

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Strafrechtslehre als Wissenschaft?
Betrachtungen aus der Perspektive des Wissenschaftsrechts**
Von Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz 413
- Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und Tatbegriff – eine
kritische Betrachtung**
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 420
- Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei
Auf- und Einbruchdiebstahl**
Von Dr. Yao Li, Potsdam 430

Internationales Strafrecht

- Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel
beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?**
Von Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Ass. iur. Marcel Patric Iden,
M.Sc. M.A., Ass. iur. Patrick Pörtner, Osnabrück 435
- Verwertung von im Ausland überwachter Chatnachrichten im
Strafverfahren**
Zugleich Besprechung der EncroChat-Beschlüsse des OLG
Bremen v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, und OLG Hamburg
v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21
Von Thomas Wahl, Freiburg im Breisgau 452
- The COVID-19 pandemic and Hungarian substantive
criminal law**
By Dr. István Ambrus, Budapest 462

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Felix Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, Rechtsfigur
oder Mythos?, 2020**
(Prof. Dr. Henning Rosenau, Halle) 472
- Marianne Johanna Lehmkuhl/Frank Meyer (Hrsg.), Das
Unternehmen im Brennpunkt nationaler und internationaler
Strafverfahren, 2020**
(Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen/Den Haag) 475

Strafverfahrensrecht

- Marius Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, Zur
Vereinbarkeit der Informations-, Offensiv- und Beistands-
rechte des Opfers mit dessen Zeugenstellung, 2019**
(Prof. Dr. Stephan Barton) 478

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schönemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn

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
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Strafrechtslehre als Wissenschaft?

Betrachtungen aus der Perspektive des Wissenschaftsrechts

Von Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn

Während in meinem Fach – dem Öffentlichen Recht – das Rezensionswesen üblicherweise eher träge dahinplätschert und vornehmlich die Funktion zu erfüllen scheint, am Hungertuche nagende Lehrstuhlinhaberinnen und -inhaber mit kostenlosen Rezensionsexemplaren teurer – aber im Allgemeinen schwer einer Rezension zugänglicher¹ – Kommentare, Handbücher und Festschriften zu versorgen, wirkte die Strafrechtswissenschaft mit ihrer allgemein stilprägenden Streitlust und dem weniger staatstragenden Habitus auf mich immer als Quelle sprudelnder Frische und Aufgewecktheit. Zwei lange, in Duktus und Anliegen unterschiedliche, aber jeweils harsche Rezensionen in dieser Zeitschrift² haben offenbar zu einer Nabelschau geführt, bei der über die strafrechtliche Fachkultur im Allgemeinen und Rezensionspraktiken im Besonderen gesprochen wurde. Elisa Hoven und Thomas Weigend haben hierzu einige zentrale Erwägungen vorgestellt.³ Neben allgemeinen Appellen an die Verantwortung von Rezensierenden und Redaktionen, eine faire Besprechungskultur zu wahren, denen niemand ernstlich widersprechen wird, machen mich einige der artikulierten Erwartungen und Selbstverständnisse als zwar fachfremden, aber der Strafrechtswissenschaft in heimlicher Liebe doch zugeneigten Beobachter schlicht fassungslos. Ich möchte zur Debatte daher einige Anmerkungen aus der Sicht des Wissenschaftsrechts beisteuern.

I. Strafrechtslehre als Rhetorikseminar?

Thomas Weigend, der gewiss zu den international besonders exponierten Repräsentanten der deutschen Strafrechtswissenschaft gehört, möchte sein Fach freimütig zu soft science deformieren, in der „juristischer Diskurs als eine Form der Rhetorik“⁴ mit wissenschaftlichen Methoden überprüfbar Argumente ersetzen soll: „Dabei spielen für die Überzeugungskraft der Argumentation gewiss auch die Einhaltung der Gesetze der Logik und der juristischen Auslegungsregeln eine Rolle, aber doch in einer gegenüber der Methodenstrenge anderer Wissenschaften sehr gelockerten Form“.⁵ Sich beim wissenschaftlichen Schaffen gelegentlich auch sanft von Denkgesetzen inspirieren zu lassen, ist gewiss hilfreich, aber offenkundig nicht zureichend, damit ein Fach seinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit aufrecht erhalten kann.

¹ Als jemand, der ebenfalls im Verfassungs- und Verwaltungsrecht kommentiert hat, darf ich durchaus selbstkritisch anmerken, dass ich mit fortschreitender Alterung der konsequenten Position einiger Kolleginnen und Kollegen immer mehr abgewinnen kann: Dass Dienstleistungen der Hochschulen an die Rechtspraxis, das geltende Recht korrekt auszulegen, sich nicht generell, aber doch typischerweise eher am unteren Ende der Wissenschaftlichkeit bewegen.

² Kuhlen, ZIS 2020, 327; Stuckenberg, ZIS 2021, 279.

³ Hoven, KriPoZ 2021, 182; Weigend, KriPoZ 2021, 185.

⁴ Weigend, KriPoZ 2021, 185.

⁵ Nochmals Weigend, KriPoZ 2021, 185.

Gleichwohl beeindruckt so viel Ehrlichkeit. Wen schon immer der leise Verdacht beschlichen hat, die Rechtswissenschaften seien irgendwie auch nur ein „Laberfach“, das sich – vielleicht lediglich weniger aufdringlich als bisweilen in Sozial- oder Kulturwissenschaften – postmoderner Beliebigkeit hingibt und wissenschaftliche Argumentation rhetorisch aufgehübscht lediglich simuliert, wird für dieses unverblühte Geständnis dankbar sein, bei dem der Kaiser ostentativ auf seine Nacktheit selbst hinweist.

Aber stimmt dies wirklich?⁶ Darf man es sich so leicht machen, Fragen nach wissenschaftlicher Begründungsrationale mit einem Schulterzucken abzuweisen, dass man es eben in Jura locker nehme (weil die Unvollkommenheit sprachlicher Determination eben nicht mehr hergebe)? Wird so nicht die gesamte Methodenlehre, um die sich zahlreiche Kolleginnen und Kollegen (gerade auch aus dem Strafrecht) verdient gemacht haben, nicht – in einer Melange aus Übermut und Schnodderigkeit – implizit zum Humbug von Scharlatanen erklärt? Die Zurücknahme des Anspruchs auf Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaften und deren Denunziation als bloße Rhetorik, die letztlich nur ideologische Interessen camoufliert, ist ein altbekanntes Ressentiment aus der Tradition des legal realism, der mit seiner grundsätzlichen Rechtsskepsis gerade besonders realitätsfremd geblieben ist, weil die Eigenrationalität juridischer Operationen völlig unterschätzt wird, die eben keine beliebigen Deutungen zulässt und – sei es als rechtsdogmatisches Bemühen um Inhalte des geltenden Rechts, sei es aus einer Beobachterperspektive – auch Ansätze wissenschaftlicher Distanzierung von bloßen Praktiken der Rechtsanwendung ermöglicht.

Natürlich wird das Exaktheits- und Objektivierungspotential einer im Wesentlichen hermeneutischen Wissenschaft immer schwächer sein als etwa einer experimentellen Disziplin. „Jurisprudenz führt den Logos der exakten Wissenschaften schon nicht im Namen; sie begnügt sich mit prudentia“.⁷ Schon hier bedarf es allerdings hinreichender Differenzierung, denn andere Disziplinen sind in Methodik und Exaktheitsanspruch ihrerseits sehr disparat, was nicht zuletzt die meist als Kontrastmodell bemühten Naturwissenschaften illustrieren, über die freilich die ahnungslose Juristenszene überwiegend nicht mehr als klischeehafte Fehlwahrnehmungen kultiviert.⁸ Auch die Rechtswissenschaft hat zudem Me-

⁶ Ich muss gestehen, dass mich diese radikal rationalitäts-skeptische Einlassung gerade von Thomas Weigend doch sehr überrascht hat, dessen Arbeiten ich als fachfremder Laie immer sehr geschätzt habe.

⁷ Löwer, Cessante razione legis cessat ipsa lex, 1989, S. 20.

⁸ Das hat sicherlich auch etwas mit der Zusammensetzung der Studierendenschaft zu tun. Wer mit Physik und Chemie in der Schule nicht klarkam und Grundrechenarten schon immer als herausfordernd empfand, kann gleichwohl mit begrenzten Fähigkeiten noch Prädikatsjuristin oder -jurist werden; und wer umgekehrt auch in mathematisch-naturwissenschaftlichen

thoden, die es bei aller Unsicherheit ermöglichen, das Spektrum vertretbarer Aussagen einzugrenzen, juristische von politischen Argumenten zu trennen und innerhalb eines hinreichend vorhersehbaren Handlungs- sowie Orientierungssystems zu navigieren. Wissenschaftlichkeit bedeutet im Übrigen gerade, Bedeutungsunsicherheiten sichtbar zu machen und Richtigkeitsansprüche zurückhaltend zu formulieren, nicht rhetorisch Gewissheiten zu beanspruchen, die nicht zu haben sind. Schlechte Wissenschaft zeigt sich dann in einer unzureichenden Auseinandersetzung mit anderen Positionen, die man aus naiver Selbstgewissheit nicht mehr ernst nehmen zu meinen braucht.

Wenn die Rechtswissenschaften (in Sonderheit hier die Fächer des Strafrechts) Wissenschaft sein wollen, müssen sie Standards der Objektivierung bieten, die eine Unterscheidung von bloßen (subjektiven) Meinungen einerseits und (angemessen objektivierbaren) wissenschaftlichen Aussagen andererseits zulassen.⁹ Davon hängt auch ab, ob der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) eröffnet ist, der seinerseits die Existenzberechtigung als universitäre Disziplin markiert. Das Grundgesetz setzt normativ voraus, dass wissenschaftliche Forschung und Lehre von sonstigen Kommunikationszusammenhängen unterscheidbar, sprich: etwas anderes als bloße Meinungen sind.¹⁰ Wissenschaftliche Kommunikation nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterscheidet sich von Meinungskundgaben nach Art. 5 Abs. 1 S. 1–2 GG ebenfalls durch den besonderen Anspruch auf eine spezifisch fachliche Rationalität der Begründungen wissenschaftlicher Aussagen.¹¹ Wissenschaft im Sinne des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG umfasst, „was nach Inhalt und Form als ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist“.¹² Erforderlich ist also ein methodisch disziplinierter Erkenntnisprozess,¹³ der ohne eine hinreichende Distanz zum Erkenntnisgegenstand sowie Rationalitätskriterien, anhand derer Richtigkeit überprüfbar gemacht werden kann, nicht zu haben ist. Keine Wissenschaft liegt vor, wenn rein ergebnisorientiert gesellschaftliche oder ideologische Ziele verfolgt werden.¹⁴ Steht daher bereits von vornherein fest, welches

Fächern befähigt war, verirrt sich seltener in die semiariden Steppen der intellektuellen Sahelzone Rechtswissenschaften. Ausnahmen bestätigen wie immer die Regel.

⁹ Vgl. grundsätzlich *Scott*, Knowledge, Power, and Academic Freedom, 2019, S. 114 ff.

¹⁰ *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 73, 79 f.; *Gärditz*, *WissR* 47 (2014), 119 (136, 138); *ders.*, *WissR* 51 (2018), 5 (14).

¹¹ *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 93. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 31.

¹² BVerfGE 35, 79 (113); 47, 327 (367).

¹³ BVerfGE 35, 79 (112f.); 47, 327 (367); 90, 1 (11 f.); 111, 333 (354); 141, 143 (164).

¹⁴ *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 20; *Kempen*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 180.2; *Gärditz*, *WissR* 51 (2018), 5 (42).

Ergebnis ein Forschungsvorhaben erbringen soll, ohne dass es auf die Resultate der kritisch-ergebnisoffenen Durchführung noch ankommen soll, wird ein wissenschaftliches Erkenntnisziel letztlich aufgegeben.¹⁵ Interessengeleitete Rhetorik verfehlt offenkundig diese Mindeststandards, sodass – hätte *Weigend* recht – Strafrechtslehre keine geschützte Wissenschaft wäre, sondern nur – qualitativ indifferente¹⁶ und nicht rationalitätsgebundene – Meinungsfreiheit auf dem Campus.¹⁷ Meint er das ernst? Ist das das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft? Ich hoffe nicht.

Zur Klärung, ob sich die Zahlenmystik des Bandenbegriffs eher an den Sieben Zwergen, den „Drei von der Tankstelle“ oder Bonnie & Clyde orientieren sollte, braucht man keine strafrechtlichen Lehrstühle. Das können auch Richterinnen und Staatsanwälte mit Lehrauftrag authentisch vermitteln. Und Rhetorik – im Juristenausbildungsrecht ein Soft Skill (§ 5a Abs. 3 DRiG) – können überqualifizierte Geisteswissenschaftler ohne Berufsperspektive in unterbezahlten Lehraufträgen unterrichten. Das ist keine Wissenschaft. Ist das von *Weigend* ernstlich gewollt?¹⁸ Mein bisheriger Eindruck war, dass gerade die Strafrechtswissenschaft mit ihrer verbreiteten Affinität zur Theorie¹⁹ hier deutlich mehr zu bieten hat.

II. Sprachlosigkeit in Schützengräben?

Wer hingegen so geringe Ansprüche an die wissenschaftliche Beweisführung stellt, wie dies offenbar *Weigend* vorschwebt, hebt ungewollt auch die Auseinandersetzungen von einer wissenschaftlich-fachlichen Debatte, die prinzipiell mit Argumenten entscheidbar ist, auf eine ideologische Ebene, in der nur noch Bekenntnis, Selbstdarstellung und Stilsicherheit zählen. Scharfe Kritik ist dann nicht Anlass, sich inhaltlich zu positionieren und diese ggf. wissenschaftlich zu falsifizieren. Kritik wird vielmehr zur moralischen Frage deformiert.²⁰

¹⁵ Vgl. *Dähne*, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, 2007, S. 403.

¹⁶ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 310.

¹⁷ Gemeinsam unter dem Dach der Meinungsfreiheit finden sich dann „Querdenker“, rassistische Ex-Banker oder Parteifunktionäre, die auf dem Campus Bierzeltreden halten wollen.

¹⁸ Interessante Einsparpotentiale in den nach der Corona-Pandemie absehbar schrumpfenden Universitätshaushalten seien hier einmal ausgeklammert.

¹⁹ Vgl. programmatisch *Pawlik*, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 469.

²⁰ Es verwundert nicht, dass die Stellungnahmen, die an den zwei Rezensionen Anstoß genommen haben, sofort zu Grundsatzdebatten über Stil und Rezensionenkultur überhöht oder zu billigem Empörungsgelubber auf Twitter reduziert werden. Die Frage, ob die Angriffe denn auch inhaltlich berechtigt waren, wurde aber fast nie aufgegriffen. Demgegenüber wird auffällig häufig der Streit lediglich zum Anlass genommen, wieder einmal die eigene Bedeutsamkeit zu unterstreichen und mehr oder weniger aufdringlich das loszu-

Nicht die Berechtigung von Kritik (welcher Schärfe auch immer), die sich ja möglicherweise auf einer Sachebene unvoreingenommen überprüfen und ggf. entkräften ließe, wird hinterfragt, sondern reflexartig dem Verdacht eines Scientific Revenge Porn ausgesetzt.²¹ Ob Kritik berechtigt ist oder nicht, kann – sofern man wissenschaftliche Standards der Rationalität anerkennt – nicht von den Motiven abhängen, die eine Kritikerin oder ein Kritiker verfolgt. Man kann aus niederträchtigen Motiven kritisieren und gleichwohl Recht haben, man kann mit einem lauterem Anliegen Unfug verbreiten.

Weigend scheint selbst gesehen zu haben, dass sich Strafrechtsdiskurse oft in einer Ideologisierungsfalle verfangen: „Es gibt zu einigen grundsätzlichen Fragen konträre theoretische Ausgangspositionen, deren jeweilige Anhänger sich gegenseitig nicht viel (Freundliches) zu sagen haben.“²² Nach meiner Beobachtung dürfte diese Diagnose – gerade auch im Vergleich der doch sehr unterschiedlichen juristischen Binnenfachkulturen – für das Strafrecht leider häufig zutreffend sein. Das macht es freilich nur noch schlimmer. Wer sich nichts zu sagen hat, also anders gewendet nur einer weiteren Rationalisierung entzogene Glaubensbekenntnisse abgibt und die Welt in Gläubige sowie Ungläubige scheidet, betreibt keine Wissenschaft.²³ Es gehört zu den basalen Aufgaben von Wissenschaft, auf der Grundlage divergierender Positionen im offenen Diskurs einen Ausgleich zu suchen.²⁴ Auch die gesellschaftliche Relevanz eines Faches hängt davon ab, ob dies gelingt oder sich eine Fachgemeinde mit kindlichem Trotz in fragmentierte Schneckenhäuschen zurückzieht, in denen niemand das gute Gefühl irritiert, immer Recht zu haben. Gerade dort, wo es um sozialphilosophisch begründete Differenzen geht, die letztlich ubiquitär sind, besteht die Stärke wissenschaftlicher Distanzierungsleistung darin, mit diesen Spannungen konstruktiv umzugehen und rationalen Diskurs zu ermöglichen. Unterschiede in den Prämissen sind der Normalfall, sie markieren Problemlösungsbedarf, zu dessen Bewältigung gerade Wissenschaft dient. Im Verfassungsrecht wie in der Verfassungstheorie gehört das zum

werden, was man eben schon immer sagen wollte und noch nicht in jedem Publikationsorgan gesagt hat (so etwa *Schünemann*, ZIS 2020, 479).

²¹ Noch weniger nachvollziehbar *Hoven*, KriPoZ 2021, 182 (184), die spekuliert, dass sog. Skandalrezensionen „viele Klicks beschern“. Darauf muss man erst einmal kommen. Dass sich ernsthafte Wissenschaftlerinnen oder Wissenschaftler bei der Besprechung von Büchern in einer Online-Fachzeitschrift über Clickbaiting Gedanken machen, erscheint mir doch an den Haaren herbeigezogen.

²² *Weigend*, KriPoZ 2021, 185.

²³ Jedenfalls nicht außerhalb einer Theologie, deren Wissenschaftlichkeit (stellvertretend nur BVerfGE 122, 89 [106 f.]) ebenfalls von Rationalitäten abhängt, die über das schlichte Glauben hinausweisen.

