sinne im Zusammenspiel zwischen Subjekt und Objekt hergestellt. Es handelt sich also um postsoziale Relationen, in denen Sozialität und Objektivität zusammengedacht werden müssen und generativ für Wissen, Praktiken und gemeinsame Lebenswelten sind: „Ein Individuum, das sein Begehren durch ein Objekt hindurch und wieder zurück windet, lernt in diesem Prozess nicht nur etwas über das Objekt. Höchstwahrscheinlich bildet es zudem eine geteilte Lebenswelt mit diesen Objekten aus, einen größeren Kontext von Praktiken und Dingen, in dem diese Beziehung ausgelebt wird.“⁵⁴ Überträgt man dieses Konzept einer objekt-bezogenen Sozialität auf sexuelle Interaktionen, in denen ein Kondom verwendet wird, lassen sich ebenso Personen-Objekt-Beziehungen finden. Die Akteure und das Kondom stellen eine sexuelle Interaktion her, deren Basis eben nicht nur auf der sozialen Verflechtung der Akteure entsteht, sondern durch die Einbettung des Kondoms. Die sexuelle Interaktion wird in diesem Sinne erst durch das Kondom ermöglicht, welches das hierzu benötigte Vertrauen generiert – eine *objektuale Vertrauensbeziehung*. Solche Beziehungen gründen ihr Vertrauen eben nicht ausschließlich auf sozialen Aspekten wie etwa reziproke Zuverlässigkeit, sondern sind stets mit Objekten verflochten – Sozialität und Objektivität sind genuin interdependent. In dieser Arbeit rückt diese Bezie-

³⁹ *Endreß*, Münchner Zeitschrift für Philosophie 29 (2010), 27 (30).

⁴⁰ *Endreß* (Fn. 35 – Maring), S. 108 f.

⁴¹ *Endreß* (Fn. 35 – Vertrauen), S. 68; *ders.* (Fn. 35 – Maring), S. 98.

⁴² *Endreß*, (Fn. 35 – Maring), S. 102 (*Hervorhebung* im Original).

⁴³ *Endreß*, Münchner Zeitschrift für Philosophie 29 (2010), 27 (33).

⁴⁴ *Endreß* (Fn. 35 – Vertrauen), S. 72.

⁴⁵ *Endreß* (Fn. 35 – Vertrauen), S. 73.

⁴⁶ *Gerhards/Schmidt*, Intime Kommunikation, Eine empirische Studie über Wege der Annäherung und Hindernisse für „safer sex“, 1992, S. 144.

⁴⁷ *Gerhards/Schmidt* (Fn. 46), S. 145.

⁴⁸ *Gerhards/Schmidt* (Fn. 46), S. 146.

⁴⁹ Exemplarisch *Knorr-Cetina*, Die Fabrikation von Erkenntnis, Zur Anthropologie der Naturwissenschaft, 1984; *Latour/Woolgar*, Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts, 1979; *Latour*, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft: Einführung in die Akteur-Netzwerk-Theorie, 2005.

⁵⁰ *Knorr-Cetina* (Fn. 17), S. 94.

⁵¹ *Knorr-Cetina* (Fn. 17), S. 113.

⁵² *Knorr-Cetina* (Fn. 17), S. 115.

⁵³ *Knorr-Cetina* (Fn. 49).

⁵⁴ *Knorr-Cetina*, in: Bonacker/Reckwitz (Hrsg.), Kulturen der Moderne. Soziologische Perspektiven der Gegenwart, 2007, S. 267 (289).

hung ins Zentrum: Im Fall von Stealthing stellt sich etwa die Frage, wie die objektuale Vertrauensbeziehung funktioniert und welche sozialen Implikationen mit ihr einhergehen.

III. Erosion objektualer Vertrauensbeziehung durch Stealthing

Im Fokus der vorliegenden Analyse steht nicht nur die Frage nach der Vertrauensgenerierung und des Vertrauensverlustes durch das heimliche Entfernen des Kondoms, sondern auch die Wirkmacht des Kondoms innerhalb sexueller Interaktionen selbst. Die hier getroffenen Annahmen über die Bedeutung des Kondoms als Objekt im Rahmen der Vertrauensbeziehung zwischen Sexualpartnern bedürfen trotz ihrer Plausibilität prima facie einer eingehenden Analyse und Begründung. Diese lassen sich auf zwei Ebenen führen: einer empirischen Ebene und einer normativen Ebene. Im Rahmen dieser sozialwissenschaftlich-juristischen Analyse sollen beide Ebenen dargestellt und aufeinander bezogen werden.

Die qualitativ-empirische Analyse des Phänomens Stealthing und dessen Auswirkungen auf Vertrauensverluste innerhalb sexueller Interaktionen stützt sich auf veröffentlichte Erfahrungsberichte und Diskussionen zu Stealthing innerhalb von Online-Foren. Diese erfolgen asynchron, schriftlich mit visueller Unterstützung anhand von Grafiken, können teilnahmebegrenzt, öffentlich wie nicht-öffentlich einsehbar sein und ermöglichen eine orts- und zeitungebundene Kommunikation.⁵⁵ Sie eröffnen einen Zugang zu Sinn- und Erfahrungsbereichen und verhelfen dazu, divergente Deutungen und Erfahrungen aufzudecken.⁵⁶ Da es sich bei Stealthing-Beiträgen um sensible Erfahrungsberichte handelt, kann die für die Nutzer wahrgenommene Anonymität durch Selbst-Pseudonymisierung mit Nicknames innerhalb von Online-Medien hilfreich für die Datengewinnung sein.⁵⁷ Für die folgende Analyse wurden insgesamt 818 Beiträge erhoben, die aus zwölf Threads aus neun unterschiedlichen Foren stammen. Es wurden sowohl spezifische Sexualforen und Gesundheitsforen wie auch allgemeinere Foren ohne spezielle Themensetzung betrachtet. Zudem wurden geschlechts- und sexualspezifische Foren berücksichtigt, um die Erfahrungsberichte rezeptiver Frauen wie Männer in die Analyse einzuschließen. Auswertung und Erhebung des verwendeten Online-Materials erfolgten im Sinne der Grounded Theory⁵⁸ unter Berücksichtigung forschungsethischer Prämissen der Sensibilität und Zugänglichkeit.⁵⁹ Es wurden daher nur Online-Foren berücksichtigt, die internetöffentlich auffindbar und

⁵⁵ Ullrich/Schiek, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2014, 459 (461).

⁵⁶ Ullrich/Schiek, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2014, 459 (472).

⁵⁷ Ullrich/Schiek, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2014, 459 (461 f.).

⁵⁸ Glaser/Strauss, *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research*, 1967.

⁵⁹ Heise/Schmidt, in: Welker/Schmidt/Taddicken/Jacob (Hrsg.), *Handbuch Online-Forschung. Sozialwissenschaftliche Datengewinnung und -auswertung in digitalen Netzen*, 2014, S. 519 (528).

deren Beiträge zudem öffentlich einsehbar sind⁶⁰. Zur empirischen Analyse wurden die Forenbeiträge des jeweiligen Threads vollständig aus den Online-Foren exportiert und anschließend im Sinne einer pragmatischen Anwendung der Grounded Theory interpretiert. Die hier verwendeten Textpassagen aus dem empirischen Material wurden originalgetreu übernommen, d.h. hinsichtlich ihrer Orthografie und Interpunktion nicht korrigiert.

Die nachfolgende empirische Analyse stützt sich auf zwei prototypische Fallanalysen aus dem erhobenen Material. Im Fall von Annalena handelt es sich um Sex mit einem Mann auf einer beruflichen Schifffahrt. Sie wendet sich an das Forum, um sich mit Frauen mit ähnlichen Erfahrungen auszutauschen sowie ihre Ängste in Bezug auf eine ungewollte Schwangerschaft oder eine Infektion zu diskutieren. Auch Alexander beschreibt seine Stealthing-Erfahrung im Forum und schildert, dass er einen älteren verheirateten Mann in einem Online-Chat kennenlernte, sich mit ihm in einer Bar traf und anschließend mit auf sein Hotelzimmer ging. In beiden Fällen handelt es sich um losen, nicht-partnerschaftlichen Geschlechtsverkehr, bei denen sich die Sexualpartner spontan kennengelernt haben. Sie zeigen charakteristisch, wie Objekt und Vertrauen für das Zustandekommen des Verkehrs in Verbindung stehen und wie das heimliche Entfernen des Kondoms dieser objektualen Vertrauensbeziehung zuwiderläuft.