²⁴ Immer noch aufschlussreich *Kelsen*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 238 (241), erstmals erschienen in Neue Züricher Zeitung v. 23.2.1937, S. 1–2 und v. 24.2.1937, S. 1–2.

täglichen Brot, obgleich die Perspektiven auf Staat und Verfassung vergleichbar breit aufgefüchert sind wie im Strafrecht.²⁵ Wenn die Strafrechtswissenschaft, die für die Menschen existentiell zugespitzte Konflikte rationalisieren soll, hier nur resignativ darauf verweist, dass man eben nicht miteinander kann,²⁶ wird nicht nur jedwede gesellschaftliche Relevanz verabschiedet, sondern auch der Anspruch, Wissenschaft (und nicht nur üppig besoldetes Kollektiv diskursinkompetenter Eigenbrötler auf einem epistemischen Egotrip) zu sein.

Ein Blick auf die Voraussetzungen der Wissenschaftsfreiheit ist hier erneut aufschlussreich. Das Bundesverfassungsgericht hat die Wissenschaftlichkeit (und damit den Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) verneint, „wenn die Aktivitäten des betroffenen Hochschullehrers nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet sind, sondern vorgefaßten Meinungen oder Ergebnissen lediglich den Anschein wissenschaftlicher Gewinnung und Nachweislichkeit verleihen“.²⁷ Dafür könne „die systematische Ausblendung von Fakten, Quellen, Ansichten und Ergebnissen, die die Auffassung des Autors in Frage stellen, ein Indiz sein“.²⁸ Eine Fachkultur, in der man sich schon dann wissenschaftlich nichts mehr (Freundliches) zu sagen hat, wenn die theoretischen Prämissen im Grundsätzlichen divergieren (das ist oft der Fall), läuft insoweit Gefahr, den Boden der Wissenschaftlichkeit zu verlassen und – nur noch in seinem Saft schmorend – rationalen Diskurs über Richtigkeiten durch Bekenntnisse zu vorgefestigten Glaubenssätzen zu ersetzen, die dann nur jemand hinterfragen darf, der der jeweiligen Binnenkonfession angehört. Das rückt in eine befremdliche Nähe zu identitärem Sektierertum. Wenn die Diagnose *Weigends* stimmt, müsste er eigentlich

²⁵ Dass sich ein linksliberaler Herrschaftsskeptiker und ein konservativer Etatist im Staatsrecht nichts mehr zu sagen hätten, erscheint mir so absurd, dass ich mich für mein Fach schämen würde, wenn dies so wäre. Selbst in ideologisch konfrontativeren Zeiten, als Teile der Konservativen noch mit dem freiheitlichen Pluralismus fremdelten und viele Linke auf Marx eingeschworen waren, fand man genug common ground, um über die richtige Deutung des Grundgesetzes zu verhandeln.

²⁶ Vgl. aber *Weigend*, KriPoZ 2021, 185 (186): „Dies gilt etwa für überzeugte Utilitaristen und Deontologen, für Gesetzespositivisten und Freiheitstheoretiker, für Anhänger eines ‚starken Staates‘ und Vertreter einer prononciert liberalen Kriminalpolitik. Wenn jemand ein Buch aus dem jeweils gegnerischen Lager zu besprechen unternimmt, so mag er nichts gegen den Autor persönlich haben; dennoch wird es für den Rezensenten aufgrund seines Vorverständnisses schwer sein, die notwendige Offenheit gegenüber dem Anliegen des Verfassers aufzubringen“. Kläglicher kann ein Armutszugnis kaum ausfallen. Wäre die Strafrechtswissenschaft wirklich so inkompetent, diese ubiquitären Konflikte zu bewältigen (was ich nicht glauben mag), bräuchte ein solches Fach niemand.

²⁷ BVerfGE 90, 1 (13); BVerwGE 102, 304 (311).

²⁸ BVerfGE 90, 1 (13).

nach Auswegen aus dieser Fragmentierung suchen, statt sich auf diese auch noch affirmativ zu berufen.

Diese Haltung des Sichtsichzusagenhabens ist nicht nur ein Ausweis schlechter Wissenschaft, sondern befördert zudem handfestes Fehlverhalten. So wird es dem einen oder der anderen bei der Lektüre strafrechtswissenschaftlicher Arbeiten bereits aufgefallen sein, dass manche meinen, nach einem theoretischen Glaubensbekenntnis nur noch Positionen innerhalb der eigenen Glaubensfamilie referieren zu müssen, auf Gegenstimmen auf der Basis anderer Prämissen hingegen nur dort einzugehen, wo man sie bekämpft. Schlimmstenfalls werden innerhalb der engen Scheuklappen der bisweilen zum Dogmatismus verknöcherten Denkschulen Zitate der Argumente anderer Glaubensrichtungen selbst dann als entbehrlich behandelt, wenn diese Argumente isoliert betrachtet das Gleiche aussagen, nur eben von einer anderen theoretischen Warte aus.²⁹ Wissenschaftsrechtlich sind dies dann handfeste Plagiate (sog. Ideenplagiat³⁰), was aber offenbar in einer Fachgemeinschaft nicht auffällt, in der man mit Gesinnungspflege und Grabenkriegen bereits hinlänglich ausgelastet ist. Die von *Weigend* angesprochene Kultur der Sprachlosigkeit führt am Ende in die intellektuelle Inzucht, die noch nie das Erblühen neuer Ideen, sondern allenfalls eine Radikalisierung der alten befördert hat.

III. Postmoderne Beliebigkeit?

Wird der Anspruch aufgegeben, Aussagen rational-wissenschaftlich begründen und ggf. überprüfen zu können, reduziert man Rechtsdiskurs auf Beliebigkeit, ein ideologisches Glasperlenspiel der Rechtspolitik – leichtfüßige Dampfplauderei, die auch in Twitter-Threads Anschluss finden kann. „Qualitätssicherung“ gerät dann zur bürokratischen Lästigkeit, die nicht weh tun darf.³¹ Wenn einerseits distanzlos Gegenauffassungen bekämpft werden, weil die rechtsdogmatische Verortung des Schuldprinzips im Rahmen eines banalen Irrtumsproblems nicht dem eigenen „Lieblingsphilosophen“³² oder dem (mit Versatzstücken der Rechtsphilosophie

aufpolierten) strafrechtspolitischen Weltbild – meist irgendwo zwischen Liberalismus-Romantik und Krypto-Etatismus angesiedelt – entspricht, andererseits bei der Sorgfalt der argumentativen Beweisführung größtmöglicher Rabatt gewährt wird, muss sich nicht wundern, wenn es mit dem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit den Bach runter geht.

Kann es ernstlich sein, dass das Auflisten „vermeintlicher Fehler“ in einer Rezension „eine sachliche Diskussion“ beendet,³³ wo doch das wissenschaftliche Ringen um Richtigkeit immer auch voraussetzt, dass es Falsches gibt? Kann die Frage, ob man mit einem rezensierten Text „konstruktiv“ umgehen kann,³⁴ nicht auch entscheidend vom Text abhängen? Nicht alles, was irgendwie geschrieben wird, bietet hierfür hinreichendes Substrat und manchmal ist eben ein Verriss auch nur eine ehrliche Bilanz. Gemessen an dem Interesse, die Integrität des wissenschaftlichen Diskurszusammenhanges zu verteidigen, ist das auch „konstruktiv“.

An der Grenze zur Satire ist es, wenn der legitime Inhalt der Rezension vom Erscheinungsformat der Fachzeitschrift abhängig gemacht wird:³⁵ „Die Wirkungen einer (Online-) Rezension sind auch deshalb so groß, weil der Text noch lange Zeit später abrufbar ist“.³⁶ Besondere Besorgnis erregt hier die „fortwährende Verfügbarkeit“³⁷ des bewertenden Textes. Wer hätte das gedacht? Mich erinnert das irgendwie an die guten alten Zeiten, in denen Rezensionen in Zeitschriften aus Papier standen und fachliche Dispute mitunter in Lehrbüchern ausgetragen wurden, die öffentlich zugänglich sind. Angeblich soll es das auch immer noch geben. Ist die Bibliothek nicht abgebrannt, lässt sich medienbedingt³⁸ der eine oder andere Verriss noch heute in Papierform nachschlagen, lange nachdem die oder der Rezensierte verschieden ist. „Noch in vielen Jahren werden sich Studierende [...] die Rezension zuspieren“.³⁹ Tja, so ist das eben mit Publikationen; man kann sie nicht wie missglückte Tweets einfach wieder löschen. Vielleicht sollten Lehrende ihren Studierenden beibringen, dass es zur wissenschaftlichen Redlichkeit gehört, auch Quellen zu bemühen und ordentlich nachzuweisen, die schon viele Jahre alt sind und es möglicherweise erfordern, Werke heranzuziehen, die es nur im Druckformat gibt. Idealerweise sollten Studierende auch lernen, dass ein flüchtiger Blick über seichte Twitter-Botschaften, wo Rechtsprechung und Literatur irgendwo zwischen Empörung, Likes, Katzenbildchen und Urlaubsfotos gepostet werden, nicht die sorgfältige Auseinandersetzung auch mit viele Jahre gealterten Fundstellen ersetzt.

²⁹ Das wird nicht selten der Fall sein. Bemüht man beispielsweise die Menschenwürde, um ganz konkrete Fragen der strafrechtlichen Schuld, der Strafbegründungstheorie oder der Strafzumessung zu entscheiden, wird es oft nicht entscheidend sein, welcher strafrechtsphilosophischen Grundströmung man auf abstrakterer Ebene anhängt. Ebenso wird für viele Fragen der Dogmatik des Allgemeinen Teils ein erheblicher Begründungsaufwand betrieben, sich theoretisch zu verorten, wenn es dann aber um konkrete Fragen der Zurechnung geht, gleichen sich die meisten Argumente, die ja auf der Grundlage des gleichen Parlamentsgesetzes letztlich praktische Alltagsprobleme zu lösen haben.

³⁰ Dazu nur *Gärditz*, *WissR* 54 (2021), 150 (167); *Löwer*, *RW* 2012, 116; *Rieble*, in: *Dreier/Ohly* (Hrsg.), *Plagiate*, 2013, S. 31 (41 ff.).

³¹ *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182 (184): „in einigen Fällen mag eine ‚Qualitätskontrolle‘ durchaus sinnvoll sein“.

³² Pointiert *Hörnle*, in: *Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle* (Hrsg.), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der*

Humboldt-Universität zu Berlin, *Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, 2010, S. 1265.

³³ *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182 (183).

³⁴ Nochmals *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182 (183).

³⁵ Nach dieser merkwürdigen Ratio dürfte man dann wohl auch in GA härter rezensieren als in der ZStW, denn letztere gibt es auch als PDF, erstere ist nur übersteuert. Ernsthaf?

³⁶ *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182.

³⁷ *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182.

³⁸ Lesenswert *Petroski*, *The Book on the Bookshelf*, 2000.

³⁹ *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182.

IV. Warum Rezensionen?

Rezensionen sind keine Voten in Berufungsverfahren, keine Gerichtsurteile und keine Gutachten zu Förderanträgen. Sie sind ihrem Gegenstand nach parteiisch, gründen auf persönlichen Vorverständnissen sowie Wertungen, die als solche schon dem Genre nach transparent gemacht werden. Anders als bei einer anonymen Begutachtung oder in einem – an staatlichen Hochschulen gegenüber den zu Prüfenden grundrechtsgebundenen (Art. 1 Abs. 3 GG) – Prüfungsverfahren kann die oder der Rezensierte selbstverständlich erwidern; das mag bei einer Kurzbesprechung stillos sein, ist aber bei den ohnehin zu bevorzugenden Besprechungsaufsätzen⁴⁰ fraglos möglich.⁴¹ Auch Besprechungen sind zudem Quellen, die in der weiteren fachlichen Diskussion diskutiert werden können und (jedenfalls in meinem Fach) auch zitiert werden. Es liegt an der Fachgemeinde, inhaltliche Positionierungen im Rahmen von Besprechungen aufzugreifen, zu diskutieren und ggf. zu revidieren.

Befangenheit im Rezensionswesen gibt es daher ebenfalls nicht. Zurückhaltung ist hier nicht gefordert, weil Argumente in den wissenschaftlichen Diskurs eingebracht werden und dort widerlegt werden können. Eine überzogen wohlwollende oder überzogen kritische Rezension kann ihrerseits anhand der Sachargumente als das entlarvt werden, was sie ist. Hinreichende Distanz macht die qualitative Überzeugungskraft einer Rezension aus, ist aber nicht Voraussetzung ihrer Legitimität.⁴² Eine Flucht in formale Befangenheitsregeln, wie sie etwa große Forschungsorganisationen in ihren (privatrechtlichen) Satzungen elaboriert haben und angesichts der Übermacht des Informalen mit eher überschaubarem praktischem Erfolg umsetzen, passt auf Rezensionen nicht.

Eine wissenschaftliche Rezension muss nur ihrerseits dem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit genügen, der aber maßgeblich vom Inhalt, nicht vom Stil abhängt. Eine wissenschaftliche Rezension ist von der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) geschützt, die zwar keinen Anspruch auf Zugang zu einem bestimmten Veröffentlichungsorgan garantiert, aber veröffentlichte Kritik selbstverständlich unabhängig vom Stilempfinden anderer schützt.⁴³ Der Schutz erfasst

die wissenschaftlich-redaktionelle Entscheidung der Publikation. Diese Schutzfunktion ist qua mittelbarer Drittwirkung⁴⁴ dann auch im Verhältnis zwischen Privaten zu respektieren. Entscheidend ist die fachliche Kompetenz, sich unter Wahrung wissenschaftlich-fachlicher Standards mit einem Werk auseinanderzusetzen. Wer aus außerwissenschaftlichen Gründen – positiv wie negativ – auf Rezensierte Rücksicht nimmt, verfehlt den wissenschaftsimmanenten Anspruch, sich um Objektivierung und Richtigkeit zu bemühen, was wir uns – anders als eine bedingungslose Wertschätzung – alle gegenseitig schulden. Wer erkannte Defizite nicht benennt, wird insbesondere auch nicht dem wissenschaftlichen Nachwuchs gerecht, weil die Schonung von Blendwerk oder Schludrigkeit letztlich nur die breite Mehrheit derjenigen ungerechtfertigt herabsetzt, die sich durch redliche Kärnerarbeit im Weinberg der Wissenschaft verdient machen.

In den an Zurückhaltung appellierenden Kommentaren und ihrem konfliktvermeidenden Harmoniebedürfnis offenbart sich daher letztlich kollektive Drückebergerei vor der Verantwortung, bewerten zu müssen und für die eigenen Werturteile auch den Kopf hinzuhalten. *Caspar Hirschi* hat als scharfsichtiger Beobachter diesen Verlust einer Wissenschaftskultur der offenen Kritik mit Recht beklagt,⁴⁵ nur dass die von ihm ausgemachten Ursachen – eine Ersetzung von Kritik durch Evaluation und anonymen Peer Review – auf die Strafrechtswissenschaft ersichtlich nicht passen. Obgleich das Fach sich im Allgemeinen streitlustig wie wenig andere juristische Disziplinen zeigt, möchte man offenbar eher vermeiden, dass eine beinharte Rezensionskultur am Ende das Au-

tung von Qualifikationsschriften) an der Ausübung öffentlicher Gewalt beteiligt sind. Vgl. irritierend *Hoven*, *KriPoZ* 2021, 182 (184): „Wer hiergegen mit der Wahrung der Wissenschaftsfreiheit argumentiert, sollte sich überlegen, ob er selbst es als Ausdruck dieser Freiheit verstehen würde, wenn über ihn eine Rezension erschiene, in der ihm über fast 20 Seiten fehlendes Denkvermögen attestiert, nationalsozialistische Rhetorik vorgeworfen und die Habilitationswürdigkeit abgesprochen wird“. Das macht sprachlos. Wenn man von Wissenschaftsfreiheit nichts versteht, sollte man dazu nichts schreiben und unverantwortliche Thesen in die Welt setzen, die andere möglicherweise ernst nehmen.

⁴⁴ Allgemein in Bezug auf die Wissenschaftsfreiheit *Gärditz* (Fn. 11) Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 136; *Mager*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 52; *Schulze-Fielitz*, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1995, § 27 Rn. 23; *Schmidt-Aßmann*, in: *Becker/Bull/Seewald* (Hrsg.), *Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 697 (708 f.); *Starck/Paulus*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 497. Drittwirkungsfragen spielen im Wissenschaftsbereich, der weitgehend staatlich verantwortet ist und damit unmittelbarer Grundrechtsbindung unterliegt (Art. 1 Abs. 3 GG), bislang kaum eine Rolle, sodass es hier gewiss noch Klärungsbedarf in den Details gibt.

⁴⁵ *Hirschi*, *Skandalexperten – Expertenskandale*, 2018, S. 301 ff. und passim.

⁴⁰ *Weigend*, *KriPoZ* 2021, 185 (187).

⁴¹ Wer erwidern möchte, braucht natürlich hinreichende Aussichten, die Kritik widerlegen zu können. Wer die Erwidern standardisieren möchte, wird nicht umhinkommen, das Schweigen grundsätzlich ebenfalls als Eingeständnis zu bewerten. Wir sind hier nicht im Strafprozess.

⁴² Grenzkonstellationen, in denen eine Besprechung zu *funktionaler* Inkompatibilität führt, blende ich hier aus. Selbstverständlich sollten Rezensionen in Abhängigkeitsverhältnissen (top down oder bottom up) nicht vorkommen. Oder die bisweilen anzutreffende Zweitverwertung von Voten aus dem Prüfungsverfahren als Rezension ist wegen der damit einhergehenden Aushebelung der Vertraulichkeit der akademischen Willensbildung wissenschaftliches Fehlverhalten.

⁴³ Teils wird hier ein grundsätzliches Unverständnis für allgemeine Grundrechtsfragen deutlich, die man auch von Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern erwarten darf, zumal diese in Prüfungssituationen (z.B. bei der Bewer-

genmerk auf systemische Mängel in der Qualitätssicherung akademischer Prüfungsverfahren richtet, dessen ausgemachte Gemütlichkeit möglicherweise auch von einem Durchwinken lebt, bei dem jede Schule und Denkrichtung im gegenseitigen Interesse der anderen zugesteht, die eigenen Schäflein ins Trockene bringen zu dürfen.

Funktionsadäquate Rezensionen sind vor allem Kompensation der Defizite der akademischen Prüfungsverfahren, die – aus nachvollziehbaren Gründen – mit dem eigenen Nachwuchs eher schonend umgehen und Kritik kaum nach außen dringen lassen.⁴⁶ Die Scientific Community muss sich daher selbst ein Urteil bilden, auch um Blendwerk aufzudecken, das es gelegentlich gibt, und blinde Flecken aufzuhellen, die ein akademisches Prüfungsverfahren unvermeidbar immer hat. Die Veröffentlichung von Qualifikationsschriften dient gerade dazu, ein Werk den kritischen Blicken der Fachöffentlichkeit zu unterwerfen. Dazu kommt es entscheidend darauf an, dass Kritik nicht pauschal und unspezifisch bleibt, sondern konkreten Nachweis führt. Auch harsche Kritik bleibt wissenschaftlich, solange sie konkret und nachvollziehbar sowie nachprüfbar belegt, was beanstandet wird. Ist dies der Fall, muss sich die oder der Rezensierte das auch bieten lassen. Die Scientific Community sollte sich schon aus ihrem Selbstverständnis als Wissenschaft heraus auf Sachargumente einlassen und diese – wenn Kritik als unfair oder fehlerhaft begründet bewertet wird – ggf. mit derjenigen Sorgfalt widerlegen, mit der sie vorgetragen wurden. Auch das ist gute wissenschaftliche Praxis. Die bereitet freilich Mühe und setzt akribische Beweisführung voraus. Ob etwa ein harscher Vorwurf unberechtigt ist, lässt sich nicht klären, ohne sich mit dem kritisierten Werk auseinanderzusetzen, und erfordert zudem eine – in der Dogmatik der Kommunikationsgrundrechte eigentlich ubiquitäre – Abschichtung, was eine objektivierbare Fachfrage und was subjektives Werturteil ist. Empörung über vermeintliche Stilfragen ist dann billig, wenn sie nur davon ablenkt, zu den Sachargumenten nichts beitragen zu können.

V. Strukturelle Probleme

Die Stellungnahmen insbesondere von *Hoven* und *Weigend* nehmen zumindest billigend in Kauf, die kritischen Potentiale einer offenen Rezensionkultur auszuschalten. Letztlich wird eine Verspieltheit des anything goes gepredigt, die Rationalitätsmaßstäbe von Wissenschaftlichkeit wenn schon nicht gänzlich aufgibt, so doch in einer nonchalanten Gleichgültigkeit zerfasert. Kritik wird nicht auf ihre Berechtigung überprüft, sondern vornehmlich anhand ihrer Wirkungen und Stile sortiert. „So etwas sagt man einfach nicht!“ Auch wenn es stimmen sollte? Mühen einer ernsthaften Auseinandersetzung werden nicht nur gescheut, sondern die Konfliktvermeidung sogar zum Programm eines qualitätsfreien Relativismus gemacht, bei dem alle einfach ungestört den Sinn oder Unsinn

⁴⁶ Ist eine Arbeit erst einmal veröffentlicht, werden in der Regel in Berufungsverfahren nicht einmal die Voten der Gutachtenden angefordert, sofern hierzu nicht konkreter Anlass besteht. Selbst verfahrensimmanente Kritik bleibt dann letztlich ein Internum.

vertreten können, mit dem sie im Muff ihres jeweiligen akademischen Clans glücklich werden.

Wissenschaft ist aber kein Wellness-Programm und auch kein Rhetorik-Festspiel. Ein Fach demontiert sich so selbst. Die intellektuellen Bankrotterklärungen sind hierbei so oberflächlich formuliert, dass ich den Anspruch, eine grundsätzliche Debatte über die eigene Fachkultur führen zu wollen, nicht zu erkennen vermag. Wäre es nicht sinnvoller gewesen, über die teils haarsträubenden Prämissen in Ruhe nachzudenken, bevor man sich äußert?⁴⁷ Verantwortung tragen nicht nur Rezensierende und Redaktionen, sondern alle am wissenschaftlichen Diskurs Beteiligten, die ungeachtet aller Unterschiedlichkeit der Perspektiven eine gemeinsame Aufgabe erfüllen, zum wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt beizutragen und dessen Qualität auf der Grundlage einer verbindenden Prämisse zu sichern, dass es bei aller Unsicherheit auch wissenschaftlich Richtiges und Falsches gibt, das rationaler Erkenntnis zugänglich bleibt. Wissenschaftliche Richtigkeit müssen wir uns alle gegenseitig zumuten. Die hier kritisierten Beiträge werden dieser Verantwortung in keiner Weise gerecht.⁴⁸

Ins Rechtliche zurückprojiziert werden hier – gewiss: unreflektiert, aber das macht es kaum besser – unzulässigerweise relativistische Prämissen des demokratischen Meinungskampfes auf das Wissenschaftssystem übertragen.⁴⁹ Wissenschaftsfreiheit ist aber keine akademische Meinungsfreiheit,⁵⁰ sondern ein Grundrecht, das ernsthafte und methodengeleitete Erkenntnisprozesse schützt, die wissenschaftliche Richtigkeit („Wahrheit“) erzeugen sollen.⁵¹ Das ist nur möglich, wenn Kritik offen formuliert, Auseinandersetzungen über Richtigkeiten unverstellt ausgetragen und möglichst alle, die für ein Thema fachlich besonders ausgewiesen sind, an der permanenten Evaluierung von Qualität beteiligt sind.⁵²

⁴⁷ KriPoZ ist eine angesehene und wichtige Fachzeitschrift, nicht ein Twitter-Thread, in den man unausgegrenztes Gedankenferment nach Tageslaune hineinwürgen kann, weil man immer die Ausrede in der Hinterhand hat, dass das Dampfplaudern ohnehin niemand als Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs ernst nehmen könne.

⁴⁸ An einer Spekulation über die Motive möchte ich mich bewusst nicht beteiligen, zumal es nicht um mein Fach geht und mir die schlammigen Frontverläufe von Sympathien und Antipathien – Gott sei Dank! – nicht bekannt sind.

⁴⁹ Hiergegen prononciert (und als feministische Historikerin leidgeprüft) sowie überzeugend *Scott* (Fn. 9), S. 114 ff. und passim.

⁵⁰ S.o. bei Fn. 10.

⁵¹ BVerfGE 35, 79 (113); 47, 327 (367).

⁵² Besonders bizarr ist hierbei gerade ein – leider oft zu beobachtender – unprofessioneller Umgang mit formalen wie informalen vermeintlichen Befangenheiten, die viel zu weit (und an § 21 VwVfG bzw. seinen sinnvoll austarierten Wertungen vorbei) verstanden werden, sodass dann diejenigen wenigen, die für ein Gebiet besondere Expertise aufbringen könnten, oftmals an der Bewertung nicht mehr beteiligt sein sollen. Gerade fachliche Inkompetenz ist ein „Befangenheits-

Ich habe die Strafrechtswissenschaft immer für die beeindruckende Ernsthaftigkeit bewundert, mit der Kontroversen geführt und auf Grundsätzliches heruntergebrochen werden. Den zahlreichen herausragenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern des Strafrechts, denen die Rechtswissenschaften sehr viel verdanken und deren kritische Urteilsfähigkeit gebraucht wird, leisten solche Impulse unkritischer Nabelschau, wie sie *Hoven* und *Weigend* vorgelegt haben, einen Bärendienst.

grund“ ersten Grades, weil jemand, dem die wissenschaftsspezifische Urteilsfähigkeit fehlt, von vornherein nur willkürlich urteilen kann. Oder würden es sich die Kolleginnen und Kollegen aus dem Strafrecht etwa gefallen lassen, dass ihr vakanter Lehrstuhl von Ökotrophologen, Geobotanikern und Endokrinologen nachbesetzt wird, die garantiert keine Eigeninteressen an der Besetzungspolitik im Wirtschaftsstrafrecht haben?

Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und Tatbegriff – eine kritische Betrachtung

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

I. Der Streit

Goltdammer's Archiv für Strafrecht hat im Jahr 2016 zwei Aufsätze veröffentlicht, die zur Problematik der Begriffe „Verhaltensnorm“ und „Sanktionsnorm“ in sehr verschiedener Weise Stellung beziehen.¹ *Rostalski* hatte meinen Widerspruch provoziert mit der These, dass „Voraussetzung jeder Straftat [...] das Vorliegen eines rechtlichen Verhaltensnormverstoßes“ und dass „die Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm eine zwingende normative Vorgabe“ sei.² Zum Beispiel würde sie behaupten, dass es eine dem Strafrecht vorgelagerte Verhaltensnorm gebe, die es von Rechts wegen verbiete, in eine fremde Wohnung einzudringen. Diese Norm sei unabhängig und strikt zu trennen von der Sanktionsnorm des § 123 StGB, die nicht verbiete, sondern nur eine Strafsanktion anordne für den Fall, dass jemand gegen die Verhaltensnorm verstößt, indem er „in die Wohnung eines anderen widerrechtlich eindringt“. Verfasst hatte *Rostalski* ihren Aufsatz und seine Kernthese der getrennten Normen auf der dogmatischen Grundlage der Lehre, die *Georg Freund* seit langem immer wieder vorträgt. Man müsse, meint er, „zwei verschiedene Arten von Rechtsgütern“ unterscheiden, „die jeweils von einem ganz bestimmten Normtypus geschützt werden. Die *Verhaltensnorm* ge- oder verbietet ein menschliches Verhalten („Du sollst nicht töten“) und schützt damit Rechtsgüter wie etwa das Leben. Rechtsgut der *Sanktionsnorm*, also einer Strafvorschrift („Wer einen Menschen tötet [...], wird bestraft“, § 212 I), ist hingegen die Geltungskraft der Verhaltensnorm“. *Freund* sieht „weitreichende Konsequenzen für das Verständnis der eigentlichen Funktion der Strafgesetze: Sie sollen nicht regeln, was verboten oder was geboten ist. Das sagen bereits die von den Strafgesetzen vorausgesetzten Verhaltensnormen – also die Verbote und Gebote der primären Normenordnung“. Für das StGB bleibt nur noch zu regeln übrig, „auf welche Verhaltensnormverstoße unter welchen weiteren Voraussetzungen strafrechtlich reagiert werden soll“.³

Ich will versuchen, mir am Beispiel klarzumachen, was das konkret bedeutet. Dass das Strafgesetzbuch in § 176 Abs. 1 den mit Strafe bedroht, der sexuelle Handlungen an einem Kind vornimmt, ist eine Bestimmung, die keineswegs den Schutz des Kindes vor sexuellem Missbrauch bezweckt. Diesen Zweck verfolgt allein eine ungeschriebene, wie auch immer zu begründende, rechtliche Verhaltensnorm. Sie verbietet das von ihr erfasste Verhalten, erklärt es zum Unrecht und missbilligt Normverstöße. Es bleibt unklar, was das Verbot genau erfasst, aber es erfasst jedenfalls das Verhalten, welches § 176 Abs. 1 StGB beschreibt. Rechtliches Verbot

¹ *Rostalski*, GA 2016, 73; *Herzberg*, GA 2016, 737.

² *Rostalski*, GA 2016, 73 (89 und 74). *Rostalski's* Terminus ist nicht korrekt. Denn „rechtlich“ ist die Verhaltensnorm, nicht der Verstoß. Es muss also heißen „Verstoß gegen eine rechtliche Verhaltensnorm“.

³ Zu den Fundstellen der Zitate vgl. *Herzberg*, GA 2016, 737 (743).

und drohende Missbilligung des Verstoßes sollen potentielle Täter dazu motivieren, von der Tatbegehung abzusehen. Das muss *normativ* zum Schutz der sexuellen Integrität des Kindes genügen. Nicht im Dienst des Schutzes steht die motivierende Wirkung der Sanktionsnorm, wonach das tatbestandliche Verhalten sogar *bestraft* wird. Nicht einmal das *Verbot* des sexuellen Kindesmissbrauchs können wir dem § 176 Abs. 1 StGB entnehmen, obwohl er doch den Vorzug aufweist, geschriebenes Recht zu sein und man ihm eine wichtige Grenze entnehmen könnte, die schon *für das Verbot* gelten sollte (14 Jahre).

Frau Rostalski hat in ihrem GA-Aufsatz dieses eigenwillige Strafrechtsverständnis unverändert übernommen und *Freund's* Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm mit der von ihr nicht begründeten Auszeichnung versehen, die Trennung sei sogar „eine zwingende normative Vorgabe“. Ich habe in meinem Beitrag einiges Richtige in puncto Fahrlässigkeit anerkannt, dann aber – nach eigener Einschätzung! – mit Geduld und viel Anschaulichkeit anhand zahlreicher Gesetzesvorschriften und konkreter Fälle die Unhaltbarkeit der fraglichen Normentheorie nachgewiesen. Meine Vermutung war, dass *Freund* und *Rostalski* selbst schon von der Richtigkeit ihrer Lehre nicht so recht überzeugt waren. Allzu offenkundig erschienen mir die Schwächen und die Scheu des Autors und der Autorin, ihre Thesen durch Fallbetrachtung und schulmäßige Gesetzesinterpretation zu prüfen und zu erproben. Ich sah mich bestätigt, als der Widerspruch ausblieb. Meine Argumentation schien mir so überzeugend, dass die Betroffenen dem Widerspruch das Ignorieren vorzogen.

Auf die Habilitationsschrift von *Rostalski* hat mich erst *Carl-Friedrich Stuckenberg* mit seiner eindringlichen Rezension hingewiesen.⁴ Im besprochenen Buch finde ich nun doch das eine und andere Argument meines Aufsatzes erwähnt, aber die Autorin zeigt sich von keinem beeindruckt und geht auf vieles, was ich ihr entgegenhalte, gar nicht ein.

II. Abschreckung durch Strafandrohung

Wie z.B. auf das, was ich vorbringe gegen ihren Versuch der Begründung, weshalb es in der Natur der Sache liege, dass die Sanktionsnorm untauglich sei, Rechtsgüter wie Leben, Freiheit usw. zu schützen; warum also z.B. § 176 Abs. 1 StGB zum Schutz des Kindes vor sexuellem Missbrauch nichts beitragen könne. Diese offensichtlich abwegige These habe ich widerlegt, mit höflicher Differenzierung, die auch die Verhaltensnorm als Kategorie gelten lässt. Dazu an dieser Stelle nur das Folgende: Im Hinblick auf fremde Sachen z.B. können wir dem § 823 Abs. 1 BGB eine rechtliche Verhaltensnorm entnehmen, die die fahrlässige Zerstörung fremder Sachen verbietet. Von einer Sanktionsnorm mit Strafe be-

⁴ *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019; besprochen von *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279.

droht ist das Verhalten zur Zeit nicht, könnte es aber sein. § 173 Abs. 1 StGB hingegen ist sowohl Verhaltens- wie Sanktionsnorm; die Vorschrift verbietet Mutter und Sohn das Verhalten des Beischlafs miteinander und bedroht es zugleich mit Strafe. Aussichtslos erschien es mir aber, meine Argumentation im eigentlichen Streitpunkt zu entkräften, ob nämlich Strafandrohungen den Rechtsgüterschutz bezwecken. *Rostalski* geht denn auch auf meine Argumente gar nicht ein, sondern sie wiederholt nur die alte, von ihrem Lehrer *Freund* übernommene Begründung. Wir lesen: „Strafe kommt zu spät, das jeweilige Rechtsgut zu schützen“. – „Rechtsgüterschutz ist die Aufgabe rechtlicher *Verhaltensnormen*. Diese sind auf die Motivation des Normadressaten zu rechtlich gewolltem Verhalten gerichtet. In Orientierung des Einzelnen an den Verhaltensnormen können Rechtsgutverletzungen und -gefährdungen vermieden werden. Damit steht fest, dass durch Strafe allein auf den *Verstoß gegen eine solche Verhaltensnorm* reagiert werden kann. Strafe tritt erst auf den Plan, wenn es für das jeweils beeinträchtigte Rechtsgut zu spät ist.“ – „Bevor das Strafrecht überhaupt auf den Plan treten kann, bedarf es eines individuellen Verhaltensnormverstoßes seitens des Delinquenten“.⁵

Es ist kaum zu fassen, dass *Rostalski*, wie vor ihr *Freund*, den Schutzsinn und Schutzeffekt der *Androhung* von Strafe („Wer sexuelle Handlungen“ an einem Kind vornimmt, „wird mit Freiheitsstrafe bestraft“) einfach negiert. Das Strafrecht ist längst „auf dem Plan“, wenn jemand mit der Versuchung kämpft, ein Kind sexuell zu missbrauchen. *Rostalski* tut so, als leiste die Sanktionsnorm nur etwas, wenn das Unrecht begangen ist. Die präventive Ausstrahlung schon vor Tatbegehung wird schlicht ignoriert. Notabene: Diese Logik entwertet die Verhaltensnorm genauso. Sie soll motivieren, aber zum motivierenden Tadel kommt es erst, wenn der Täter den Normverstoß schon begangen hat.

Hier muss ich den Einwand befürchten, dass in einem Rechtsstaat nur die sanfte Motivierung legitim sei, die die Verhaltensnormen bewirken, indem sie außerhalb des Strafrechts ein bestimmtes Verhalten rechtlich verbieten und an die Einsicht appellieren, dass man rechtlichen Verboten Gehorsam schulde. Präventive, an die Sanktionsnormen anknüpfende Straftheorien seien samt und sonders zu verwerfen, weil sie mit der Abschreckung, die die Sanktionsnormen leisten sollen, eine „Instrumentalisierung“ des Täters guthießen. Dies sei, wie *Kant* uns lehre, mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar, denn niemand dürfe einer Maßnahme unterzogen werden, die jedenfalls auch dem Interesse Dritter diene.⁶ Solche abenteuerlichen

⁵ *Rostalski* (Fn. 4), S. 16 f., 19 f., 88 (*Hervorhebungen* a.a.O.).