In der Kategorie „Sexforum“ des Online-Forums eines Printmagazins schildert Annalena ihre erfahrene Situation. Sie sucht Rat im Forum und möchte sich mit anderen Personen austauschen, die bereits Ähnliches erlebt hatten. Sie beginnt ihre Ausführung im Forum wie folgt:

„Gestern Nacht hatte ich Sex mit einem Typen, der dann, ohne dass ich es gemerkt habe, beim Sex das Kondom einfach wieder abgemacht hat. Ich bin überhaupt nicht auf die Idee gekommen, das mal zu kontrollieren oder so. Da habe ich ihm einfach vertraut, schließlich haben wir die Packung vorher sogar noch zusammen gekauft. Ich habe es immerhin gemerkt, bevor er gekommen ist (glaube ich zumindest).“

In Annalenas Erzählung problematisiert sie die Stealthing-Handlung: Das Abziehen des zunächst angebrachten Kondoms während des Verkehrs geschieht ohne Einwilligung und ohne ihr Wissen durch den insertiven Partner, was für Annalena eine Grenzüberschreitung und einen Bruch des konsensuellen Geschlechtsverkehrs durch ihren Sexualpartner darstellt („der dann“, „einfach wieder abgemacht“). Dabei zeigt sich, dass das Kondom eine zentrale Rolle innerhalb der sexuellen Interaktion einnimmt, die sich nicht rein auf das unwissentliche Abziehen des Objekts beschränkt. So steht der gemeinsame Einkauf der Kondome in diesem Fall nicht nur

⁶⁰ Richtlinie für Untersuchungen in den und mittels der Sozialen Medien (Soziale Medien Richtlinie), 2014, abrufbar unter <https://www.adm-ev.de/wp-content/uploads/2018/07/RL-Social-Media.pdf> (1.7.2020).

für einen risikofreien Geschlechtsverkehr, er ermöglicht erst dessen Zustandekommen: Der gemeinsame Einkauf der Kondome drückt an dieser Stelle die konsensuelle Vereinbarung auf geschützten Geschlechtsverkehr aus – und zwar so und nicht anders. Die Verwendung des Kondoms drückt zunächst ein gewisses Misstrauen in den Sexualpartner aus, das jedoch durch den Gebrauch des Kondoms in reflexives Vertrauen transformiert wird. Annalena vertraut ihrem Sexualpartner daher im Hinblick auf den geschützten Geschlechtsverkehr mit Kondom „einfach“, sodass sie es nicht für notwendig erachtet, das Vorhandensein während des Aktes zu kontrollieren. Das Kondom ist somit in das interaktionale Gefüge zwischen beiden Partnern eingebettet und erzeugt die Vertrauensbeziehung zum Zustandekommen der sexuellen Interaktion mit. Gleichzeitig dient das Kondom auch als materialisierte Barriere, die trotz der einvernehmlichen intimen sexuellen Situation eine Grenzziehung – im Sinne von Douglas⁶¹ – zwischen insertivem und rezeptivem Partner ermöglicht und die Situation strukturiert. Diese objektuale Vertrauensbeziehung wird durch das Stealthing des insertiven Partners untergraben, weshalb es zu einem Bruch reflexiven wie fungierenden Vertrauens kommt. Das Risiko von Infektionen und Schwangerschaft in sexuellen Interaktionen wird durch den kalkulierten Einkauf und die Verwendung von Kondomen als Schutz abgeschwächt und damit reflexives Vertrauen erzeugt. Gleichzeitig lässt sich fungierendes Vertrauen erkennen, was sich in der Erwartung Annalenas zeigt, dass ihr Sexualpartner das Kondom während des Verkehrs nicht ohne ihre Einwilligung abstreift und sie „schutzlos“ re-penetriert. In ihrer Ausführung bezieht sie sich nicht auf habituelle Handlungsvollzüge in sexuellen Interaktionen mit Kondom, sondern auf die prä-reflexiven Hintergrundannahmen, dass ihr Partner nicht ohne ihre Einwilligung das Kondom entfernt und sie re-penetriert. Die Materialität des Kondoms – wie auch das Wissen über seine Schutzfähigkeit und der für sie selbstverständliche, während des Verkehrs dauerhafte Umgang damit – generiert die notwendige objektuale Vertrauensbasis, wodurch der Sex hier überhaupt erst möglich wird.

Im Zentrum ihrer Ausführung steht für Annalena das potenzielle Risiko einer ungewollten Schwangerschaft oder einer Infektion infolge der Re-Penetration ohne Kondom. Dabei betont sie vermehrt, dass sie die Re-Penetration ohne Kondom noch bemerkt habe, bevor der Partner ejakulieren konnte, und hofft daher auf eine Verringerung des für sie empfundenen Risikopotenzials von Schwangerschaft und Infektionen. So schreibt sie im Forum:

„Ich habe unglaubliche Angst vor einer Schwangerschaft oder einer Infektion und komme mir unendlich dämlich vor. Wie groß ist die Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft oder einer Infektion, wenn er nicht in mir gekommen ist? Ich fühle mich furchtbar [...] Ich hoffe, dass das Risiko mich anzustecken mit irgendwas zumindest etwas verringert ist, weil ich es ja bemerkt habe, bevor er gekommen ist“

⁶¹ Douglas, Purity and Danger. An analysis of concepts of pollution and taboo, 2. Aufl. 1976.

Das Abwägen und die Betonung von Risiko und Wahrscheinlichkeiten kann an dieser Stelle wieder als Bruch der objektualen Vertrauensbeziehung angesehen werden. Reflexiv durch die Verletzung des kalkulierten Risikoschutzes, fungierend durch das beschädigte Selbstvertrauen, was sich in der Beschreibung ihrer Gefühlslage und ihrer Handlungsbewertung zeigt: Durch das Abstreifen des Kondoms und der Re-Penetration fühlt sich Annalena „furchtbar“ und kommt sich „unendlich dämlich vor“. Nicht nur die potenziellen Risiken, die sich aus dem Entfernen des Kondoms ergeben, sondern den Sex mit dem insertiven Partner allgemein sieht sie kritisch. Ihre Problemlage ergibt sich eben nicht rein aus dem fehlgeschlagenen Risikomanagement, sondern aus dem Vertrauensbruch durch die nicht-erwünschte Re-Penetration ohne Kondom durch den insertiven Partner.

Ähnliches zeigt sich auch in Alexanders Beiträgen, der in einem medizinischen Forum in der Kategorie „Infektionen & Immunabwehr, HIV und Aids“ aktiv wird, da er durch die Stealthing-Situation das Risiko einer HIV-Infektion sieht. Er stellt seine Situation im Forum wie folgt dar:

„So und nun fangt das Problem an, natürlich hatte ich ein Kondom mit und ich hab ihm das gegeben und gebeten es anzubringen. Ich sah auch wie er das machte [...] es war guter Sex und ich gab mich halt hin und hab niemals gedacht was dann passierte [...] Er kam in mir also ich merkte schon das irgendwie was nicht stimmte da fühlte ich halt eben das Sperma [...] Er war sehr erleichtert und grinste nur und ich war total verdutzt ich meinte nur ob das Kondom gerissen wäre und sah das er gar keines mehr an seinem Penis hatte. :o“

Alexander bringt vorsorglich ein Kondom mit und weist seinen Partner vor dem Sex darauf hin, dass er nur geschützten Verkehr möchte. Der geschützte Geschlechtsverkehr wird in diesem Fall interaktional und kommunikativ erzeugt, indem Alexander das Kondom übergibt und ihn um die Verwendung bittet. Während des Aktes entfernt auch hier der insertive Partner unbemerkt das Kondom und re-penetriert – anders als bei Annalena – bis zur Ejakulation. Dies spürt Alexander leiblich, was er zunächst als ein gerissenes Kondom deutet. Er stellt jedoch fest, dass sein Sexualpartner kein Kondom mehr trägt, da das Kondom während des Verkehrs entfernt wurde. Wie im Fall von Annalena wird auch bei Alexander zu Beginn des Aktes die konsensuelle Vertrauensbasis des Geschlechtsverkehrs durch das Kondom hergestellt. Durch das Zusehen des Überstreifens des Kondoms versichern sich beide, dass die Vereinbarung geschützten Sex eingehalten wird. Die sichtbare Feststellung am Ende des Aktes, dass das Kondom fehlt und der Geschlechtsverkehr nun gegen Alexanders Willen ohne Kondom weitergeführt wurde, stellt auch hier den Vertrauensbruch dar. Auch hier bezieht sich der Bruch nicht rein auf reflexives Vertrauen, sondern durchaus auch auf seine fungierende Form: „Niemand“ hätte er mit dem Bruch gerechnet, weshalb er auch „total verdutzt“ ist. Alexanders Erschütterung wird deutlicher, als er seinen Sexualpartner mit der Situation konfrontiert:

„Er war dann völlig unverlegen und meinte dann das wäre nicht so wie ich das jetzt sehe und er wäre ja auch gesund und ich hätte es ja so gewollt [...] Ich war völlig überfordert und wusste gar nicht was abging, ich mein ich hab das gar nicht gemerkt das er das Kondom abgenommen hatte. Ich frage mich jetzt auch selber irgendwie ob das meine eigene Schuld war, hätte man sowas merken können? [...] Ich meine bin ich denn ein Opfer, ich hatte ja schließlich freiwillig mit ihm Sex und ich hätte auch beim Doggy nachschauen sollen oder?? Er hat ab und zu seinen Penis rausgezogen [...] Stattdessen habe ich nur eigensinnig meiner Lust hingegeben und gar nicht geschaut was da vor sich ging...“

Alexanders Partner rechtfertigt das Entfernen des Kondoms damit, dass das Kondom störend sei und der Sex ohne Kondom sich für beide besser anfühle. Der insertive Partner bricht hiermit den konsensuell vereinbarten Verkehr, gleichzeitig aber auch die symbolische Trennung beider Partner durch die materielle Barriere des Kondoms. Daneben versucht Alexanders Partner ihn durch die Aussage zu beruhigen, dass er keine Geschlechtskrankheiten habe. Er untergräbt damit nicht nur Alexanders Risikobewusstsein, sondern auch die objektuale Vertrauensbasis, die für Alexander erst den Geschlechtsverkehr ermöglicht. Im Weiteren relativiert der insertive Partner seine Handlung, indem er Alexander darauf aufmerksam macht, dass dem Verkehr grundsätzlich zugestimmt wurde: Er rekurriert auf Alexanders Zustimmung zu geschütztem Geschlechtsverkehr („ich hätte es ja so gewollt“) und transformiert sie in eine generelle Zustimmung zum Sex, solange dieser beiden Partnern gefällt („den Sex hätte ich doch auch so gut genossen“). In Alexanders Überforderung, die er in der Situation verspürt, zeigt sich die prä-reflexive Form des fungierenden Vertrauens: Die objektuale Vertrauensbeziehung ist für Alexander elementar für das Zustandekommen und den Vollzug konsensualen Geschlechtsverkehrs. Alexander ist irritiert und mit der Situation überfordert, weshalb er im Forum seine Handlung in Frage stellt und sich selbst für die Situation verantwortlich sieht, weil er dem Sexualakt freiwillig zustimmte – wenn auch nur mit Kondom – und während des Verkehrs nicht auf die durchgehende Verwendung des Kondoms achtete bzw. diese kontrollierte und das Fehlen des Kondoms darüber hinaus nicht spürte. In seiner Schilderung nimmt das in die sexuelle Beziehung eingebettete Kondom also eine zentrale Rolle ein. Weiter argumentiert Alexander, dass er während des Aktes nicht mehr rational handelte, sondern sich nur noch von seinen Gefühlen leiten ließ: Den Verlust der eigenen sexuellen und körperlichen Kompetenz sieht Alexander als ein triebgesteuertes Laster an. Die erlebte Stealthing-Situation stellt hier nicht nur die Grenzüberschreitung des konsensualen Geschlechtsverkehrs, sondern auch einen Bruch des fungierenden Vertrauens und der sexuellen Selbstbestimmung mit weiterführenden Folgen dar:

„Ich bin echt fertig wie soll ich mit beim nächstem Sex mit einem anderem Mann verhalten. Hab jetzt schon son mulmiges Gefühl alles kontrollieren zu müssen künftig.

[...] Seitdem Erlebnis mache ich mir echt Gedanken, das könnte bestimmt nicht der letzte Mann sein der so tickt und wer weiss was hätte noch passieren können alles? [...] Vorallem frage ich mich was ich künftig tun soll, ich kann doch nicht paranoid werden beim Sex und dann ständig nachkontrollieren oder?? Das wäre doch gestört oder?“

Seine Erfahrungen bleiben für ihn nicht singulär, Alexander projiziert sein Erlebnis auf zukünftige Sexualbeziehungen. Auch bei zukünftigem Geschlechtsverkehr mit anderen Männern könnte der insertive Partner das Kondom ungewünscht entfernen, so die Befürchtung. Stealthing drückt für Alexander in der Diskussion somit kein sexuelles Risiko aus, sondern eine sexuelle Gefahr, die über Kontrollgriffe nicht abwendbar, jedoch frühzeitig bemerkbar sei. Die von ihm entworfene Handlungsempfehlung des ständigen Kontrollierens sieht er jedoch selbst kritisch („ich kann doch nicht paranoid werden“; „Das wäre doch gestört oder?“): Sexuelle Handlungen benötigen somit ein grundlegendes Vertrauen im Sinne fungierenden Vertrauens hinsichtlich des Einhaltens einvernehmlicher Absprachen, damit lustvoller Geschlechtsverkehr aller Beteiligten zustande kommen kann.

In beiden Fällen zeigt sich deutlich: Der einvernehmliche Geschlechtsverkehr zwischen den Sexualpartnern basiert auf dem Kondom, genauer: Auf dem gemeinsamen Kauf oder der Übergabe des Kondoms vor dem Akt. Das Kondom stellt die Basis der sexuellen Interaktion bereit, indem – im Sinne reflexiven Vertrauens – es ein potenzielles Misstrauen in Bezug auf das Gegenüber ausgleicht. Während bei Annalena das Risiko einer potenziellen ungewünschten Schwangerschaft im Fokus steht, ist bei Alexander das Risiko einer HIV-Infektion zentral. Bei näherer Betrachtung lassen sich aber auch Grenzziehungen zwischen den Sexualpartnern durch das Kondom erkennen, die kommunikativ und interaktional hergestellt werden und mit der Sichtbarkeit des Kondoms zusammenhängen. Die objektuale Vertrauensbeziehung ist damit nicht alleine im Modus reflexiven Vertrauens zu verorten, wie es sich in der Analyse zeigt. Im Zentrum der Beziehung steht die Materialität des Kondoms. Ein Bruch der objektualen Vertrauensbeziehung wird deutlich in den Schilderungen und Schuldgefühlen der beiden Falldarstellungen, was sich in den Ausführungen über die (mögliche) Ejakulation des insertiven Partners im eigenen Körper ausführlich zeigt: Das Entfernen des Kondoms birgt das Potential des ungewollten und unerwünschten „Eindringens“ von Körperflüssigkeiten des Sexualpartners in den eigenen Körper und hebt damit die materiale Grenze zwischen insertivem und rezeptivem Partner auf. Das Kondom ermöglicht dabei jedoch nicht nur den Schutz vor diesem Austausch, sondern macht die erfolgreiche Trennung auch sichtbar. Diese Funktion ist bei Annalena nicht mehr vorhanden, da sie davon ausgeht, dass ihr Partner nicht ejakulierte. Hier zeigt sich, dass die Ejakulation, weil sie im Körper stattfindet, nicht eindeutig verifiziert werden kann. Das Kondom schafft also doppelte Sicherheit, die sich anhand der materiellen Basis erklären lässt: Es ist einerseits Barriere, andererseits Instrument zur Kontrolle der Wirksamkeit derselben. Das Sehen

des Überstreifens, das Nicht-Spüren der Re-Penetration ohne Kondom und die darauffolgende Feststellung des Fehlens erlauben erst den Bruch von Vertrauen und sexueller Selbstbestimmung – und damit einen Bruch fungierenden Vertrauens. Die sexuelle Interaktion fußt auf der Personen-Objekt-Beziehung, in der sowohl kalkuliertes Risikomanagement als auch die Erwartung der Nicht-Entfernung des Kondoms während des Verkehrs die Vertrauensbeziehung stabilisiert. Die Betrachtung von Stealthing darf daher nicht nur auf den Handlungen und Interaktionen der Geschlechtspartner liegen, sondern muss die materiellen Gegebenheiten mitberücksichtigen.

IV. Stealthing als sexueller Übergriff? Drei rechtliche Problemkreise

Vertrauen und Objekt sind bislang – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Erörterung des Phänomens Stealthing gewesen. Das verwundert nicht, sind die Tatbestände des Sexualstrafrechts nicht um diese Begriffe herum konstruiert, sondern gehen vom Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung und den verschiedenen Angriffsweisen auf diese aus. Warum aber bei der Verwendung des Objekts „Kondom“ die herausgearbeitete Vertrauensdimension als tauglicher Begründungsansatz für eine Pönalisierung nicht-konsensueller Kondomentfernungen geeignet ist, soll Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.

Wie bereits ausgeführt war die Strafbarkeit von Stealthing nach altem Recht mit guten Gründen zu bezweifeln. Mit § 177 StGB n.F. liegt nun ein Tatbestand vor, der dieses Verhalten unter Strafe stellt. Die Überlegungen konzentrieren sich hier auf § 177 Abs. 1 StGB – der zweite Grundtatbestand in Abs. 2 erscheint bei der heimlichen Kondomentfernung mangels tragfähiger tatbestandlicher Anknüpfungspunkte nicht einschlägig. Allenfalls ließe sich über einen überraschenden sexuellen Übergriff im Sinne von § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB nachdenken; dieser scheitert aber an der mangelnde Ausnutzung des Überraschungsmomentes, weil der Sexualkontakt als solcher gerade nicht überraschend ist,⁶² Stealthing ist durch das Moment der Heimlichkeit und weniger durch Überraschung gekennzeichnet. Bleibt also § 177 Abs. 1 StGB als relevanter Anknüpfungspunkt. Die Einordnung der heimlichen Kondomentfernung mit anschließender ungeschützter Fortsetzung des Sexualaktes als sexuelle Handlung ist aufgrund des eindeutigen Sexualbezuges⁶³ unstrittig; denn abzustellen ist freilich nicht isoliert auf die Kondomentfernung, sondern auf die gesamte Handlung. Danach aber beginnen die Probleme: Ist die Kondombenutzung überhaupt eine wirksame Bedingung für das Einverständnis in die sexuelle Handlung? Liegt nicht vielmehr eine unbeachtliche Täuschung vor? Wann muss der Gegenwille geäußert sein und welche Kontexte sind dafür entscheidend? Diesen Fragen soll im Folgenden – auch unter Einbeziehung der Bedeutung von Vertrauen und Objekt – nachgegangen werden.

⁶² Vgl. zu dieser Voraussetzung *Renzikowski* (Fn. 22 – MüKo-StGB), § 177 Rn. 84.

⁶³ *Renzikowski* (Fn. 9), § 9 Rn. 24.

1. Sexual consent: Kondombenutzung als rechtliche relevante Bedingung

Mit Einführung des Merkmals des entgegenstehenden Willens hat der Gesetzgeber die sog. „Nein heißt Nein“-Lösung implementiert: Es genügt nicht, dass die Handlung ohne den Willen des Opfers erfolgt, sondern sie muss gerade dessen Willen widersprechen.⁶⁴ Positiv gewendet heißt das, dass – durch das Merkmal der Erkennbarkeit eingeschränkt – ein Einverständnis des Sexualpartners vorliegen muss.⁶⁵ Dieses führt, im Gegensatz zur rechtfertigenden Einwilligung, bereits zur Nichterfüllung des Tatbestandes,⁶⁶ denn dieser enthält explizit den entgegenstehenden Willen. Treffend formuliert *El-Ghazi*: „Eine sexuelle Handlung, die sich der Rechtsgutsträger wünscht und die mit seinem Willen übereinstimmt, beeinträchtigt nicht das Rechtsgut auf sexuelle Selbstbestimmung. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Der Rechteinhaber macht in einem solchen Fall von seinem Rechtsgut frei und eigenverantwortlich Gebrauch.“⁶⁷ Der entgegenstehende Wille ist rein subjektiv zu bestimmen. Auf dieser Ebene kommt es deshalb (noch) nicht auf die Erkennbarkeit oder einen objektiven Betrachter an. Vielmehr genügt die entsprechende innere, negative Einstellung zur sexuellen Handlung zum Tatzeitpunkt.⁶⁸ Entsprechend der allgemeinen Dogmatik des Einverständnisses ist auf den sog. natürlichen Willen abzustellen.⁶⁹ Nicht ausreichend ist ein bloß sachgedankliches Mitbewusstsein oder ein generalisierter antizipierter Gegenwille.⁷⁰

Beim Stealthing ist danach zu differenzieren, ob der jeweilige Sexualpartner einen expliziten Willen gegen einen ungeschützten Geschlechtsverkehr gebildet hat oder nicht. Im ersten Fall liegt ein entgegenstehender Wille vor, im zweiten nicht.⁷¹ Dass dies letztlich Glasperlenspiele sind, die in der Praxis an der objektiven Beweisbarkeit subjektiver Tatsachen scheitern, steht auf einem anderen Blatt. Dem begegnet der Gesetzgeber mit der Forderung, der entgegenstehende Willen müsse erkennbar sein. Nach allgemeiner Dogmatik kann das Einverständnis unter Bedingungen erklärt werden.⁷² Wird diese Bedingung nicht eingehalten, ist es unwirksam. Für den sexuellen Übergriff heißt das, dass auch der entgegenstehende Wille unter Bedingungen stehen kann.⁷³ Das folgt bereits

⁶⁴ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (162).

⁶⁵ Zum Einverständnis näher: *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114 (116).

⁶⁶ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 12 Rn. 34.

⁶⁷ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (162).

⁶⁸ *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (335); *May*, JR 2019, 130 (133); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163).

⁶⁹ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (164); *Eisele* (Fn. 31), § 177 Rn. 19.

⁷⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 23; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163); *Fischer* (Fn. 22), § 177 Rn. 10.

⁷¹ Vgl. dazu auch *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 818 ff.

⁷² *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 66), § 12 Rn. 60.

⁷³ *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114 (117), bestreitet die Möglichkeit des bedingten Einverständnisses beim

aus der Definition der sexuellen Selbstbestimmung, zu der auch die Möglichkeit gehört, über die Art und Weise der sexuellen Interaktion frei entscheiden zu können. *Heger* sieht das – in Bezug auf den Fall *Assange* – anders und meint, dass die Kondombenutzung irrelevant sei, weil damit nicht direkt die sexuelle Handlung betroffen wird.⁷⁴ Dem ist zu widersprechen: Die sexuelle Handlung kann nicht losgelöst von ihren Modalitäten gedacht werden; jedenfalls dann nicht, wenn diese sich unmittelbar auf das Rechtsgut und die bereits erwähnte Zulassungs- und Ausschlussfunktion beziehen. Zu beachten ist insofern, dass Schutzgut des § 177 StGB die sexuelle Selbstbestimmung und nicht der Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten oder einer ungewollten Schwangerschaft ist.⁷⁵ Gleichwohl ist die Kondombenutzung, so *Renzikowski* zutreffend, eine Frage der Art und Weise der sexuellen Interaktion, weil damit auch über den (möglichen) Austausch von Körperflüssigkeiten entschieden wird.⁷⁶ Alles andere würde eine unnatürliche, lebensfremde Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs beinhalten.⁷⁷ Es gäbe dann eine „generelle Penetrationserlaubnis“ und einen unbeachtlichen Annex, den „Kondomwunsch“. Damit zeigt sich: Die Benutzung des Kondoms ist integraler Bestandteil ausgeübter sexueller Selbstbestimmung, adressiert sie doch nicht lediglich Krankheits- und Schwangerschaftsrisiken.⁷⁸ Gerade die Einbindung des Kondoms als Objekt im Rahmen der sexuellen Interaktion modifiziert diese und schafft ein wesentliches Alud zu sexuellen Handlungen ohne Kondom – entscheidend hierfür ist die geschaffene physische Barriere, die einen direkten Kontakt potentiell risikoaffizierter Körperteile und -flüssigkeiten ausschließen soll.⁷⁹

Nun weist *Hoffmann*⁸⁰ auf die scheinbare Inkonsistenz hin, dass der umgekehrte Fall – ein Konsens zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr und das anschließende heimliche Anlegen eines Kondoms – nicht als Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bewertet würde. Das adressiert die Frage, welchen Bedingungen rechtliche Relevanz im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung zugemessen wird. Die Frage ist nicht trivial, lässt sich doch eine Reihe von Bedingungen denken, die eine Konnotation mit der sexuellen Selbstbestimmung haben, wie beispielsweise das Tragen bestimmter Bekleidung, die politische Einstellung des Sexualpartners oder eben die Nichtbenutzung eines Kondoms. Die Entwicklung trennscharfer Kriterien für die Differenzierung von

Stealthing und will stattdessen nur den momentanen Willen genügen lassen.

⁷⁴ *Heger* (Fn. 24), § 177 Rn. 5 a.E.

⁷⁵ *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 815 f.; *Wolters*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 4. Aufl. 2019, § 177 Rn. 6.

⁷⁶ *Renzikowski* (Fn. 9), § 9 Rn. 24.

⁷⁷ *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17).

⁷⁸ So *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17), der aber auch mit dem Gewicht des Schutzes vor Infektionen und Schwangerschaft für die sexuelle Selbstbestimmung argumentiert.

⁷⁹ So auch *Brodsky*, *Columbia Journal of Gender and Law* 32 (2017), 183 (190 ff.).