⁶ Vgl. *Rostalski* (Fn. 4), S. 35 ff. Siehe auch S. 73: „Abschreckung [ist] in einem freiheitlichen Rechtsstaat unter keinen Umständen eine angemessene Methode zur Vermeidung von Straftaten. Die Idee widerspricht dem Menschenbild eines freiheitlich verfassten Gemeinwesens, dessen Bürger sich grundsätzlich von sinnvollen Regelungen ansprechen lassen. Dem Gedanken der Abschreckung liegt demgegenüber das Bild einer Person zugrunde, die sich nicht durch die Gesetze der Vernunft, sondern allein durch Angst und Schrecken

Thesen zu bestreiten, überlasse ich einem anderen. *Stuckenberg* beurteilt *Rostalskis* Ablehnung der „präventiven Straftheorien“ so: „Diese Ansicht ist ebenso schlecht begründet wie absurd. *Kant* – dessen Philosophie die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG nur inspirieren, aber nicht binden kann, was *Verf.* nicht weiter kümmert (vgl. S. 39 Fn. 82) – wird ausgiebig zitiert, aber nicht genau gelesen. Infolgedessen verdreht *Verf.* den Sinn der zitierten Stellen in fataler Weise: *Kant* spricht stets davon, ein Mensch dürfe ‚*niemals bloß* als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt‘ werden, und betont, dass für Strafklugheit Raum ist, solange die Strafe gerecht ist.“⁷

Was mich als Kritiker betrifft, so weise ich nur hin auf die lebenspraktische Unentbehrlichkeit der Strafandrohung zum Schutz von Rechtsgütern. Betrachten wir den Alltagsfall, dass jemand nach Alkoholgenuss unter Freunden trotz erkannter Fahruntüchtigkeit erwägt, sich doch noch im eigenen PKW ans Steuer zu setzen und heimzufahren! *Rostalski* wird eine abtrennbare rechtliche Verhaltensnorm behaupten, die dem Zecher dieses Verhalten verbietet und ihn als einen vernunftgeleiteten Gesellschaftsvertragspartner (siehe sogleich unter III.) motiviert, es zu lassen. Beides, wird sie sagen, sei Sache *allein* der Verhaltensnorm. Das Strafrecht sei, während er da sitze und mit sich kämpfe, noch gar nicht auf den Plan getreten und könne nichts bewirken. Aber was hätte die Verhaltensnorm an Motivation zum Schutz des Rechtsguts „Sicherheit des Straßenverkehrs“ zu bieten? Sie würde den Schwankenden belehren, dass er Unrecht täte und dass ihm Missbilligung und Tadel drohen, wobei ich zweifle, ob *Freund* und *Rostalski* solche Drohung in ihrer Straftheorie als einen motivierenden Faktor überhaupt gelten lassen. Aber jedem ist klar, dass dieses Wissen (Unrecht) und diese Voraussicht (Tadel) kaum hemmend wirken. Das tut fast allein die Befürchtung, bestraft zu werden und die Fahrerlaubnis zu verlieren. Wäre der Mann aus irgendwelchen Gründen fest überzeugt, der Polizei nicht zu begegnen, so würde er sich ans Steuer setzen. Es ist also am Ende allein die Sanktionsnorm des § 316 StGB im Bunde mit § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB, die durch Androhung von Strafe und Entziehung der Fahrerlaubnis⁸ das rechtlich erstrebte Motiv schafft und im günstigen Fall die Gefährdung des Straßenverkehrs verhindert.

ansprechen lässt. Verfassungsrechtlich ist dies nicht haltbar.“ Der letzte Satz belehrt uns also wie folgt: Wer mir widerspricht und Strafandrohungen einen Abschreckungssinn zuschreibt, muss zugleich feststellen, dass diese strafrechtlichen Vorschriften mit dem Grundgesetz unvereinbar sind. Nebenbei und beispielhaft: § 390 ZPO, dessen Pressions- und Abschreckungssinn *Rostalski* nicht bestreiten kann, wäre nach ihrem Urteil „verfassungsrechtlich nicht haltbar“, also nichtig. Ich glaube nicht, dass sich die Autorin solche Konsequenzen bewusst gemacht hat.

⁷ *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279 (282 f.).

⁸ Das Gesetz rechnet die Entziehung der Fahrerlaubnis zu den „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ (§ 61 Nr. 5 StGB). Der Betroffene erlebt sie aber ohne Zweifel als bestrafende Sanktion, besonders wenn sie im Rahmen einer Verurteilung nach § 316 StGB verhängt wird. Ich gehe davon

III. Der Verhaltensnormverstoß als Botschaft und Mitteilung?

Nachdem die Autorin dem Strafrecht in Gestalt der strafandrohenden Paragraphen den Sinn und Zweck des Rechtsgüterschutzes abgesprochen hat, glaubt sie fragen zu müssen: „Wie lässt sich dann aber der Eingriff in die Rechte des Täters durch den Akt der Bestrafung legitimieren?“ *Rostalski* hofft, hier den Leser mit ihrem Kerngedanken der „gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung“ zu überzeugen. Das liest sich dann so:

„Die Antwort auf diese Frage muss ihrerseits die vertrags-theoretischen Grundlagen berücksichtigen. Maßgeblich ist insoweit die kommunikative Bedeutung, die dem Verhaltensnormverstoß des Einzelnen zukommt. Hierin ist nicht lediglich ein abweichendes Verhalten zu sehen. Vielmehr tritt der Täter durch seinen Verstoß gegen ein rechtliches Ver- oder Gebot in Kommunikation mit den übrigen Gesellschaftsmitgliedern. Seine implizite Botschaft: Er teilt der Gesellschaft mit, dass die von ihm übertretene Verhaltensnorm jedenfalls punktuell für ihn keine Geltung entfalten soll. Maßgeblich sollen demgegenüber seine eigenen Maximen sein, die er durch den Verstoß gegen die Norm über das Recht stellt. Der Täter vermittelt auf diese Weise den (unzutreffenden) Anschein, ihm stünde trotz Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag weiterhin diese Möglichkeit offen. Er negiert durch die in seinem Verhalten zum Ausdruck kommende Entscheidung die Allgemeingültigkeit des Rechts, verkörpert durch dessen güterschützende Verhaltensnormen. Hierin liegt eine Anmaßung von Freiheit, die dem Einzelnen auf der Basis der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung nicht zusteht.“⁹

Ich gestatte mir ein Modewort: Diese Theorie ist nicht belastbar. *Rostalski* holt aus der Straftat (als Verhaltensnormverstoß) an Botschaft und Mitteilung nur heraus, was sie selbst zuvor hineingesteckt hat. Man sähe gern, dass sie von der Ebene der abstrakten Begriffe und Rechtsphilosopheme herabstiege in die Lebensrealität, um ihre Aussagen anhand einzelner Strafbestimmungen und konkreter Fälle zu überprüfen. Dann wären diese Aussagen im Nu entkräftet und müssten der schlicht grundgesetzlichen Legitimation von Strafe Platz machen. Dass der Straftäter durch seinen Verhaltensnormverstoß „kommuniziert“ und eine „Botschaft“ sendet, ist eine Beschreibung, die in ganz seltenen Fällen ein Körnchen Wahrheit enthält. Zum Beispiel wenn jemand in der Öffentlichkeit dem Bundeskanzler (Kiesinger) eine Ohrfeige versetzt oder wenn Fanatiker ihren Religionsstifter durch Karikaturen beleidigt sehen und eine Staatsflagge verbrennen oder die Karikaturisten ermorden. Aber *Rostalski* sollte Allweltsdelikte betrachten wie die Steuerhinterziehung, § 370 AO, oder Straftaten, die StGB-Paragraphen unterfallen wie §§ 142, 242, 263, 266, 267 oder § 316. Sie sähe dann, dass schon bei vorsätzlich begangenen Straftaten eine „Kommuni-

kation mit den übrigen Gesellschaftsmitgliedern“ nicht stattfindet und gerade vermieden wird; wie auch das Entsenden einer „impliziten Botschaft“ unterbleibt, durch die der Täter „der Gesellschaft mitteilt, dass die von ihm übertretene Verhaltensnorm jedenfalls punktuell für ihn keine Geltung entfalten soll“. Kommunikation, Botschaft, Mitteilung – das alles will der Täter gerade nicht, und als objektiven Sinn seiner Deliktsbegehung kann man es nur gegen alle Vernunft behaupten. Was mit dem Vorsatzdelikt in Wirklichkeit einhergeht, ist keine Botschaft, sondern die Verheimlichung. Und wenn die nicht gelingt und der Täter vor Gericht steht, wird er, solange es ihm irgend sinnvoll erscheint, betonen, dass die Verhaltensnorm für ihn volle Geltung gehabt habe und er unschuldig sei.

Und wie steht es um die fragliche Theorie, wenn man sie auf Straftaten der unbewussten Fahrlässigkeit bezieht? Eine Mutter begeht eine fahrlässige Tötung, § 222 StGB, weil ihr Kind in einem unbewachten Augenblick die Balkonbrüstung hinaufklettert und tödlich abstürzt. Sie ist nun Straftäterin, hat gegen eine Verhaltensnorm verstoßen, und es hilft alles nichts, die Autorin muss sich der Konsequenz ihrer Theorie stellen: Die Mutter sendet eine Botschaft, sie teilt der Gesellschaft mit, dass sie eigene Maximen über das Recht stellt und sie negiert die Allgemeingültigkeit des Rechts, worin eine Anmaßung von Freiheit liegt. In einer Fußnote, die sich gegen mich richtet, fügt *Rostalski* hinzu, nach ihrer Straftheorie behaupte der Straftäter „punktuell“, d.h. für seine Person und für seine konkrete Tat, „die Ungültigkeit der übertretenen Norm“.¹⁰ Angewandt auf unseren Fall behauptet also die Mutter: Soweit mir eine Verhaltensnorm befiehlt und zur Rechtspflicht macht, sorgfältig das Leben meines Kindes vor einem tödlichen Sturz vom Balkon zu bewahren, ist die Norm für mich nicht gültig. – Ich lasse das unkommentiert.

So zieht es sich durch das ganze Buch. Die Autorin redet und argumentiert in der Sprache abstrakter Begriffe und Thesen, ohne deren Plausibilität und juristische Haltbarkeit anhand einzelner Gesetzesvorschriften und konkreter Fälle zu prüfen, ja ohne auch nur den gesunden Menschenverstand zu Wort kommen zu lassen. Betrachten wir einmal die zentralen Thesen, dass Strafandrohungen nichts verbieten, dass „Abschreckung in einem freiheitlichen Rechtsstaat unter keinen Umständen eine angemessene Methode zur Vermeidung von Straftaten“ und der Einsatz der Abschreckung zum Zweck der Vermeidung „verfassungsrechtlich nicht haltbar“ sei. Ich stelle mir vor, welche Antworten mir wohl ein gebildeter und verständiger Nichtjurist auf meine Fragen gäbe, nachdem er z.B. § 176 Abs. 1 StGB gelesen hat.

Verbietet die Vorschrift etwas? Selbstverständlich; sie verbietet es, an einem Kind sexuelle Handlungen vorzunehmen. Und was soll die Ankündigung von Freiheitsstrafe? Die wird angedroht, damit man einerseits vom verbotenen Tun abgeschreckt wird und andererseits der Staat ggf. das Recht hat zu strafen. Aber ist denn solche Abschreckung auch mit dem Grundgesetz vereinbar? Klar! Dem Täter droht ja nicht die Todesstrafe, die meines Wissens im Grundgesetz ausdrücklich ausgeschlossen wird. Im Übrigen beruht doch das

aus, dass *Rostalski* in § 69 StGB eine Sanktions- und keine Verhaltensnorm sieht.

⁹ *Rostalski* (Fn. 4), S. 20 f.

¹⁰ *Rostalski* (Fn. 4), S. 73.

ganze Strafgesetzbuch auf dem Verfahren, unerwünschtes Tun zu beschreiben und mit Strafe zu bedrohen, um dadurch zum Schutz bestimmter Güter vom unerwünschten Tun abzusprechen. – *Rostalski* würde gemäß ihren Theorien dreimal „falsch“ sagen. Für die Torheit der Antworten scheint mir das nicht zu sprechen.

IV. Normentheoretische Überprüfung von Sanktionsnormen?

Mit dem Kernstück der Dogmatik des Buches, der Trennung von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm, hat es seine eigene Bewandnis. Aber auch hier zeigt sich schnell, dass *Rostalski* ihre Hypothese nicht um der Erprobung willen zu falsifizieren sucht, sondern sie im Gegenteil gegen Kritik abschirmt und nur bestätigende Argumente finden will. Als ein Argument führt sie ins Feld, dass ihre Lehre verfassungsrechtlich ergiebig sei. „Die Legitimationsvoraussetzungen von Sanktionsnormen“, schreibt sie, verdeutlichen „die hohe – nicht zuletzt: praktische – Relevanz ihrer normentheoretischen Trennung von vorstrafrechtlichen Verhaltensnormen. Ob ein Strafgesetz verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird, hängt im Wesentlichen von der vorab zu klärenden Frage der Legitimität der in Bezug genommenen Verhaltensnorm ab. Deutlich: Sofern sich keine legitime Verhaltensnorm bilden lässt, die durch das Strafgesetz in Bezug genommen wird, entfällt deren [dessen? *R.D.H.*] Rechtfertigung – ohne legitime Verhaltensnorm kann es keine legitime Sanktionsnorm geben.“¹¹

Bilden wir wieder einen konkreten Fall! Ein 25-Jähriger pflegt eine sexuelle Liebesbeziehung mit einer 14-Jährigen im Einverständnis mit ihren Eltern. Wenn *Rostalski* hier einen „rechtlichen Verhaltensnormverstoß“ behaupten würde, dann würde sie behaupten, der Mann verstoße gegen ein rechtliches Verbot und tue, wenn auch straflos, Unrecht. Diese Behauptung wird sie wohl lieber nicht aufstellen. Denn Menschen haben ein Recht auf sexuelle Betätigung, sofern diese gegen kein Gesetz verstößt. Und so viel Gesetzesstrenge wird man auch der Autorin unterstellen dürfen, dass sie bei Liebesbeziehungen erwachsener Männer mit jugendlichen Mädchen die Altersgrenze des § 176 StGB anerkennt und nicht einfach ins Blaue hinein eine Verhaltensnorm kreiert, welche nach ihrer willkürlich-eigenen Grenzziehung dem älteren Partner seine sexuellen Handlungen verbietet. Es gibt also nach *Rostalskis* Sicht (wovon ich hier ausgehe) keine rechtliche Norm, die dem jungen Mann sein Verhalten untersagt, mag auch so mancher moralisch Anstoß nehmen.

Angenommen nun, die soziale Entwicklung lässt den Gesetzgeber ein kriminalpolitisches Bedürfnis erkennen, in Angleichung an § 180 Abs. 1 StGB¹² den Schutz der sexuel-

len Integrität junger Menschen auf 14- und 15jährige auszuweiten, und eine umstrittene Gesetzesnovelle verschiebt entsprechend die Altersgrenze in § 176 StGB. Nach meiner Sicht der Dinge bedeutet diese Verschiebung, dass dem jungen Mann sein bisher erlaubtes, gegen keine rechtliche Norm verstoßendes Verhalten nunmehr rechtlich verboten ist und ihm Strafe droht.

Rostalskis Urteil hingegen ist nicht vorhersagbar. Denn auf dem weiten Feld ihrer vorstrafrechtlichen, meist ungeschriebenen, aber über Recht und Unrecht entscheidenden Verhaltensnormen ist ihr die jeweils einschlägige Norm nicht objektiv vorgegeben. Vielmehr belehrt uns die Autorin, dass man sich die rechtliche Verhaltensnorm selber „bilden“ müsse, und es komme vor, dass „sich keine legitime Verhaltensnorm bilden lässt, die durch das Strafgesetz in Bezug genommen wird“; dann „entfällt deren [dessen? *R.D.H.*] Rechtfertigung.“¹³ Nun tappt man im Dunklen. *Rostalski* kann sich ihre Verhaltensnorm so bilden, dass diese weiterhin der Sanktionsnorm entspricht: Die Verhaltensnorm, worauf § 176 StGB „Bezug nimmt“, verbietet neuerdings dem Liebhaber, sexuelle Handlungen an seiner Freundin vorzunehmen, solange sie noch keine sechzehn ist, und er ist zu bestrafen, wenn er das Verhaltensverbot missachtet. Eine vernünftige Lösung, aber für die Autorin mit der fatalen Folge verbunden, dass man ihr die „strikte Trennung“ von Verhaltens- und Sanktionsnorm nicht mehr abnimmt. Denn die Neufassung der Sanktionsnorm hätte exakt die Neubildung der Verhaltensnorm nach sich gezogen. Wie die Sanktions-, so die Verhaltensnorm.

Rostalski kann aber auch auf die Trennung pochen und den Gegnern der Verschärfung zu Diensten sein, indem sie festhält an der Verhaltensnorm, die sie vor der Gesetzesänderung gebildet hat. Eine Begründung lässt sich unschwer den Seiten 84–86 ihrer Habilitationsschrift abgewinnen, wo die Autorin äußerst kritisch meinem „überzogenen und in der Sache fehlgehenden Positivismus“ entgegentritt und mir vorwirft, ich sei „gesetzes- bzw. gesetzgeberhörig“. Es geht, meint sie, „mit der von *Herzberg* vertretenen Position keinerlei kritisches Potential im Hinblick auf bestehende Strafgesetze einher. Sofern der Strafgesetzgeber selbst die Ver- und Gebote schafft, auf deren Missachtung er mit Strafe reagieren möchte, fehlt es an einem Kriterium zur kritischen Überprüfung der jeweiligen Sanktionsnorm. In aller Konsequenz läuft eine solche Position auf die Rechtfertigung gesetzgeberischer Willkür voraus [hinaus? *R.D.H.*].“

Hier muss nun *Rostalski* eine schmerzliche Belehrung ertragen: Ihre Normentheorie leistet „zur kritischen Überprüfung der jeweiligen Sanktionsnorm“ rein gar nichts. Man nehme mein Beispiel der Verschärfung des § 176 StGB! Sie würde gesetzlich bestimmen, dass die Vornahme sexueller Handlungen an Menschen, die noch keine 16 Jahre alt sind, strafbar sei. Ob *Rostalski* eine Verhaltensnorm bildet mit genau entsprechendem Verbot, oder ob sie urteilt, zum Schutze schon 14- und 15-jähriger Personen lasse sich keine legitime Verhaltensnorm bilden, die die Vornahme sexueller Handlungen verbiete, das ist bei Überprüfung des verschärf-

¹¹ *Rostalski* (Fn. 4), S. 84

¹² Ein Relikt des alten Kuppeleiverbotes! Wenn unser Liebespaar ein Wochenende statt daheim im Haus eines Freundes zusammen schläft, dann macht sich der Freund strafbar (übrigens ohne gegen eine getrennte Verhaltensnorm zu verstoßen!). Vor seiner Mitverursachung der sexuellen Handlungen wird ein 14-jähriges Mädchen schon de lege lata geschützt. Ich sehe darin einen Wertungswiderspruch.