⁸⁰ *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17)

relevanten und irrelevanten Bedingungen ist bislang nicht gelungen.⁸¹ Richtigerweise ist hier auf die Erheblichkeit der Bedingung im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut abzustellen.⁸² Die Erheblichkeit ist umso höher, je mehr die gesetzte Bedingung den physischen Sexualakt betrifft und umso geringer, sofern bloß ideelle Vorstellungen vom Sexualpartner betroffen sind. Eines Rückgriffs auf eine analoge Anwendung des § 184h Nr. 1 StGB bedarf es nicht, weil diese Einschränkung – wie bei anderen Fällen des Einverständnisses auch – bereits aus dem Schutzzweck der Norm selbst folgt.⁸³ Bezogen auf das von *Hoffmann* angesprochene „umgekehrte Stealthing“ ist die erforderliche Erheblichkeit nicht gegeben, weil die sexuelle Selbstbestimmung durch den zusätzlichen Schutz durch das Kondom nicht in strafrechtlich relevantem Maße beeinträchtigt wird.⁸⁴

2. *Stealthing als ertäushtes Einverständnis?*

Das Einverständnis ist täuschungsresistent: Es kommt nur auf das tatsächlich vorliegende Einverständnis an, egal ob dieses täuschungsbedingt erschlichen wurde.⁸⁵ Diese Grundsätze sind auf den entgegenstehenden Willen bei § 177 Abs. 1 StGB übertragbar. Es kommt nicht darauf an, ob das Einverständnis in eine sexuelle Handlung durch Täuschung erreicht wurde – allein dessen Vorliegen lässt das Merkmal des „entgegenstehenden Willens“ entfallen.⁸⁶ Die sexuelle Selbstbestimmung ist also nicht gegen alle Angriffe, insbesondere nicht gegen Täuschungen, geschützt.⁸⁷ Kommt es aber nur auf das Vorliegen eines Einverständnisses an, so zeigt sich deutlich, dass die Täuschung beim *Stealthing* keine rechtliche Relevanz besitzt. Das folgt bereits aus dem Geschehen selbst; denn *Stealthing* findet per definitionem heimlich statt, sodass es schon nicht zu einer kommunikativen Einwirkung⁸⁸ auf den Sexualpartner kommt, die eine Täuschung begründen kann. Die bloße Unkenntnis der Tatsache der Kondomentfernung begründet als solche keinen Irrtum, zumal ein solcher –

⁸¹ Dazu auch rechtvergleichend interessant: *Brodsky*, *Columbia Journal of Gender and Law* 32 (2017), 183 (191): „Yet I must admit that I cannot identify a bright line rule to determine whether sexual acts are so different as to require separate consent. Just as I must rely, in part, on current sexual practices and intuitions, so may a court – which may arrive at a different conclusion.“

⁸² Vgl. *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17); *Ziegler*, in: v. Heintzel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 46. Ed., Stand: 1.5.2020, § 177 Rn. 9a.

⁸³ So aber *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17).

⁸⁴ So wohl auch *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17).

⁸⁵ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 66), § 12 Rn. 51.

⁸⁶ *Mitsch*, *KriPoZ* 2018, 334 (336); *El-Ghazi*, *ZIS* 2017, 157 (164); *Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2018, 156 (159); a.A. *Vavra*, *ZIS* 2018, 611 (613 ff.).

⁸⁷ *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (17); *Renzikowski* (Fn. 9), § 9 Rn. 12; *Fischer* (Fn. 22), § 177 Rn. 2a; *Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2018, 156 (160).

⁸⁸ Vgl. dazu die Ausführungen zu § 263 StGB: *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 22), § 263 Rn. 101 f.; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 31), § 263 Rn. 11.

wie dargestellt – unbeachtlich wäre, sofern nur das Einverständnis wirksam erklärt wurde.

Behauptet der insertive Partner hingegen wahrheitswidrig, dass er das Kondom noch trage, kommt es nur scheinbar zu einem täuschungsbedingten Einverständnis. In Wirklichkeit steht hier gerade das Einverständnis unter der expliziten Bedingung der Kondombenutzung. Der rezeptive Partner konsentiert hier gerade nicht den ungeschützten Geschlechtsverkehr. Ein Einverständnis mit ungeschütztem Geschlechtsverkehr kann also nur durch Täuschung erschlichen werden, wenn zwischen den Partnern ein kommunikativer Akt stattfindet, an den sich die Konsentierung des ungeschützten Verkehrs anschließt. Dann kann aber schwerlich von Stealthing gesprochen werden. Die Relevanz des Vertrauensaspekts wird deutlich, wenn man den Parallelfall der sog. Pillenlüge⁸⁹ betrachtet. Dabei wird wahrheitswidrig die Einnahme der Anti-Baby-Pille behauptet und so das Einverständnis in einen ungeschützten Geschlechtsverkehr erschlichen. Im Vergleich zum Stealthing liegt hier eine Täuschung mit der Konsequenz vor, dass das täuschungsbedingt abgegebene Einverständnis wirksam ist.⁹⁰ Insoweit verfangen die Parallelisierungen hinsichtlich der Strafbarkeit beider Handlungen nicht.⁹¹ Um es deutlicher zu machen: Bei der Pillenlüge wird im Vertrauen auf die Einnahme des Kontrazeptivums ein ungeschützter Geschlechtsverkehr konsentiert – beim Stealthing wird, mangels Vertrauen in den Partner, gerade nur einem geschützten Verkehr mit Kondom zugestimmt und durch die Bedingung einer Barriere die „Vertrauenslücke“ im Hinblick auf die sexuelle Interaktion geschlossen. Diese Fälle sind also gerade nicht parallel gelagert, sondern kontradiktorisch.

3. Erkennbarkeit des Gegenwillens beim Stealthing – Notwendigkeit einer kontextsensiblen Lösung

Nun genügt der bloße entgegenstehende Wille als Mentalreservation nicht.⁹² Vielmehr verlangt § 177 Abs. 1 StGB auch die Erkennbarkeit dieses Willens und führt damit ein restriktives Korrektiv zum rein subjektiven Willensaspekt ein.⁹³ Damit wird eine Kommunikationsobliegenheit konstituiert, weil es dem jeweiligen Partner auferlegt wird, verbal oder non-verbal deutlich zu machen, dass die konkrete sexuelle Handlung nicht erwünscht ist.⁹⁴ Die Obliegenheit ist Ausprä-

gung der Selbstbestimmung, zu der auch die Eigenverantwortlichkeit⁹⁵ für die Kommunikation seines Willens gehört, sodass die Auferlegung dieser Obliegenheit zumutbar erscheint.⁹⁶

Für den Fall Stealthing bedeutet das: Es obliegt dem Betroffenen zu kommunizieren, dass er einen ungeschützten Sexualakt ablehnt. Nur wenn entgegen dieser Ablehnung gehandelt wird, liegt ein tatbestandliches Verhalten vor. Dabei kommt es nach der Konzeption des Gesetzgebers auf die Erkennbarkeit der Ablehnung für einen objektiven Beobachter an.⁹⁷ Nicht maßgeblich ist damit, ob der Gegenwille vom Sexualpartner erkannt wurde oder werden konnte, sondern allein, ob dies objektiv möglich gewesen wäre.⁹⁸ Eine der umstrittensten Fragen ist nun, wie weit die Kommunikation des entgegenstehenden Willens und die Vornahme der sexuellen Handlung zeitlich auseinanderliegen dürfen. Die Grundannahme, ein einmal geäußertes Gegenwille bliebe bis zur ausdrücklichen oder konkludenten Aufhebung rechtlich relevant bestehen, entspricht nicht dem Gedanken des Gesetzgebers, „denn es ist dem Opfer zuzumuten, dem entgegenstehenden Willen zum Tatzeitpunkt eindeutig Ausdruck zu verleihen.“⁹⁹ Damit sollen sozialtypische und sogar unerwünschte Handlungsweisen solange aus dem Bereich des objektiven Unrechts ausgeklammert werden, bis ein aktueller Gegenwille geäußert wird, um weiterhin ein „Ausloten“ der Grenzen anderer zu ermöglichen.¹⁰⁰

Daraus folgt: Ein vor dem Zeitpunkt der sexuellen Handlung geäußertes Gegenwille reicht nicht aus, um einen rechtlich relevanten erkennbaren Gegenwillen zu konstituieren. Vielmehr muss dieser zum Zeitpunkt der Handlung nochmals ausdrücklich geäußert werden.¹⁰¹ Auf konkrete zukünftige Sexualakte gerichtete antizipierte Willensäußerungen sollen aber ausreichen,¹⁰² nicht jedoch generelle Äußerungen. Auch ambivalente Äußerungen oder Verhaltensweisen dürfen nicht zulasten des Handelnden gehen; der Gegenwille muss eindeu-

⁸⁹ Betrachtet man diese Konstellation genauer, ist auch nicht die sexuelle Selbstbestimmung, sondern die reproduktive Selbstbestimmung in diesem Fall das verletzte Rechtsgut. Diese ist bislang – das mag man bedauern – nicht strafrechtlich geschützt. Zum Begriff näher: *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda – Eine Analyse zum AME-FmedG, 2018, S. 67 ff.