¹³ *Rostalski* (Fn. 4), S. 84.

ten § 176 StGB vollkommen gleichgültig. Es kommt allein darauf an, ob die Ausdehnung der Strafbarkeit *mit dem Grundgesetz vereinbar* ist. Würde es von kompetenter Seite bestritten, hätte das BVerfG die Frage mit Blick auf die hier relevanten Artikel des Grundgesetzes zu entscheiden.

Man stelle sich nur einmal den absurden Fall vor, der Gesetzgeber würde den alten § 175 StGB wieder in Kraft setzen: „Ein Mann, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, wird mit Gefängnis bestraft.“ Bei aller Ungewissheit der Bildung von Verhaltensnormen durch *Rostalski* darf man vermuten, dass sie kein vorstrafrechtliches Verbot homosexueller Betätigung unter Männern annähme. Aber es wäre abwegig, mit dieser selbstverständlichen Verneinung eines vorstrafrechtlichen Verhaltensverbotes zu begründen, dass die alt-neue Strafbestimmung der „Überprüfung“ nicht standhalte. Der Grund ist schlicht darin zu sehen, dass dieses Gesetz nach heute einhelliger Meinung das Recht der Täter auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit in ihrem Sexualleben missachtet (Art. 2 Abs. 1 GG) und darum „mit dem Grundgesetz [...] unvereinbar ist“; im Fall der abstrakten Normenkontrolle würde das BVerfG „das Gesetz für nichtig“ erklären (§ 78 S. 1 BVerfGG).

Zwar kleidet auch *Rostalski* ihre Überprüfung in die Frage, „ob ein Strafgesetz verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird“. Aber die Antwort soll davon abhängen, ob sich eine „legitime Verhaltensnorm bilden lässt, die durch das Strafgesetz in Bezug genommen wird“. Für die Autorin kommt es also nicht auf die Artikel des Grundgesetzes an, sondern auf die Marburger Normentheorie, die aber ins Grundgesetz bislang nicht aufgenommen worden ist.

Wie zu erwarten, meidet *Rostalski* den Versuch, das „kri-tische Potential“, das sie dieser Theorie zuschreibt, mit konkreten Beispielen zu belegen, geschweige denn, dass sie sich auf den Widerlegungsversuch einlässt. Ich hatte ihr viele Strafvorschriften vor Augen geführt, mit denen ihre These von der normativ zwingenden Trennung unvereinbar ist, weil erst die Strafbestimmung das Unrecht erschafft und das tatbestandserfüllende Verhalten sofort erlaubt wäre, wenn auch nur seine Strafbarkeit beseitigt würde. Also genau der Befund, wovor *Rostalski* die Augen verschließen muss, um sich den Glauben an ihre Dogmen zu erhalten: Die Sanktionsnorm ist selbst die Verhaltensnorm und verbietet selbst und ganz allein das tatbestandsmäßige Verhalten. Von solchen Vorschriften wimmelt es nur so im Strafgesetzbuch, und *Rostalski* übergeht meine Beispiele mit Schweigen, weil ihre Theorie sie nicht verkraftet.

Ihr Blick streift allerdings Handlungen und Unterlassungen, die nach meiner Sicht allein von §§ 253, 138, 323c StGB zum Unrecht gestempelt werden. Dass die gemeinten Delinquenten auch bei Streichung dieser Strafnormen durch Verhaltensnormverstöße *Unrecht* täten, will sie allen Ernstes mit Art. 14 und Art. 2 Abs.1, 2 GG begründen.¹⁴ *Rostalski* übersieht, dass der Mensch vorbehaltlich eines besonderen Pflichtgrundes von rechtlicher Verpflichtung frei ist. Wer in der Kneipe zufällig Ohrenzeuge einer Raubplanung wird, ist zu keiner Leistung rechtlich verpflichtet – es sei denn, ein

Gesetz auferlegt ihm eine Pflicht. Das tut zurzeit § 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB. Wäre die Nr. 7 gestrichen, wäre der Ohrenzeuge aller Rechtspflicht ledig. Mir „Positivismus“ vorzuhalten und mir konkret mit Hinweis auf Art. 2 GG zu widersprechen, ist nicht seriös.

Worauf *Rostalski* überhaupt nicht eingeht, ist die Sexualdelinquenz, obwohl die höchst aufschlussreich ist. Mit der Aufhebung des alten § 175 StGB wurde das verpönte Verhalten, wenngleich von vielen weiterhin als unsittlich beurteilt, zu einem vollkommen rechtmäßigen – so unverboden, wie es die lesbische „Unzucht“ immer gewesen war. Und so wäre es auch der „Blutschande“, dem „Inzest“ zwischen Geschwistern ergangen, wenn am 26.2.2008 der Zweite Senat des BVerfG die Vereinbarkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz mehrheitlich nicht bejaht, sondern (wie sein damaliger Vorsitzender *Winfried Hassemer*) verneint hätte.¹⁵

Ferner weise ich in meinem Beitrag hin auf den Komplex der ausnahmhaf strafbaren Deliktsvorbereitung. Ich gebe die Passage geschlossen wieder, weil hier die von *Rostalski* bestrittene Normalität und Legitimität der fraglichen Strafgesetzgebung besonders deutlich wird:

„Es ist selbstverständlich“, sage ich, „dass man in einem weiten Freiraum auch mit bösester Absicht Straftaten vorbereiten kann, ohne damit schon gegen eine rechtliche Norm zu verstoßen. Z.B. durch das Volltanken eines Benzinankisters an der Tankstelle zum Zweck späterer Brandstiftung; durch das Einstecken eines Messers, um damit im Auftrag des IS einen Polizisten zu erstechen; durch die Autofahrt zu einem Geschäftspartner mit dem Vorhaben, ihn zu erpressen; durch den Kauf geeigneten Papiers, das zur Herstellung eines falschen Zeugnisses dienen soll; durch die Verabredung eines Einbruchsdiebstahls, den zwei Freunde in der nächsten Nacht begehen wollen. All dieses Tun ist wegen des damit verfolgten bösen Zwecks verwerflich. Aber es ist nicht rechtswidrig, es gibt kein gesetzliches Verbot, dem es zuwiderläuft; jedenfalls in den Beispielen verstößt der Böswillige durch sein Tun noch gegen keine rechtliche Verhaltensnorm. Doch hier und da greift der Strafgesetzgeber vollkommen selbstherrlich in den Freiraum unverboden Tuns hinein und stem-

¹⁵ *Herzberg*, GA 2016, 737 (748). Zum Dissens im Senat vgl. BVerfGE 120, 224, und *Hassemer*, NJW 2008, 2085. – *Rostalski* (Fn. 4), S. 86, wirft alle Begründungslast von sich ab mit der Behauptung, ich könne anführen was ich wolle, in allen meinen Beispielen sei das strafbare Verhalten zugleich außerstrafrechtlich als ein Unrecht bewertet und das rechtliche Ver- oder Gebot folge ausnahmslos aus dem Grundgesetz. Also z.B. auch das Verbot des Geschwisterbeischlafs! § 173 Abs. 2 S. 2 StGB *kann* nach *Rostalski* gar nicht verfassungswidrig sein, denn das Grundgesetz selbst verbietet ja den Geschwistern den Beischlaf miteinander. Wie konnte *Winfried Hassemer* das übersehen! Auch in Habilitationschriften finden sich mitunter Behauptungen, die die Grenze zum Unsinn überschreiten und nicht mehr würdig sind, diskutiert zu werden.

¹⁴ *Rostalski* (Fn. 4), S. 84.

pelt bestimmte Vorbereitungsakte zum strafbaren Unrecht. Z.B. die Verabredung künftiger Straftaten. Von Hause aus unverboden, ist doch auch sie schon ein Delikt, wenn ein Verbrechen verabredet wird. Und ähnlich beim Vorbereiten von Fälschungen: Geht es um besondere Objekte (Geld, Wertzeichen, amtliche Ausweise), so ist schon die Verschaffung geeigneten Papiers eine Straftat. Es ist klar, dass auch hier das Verbot des tatbestandlichen Verhaltens allein aus den Vorschriften des StGB folgt (§§ 30 Abs. 2; 149 Abs. 1 Nr. 2; 275 Abs. 1 Nr. 2 StGB).¹⁶

Dass ich diese Vorschriften des StGB für selbstverständlich gültig erachte, veranlasst nun *Rostalski*, wie folgt zu replizieren:

„In aller Konsequenz läuft eine solche Position auf die Rechtfertigung gesetzgeberischer Willkür hinaus [...]. Es ist augenscheinlich, dass *Herzbergs* Konzeption [...] gesetzgeberischer Selbstherrlichkeit nichts entgegenzusetzen hat – sie erweist sich vielmehr geradezu als gesetz- bzw. gesetzgeberhörig. Verkannt wird insoweit aber die Aufgabe kritischer Strafrechtswissenschaft, die sich gerade nicht blind und taub mit dem zufriedengibt, was das Gesetz ihr vorgibt. Im Gegenteil gilt es, Gegebenes zu hinterfragen und notfalls Verbesserungen anzustoßen. Ein optimales Instrument liefert in diesem Zusammenhang die Normentheorie, die wie gezeigt insbesondere die Frage der Legitimation von Verhaltens- und Sanktionsnorm stellt und einer angemessenen Lösung zuführt.“¹⁷

Wie diese „angemessene Lösung“ aussieht, zeichnet sich zwar eindeutig als Konsequenz ab, ist bis hierher aber noch nicht mit Entschiedenheit ausgesprochen. Ich hatte unterstellt, dass *Rostalski* den letzten Schritt nicht wagen werde; dass sie vielmehr auch Sanktionsnormen wie etwa §§ 30 Abs. 2; 173; 184b Abs. 3 StGB (Verbrechensverabredung; Beischlaf zwischen Verwandten; Besitz kinderpornographischer Schriften), denen keine getrennte Verhaltensnorm zugrunde liegt, gelten lassen werde. – Nein, lese ich jetzt, das sei eine „Fehlannahme“. Jede Sanktionsnorm setze eine von ihr getrennte „legitime Verhaltensnorm“ voraus, und wo diese fehle, da gehe die Sanktionsnorm „ins Leere“. Wenn eine gesetzliche Strafdrohung „ins Leere“ geht, kann das nur heißen, dass das sie aussprechende Gesetz unwirksam, ungültig, null und nichtig ist. *Rostalski* geht auf meine vielen Beispiele nicht ein. Sie bleibt sich treu und verharrt im Abstrakten. Aber auf dieser Ebene erkennt sie an, dass in manchen Fällen, wie ich es sage, „das Verbot des tatbestandlich be-

schriebenen Verhaltens allein aus den Vorschriften des StGB folgt“. Mit halber Ausdrücklichkeit akzeptiert sie mein Beispiel der Verbrechensverabredung. In so einem Fall dürfe man nicht gesetz- bzw. gesetzgeberhörig sein, sondern müsse der „gesetzgeberischen Selbstherrlichkeit“ etwas entgegensetzen.

Das kann für sie nach allem nur die Nichtanerkennung der fraglichen Sanktionsnormen sein. Also dass man z.B. die rein strafrechtlichen Verbote der Verbrechensverabredung, des Beischlafs zwischen Verwandten, des Besitzes kinderpornographischer Schriften usw. für nichtig erklärt. Bestrafungen nach §§ 30 Abs. 2; 173; 184b Abs. 3 StGB sind illegal. Das sagt nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern dank ihres kritischen Potentials *Rostalskis* Normentheorie.

V. Die Sorgfaltspflichtverletzung als Verhaltensnormverstoß?

Zur kritischen Würdigung der Marburger Normentheorie gehört auch ein Blick auf die Sinnverschiebung, die der Begriff „Verhaltensnorm“ dort erfährt, wo *Freund* und *Rostalski* ihre Lehre auf Fahrlässigkeitsdelikte beziehen. Mir scheint, dass weder ihm noch ihr dieser Wandel im Verständnis deutlich geworden ist.

Nehmen wir als Anschauungsfall die fahrlässige Tötung, deren Täter „auf einer Theaterbühne einen Schuss aus einer vermeintlichen Pistolenattrappe auf einen Schauspieler abgibt, obwohl er konkrete Anhaltspunkte dafür hatte, dass die Waffe echt und scharf geladen ist“.¹⁸ Folgt man der hauptsächlichlichen Theoriedarstellung, dann ist hier der Bejahung der Strafbarkeit nach § 222 StGB eine Frage vorgeschaltet: Ist auch die ungeschriebene Voraussetzung des Verstoßes gegen eine vorstrafrechtliche, von der Strafnorm strikt getrennte Verhaltensnorm erfüllt, sodass die Todesverursachung ganz unabhängig von § 222 StGB als ein rechtlich verbotenes Verhalten zu bewerten ist und man der Strafnorm den Verbotssinn absprechen kann? Wie dargelegt, halte ich diese Frage für irreführend, weil im Fall ihrer Verneinung das strafbare Unrecht dennoch gegeben wäre; die Strafgesetzgebung ist autark und kann ein bislang erlaubtes Verhalten verbieten, zum Unrecht erklären und den Täter mit Strafe bedrohen. Zum Beispiel war es früher rechtlich erlaubt, ein Telefongespräch ohne Wissen des Gesprächspartners auf Tonband aufzunehmen. Und es war unverboden, kinderpornographische Schriften zu besitzen. Reinweg die Strafgesetzgebung neuerer Zeit hat solches Verhalten verpönt und zu Delikten gemacht (§§ 201 Abs. 1 Nr. 1; 184 b Abs. 3 StGB). Würden die Strafdrohungen aufgehoben, dann verstieße einschlägiges Verhalten durchaus nicht gegen vorstrafrechtliche Verhaltensverbote; es wäre wieder unverboden.

Die in Rede stehende Normentheorie hätte mit dem Pistolenfall keine Schwierigkeiten, denn sie fände die von der Sanktionsnorm angeblich vorausgesetzte vorstrafrechtliche Verhaltensnorm in § 823 Abs. 1 BGB. Nach dieser Norm ist das Verhalten der fahrlässigen Verletzung menschlichen Lebens prinzipiell „widerrechtlich“, bliebe es also auch dann, wenn das StGB seine Strafdrohung von der Fahrlässigkeit

¹⁶ *Herzberg*, GA 2016, 737 (750).

¹⁷ *Rostalski* (Fn. 4), S. 85. – Ich lasse beiseite, dass das Eingeständnis, es gebe problematische, gesetzgeberischer Willkür entsprungene Sanktionsnormen, dem widerspricht, was *Rostalski* auf der nächsten Seite sagt: Das Grundgesetz liefere jeder Sanktionsnorm die benötigte Verhaltensnorm (s.o. Fn. 15). Solche Inkonsistenzen sind der Autorin anscheinend gleichgültig, wenn sie sie überhaupt bemerkt.

¹⁸ *Freund/Rostalski*, GA 2016, 446.

abzöge und auf vorsätzliche Tötungen beschränken würde. Aber was die beispielhaft angeführten §§ 201 Abs. 1 Nr. 1, 184b Abs. 3 StGB angeht, so handelt es sich um Sanktionsnormen, denen die theoretisch geforderte Basis der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm fehlt, sodass *Freund* und *Rostalski* folgerichtig Bestrafungen aufgrund dieser Bestimmungen für illegal befinden müssten. Indes scheuen der Autor und die Autorin diese Konsequenz. *Rostalski*, der ich sie vorhalte, bestätigt mich sowohl („ohne legitime Verhaltensnorm kann es keine legitime Sanktionsnorm geben“) wie sie mir zugleich „Positivismus“ vorwirft mit undeutlicher Bereitschaft, die theoretisch benötigte Verhaltensnorm aus dem Grundgesetz hervorzuzaubern, sprich: sie zu fingieren. Aber auch dort, wo das „Bilden“ einer passenden Verhaltensnorm auf eine Fiktion hinausläuft, bleibt die Theorie bei ihrem Dogma: Die „normativ zwingend“ geforderte Verhaltensnorm ist eine vor- und außerstrafrechtliche, strikt getrennt von der Sanktionsnorm.

Ganz und gar anders nun die Verhaltensnorm, gegen welche nach *Freunds* und *Rostalskis* Theoriedarstellung der Fahrlässigkeitstäter verstößt. In Fällen des § 222 StGB kann man diese Verhaltensnorm schlicht und einfach so formulieren: „Vermeide es, durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen zu verursachen!“ Was der Normadressat zur Erfüllung dieses Verhaltensnormbefehls leisten muss, hängt selbstverständlich ab von den konkreten Umständen, d.h. den objektiven-situativen und den individuell-persönlichen. Die Verhaltensnorm schreibt dem Betroffenen vor, durch Beachtung der gebotenen Sorgfalt die Verwirklichung des Tatbestandes der Sanktionsnorm (§ 222 StGB) zu vermeiden.