⁹⁰ So wohl *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17).

⁹¹ Diese werden u.a. von *Renzikowski* (Fn. 9), § 9 Rn. 24, und *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17), aufgeworfen.

⁹² BT-Drs. 18/9097, 23; *Wolters* (Fn. 75), § 177 Rn. 11; *Renzikowski* (Fn. 22), § 177 n.F. Rn. 47.

⁹³ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (165).

⁹⁴ BT-Drs. 18/9097, 22.

⁹⁵ Für Personen, die zur Ausübung dieser Eigenverantwortlichkeit nicht in der Lage sind, hat der Gesetzgeber § 177 Abs. 2 StGB geschaffen.

⁹⁶ *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (858); *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3554); *Vavra*, ZIS 2018, 611 (616); krit. *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (184).

⁹⁷ BT-Drs. 18/9097, 22.

⁹⁸ *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187); *Wolters* (Fn. 75), § 177 Rn. 11. Hier stellt sich gleichwohl das Problem der Beweisbarkeit im Rahmen von „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen.

⁹⁹ BT-Drs. 18/9097, 23; vgl. dazu auch *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 820.

¹⁰⁰ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (165); *Isfen*, ZIS 2015, 217 (228).

¹⁰¹ *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 821 f.; *Wolters* (Fn. 75), § 177 Rn. 12; *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187); *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15); *Fischer* (Fn. 22), § 177 Rn. 11; a.A. *Ziegler* (Fn. 82), § 177 Rn. 9.

¹⁰² *Wolters* (Fn. 75), § 177 Rn. 12; a.A. wohl *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 821 f.

tig erkennbar sein.¹⁰³ Es wäre aber lebensfremd zu fordern, dass jede Person im Vorfeld einer sexuellen Interaktion alle unerwünschten Handlungen aufzählt, um vor einer Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung strafrechtlich geschützt zu werden.¹⁰⁴ Freilich kann es auch erst im Rahmen einvernehmlicher sexueller Handlungen zur Ablehnung bestimmter Handlungsweisen kommen.¹⁰⁵ Allerdings wäre es höchst bedenklich, wenn ein generell geäußelter Gegenwille – gerade innerhalb von Beziehungen – außer Acht bliebe. Gerade eine Disposition für die Zukunft – beispielsweise die Festlegung, dass Geschlechtsverkehr nur mit Kondom erfolgen soll – ist Teil der geschützten sexuellen Selbstbestimmung.

So bewahrheitet sich einmal mehr das Diktum *Radbruchs*, dass das Gesetz klüger sein müsse als seine Verfasser.¹⁰⁶ Denn so einfach, wie der Gesetzgeber sich die Interpretation des Tatbestandes vorgestellt hat, ist sie mitnichten. Nach dessen Lesart würden einerseits Verhaltensweisen pönalisiert, die für einen objektiven Dritten einen Gegenwillen beinhalten, vom Sexualpartner aber aufgrund von getroffenen Absprachen als nicht ernst zu nehmende Äußerungen aufgefasst werden, weil sie Teil der sexuellen Interaktion sind.¹⁰⁷ Andererseits würde so die bewusste Missachtung einer vor Monaten oder Jahren getroffenen Absprache nicht vom Tatbestand erfasst, sondern erst das Weiterhandeln nach einer aktualisierten Willensäußerung.¹⁰⁸ Die Lösung kann nur über ein kontextsensitives Verständnis des erkennbaren Gegenwillens gefunden werden.¹⁰⁹ Die Ausblendung der jeweiligen Lebenskontexte, die mit der Kombination der Kommunikationsobliegenheit und der Notwendigkeit der aktuellen Erkennbarkeit des Gegenwillens für den objektiven Dritten einhergehen, führt – kaum nachvollziehbar¹¹⁰ – zu Rechtsunsicherheit und zur potentiellen Strafbarkeit eigentlich einvernehmlicher Handlungen.

Abzustellen ist vielmehr auf das kontextuell konstruierte Gesamtbild:¹¹¹ Alle Aspekte, die mit Blick auf die sexuelle

Selbstbestimmung relevant werden, müssen in die Bewertung einbezogen werden. Das beinhaltet auch die ausgeübte sexuelle Selbstbestimmung in Form von (Vor-)Absprachen zwischen den Sexualpartnern. Eine solche Einbeziehung des Gesamtkontextes entspricht auch dem grammatikalischen Befund des § 177 Abs. 1 StGB: Das Gesetz fordert nach dem eindeutigen Wortlaut keine Aktualisierung des Willens – vielmehr ist der Wortlaut einer Interpretation im Sinne der Relevanz des Gesamtkontextes, jedenfalls mit Blick auf die Erkennbarkeit, zugänglich und widerspricht also nicht dessen Einbeziehung.¹¹² Nur so lässt sich die Komplexität menschlicher Beziehungen und Sexualität sinnvoll und ausreichend abbilden¹¹³ und sexuelle Selbstbestimmung ernst nehmen. Fixe zeitliche Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit eines geäußerten Gegenwillens lassen sich freilich nicht angeben. Vielmehr kommt es im jeweiligen Kontext auf die gesellschaftliche Erwartung der Beachtlichkeit des Willens an. Diese mag in einer langfristig angelegten exklusiven Paarbeziehung anders zu beurteilen sein als bei einem flüchtigen Sexualekontakt, dessen Bedingungen unmittelbar vorher ausgehandelt werden. Entscheidend ist also die Verkehrsan-schauung, ob das Fortbestehen des entgegenstehenden Willens nach dieser Auffassung noch erkennbar ist.¹¹⁴ Damit werden auch die dahinterstehenden Aspekte des Vertrauens adressiert; denn auch wenn grundsätzlich die Grenzachtung in jeder Art von Beziehung erwartet werden kann, wird das Vertrauen in die Aktualität der geäußerten Ablehnung in stabilen Beziehungskontexten höher zu bewerten sein als bei flüchtigen Kontakten. Zu einem ähnlichen, weniger kontextsensiblen Ergebnis gelangt *May*, der generell das gesamte Sonderwissen berücksichtigen will.¹¹⁵

Die hier vertretene Kontextabhängigkeit lässt sich an zwei Konstellationen exemplifizieren: 1. Merkmale, die unveränderlich sind – z.B. besondere Konstitutionen, Krankheiten oder Behinderungen – und um die der Sexualpartner positiv weiß, sind grundsätzlich beachtlich. Dieses Wissen ist in jedem Kontext zu berücksichtigen. 2. Vorwissen über früher geäußerte (veränderbare) Grenzen ist kontextabhängig beachtlich. Determinationsfaktoren sind insbesondere Art und Dauer des sexuellen Kontaktes, Beziehung der Partner zuei-

überraschenden Angriff nach § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB ab und kommen zum Ergebnis der Straflosigkeit des *Stealthings de lege lata*.

¹¹² *May*, JR 2019, 130 (137); dagegen *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 820.

¹¹³ Womit auch dem Einwand von *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114 (117), zu entgegenen wäre, was *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 820, aber ausblenden. Die hier vorgebrachte Systemwidrigkeit ist nicht zwingend; denn auch beim Abstellen auf einzelne sexuelle Handlungen lässt sich die Erkennbarkeit nicht allein auf den Moment der vorgenommenen sexuellen Handlung begrenzen. Unklar bliebe dann nämlich, welchen zeitlichen Abstand der geäußerte Gegenwille haben darf: Sekunden, Minuten, Stunden?

¹¹⁴ Vgl. *Hörnle*, NStZ 2019, 439 (441 f.), zu einer ähnlichen Konstruktion bei aktivem Handeln des Geschädigten.

¹¹⁵ *May*, JR 2019, 130 (137).

¹⁰³ BT-Drs. 18/9097, S. 23; *Renzikowski* (Fn. 22), § 177 n.F. Rn. 47; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (166); *May*, JR 2019, 130 (134).

¹⁰⁴ Ähnlich *May*, JR 2019, 130 (136); das wäre aber die Konsequenz, folgte man *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114 (117 f.).

¹⁰⁵ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (166); *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15); BT-Drs. 18/9097, 23; dazu auch *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114 (117 f.).

¹⁰⁶ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 2. Aufl. 2003, S. 107.

¹⁰⁷ *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187).