In der Sache das gleiche sagt *Rostalski*, wenn sie feststellt, „dass Verhaltensnormen individuelle Verhaltensanforderungen an den jeweiligen Normadressaten aufstellen“, und dann fortfährt:

„Sie verfolgen die Zielsetzung, einen individuellen Normadressaten zu einem spezifischen Tun oder Unterlassen zu veranlassen. Dabei erfordert die Bildung der jeweiligen Norm stets eine Leistung der einzelnen Person in einer bestimmten Situation. Sofern sich dem Betreffenden eine Sachlage bietet, in der sein Verhalten eine Schädigungsmöglichkeit für Dritte darstellen kann, ist es seine Aufgabe, die entsprechende Norm zur Vermeidung dieser Gefahren abzuleiten. Allein eine solche Sicht wird dem Zweck rechtlicher Ver- bzw. Gebote gerecht, der in der Motivation zu güterwahrendem Verhalten liegt. Dieser ließe sich aber nicht effektiv erreichen, sofern bei der Bildung von Verhaltensnormen die Perspektive und die Fähigkeiten des potentiellen Normadressaten in der spezifischen Situation keine Berücksichtigung fänden.“¹⁹

Das alles sind Paraphrasen zum (strafrechtlichen) Begriff der Fahrlässigkeit und zum Güterschutzzweck ihrer Verpönung, nachdenkliche Sätze, gegen die an sich nichts einzuwenden ist. Aber die große Theorie löst sich in verbale Luft auf. Machen wir uns klar, was geschieht, wenn ein Jurist einen

Fall wie den auf der Theaterbühne beurteilt! Er erfasst die Umstände, die die tödliche Gefahr begründen, und subsumiert den Akt der Schussauslösung der Tatbeschreibung in § 222 StGB. Dabei ergibt sich ihm, dass neben der Todesverursachung auch das Tatbestandsmerkmal „durch Fahrlässigkeit“ erfüllt ist und der Täter das fragliche Delikt begangen hat. Eine abgetrennte Verhaltensnormprüfung findet nicht statt und auch bei *Freund* und *Rostalski* kann ich keine erkennen. Sie haben allein die Sanktionsnorm im Auge und lassen ihre Normtheorie nur begrifflich anklingen. Die Verhaltensnorm, die der Täter sich selbst bilden muss, ist die Aufforderung, keinen Schuss auszulösen, und der Verhaltensnormverstoß ist die (unbewusste) Abgabe des Schusses. Diese Begriffsvermehrung ist bei der Prüfung, ob der Schauspieler eine fahrlässige Tötung begangen hat, nur verwirrend und fördert in keiner Weise die juristische Erkenntnis. Aber selbst wenn man sich auf die begriffliche Ausschmückung einlässt: Von einer strikten Trennung der einen von der anderen Norm kann hier beim besten Willen keine Rede sein. Die Frage nach der Verhaltensnorm und dem Verstoß dagegen ist von vornherein identisch mit der Prüfung, ob der Täter durch Sorgfaltspflichtverletzung den Tatbestand der Sanktionsnorm erfüllt hat.

VI. Eine Zeitenwende im Strafrecht?

Rostalski sieht die Publikation der Gedanken ihrer Habilitationsschrift in einem kausalen Zusammenhang mit einer aktuellen „Zeitenwende im Strafrecht“, die sie an etlichen Stellen konstatiert oder ankündigt.²⁰ Man fragt sich, mit welcher ihrer Thesen sie etwas so Gewaltiges verbunden glaubt. Die Antwort entnehme ich dem Buchtitel, worin die *Verf.* den „Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat“ zu leisten verspricht. Sie ist aber keine Freundin deutlicher Definitionen und lässt den Leser lange warten auf eine Bestimmung dieses Begriffs, der für ihr Gedankengebäude doch fundamental wichtig ist. Wenn ich recht sehe, findet sich die als Definition gemeinte Formulierung, die danach öfters wiederkehrt, erstmalig auf S. 178. Dort ist ohne Betonung die Rede vom „hinreichend gewichtigen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoß (ggf. nebst spezifischen Fehlverhaltensfolgen)“.

1. Der Tatbegriff als Hilfe zur Lösung problematischer Einzelfragen?

Dies also ist die Frucht der „Vereinheitlichung des Tatbegriffs im gesamten Strafrechtssystem“ (S. 14, *Hervorhebung* a.a.O.). Wo immer in den einschlägigen Gesetzen etwas bezeichnet wird als „Tat“, „rechtswidrige Tat“ oder „Straftat“, da soll der Einsatz dieses normativ-funktionalen Begriffes Erkenntnis bringen. In welchem Ausmaß, ist mir nicht klar geworden. Vorsichtshalber begnüge ich mich damit, *Rostalskis* Behauptung zu zitieren, der Begriff habe jedenfalls

¹⁹ *Rostalski* (Fn. 4), S. 76 f.

²⁰ *Rostalski* (Fn. 4), S. 1, 14, 118, 124; im Folgenden beziehen sich die im Text eingeklammerten Seitenangaben stets auf dieses Buch.

„für die Lösung sämtlicher Einzelfragen des materiellen Strafrechts“ Bedeutung (S. 1).²¹

Dem widerspreche ich mit der Behauptung, dass der Begriff für die Lösung dieser Fragen vollständig bedeutungslos sei. Zum Beispiel für die wichtige Streitfrage, die der folgende Fall veranschaulicht: Der Schüler S will mit Steinwürfen aus einiger Entfernung die Wohnzimmer-Fensterscheibe seines Lehrers L zertrümmern. Als der erste Wurf die Scheibe knapp verfehlt, besinnt er sich eines Besseren und verzichtet auf weiteres Werfen. – S begeht den Versuch einer Sachbeschädigung (§§ 303, 22 StGB). Problematisch und umstritten ist die Frage eines strafbefreienden Rücktritts durch Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat (§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB). Ist die „Tat“ i.S.d. Vorschrift schon in dem einen ausgeführten Wurf zu sehen? Dann ist kein Aufgeben der weiteren Ausführung und kein Rücktritt gegeben („Einzelakttheorie“). Oder ist abzustellen auf die von S beschlossene Serie von Würfeln bis zum Zertrümmerungserfolg? So gesehen hat S die Tat begonnen, aber nach dem Beginn „die weitere Ausführung der Tat“ aufgegeben und sich nach § 24 StGB von Strafe befreit („Gesamtbetrachtungslehre“).²² Es geht hier um eine der bekanntesten und umstrittensten „Einzelfragen des materiellen Strafrechts“, die *Rostalski* allesamt mittels ihres normativ-funktionalen Tatbegriffs lösen zu können behauptet. Aber im Beispiel wird die Lösung der Streitfrage nicht im Geringsten dadurch erleichtert, dass man sich vom Wortlaut des Gesetzes entfernt und fragt: Hat S die weitere Ausführung eines hinreichend gewichtigen tatbestandspezifischen Verhaltensnormverstoßes aufgegeben? Was *Rostalski* uns anbietet, ist Begriffsjurisprudenz, eine Methode der Rechtsfindung, deren Unergiebigkeit längst erkannt ist und m.E. immer schon auf der Hand lag. Wer einen Begriff zutreffend definiert, verwendet zwar einen mehr oder weniger geläufigen neuen Begriff (ein Schimmel ist ein weißes Pferd), aber dieser – das Definiens – sagt immer nur aus, was im ersten Begriff – dem Definiendum – schon enthalten ist. Leitet man aus dem Definiens etwas Neues ab, hat man das Abgeleitete vorher in das Definiendum hineingelegt. Die Deduktion ist stets zirkulär. So mag *Rostalski* sagen, schon der eine realisierte Wurf sei ja zweifellos ein „Verhaltensnormverstoß“, und den habe S nicht aufgegeben, sondern komplett ausgeführt; also biete die Einzelakttheorie die richtige Lösung. Das wäre kein Argument und keine Begründung. *Rostalski* hätte nach eigener Willkür in den Begriff der Tat die Bedeutung „Verhaltensnormverstoß, ausgeführt schon mit dem ersten Wurf“ hineingelegt. Die Gesamtbetrachtungslehre würde so kurzerhand ausgeschlossen, obwohl gute Sachgründe für sie sprechen und sie im konkreten Fall den Vorzug verdient.

Dass lässt uns fragen, ob denn *Rostalskis* normativ-funktionaler Begriff als Definition wenigstens nicht irreführt,

²¹ Dasselbe meint wohl der Satz auf S. 2: „Der Begriff der Tat ist in der Allgemeinen Verbrechenslehre Stellschraube für die Lösung sämtlicher materiellrechtlicher Einzelfragen“.

²² Zu dieser Streitfrage vorzüglich informierend und argumentierend *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1225–1234.

d.h. vereinbar ist mit den Aussagen des Strafgesetzbuches. Fragwürdig ist insoweit zunächst der verschwommene Definitionsbestandteil „tatbestandspezifisch“. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB legt fest: „Im Sinne dieses Gesetzes ist [...] rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Warum sagt *Rostalskis* Definition nicht genauso klar, dass der Verhaltensnormverstoß den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen müsse?

Es gibt krassere Mängel. Ein „Verstoß“ gegen eine rechtliche Verhaltensnorm liegt nur vor, wenn der Täter die Norm *verletzt*, wenn er *Unrecht* tut. Und von einer etwaigen „Fehlverhaltensfolge“ (im Klammerzusatz der Definition) kann man nur sprechen, wenn das folgenschwere Verhalten zu beanstanden, wenn es rechtlich fehlerhaft war. Den Tatbegriff verwendet das StGB manchmal aber auch im Sinne von Tatbestandserfüllungen, die gerechtfertigt, u.U. sogar geboten sind oder die wegen überragender Interessen oder amtlicher Genehmigung nicht zu beanstanden sind. So sagt § 34 StGB, dass „nicht rechtswidrig“ handelt, wer „eine Tat“ im rechtfertigenden Notstand begeht. Beispiele aus dem Besonderen Teil: §§ 201 Abs. 2; 219a Abs. 3; 331 Abs. 3; 333 Abs. 3 StGB. Das StGB gebraucht hier für das jeweilige Verhalten den Begriff „Tat“, aber *Rostalskis* Tatbegriff erfasst das Verhalten nicht. Er ist zugeschnitten auf normwidriges, auf Unrechtsverhalten und widerspricht mit dieser Verengung dem Tatbegriff des geltenden Rechts.

Es gibt noch eine Verengung, die stärker auffällt. Wenn laut Definition der Verhaltensnormverstoß außer tatbestandspezifisch auch noch „hinreichend gewichtig“ sein muss, dann entfällt die Tat nach *Rostalski* in Fällen eines Verhaltensnormverstoßes ohne Gewicht, d.h. bei ganz geringfügigem Fehlverhalten. Denn selbstverständlich will *Rostalski*, wie immer sie für das Hinreichen die Grenze ziehen mag, mit „hinreichend gewichtig“ keine leerlaufende, sondern eine relevante Voraussetzung aufstellen. Ja, sie sagt sogar ausdrücklich, dass die Bagatellklausel „eine wesentliche Errungenschaft“ ihrer Lehre vom Tatbegriff sei (S. 121 f.). Im Prinzip sind aber auch minimale Tatbestandsverwirklichungen i.S.d. materiellen Strafrechts schon Straftaten; z.B. wenn ein Mann ohne Fahrerlaubnis für seine Frau das Auto aus einer Parklücke heraussteuert (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG); oder wenn jemand aus Fahrlässigkeit seiner Verkehrssicherungspflicht nicht nachkommt und dadurch den leicht schmerzhaften Sturz eines Passanten verursacht (§§ 229, 13 StGB); oder wenn ein Jugendlicher gegen das Verbot des Nachbarn durch die Hecke auf dessen Grundstück schlüpft und einen Ball zurückholt (§ 123 StGB); oder wenn eine Mutter im SB-Laden ein Fläschchen Nagellack in die Manteltasche stecken will, aber daran von ihrer Tochter gehindert wird (§§ 242, 22 StGB). Das alles sind rechtswidrige Tatbestandsverwirklichungen und Straftaten nach dem StGB, wenn auch prozessual gesehen wegen Geringfügigkeit keine Verfolgung droht (vgl. § 153 StPO). *Rostalski* aber, obwohl sie doch ihrem Buch den Titel „Der Tatbegriff im Strafrecht“ gibt, verneint das Vorliegen von Taten und also auch von Straftaten, weil die Verhaltensnormverstoße nicht hinreichend gewichtig sind.

Warum vermeidet sie solche Fehler nicht? Sie könnte es leicht, wenn sie sich am Gesetz orientieren würde. Dass sie die seltenen Fälle der gesetzlichen Verwendung des Tatbegriffs für ausdrücklich erlaubte Tatbestandsverwirklichungen (z.B. Notstandstaten, § 34 StGB) vernachlässigt, mag angehen. In Wahrheit will sie einen engeren Tatbegriff klären, nämlich den Begriff der *Unrechtstat*. Dieser Begriff ist identisch mit dem der „rechtswidrigen Tat“, und der wird im StGB so oft gebraucht, dass der Gesetzgeber die Definition in die eigene Hand genommen hat: § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. In Anlehnung an diese Vorschrift könnte man den von *Rostalski* gesuchten „Tatbegriff im Strafrecht“ bestimmen als Verhalten, welches gegen das Recht verstößt und den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Zugegeben, diese Definition ist vergleichsweise banal, aber sie ist zugleich klar, gesetzesnah und nicht angreifbar.

2. Der Gedanke umfassender Einheitlichkeit des Tatbegriffs

Mit einer Tatbegriffsbestimmung, die zur Lösung strafrechtlicher Streitfragen in Wahrheit nichts beisteuert und noch dazu fehlerhaft ist, kann eine „Zeitenwende im Strafrecht“ gewiss nicht verbunden sein. Anzuerkennen ist allerdings, dass *Rostalski* den Leser schon im Buchtitel überrascht mit ihrer Einheitlichkeitsthese. Ich verstehe ihre Behauptung so: Ein richtig gebildeter materiell-strafrechtlicher Tatbegriff trifft nicht nur innerhalb des StGB überall gleichermaßen zu, in welchem Kontext auch immer das Wort oder Wortelement „Tat“ auftaucht. Er bleibt gültig und einsetzbar über die Grenzen des StGB hinaus – im „gesamten Strafrechtssystem“, wie es der Buchtitel ausdrückt. – Die *Autorin* begründet diese zentrale These wie folgt: „Ist Strafe eine Reaktion auf eine Straftat, kann es in jedweder Phase des Bestrafungsvorgangs nur *einen* Tatbegriff geben. Allgemeine Verbrechenslehre, die Strafzumessung einschließlich der Konkurrenzlehre und der Strafprozess sind in ihrer Gesamtheit *einem gemeinsamen Ziel* verschrieben: Der Ermöglichung einer legitimen Bestrafung des Einzelnen“ (S. 3, *Hervorhebung* a.a.O.). Es folgt eine missglückte Metaphorik: Die h.L. zum Tatbegriff mache die Teilgebiete durch wechselndes Begriffsverständnis zu „einsamen Inseln“, wo doch das Strafrecht im Ganzen „ein gleichmäßiger Fluss mit gemeinsamer Strömung“ sein müsse (S. 5).

Nun mag *Rostalskis* Einheitlichkeitshypothese auf die allermeisten Stellen, wo uns im StGB und in der StPO der Terminus „Tat“ begegnet, zutreffen. Aber die Wahrheit verfehlt die *Verf.* des Buches auch mit dieser Lehre, und zwar wiederum, weil sie das geltende Recht nicht erforscht, sondern darüber hinweggeht. Angenommen, die Altenpflegerin A betreut eine demente Dame. Aus deren Schmuckkasten entwendet A eine kostbare Halskette und steckt sie in die eigene Handtasche, aber nur zum Zweck einmaliger Nutzung bei einer privaten Feier; nach drei Tagen will sie die Kette zurücklegen. – Ein „Verhaltensnormverstoß“ (vgl. § 858 BGB), aber mangels Zueignungsabsicht nicht „tatbestandspezifisch“, also keine Tat i.S.d. *rostalskischen* Tatbegriffs. Das entspricht in etwa der gesetzlichen Festlegung: keine „rechtswidrige Tat“, weil die Wegnahme keinen „Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Angenommen nun weiter,

der Sohn der Betreuten betritt, von A unbemerkt, das Zimmer und beobachtet die Entwendung. Betrifft er A „auf frischer Tat“ (§ 127 Abs. 1 StPO)? Das zu bejahen, halte ich für nahelegend. Jedenfalls scheint es mir für die Verneinung der Frage kein hinreichender Grund zu sein, dass der Rechtsbruch der A (ihr Verhaltensnormverstoß) nicht tatbestandspezifisch ist. Die Sachgründe des rechten Gesetzesverständnisses sind ja hier und dort verschieden, und darum kann „Tat“ hier und dort Verschiedenes bedeuten.

Schwerer wiegt die folgende Überlegung: *Rostalski* hat anscheinend nicht bedacht, dass die StPO auch Regeln enthalten muss für den Fall, dass der Beschuldigte mit dem ihm als Straftat vorgeworfenen Verhalten überhaupt kein Unrecht begangen, gegen keine Verhaltensnorm verstoßen hat. Da geht es dann nicht um das „eine gemeinsame Ziel“ aller einschlägigen Vorschriften, in Anwendung des „einen Tatbegriffs“ eine legitime Bestrafung zu ermöglichen, nicht um einen fortlaufenden „Bestrafungsvorgang“, sondern im Gegenteil um das Ziel der Nichtbestrafung und des Freispruchs. Stellen wir uns vor, die Staatsanwaltschaft hat M wegen des Versuchs der Vergewaltigung aufgrund von §§ 176 Abs. 8 Nr. 1; 22 StGB nach Ms Geständnis seiner bösen Absicht angeklagt. M hatte Frau F, scheinbar als Beschützer, bis in ihre Wohnung begleitet, wo er das Verbrechen sogleich begehen wollte. Aber dort war Fs Verlobter anwesend, ein Polizist, der den polizeibekanntem M an Ort und Stelle festnahm. Erst in der Hauptverhandlung findet das Gericht zur richtigen Einschätzung des Verhaltens, dass nämlich M trotz seiner verbrecherischen Absicht bis zuletzt kein Unrecht begangen hat: bloße Vorbereitung, noch kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes (§ 22 StGB). M ist freizusprechen, und nach § 267 Abs. 5 S. 1 StPO müssen die Gründe des freisprechenden Urteils ergeben, warum „die Tat“, d.h. „die für erwiesen angenommene Tat“ (also das Hinwirken auf die Vergewaltigung) „für nicht strafbar erachtet worden ist“. Es ist also nichts mit dem im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen Begriff der Tat. Das Begleiten der F war materiell-strafrechtlich noch kein Unrecht, kein Verhaltensnormverstoß und also nach *Rostalskis* Definition des Tatbegriffs keine Tat. Im Sinne der StPO war es aber als Gegenstand der Anklage sehr wohl eine Tat – eine dem M nach Gesetz und Recht erlaubte Tat!