¹⁰⁸ So wohl *Franzke*, Bonner Rechtsjournal 2019, 114 (117 f.); *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 821 f.; vgl. *Ziegler* (Fn. 82), § 177 Rn. 9.

¹⁰⁹ Ähnlich *Eisele* (Fn. 69), § 177 Rn. 19; *May*, JR 2019, 130 (137); *Ziegler* (Fn. 82), § 177 Rn. 9. Zu einem ähnlichen Konzept im Medizinrecht: *Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Nebe/Rosenau/Schmidt am Busch*, MedR 2019, 431.

¹¹⁰ *Wolters* (Fn. 75), § 177 Rn. 12.

¹¹¹ *Schumann/Schefer* (Fn. 3), S. 820 ff. sehen diesen Weg wohl versperrt, stellen – letztlich verneinend – auf einen

ander und die zeitlichen Abstände der Kontakte. Im Rahmen einer stabilen Paarbeziehung dürfen die Partner darauf vertrauen, dass einmal geäußerte Grenzen beachtet werden und Änderungen nur im Konsens erfolgen. Bei einem losen sexuellen Verhältnis, bei dem die Kontakte mehrere Monate auseinanderliegen, kann hingegen erwartet werden, dass die eigenen Grenzen im Vorfeld nochmals kommuniziert werden.

Ein Einwand, den ein solches kontextabhängiges Verständnis erregt, ist die mangelnde Bestimmtheit. Träfe dies zu, wäre das aufgrund des Verfassungsranges des *lex certa*-Gebots (Art. 103 Abs. 2 GG) ein durchgreifendes Argument. Dem ist aber nicht so: Unbestimmte und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe sind im Strafrecht zulässig.¹¹⁶ Auch kontextabhängige Normen sind dem StGB nicht fremd, man denke nur an die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen der Untreue (§ 266 StGB) oder die Interessenabwägungsformel des rechtfertigenden Notstandes in § 34 S. 1 StGB, bei der alle Umstände der jeweiligen Situation relevant sind.¹¹⁷ Notwendig ist nur, dass der Rechtsunterworfenen der Norm den entsprechenden Normbefehl entnehmen und sein Handeln danach ausrichten kann.¹¹⁸ Der erkennbare Gegenwille dürfte, angesichts der Tatsache, dass die Interpretation des Gesetzgebers im Wortlaut keine Stütze findet, in der viel beschworenen Laiensphäre so verstanden werden können, dass die jeweiligen Lebenskontexte entscheidend sind. Irrtumsfälle sind nach den allgemeinen Regeln im subjektiven Tatbestand zu behandeln.¹¹⁹

V. Vertrauen und Materialität als Bewertungsgrund für das Phänomen Stealthing

Die bisherigen Erörterungen skizzieren einerseits ein spezifisches Bild von Stealthing im jeweiligen Fachkontext, andererseits zeigen sie auch Ansätze für die Verbindungen und Verschränkungen auf: Das Konzept von Vertrauen und Objektivität, welches sich aus dem empirischen Material ableiten lässt, hat auch einen Platz im Recht, dient es als möglicher Ansatz zur Begründung und Rechtfertigung von Strafnormen und deren Auslegung. Das Zusammendenken dieser beiden Perspektiven schafft in der Synthese eine neue Herangehensweise, mit der der rechtlichen und sozialwissenschaftlichen Bewertung von Stealthing bislang unerörterte Facetten hinzugefügt werden: kontextsensibel wird Vertrauen mit Materialität verbunden. Dies lässt sich an vier Dimensionen

festmachen: 1. Vertrauensgenerierung, 2. objektuale Grenzziehung, 3. Wahrnehmung der Materialität und 4. kommunikativ-interaktionale Aushandlung sexueller Interaktionen.

1. Vertrauensgenerierung

Während innerhalb der Online-Foren zunächst eine mögliche Ansteckung mit sexuell übertragbaren Krankheiten sowie eine Schwangerschaft durch das heimliche Entfernen des Kondoms im Fokus steht, zeigt sich bei genauer Betrachtung des empirischen Materials jedoch, dass ein Bruch von Vertrauen – reflexiv wie fungierend – und damit von sexueller Selbstbestimmung zentral ist. Die Verwendung des Kondoms drückt bereits ein gewisses Misstrauen in den Sexualpartner aus, das jedoch durch den Gebrauch des Kondoms in Vertrauen transformiert wird. In diesen Fällen kommt der einvernehmliche Geschlechtsverkehr erst durch die Verwendung des Kondoms zustande. Das Konzept einvernehmlichen Verkehrs steht und fällt mit der Benutzung des Kondoms. Damit wird klar, dass die sexuelle Selbstbestimmung auch den Aspekt des Vertrauens enthält; denn bei der Missachtung vorher explizit geäußelter Bedingungen für den Konsens wird gerade das Vertrauen in die Grenzachtung durch den Sexualpartner verletzt. Sexuelle Selbstbestimmung ist ohne Grenzziehung nicht denkbar. Die Grenzachtung ist das Verhalten, das die Rechtsgemeinschaft erwartet; die Missachtung wird pönalisiert. Das zeigt sich in der Nichteinverständnislösung des § 177 StGB. Beim Stealthing geht es damit nicht nur um die Verletzung einer gezogenen Grenze, sondern auch um die Verletzung des Vertrauens in die Achtung dieser Grenze, weil nur unter dieser Prämisse die sexuelle Interaktion konsentiert wurde.

2. Objektuale Grenzziehung

So gedacht fungiert das Kondom auch als symbolisch-materialisierte Barriere, die trotz der einvernehmlichen intimen sexuellen Situation eine Grenzziehung zwischen insertiven und rezeptiven Partnern ermöglicht. Wie Douglas mit ihrer Analyse über kulturelle und religiöse Rituale zeigt, werden etwa Grenzen zwischen Reinheit und Verunreinigung durch symbolische Grenzziehung sozial geschaffen und so zu einem systematischen Ordnungsprinzip von Gesellschaft. Dabei geht sie davon aus, dass die soziale Welt durch Grenzen, die anerkannt werden müssen sowie durch Sanktionen geschützt sind, getrennt ist und eine exklusive wie inklusive Wirkkraft besitzt.¹²⁰ Im Falle von Stealthing wird mit dem Bruch des einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs durch die Re-Penetration ohne Kondom nicht nur die Grundlage der sexuellen Situation, sondern auch die Grenzziehungen zwischen insertivem und rezeptivem Partner aufgelöst. Derart verstanden vermag die materielle Barriere auch die unterschiedliche Behandlung von (strafbarem) Stealthing und (in der Regel nicht strafbarer) täuschungsbedingter Erschleichung des Einverständnisses in den Sexualakt zu erklären. Abseits der juristisch-dogmatischen Implikationen der Täuschung beim Einverständnis zeigt sich nämlich, dass die

¹¹⁶ Siehe nur BVerfGE 11, 234 (237); 14, 245 (251); 26, 41 (42 f.); 75, 329 (341); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 72.

¹¹⁷ *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 90 ff.; *Küper*, JZ 1980, 756; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990, S. 218 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 273 ff.

¹¹⁸ BVerfGE 75, 329 (342); 78, 374 (381 f.); 85, 69 (73); *Jeschek/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 15 III. 3.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 116), Rn. 72 f.

¹¹⁹ Vgl. *May*, JR 2019, 130 (139 ff.); *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

¹²⁰ *Douglas* (Fn. 61), S. 138 f.

Barriere des Kondoms einen hinreichenden Differenzierungsgrund bildet: Konsentiert jemand einen ungeschützten Sexualakt, und sei es täuschungsbedingt, so ist damit das Wissen um die fehlende Barriere und die damit verbundene Preisgabe des Rechtsguts wie auch die Akzeptanz potentieller Risiken vorhanden. Deshalb wird die sexuelle Selbstbestimmung durch eine Täuschung nicht in dem Maße angegriffen, wie bei der aktiven Missachtung einer ausdrücklich geforderten und (scheinbar) reziprok konsentierten schützenden Barriere im Laufe des Geschehens.