Bei Lichte besehen scheitert die Einheitlichkeitstheorie der *Verf.* schon innerhalb des StGB, und zwar an seinem ersten Paragraphen (= Art. 103 Abs. 2 GG): „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Je nach Gesetzeslage bedeutet der Tatbegriff hier entweder eine *rostalskische* Tat oder eine Nicht-Tat. Das „nicht öffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger“ aufzunehmen (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB), ist heute strafbar und als tatbestandspezifischer Verhaltensnormverstoß eine Tat i.S.d. *rostalskischen* Begriffsbestimmung. 1967 hingegen, als die Strafnorm schon entworfen war, aber noch nicht galt, war ein solches Tun nicht nur straffrei, sondern auch unverboden, kein Verhaltensnormverstoß. Trotzdem war es eine Tat i.S.v. § 1 StGB, nämlich eine Tat, deren Strafbarkeit nicht gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde; gesetzlich

bestimmt war die Strafbarkeit erst ab 1968, als § 298 StGB a.F. in Kraft trat.

Ich bestreite, dass *Frau* *Rostalski* mit ihrer umfangreichen Habilitationsschrift eine Zeitenwende im Strafrecht richtig erkannt oder ausgelöst hat. Und ich würde es selbst dann bestreiten, wenn sie die vielen Fehler im Buch vermeiden und recht hätte mit ihrer Hypothese vom einheitlichen Tatbegriff. Dieser Befund wäre mir für ein so großes Wort zu unbedeutend. Passen würde das Wort freilich, wenn *Rostalskis* Behauptungen zuträfen, dass gesetzliche Strafandrohungen nichts verbieten, dass sie potentielle Täter nicht abschrecken sollen, dass die Annahme eines Abschreckungsinnes der Verfassung widerspricht und dass ein Straftäter mit seiner Straftat in Kommunikation tritt zu den anderen Gesellschaftsmitgliedern und ihnen verkündet, auf begrenztem Feld gelte das Recht nicht für ihn und insoweit beanspruche er die Freiheit, Rechtspflichten zu missachten und seinen „Maximen“ Vorrang zu geben. Aber all diesen Behauptungen trete ich gleichfalls entgegen und erachte sie für zweifellos unzutreffend (s.o. II. und III.).

Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei Auf- und Einbruchdiebstahl

Von Dr. Yao Li, Potsdam*

2020 erließ der BGH fünf Entscheidungen zum Versuchsbeginn bei Auf- oder Einbruchdiebstahl. Der 4. Strafsenat knüpft dabei an das unmittelbare Ansetzen zum Regelbeispiels- oder Qualifikationsmerkmal an, wohingegen nach dem 5. Strafsenat ein unmittelbares Ansetzen zum Grundtatbestand, also dem Diebstahl erforderlich ist. Gleichzeitig verschiebt der 5. Senat durch die täterunfreundliche Anwendung konkretisierender Kriterien den Versuchsbeginn wieder nach vorne. Auch wenn die dogmatische Konzeption des 5. Senats vorzugswürdig ist, sind die teils unklaren Kriterien und die daraus resultierende Vorverlagerung des Versuchsbeginns mit Skepsis zu betrachten.

I. Einleitung

Der 4. und 5. Strafsenat des BGH haben sich 2020 in insgesamt fünf Entscheidungen zum Versuchsbeginn bei Auf- oder Einbruchdiebstahl (teils einfach, teils qualifiziert, teils als besonders schwerer Fall) geäußert. Auffällig ist, dass der 4. Senat ein unmittelbares Ansetzen zum Qualifikations- bzw. Regelbeispielmerkmal ausreichen lässt, wohingegen der 5. Senat das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestands fordert. Dabei setzt der 5. Senat in drei aufeinanderfolgenden Entscheidungen dieselbe Kriterienkette für den Versuchsbeginn beim Diebstahl mit Überwindung gewahrsamssichernder Schutzmechanismen ein und lässt den Angriff auf den ersten Schutzmechanismus für den Versuchsbeginn ausreichen. Beide Senate tendieren also – auf unterschiedlichen dogmatischen Wegen – zu einer Vorverlagerung des Versuchsbeginns, wobei sie sich übrigens gleichermaßen von zwei Entscheidungen des 5. Senats aus dem Jahr 2019 distanzieren.

All das gibt Anlass zur Untersuchung, ob und wie sich die Rechtsprechung geändert hat und wie die Entscheidungen in der bisherigen Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei Auf- und Einbruchdiebstahl einzuordnen sind. Ziel ist es nicht, den Versuchsbeginn bei Qualifikationsdelikten zu diskutieren oder neue Kriterien zur Bestimmung des Versuchsbeginns bei Diebstahlsdelikten zu entwickeln; vielmehr wird hierfür auf die breit belegte h.L.¹ und bisherige Rechtsprechung² verwie-

sen: Ein Versuch zum qualifizierten Diebstahl sollte (wie es der 5. Senat tut³) erst bei unmittelbarem Ansetzen sowohl zum Qualifikations- als auch Grundtatbestandsmerkmal angenommen werden. Die vom 4. Senat in seinen Entscheidungen aus Januar⁴ und April 2020⁵ vertretene Ansicht, dass der

Rn. 55; Kudlich, NSTZ 2020, 354 (355); Rotsch, ZJS 2020, 481 (484, 487); Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 244 Rn. 74; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 53; vgl. auch schon Degener, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 305 (309 f.); Streng, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1025 (1029). A.A. Fahl, JR 2021, 73 (76). Die früher wohl h.M. knüpfte an das Qualifikationsmerkmal an, siehe z.B. RGSt 38, 177 (178 f.); OLG Hamm MDR 1976, 155; Busch, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 1974, § 43 Rn. 31; Wessels, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 295 (305); auch nach der Grundsatzentscheidung BGHSt 33, 370 (Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB auch bei misslungenem Einbruch) hätte erst recht das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmals ausreichen müssen.

² Vgl. BGH NSTZ 2019, 716 (zustimmend Kudlich, NSTZ 2020, 34; Winkler, RÜ 2019, 779; ablehnend Fahl, JR 2020, 420); BGH BeckRS 2019, 22265; BGH NSTZ 2017, 86 (zustimmend Eisele, JuS 2017, 175 [176]; Engländer, NSTZ 2017, 86 [87]; Kudlich, JA 2017, 152 [154], hinsichtlich der Subsumtion); BGH NSTZ 2015, 207 (zustimmend Kudlich, JA 2015, 152 [154]).

³ BGH NJW 2020, 2570 (2571); BGH NSTZ-RR 2020, 246. Anders als Fahl, JR 2021, 73 (76), behauptet, stellte dies keine Rechtsprechungsänderung dar.

⁴ Der Angeklagte hatte ein Küchenfenster bzw. eine Terrassentür eines Wohnhauses erfolgreich aufgehebelt, um anschließend im Gebäudeinneren Sachen zu entwenden. Dies genügte dem 4. Senat für einen Versuch des § 244 Abs. 4 StGB; er schloss sich ausdrücklich nicht der Auffassung des 5. Senats aus dem Jahr 2019 an, dass die Annahme eines Versuchs in Fällen des Einbruchdiebstahls an das unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme anknüpft. BGH NSTZ 2020, 353 (354); ebenfalls kritisch Kudlich, NSTZ 2020, 354; zustimmend Fahl, JR 2021, 73 (76).

⁵ Hier bemerkte der 4. Senat ergänzend, dass er die Auffassung des 5. Senats in den Entscheidungen aus dem Jahr 2019, wonach ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch des Diebstahls nicht vorliegt, wenn lediglich zur Verwirklichung eines

* Die Verfasserin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Georg Steinberg).

¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 58 m.w.N.; Eisele, JuS 2020, 798 (799); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 22 Rn. 36; v. Heintschel-Heinegg, JA 2020, 550 (551); Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 120–128; Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 32; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 244

Versuchsbeginn bereits beim unmittelbaren Ansetzen zur Verwirklichung eines Regelbeispiel- oder eines Qualifikationsmerkmals vorliegt, ist folglich abzulehnen. Insbesondere ist bereits die Strafbarkeit des „versuchten Regelbeispiels“, die der 4. Senat damit implizit befürwortet, per se zweifelhaft.⁶

Auch wenn der 5. Senat dogmatisch den richtigen Anknüpfungspunkt wählt, sollte der Versuchsbeginn hinsichtlich des Grundtatbestands entgegen der Tendenz des 5. Senats eng an die Tatbestandsverwirklichung gerückt werden (unten II.); eine zunehmende Vorverlagerung des Versuchsbeginns ist auch nicht durch praktische Vorzüge gerechtfertigt (unten III.). Schließlich wäre es angesichts der uneinheitlichen Praxis und intransparenten Verweise zu begrüßen, wenn ein Anfrage- bzw. Vorlageverfahren nach § 132 GVG durchgeführt würde, anstatt dass die Senate stets Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO fassten (unten IV.).

II. Die Überwindung gewahrsamssichernder Schutzmechanismen

1. Letzter Zwischenschritt und präzise Feststellung des Tatplans

Der 5. Senat dehnt in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2020, die allesamt eine „Überwindung gewahrsamssichernder Schutzmechanismen“ voraussetzen, das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl nach vorne auf den Angriff auf den ersten Schutzmechanismus (nicht: erster Angriff auf den Gewahrsam) aus. Da nach der Zwischenakts⁷ lediglich der letzte Schritt vor Tatbestandsverwirklichung einen Versuch darstellt, müsste sich, sollte der Angriff auf den ersten Schutzmechanismus bereits die Versuchsstrafbarkeit auslösen, die Überwindung aller Mechanismen auch als ein Schritt darstellen. Auch ist erst dann von einer Gefährdung des Rechtsguts Eigentum⁸ sowie von einem Eindringen in die Schutzsphäre des Opfers⁹ (hinsichtlich seines Eigentums) auszugehen. Dies bedeutet: Ist aus Tätersicht die Überwindung mehrerer Hindernisse hintereinander weg ein automatischer Vorgang,¹⁰ d.h. insbesondere ohne Unwägbarkeiten

Regelbeispiels oder einer Qualifikation angesetzt worden ist, nicht teilt, BGH BeckRS 2020, 12230. Anders als behauptet hat der 5. Senat seine entgegenstehende Rechtsauffassung mit dem Beschluss vom April 2020 nicht aufgegeben.

⁶ So auch *Bosch* (Fn. 1), § 243 Rn. 44; *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 87–89; *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 243 Rn. 72 f.

⁷ Ständige Rspr., siehe nur BGH NJW 2020, 2570 f. m.w.N.

⁸ Für die Gefährdungstheorie siehe zum Beispiel BGH NStZ 2020, 353 (354); BGH NJW 2020, 2570 (2571); BGH StV 2017, 441; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 22 Rn. 42 m.w.N.

⁹ Für die Sphärentheorie siehe insbesondere *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139–144; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 25. Abschn. Rn. 68.

¹⁰ Siehe dazu *Hillenkamp* (Fn. 1), § 22 Rn. 112. So auch schon BGH NStZ 2011, 517 (518).

quasi ein Selbstläufer, dann kann ausnahmsweise auch mit dem Ansetzen zur Überwindung des ersten Hindernisses bereits der letzte Schritt bis zur Tatbestandsverwirklichung vorliegen und damit ein Versuchsbeginn angenommen werden. Ist der Tatverlauf nach Tatplan jedoch mit Unwägbarkeiten und Schwierigkeiten verbunden (diese dürften zunehmen, je zahlreicher, unterschiedlicher oder komplexer die Schutzmechanismen sind) oder hat der Täter keine Vorstellung, was ihn nach Überwindung des Hindernisses erwartet, so kann schwerlich bereits bei Angriff auf das erste Hindernis von einem unmittelbaren Ansetzen die Rede sein.

Zum einen sollte also stets die Vorstellung des Täters vom Tathergang bis zur Wegnahmehandlung präzise festgestellt werden,¹¹ insbesondere wenn ein Versuchsbeginn wegen unmittelbar anschließender Wegnahmehandlung bereits mit dem Einbrechen/Aufbrechen angenommen werden soll. Sollte der Tatplan nicht eindeutig feststellbar und potentielle Beute nicht offensichtlich griffbereit sein, muss in dubio pro reo von weiteren geplanten Zwischenakten ausgegangen und der Versuchsbeginn abgelehnt werden. Zum anderen sollte nur der letzte Schritt unter „unmittelbares Ansetzen“ subsumiert, im Ergebnis der Versuchsbeginn also nahe an die Tatbestandsverwirklichung gerückt werden.

2. Vorverlagerung des Versuchsbeginns durch den 5. Senat

Gemessen an diesen Maßstäben hat der 5. Senat in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2020 den Versuchsbeginn zu weit vorverlagert und näherte sich dadurch faktisch dem Ergebnis des 4. Senats wieder an. Noch in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2019¹² ist der 5. Senat zurückhaltender gewesen: Die Angeklagten hatten bereits ein Loch in den Rahmen bzw. Verschluss der Terrassentür gebohrt und wollten sodann die Terrassentür aufhebeln und die Wohnung betreten, wobei sich aus der Entscheidung nicht ergab, ob die geplante Beute bereits sichtbar war, noch hätte gesucht oder weitere Schutzmechanismen hätten überwunden werden müssen; auch wenn detaillierte Feststellungen zum Tatplan oder, sollte das Tatgericht solche nicht hat treffen können, ein Hinweis auf den Grundsatz „in dubio pro reo“ wünschenswert gewesen wären, wurde ein Versuch doch richtigerweise jeweils abgelehnt.

2020 bejahte der 5. Senat hingegen anhand unterschiedlicher Kriterien durchgehend einen Versuchsbeginn: In einer Entscheidung vom April 2020,¹³ in der der Angeklagte einen Zigarettenautomaten zur Schalldämpfung bereits mit einem Handtuch und einer Plane verhüllt und Werkzeuge zum Aufbruch des Automaten bereitgelegt, jedoch keine Steckdose für den Trennschleifer gefunden hatte, hat der 5. Senat einen

¹¹ Ähnlich *Engländer*, NStZ 2017, 86 (88); *Kudlich*, NStZ 2020, 34; *ders.*, JA 2015, 152 (154 f.).

¹² BGH BeckRS 2019, 22265; BGH NStZ 2019, 716 (zustimmend *Kudlich*, NStZ 2020, 34; *Winkler*, RÜ 2019, 779; ablehnend *Fahl*, JR 2020, 420).

¹³ BGH NJW 2020, 2570. Siehe für eine instruktive Kritik *Rotsch*, ZJS 2020, 481; ebenfalls kritisch *Fahl*, JR 2021, 75; zustimmend *Eisele*, JuS 2020, 798; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2020, 550.

versuchten (einfachen!) Diebstahl bestätigt. Zwischenakte, „die keinen tatbestandsfremden Zwecken dienen, sondern wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden“, stünden einem unmittelbaren Ansetzen nicht entgegen. Gegen einen Versuchsbeginn spreche – abstrakt gesehen – ein erforderlicher weiterer neuer Willensimpuls; wesentlich für die Abgrenzung zur Vorbereitung sei das Maß konkreter Gefährdung des geschützten Rechtsguts, bei Diebstahlsdelikten also die „konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs“. Ist der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert, müsse sich der Täter nach Überwindung desselben einen ungehinderten Zugriff „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung“ vorstellen. Bei mehreren Schutzmechanismen reiche der Angriff auf den ersten aus, wenn die Überwindung der restlichen „in unmittelbarem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang mit paraten Mitteln erfolgen soll“. Da der angegriffene Schutzmechanismus nicht erfolgreich überwunden worden sein muss, reiche „der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1, § 244 I Nr. 3 regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen“.

Zum einen ist zweifelhaft, ob das Verhüllen eines – noch unbeschädigten – Zigarettenautomaten tatsächlich eine konkrete Gefährdung des Inhalts bedeutete. Zum anderen ist unklar, ob mit einer „weitere[n] eigenständige[n] Willensbildung“ ein neugefasster Vorsatz oder etwas unterhalb der Vorsatzschwelle gemeint ist und wie das Verhältnis zum subjektiven Überschreiten der Schwelle zum „Jetzt geht es los“ beschaffen ist; gleiches gilt für das Kriterium „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte“ und ihr Verhältnis zu (wesentlichen) Zwischenschritten i.S.d. Zwischenaktstheorie. Jedenfalls entstand nach dem vorgestellten weiteren Vorgehen wohl doch eine zeitliche Zäsur und war eine eigenständige Willensbildung erforderlich, wenn nach dem gescheiterten Einsatz des Trennschleifers eine neue Aufbruchmethode angewendet werden musste. Insgesamt war das erforderliche Aufbrechen noch so entscheidend und dessen Erfolg so unsicher, dass richtigerweise die Verhüllung und das Hervorholen des Trennschleifers nicht der letzte Schritt vor der Tatbestandsverwirklichung war und damit noch kein Versuch vorlag.¹⁴

Das gilt umso mehr für den Sachverhalt der Entscheidung des 5. *Senats* vom Juni 2020, den dieser ebenfalls als Versuch wertete: Die Angeklagten hatten das Bedienteil von verschiedenen Geldautomaten mit einem Brecheisen aufgehoben oder

aufzuhebeln versucht, um danach mit den noch in einem mitgeführten Fahrzeug befindlichen Utensilien ein Gasgemisch zur Sprengung des Geldtresors einzuleiten, wobei zum Teil bereits das Aufhebeln scheiterte, zum Teil die Angeklagten nach dem Aufhebeln erkannten, dass sich der Automat nicht zum Sprengen eignete.