3. Wahrnehmung der Materialität

Die Vertrauensbeziehung basiert dabei auf der materiellen Gegebenheit des Kondoms. Das Kondom ist visuell wahrnehmbar, wodurch sich die Einhaltung der situativen Rahmung des einvernehmlichen geschützten Verkehrs einfach feststellen lässt: Nicht nur die Dichotomie „Übergestreift/ Abgestreift“, sondern auch die Feststellung des Erfolgs und des Versagens lassen sich somit visuell erkennen. Es ist für die Sexualpartner somit einfach nachvollziehbar, ob die Koordination der sexuellen Interaktion, die situative Ordnung erfolgreich war und damit die sexuelle Selbstbestimmung gewahrt wurde oder nicht. Anders verhält sich dies bei der körperlichen Wahrnehmung des Kondoms: Die Re-Penetration ohne Kondom ist somatisch für den rezeptiven Partner nicht wahrnehmbar. Dies wird gerade als ein Qualitätsmerkmal von Kondomen verstanden, was der insertive Partner im Fall von Stealthing ausnutzt – fehlende somatische Wahrnehmung des Kondoms macht Stealthing erst möglich. Für die Strafbarkeit als sexueller Übergriff kommt es jedoch nicht auf die Sicht- oder Wahrnehmbarkeit des Kondoms an, sondern seine Bedeutung als Barriere ist entscheidend mit Blick auf die sexuelle Selbstbestimmung. Die verdeckte Handlung beim Stealthing nimmt dem rezeptiven Partner aber die Möglichkeit, Abwehrmaßnahmen zu treffen oder seinen Willen nochmals aktiv zu äußern. Dies konstituiert zu einem Teil auch das damit verwirklichte Unrecht, wenngleich sich der Unrechtsgehalt nicht darin erschöpft. Vielmehr erscheint dies nur als Teilaspekt der im Rahmen der Strafzumessung strafschärfend berücksichtigt werden kann; denn der Bruch des durch die visuelle Wahrnehmung in die vorhandene Barriere gesetzten Vertrauens erhöht das verwirklichte Unrecht.

4. Kommunikativ-interaktionale Aushandlung sexueller Interaktionen

Intimität und Vertrautheit wird innerhalb sexueller Interaktionen durch Kommunikation hergestellt, die sich nicht an klaren standardisierten Mustern orientieren kann, sondern auf eine hohe Deutungs- und Interpretationsleistung angewiesen ist.¹²¹ *Hickman* und *Muehlenhard*¹²² zeigen bezüglich der Herstellung sexuellen Konsens jedoch, dass Konsens nicht durch einfache Zustimmung zustande kommt, sondern aus einem Netz (in-)direkter verbaler wie non-verbaler Interakti-

onen bestehen. Im Fall von Stealthing ist dabei zentral, dass der sexuelle Konsens durch Interaktionen – etwa durch den Einkauf der Kondome oder das Überreichen des Kondoms – sowie durch Kommunikation hergestellt wird, indem die Partner sich vorab darauf verständigen, Sex ausschließlich mit Kondom zu haben. Die heimliche Entfernung des Kondoms ist dabei nicht nur ein Bruch des sexuellen Konsenses, sondern – im Sinne *Goffmans*¹²³ – auch als Täuschung in böswilliger Absicht zu verstehen, weil sie die Beziehung zwischen den Akteuren gefährdet. Das Strafrecht verlangt grundsätzlich die erkennbare Kommunikation der eigenen Grenzen im Rahmen sexueller Interaktionen; nur dann wird eine Verletzung dieses Willens nach § 177 Abs. 1 StGB strafrechtlich relevant. Damit wird jedem einzelnen die Verantwortung für die Kommunikation der eigenen Grenzen auferlegt, gleichzeitig aber auch ein Bereich geschaffen, in dem Sexualpartner in Interaktion treten und Grenzen ausloten können, ohne direkt den Bereich der Strafbarkeit zu betreten. So wird – anders als *Hoven* und *Weigend*¹²⁴ suggerieren – gerade kein Wandel der Sexualität von der Lust zur Last herbeigeführt. Die klare verbale oder non-verbale Kommunikation der Grenzen wird nämlich, anders als beim Alternativmodell „Nur ja heißt ja“, gerade nicht in jedem Fall verlangt, sondern nur dann, wenn jemand gerade die Einhaltung dieser Grenzen einfordert. Ist es ihm zunächst gleichgültig oder möchte er die Grenzen mit dem Partner im Laufe der sexuellen Interaktion festlegen, so muss er nicht mehr kommunizieren als sein Einverständnis in den Sexualakt – im Laufe dessen können dann weitere Grenzen gezogen und kommuniziert werden.

VI. Fazit

Die interdisziplinäre Betrachtung des Phänomens Stealthing stellt aus soziologischer und juristischer Perspektive heraus, welche Bedeutung Vertrauen und Materialität im Kontext sexueller Interaktion haben. Mithilfe einer qualitativen Analyse von Berichten über Stealthing-Erfahrungen in Online-Foren lassen sich Vertrauensgewinnung und -verlust durch die Benutzung des Kondoms rekonstruieren. Aus strafrechtlicher Sicht ist Stealthing ein sexueller Übergriff und damit ein gem. § 177 Abs. 1 StGB strafbares Verhalten. In der normativen Analyse zeigen sich die besondere Bedeutung des Kondoms im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung wie auch die Notwendigkeit der kontextsensiblen Auslegung des Tatbestandes des § 177 Abs. 1 StGB hinsichtlich der Obliegenheit zur Kommunikation der eigenen sexuellen Grenzen.

In der Verbindung beider Betrachtungsweisen lässt sich das Phänomen Stealthing in einer neuen Richtung mit vier Dimensionen denken: 1. Vertrauensgenerierung, 2. Objektuale Grenzziehung, 3. Wahrnehmung der Materialität und 4. Kommunikativ-interaktionale Aushandlung sexueller Interaktionen. In ihrer wechselseitigen Bedingtheit lassen sich diese Dimensionen zu einem komplexen Modell integrieren, das die sozialen wie rechtlichen Aspekte des Phänomens

¹²¹ *Gerhards/Schmidt* (Fn. 46).

¹²² *Hickman/Muehlenhard*, *Journal of Sex Research* 36 (1999), 258.

¹²³ *Goffman*, *Rahmen-Analyse, Ein Versuch über die Organisation von Alltagserfahrungen*, 2. Aufl. 1989, S. 98 ff.

¹²⁴ *Hoven/Weigend*, *JZ* 2017, 182 (183).

Stealthing zu erklären vermag. Die Notwendigkeit der Betrachtung von Objekten zeigt sich in diesem Fall ganz deutlich: Vertrauensgewinn und -verlust in sexuellen Interaktionen müssen entlang von Personen-Objekt-Beziehungen betrachtet werden. Die objektualen Vertrauensbeziehungen zielen dabei nicht alleine auf die Funktion des Objekts ab, sondern sehen Objekte als konstitutiven Bestandteil an. Das Kondom erlaubt nicht nur die intime Situation, es dient gleichzeitig als symbolische Grenzziehung zwischen den beiden Partnern. Die Sichtbarkeit des Kondoms und die darauf aufbauende Kontrollmöglichkeit erlaubt eine reflexive Stabilisierung der sexuellen Ordnung, die zudem prä-reflexive Elemente – nämlich das Grundvertrauen in den Partner, das Kondom wie abgesprochen zu benutzen – enthält. Juristisch zeigt sich so, dass das Sexualstrafrecht auch das Vertrauen in die Achtung der kommunizierten Grenzen schützt und dabei die Möglichkeit besteht, die jeweiligen Lebenskontexte einzubeziehen, ohne sich dabei dem Vorwurf der mangelnden Bestimmtheit auszusetzen. Zugleich findet auch eine Integration der Materialität des Kondoms statt: Die dadurch geschaffene Barriere gegen einen direkten physischen Kontakt mit dem Sexualpartner kann als integraler Bestandteil ausgeübter sexueller Selbstbestimmung gesehen werden, deren Verletzung strafwürdig ist.

Der hier entworfene Ansatz mit seinen Dimensionen liefert somit einen Beitrag zum Verständnis von Vertrauen (sbrüchen) innerhalb sexueller Interaktionen und kann damit über das Phänomen Stealthing hinausgedacht werden. Damit wird deutlich, dass ein Mitdenken der jeweiligen sozialen Kontexte – Personen, Objekte und Situationen – notwendig ist, um die Komplexität der menschlichen Interaktion zu erfassen und juristisch zu akzeptablen Ergebnissen zu kommen. Das Modell konturiert zudem, wie die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung im Hinblick auf die Kondombenutzung vonstattengeht und liefert so normativ verwertbare Begründungsansätze für Sanktionsnormen. Gleichzeitig lassen sich die herausgearbeiteten Faktoren auch als Indizien für die Prüfung weiterer Verhaltensweisen im Hinblick auf die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung fruchtbar machen, wenngleich diese natürlich nicht abschließend sein können. So kann aber auch ein Anstoß gegeben werden, staatlichen Rechtsgüterschutz auch unter dem Gesichtspunkt von Vertrauen zu betrachten. Damit geht auch der Appell einher, Vertrauen, Objekt und Kontextsensitivität in den beteiligten Wissenschaften näher und interdisziplinärer zu denken sowie zu berücksichtigen.