Auch hier wendete der 5. *Senat* die Kriterienkette „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung“ an, wobei angesichts der noch erforderlichen Sprengung fraglich ist, ob sich der Täter nach Überwindung des Bedienteils tatsächlich einen „ungehinderten Zugriff auf die Beute“ „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung“ vorstellte. Jedenfalls dürften die Einleitung und Zündung des Gasgemisches eine weitere eigenständige Willensbildung (zur nach § 308 StGB gesondert unter Strafe gestellten Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion!) erfordern. Schließlich dürften die noch erforderlichen Akte „tatbestandsfremde Zwischenschritte“ dargestellt und einem Versuchsbeginn entgegengestanden haben. Der 5. *Senat* weicht zudem die Zwischenaktstheorie stark auf, denn es soll dem Versuchsbeginn *nicht* entgegenstehen, dass es noch der Einleitung und Zündung des Gasgemisches „als weiterer wesentlicher Zwischenschritte“ bedurft hätte. Nach seiner Ansicht erscheinen zudem die „dem Gewahrsamsbruch vorgelagerten und seine Verwirklichung erst ermöglichenden Teilakte des Gesamtgeschehens [...] nach dem Tatplan wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit und wegen des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs mit der eigentlichen Tathandlung als deren Bestandteil und bilden mit ihr eine natürliche Einheit.“ Dass die noch ausstehende Sprengung unabdingbar für die Wegnahme war, müsste jedoch gerade gegen ein unmittelbares Ansetzen sprechen; die „notwendige Zusammengehörigkeit“ und „natürliche Einheit“ erscheinen nicht hilfreich, da bei der Überwindung mehrerer Schutzmechanismen zur Ermöglichung einer Wegnahme die Teilakte stets eine notwendig zusammengehörende Einheit ergeben dürften. Im Ergebnis bildeten das erfolgreiche Aufhebeln, die Einleitung des Gasgemisches und die Sprengung des Geldtresors insgesamt nicht lediglich *einen* Zwischenschritt, da insbesondere die Sprengung des Geldtresors ein komplexes und unwägbares Unterfangen war und die Angeklagten sich nicht einen automatischen Geschehensablauf von Aufhebeln bis Wegnahme vorstellten.

Lediglich im Beschluss des 5. *Senats* vom Mai 2020¹⁵ lag tatsächlich ein unmittelbares Ansetzen vor: Die Angeklagten hatten vergeblich mit einem Hammer versucht, in die Glasscheibe eines Verkaufsrums, aus dem sie u.a. ungesicherte Zigaretten entwinden wollten, eine Öffnung zu schlagen. Hier waren die Zigaretten hinter der Glasscheibe in Sichtweite und sollten nach Tatplan direkt nach Einstieg eingesteckt werden; da mit dem Einschlagen der Glasscheibe nur ein einziger Schutzmechanismus überwunden werden und dies der letzte Zwischenschritt vor der geplanten Wegnahme sein sollte, ist dieser Fall mit dem 5. *Senat* als Versuchsbeginn zu werten.

¹⁵ BGH NStZ-RR 2020, 246.

¹⁴ Siehe auch (mit ausführlicher Begründung) *Rotsch*, ZJS 2020, 481 (482–489), der insbesondere die mangelnde Differenzierung des 5. *Senats* zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten, seine unbestimmten und abstrakten Kriterien zum unmittelbaren Ansetzen und die fehlerhafte Subsumtion kritisiert; ebenfalls kritisch bzgl. der Subsumtion *Fahl*, JR 2021, 73, 75; dem BGH jedoch (fast) durchgehend zustimmend *Eisele*, JuS 2020, 798; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2020, 550.

III. Ausreichende Alternativen zur Vorverlagerung

Die Gründe, den Versuchsbeginn vorzuverlagern, so wie die Senate es im Jahr 2020 praktiziert haben, liegen zwar auf der Hand: Wird die Tat beim ersten Ansetzen eines Aufbruchwerkzeugs oder Überwinden der ersten Barriere (z.B. Gartentor) entdeckt, könnte bereits mit einer (fakultativ gemilderten, § 23 Abs. 2 StGB) Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren (§ 243 Abs. 1 S. 1 StGB), von sechs Monaten bis zu zehn Jahren (§ 244 Abs. 1 StGB) oder von einem Jahr bis zu zehn Jahren (§ 244 Abs. 4 StGB; § 244a Abs. 1 StGB) bestraft werden. Umgekehrt ausgedrückt sei es der Praxis und der Bevölkerung „nicht vermittelbar“, dass sonst „nur wegen Hausfriedensbruchs oder Sachbeschädigung oder gar nicht bestraft werden könne“ und die Polizei, die einen zum Diebstahl Entschlossenen überrascht, zuwarten müsse, dass der Täter in die Räume eingedrungen ist, aus denen er stehlen will, um die Aburteilung wegen Einbruchdiebstahlsversuchs nicht zu gefährden.¹⁶

Eine solche Argumentation ist aber angreifbar: Sind mehrere an einem (Wohnungs-)Einbruchdiebstahl beteiligt, kann vor Versuchsbeginn bereits wegen Verabredung zum Verbrechen mit (zu mildernder) Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren (§ 30 Abs. 2 Var. 3 i.V.m. § 244 Abs. 4/ § 244a i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB)¹⁷ bestraft werden; dies dürfte dem Strafbedürfnis, das insbesondere angesichts organisierter Einbruchdiebstähle besteht, genügen.

Der als Einzeltäter zum Einbruch Entschlossene könnte wegen (versuchter) Sachbeschädigung mit Freiheitsstrafe bis zu immerhin zwei Jahren oder mit Geldstrafe (§ 303 Abs. 1 StGB), wegen Hausfriedensbruchs mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe (§ 123 Abs. 1 StGB) bestraft werden. Ein völlig strafloser Angriff ist in den hier bewerteten Angriffen auf einen gewahrssichernden Schutzmechanismus nur schwer vorstellbar. Ist hierbei das Ziel des Täters erkennbar, im Anschluss einen Diebstahl zu begehen, könnte dies im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt und ggf. die Strafobergrenze der §§ 123, 303 StGB ausgereizt werden. Denn es können nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 Gr. 1 StGB „Beweggründe und Ziele“ des Täters in die Abwägung einbezogen werden. Auch wenn eine Auswertung der Kommentarliteratur zur Frage, ob die Diebstahlsabsicht bei Verwirklichung der §§ 123, 303 StGB berücksichtigt werden sollte, unergiebig ist,¹⁸ sollen nach der Rechtspre-

chung des BGH jedenfalls auch solche Umstände strafscharfend berücksichtigt werden können, „die sich auf das Tatgeschehen insgesamt beziehen und den Unrechts- und Schuldgehalt [...] charakterisieren“;¹⁹ insbesondere hat der BGH festgestellt, dass bei der Ahndung von Straftaten im Vorbereitungsstadium, bei denen es nicht zum Versuch der ursprünglich geplanten weiteren Straftat gekommen ist, „keinen rechtlichen Grund gibt, [...] den in Aussicht genommenen verwerflichen Zweck außer Betracht zu lassen“.²⁰

Mit dem Argument, dass es „nicht vermittelbar“ sei, dass sonst ein erkennbar zur Tat Entschlossener nicht wegen versuchten Einbruchdiebstahls belangt werden könne, könnte im Übrigen die Versuchsstrafbarkeit beliebig weit nach vorne auf Vorbereitungshandlungen erweitert werden, bei denen die Einbruchabsicht bereits offensichtlich ist. Dass bereits versucht wurde, auf- oder einzubrechen, markiert zwar eine Zäsur; der gesteigerte Unrechtsgehalt und die damit verbundene Verunsicherung der Betroffenen, insbesondere bei Eingriffen in die Privatsphäre, kommt jedoch durch die Strafbarkeit nach §§ 123, 303 StGB zur Geltung. Angesichts der Tatsache, dass in solchen Fällen noch mehrere Schritte bis zur eigentlichen Wegnahme erforderlich gewesen wären und diese gerade nicht unmittelbar bevorstand, erscheint es ausreichend, auch lediglich wegen der tatsächlich verwirklichten Rechtsgutsverletzung (Beschädigung des Eigentums und/oder Beeinträchtigung des Hausrechts) zu bestrafen. Erst der Zeitpunkt, in dem aus Tätersicht eine Wegnahme unmittelbar bevorsteht, bildet eine neuerliche Zäsur und damit den Versuchsbeginn bei Diebstahl.

Wird eine Person vor Versuchsbeginn beim Angriff auf einen Schutzmechanismus überführt, bestehen im Regelfall „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO (Anfangsverdacht)²¹ und damit die strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten, um insbesondere die strafscharfende Diebstahlsabsicht (s.o.) festzustellen. Liegt ein „qualifizierter Anfangsverdacht“²² hinsichtlich einer Verabredung zu einem schweren Banden- oder Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB vor, existieren besondere Strafverfolgungsmöglichkeiten: Da §§ 244 Abs. 4, 244a StGB „schwere Straftaten“ nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. j

¹⁶ Vogel (Fn. 6), § 243 Rn. 74.

¹⁷ Siehe für eine Übersicht über die Folgen der Anhebung des Mindeststrafmaßes auf ein Jahr Freiheitsstrafe bei § 244 Abs. 4 StGB im Jahr 2017 Mitsch, KriPoZ 2017, 21 (22).

¹⁸ Vgl. Horn/Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, § 46 Rn. 127–135; Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13 f.; Maier, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rn. 204–216; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Rn. 607–613; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 52.

¹⁹ BGHSt 42, 43 (44); Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 18), Rn. 613.

²⁰ BGH NStZ 2003, 143 (144).

²¹ Solche sind dann anzunehmen, wenn es auf Basis von Tatsachen nach kriminalistischen oder anderen Erfahrungen wahrscheinlich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt, Stam, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 10 Rn. 22.

²² Es müssen Umstände vorliegen, die nach Lebens- oder kriminalistischer Erfahrung „in erheblichem Maß“ darauf hindeuten, dass sich jemand als Beteiligter einer Katalogtat strafbar gemacht, wobei ein hinreichender Tatverdacht nicht erreicht sein muss, Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 100a Rn. 30; Günther, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 100a Rn. 74, § 100g Rn. 29.

StPO und auch vorbereitende Straftaten wie die Verbrechensverabredung umfasst sind,²³ wären eine Telekommunikationsüberwachung ohne Wissen des Betroffenen (§ 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO), die Erhebung von Verkehrsdaten (§ 100g Abs. 1 S. 1 StPO)²⁴ oder eine Funkzellenabfrage (§ 100g Abs. 3 StPO) möglich; des Weiteren wären bestimmte Zeugnisverweigerungsrechte eingeschränkt (z.B. § 53 Abs. 2 S. 2 StPO). Die Verbrechensqualität der Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1, 3 StGB)²⁵ bewirkt zudem, dass das Absehen von Verfolgung bzw. eine Einstellung gem. §§ 153 f. StPO gesperrt wäre, verdeckte Ermittler nach § 110a Abs. 1 S. 2–4 StPO (z.B. bei Wiederholungsgefahr) eingesetzt werden dürften und die Wiederaufnahme eines bereits durch Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens (§ 373a StPO) zulässig würde.

IV. Vorlage an den Großen Senat

Sollten der 4. und 5. Senat weiter auf ihren unterschiedlichen Standpunkten zum Versuchsbeginn bestehen, ist anzunehmen, ein Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG einzuleiten und ggf. die Rechtsfrage dem Großen Senat vorzulegen. Zwar waren die Ausführungen des 4. Senats aus dem Jahr 2020 „ergänzende Anmerkungen“ zu Verwerfungen „offensichtlich unbegründeter“ Revisionen nach § 349 Abs. 2 StPO; gleiches gilt für die Beschlüsse des 5. Senats aus dem Jahr 2020, denen immerhin ausführliche „Gründe“ angefügt waren. Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO ohne erkennbar tragende Erwägungen können jedoch weder eine Bindungswirkung für spätere Entscheidungen entfalten²⁶ noch selbst Abweichungen im Vergleich zu früheren Entscheidungen darstellen, da die Revisionen, weil „offensichtlich“ unbegründet, gänzlich ohne Begründung verworfen werden könnten und die Anmerkungen schon dadurch, wenn nicht ausdrücklich anderslautend, nicht entscheidungserheblich sind.²⁷ Entscheiden die Senate durchgehend nach § 349 Abs. 2 StPO, wird also mangels Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage des Versuchsbeginns (die sowohl für die frühere

als auch aktuelle Entscheidung vorliegen muss) keine Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2 GVG ausgelöst.²⁸

Allerdings hielten die Senate in allen hier behandelten Fällen die Beschlüsse offenbar doch für begründungsbedürftig; jedenfalls in den Entscheidungen des 4. Senats ist zudem fraglich, ob die Ansicht, für den Versuchsbeginn reiche das unmittelbare Ansetzen zum Regelbeispiels- oder Qualifikationsmerkmal aus, nicht doch entscheidungserheblich für die Bejahung des Versuchsbeginns war. Mangels ausführlicherer Gründe kann die „materielle“ Entscheidungserheblichkeit jedoch nicht durchgängig bewertet werden; dass die Senate im Jahr 2020 trotz gegenläufiger Rechtsansichten stets den Versuchsbeginn bejahten, liegt an den unterschiedlichen (undefinierten) Kriterien, tatsächlichen Umständen und Subsumtionen. Zudem nimmt die Verweispraxis der Senate gerade keine Rücksicht darauf, ob die Rechtsfrage entscheidungserheblich ist bzw. war. Insbesondere auch durch die irreführenden Verweise verfestigen sich abweichende Rechtsansichten, die das Vorlageverfahren nach § 132 GVG gerade vermeiden will. Angesichts der offenkundig entgegenstehenden Ansichten sollte die Vorlagepflicht also nicht über die Beschlussart und das Anfügen lediglich von Anmerkungen vermieden, sondern die umstrittene Rechtsfrage in tragenden Gründen entschieden werden; dies würde den Weg zu einem anschließenden Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG bereiten.

V. Fazit

Die Rechtsprechung zum Versuchsbeginn beim Auf- oder Einbruchdiebstahl hat insbesondere im Jahr 2020 an Dynamik gewonnen, jedoch nicht zur Klärung beigetragen. Erstens stehen die dogmatischen Konzeptionen des 4. und 5. Senats einander gegenüber, wobei in der Gesamtschau der Rechtsprechung seit 2014 der 4. Senat der „Ausreißer“ und die Ansicht des 5. Senats, dass es bei Qualifikationen und Regelbeispielen auf das unmittelbare Ansetzen zum Grunddelikt ankomme, vorzugswürdig ist. Zweitens wendet der 5. Senat teils unklare konkretisierende Kriterien in zwei Entscheidungen so täterunfreundlich an, dass das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl zu weit vorverlagert wird. Hier stellten sich die aus Tätersicht noch ausstehenden Schritte bis zur Wegnahme sehr wohl als Zwischenschritte dar. Im Ergebnis nähert sich der 5. Senat der abzulehnenden Ansicht des 4. Senats an, dass ein Versuch bereits mit unmittelbarem Ansetzen zum Qualifikations- bzw. Regelbeispielsmerkmal vorliegen soll. Drittens kann eine Vorverlagerung des Versuchsbeginns nicht damit begründet werden, dass der vor Versuchsbeginn überführte Täter sonst strafflos oder „nur“ wegen Sachbeschädigung und/oder Hausfriedensbruch strafbar wäre, da ebendiese Straftatbestände und die ggf. verwirklichte Verbrechensverabredung sowie die prozessualen Möglichkeiten ausreichen, um dem bis zu diesem Moment verwirklichten Unrecht zu begegnen. Viertens wird angeregt, dass die Senate ihre Rechtsansichten in tragenden Gründen festhalten, sodass Divergenzen im Wege eines Anfrage- und Vorlageverfahrens aufgelöst werden können.

²³ BGHSt 32, 10 (16); Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 100a Rn. 12, § 100g Rn. 15.ggf. aktual.

²⁴ Soweit nach den Vorgaben von BVerfG NJW 2020, 2699, EuGH BeckRS 2020, 25341, sowie der faktischen Aussetzung der Vorratsdatenspeicherung nach OVG Münster NVwZ-RR 2018, 43, und ggf. anstehenden Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des § 100g StPO möglich.

²⁵ Siehe auch Radtke, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 13.

²⁶ BGHSt 35, 60 (65); 34, 184 (190, mit Hinweis auf die fehlende Begründung der früheren Entscheidung); Gericke, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 349 Rn. 34.

²⁷ Umfassend zu den Problemen von Beschlüssen nach § 349 Abs. 2 StPO siehe Stam, GA 2021, 213.

²⁸ Siehe Cierniak/Pohlitz, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3-2, 2018, GVG § 132 Rn. 12.

Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?

Von Prof. Dr. Prof. h.c. **Arndt Sinn**, Ass. iur. **Marcel Patric Iden**, M.Sc. M.A.,
Ass. iur. **Patrick Pörtner**, Osnabrück*

I. Einleitung

Im Sommer 2017 und kurz vor den Wahlen hat der Deutsche Bundestag die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) reformiert und, um der Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens zu entgehen, an internationale Vorgaben durch die Einfügung einer Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB angepasst. Damit sollte ein neues Kapitel zur Verfolgung der organisierten Kriminalität (OK) aufgeschlagen werden. Praktisch hat sich aber nicht viel geändert. Nach wie vor orientiert sich die Polizei an einer außerrechtlichen (Arbeits-)Definition zur organisierten Kriminalität, die aus dem Jahr 1990 (!) stammt. In der Justizpraxis wird diese Definition in der RiStBV¹ als Hilfsmittel zur Erhellung von OK-Sachverhalten verwendet, in denen eine Zusammenarbeit von Polizei, Staatsanwaltschaft und weiteren Kontrollbehörden notwendig erscheint.² In der gerichtlichen Praxis spielt diese – da nicht verrechtlicht – keine Rolle. Was also in der Strafverfolgungspraxis als organisierte Kriminalität bis zur Anklage ermittelt wurde, wird im Prozess nur dann als OK aufgearbeitet, wenn den Beschuldigten entweder eine OK-typische Betätigung wie bspw. Drogen-, Waffen oder Menschenhandel oder eine gewerbs- oder bandenmäßige Betätigung vorgeworfen wird. Um die Strukturen von organisierter Kriminalität im Strafprozess aufzuklären, müsste man allerdings auf das Organisationsdelikt der Bildung krimineller Vereinigungen zurückgreifen. Dass dies in der Praxis nicht geschieht, zeigen die Zahlen in den Polizei- und Justizstatistiken vor und nach 2017 sehr deutlich.³ Im Schrifttum und

* Der folgende Beitrag enthält erste Ergebnisse aus einer Teilstudie in dem vom BMBF im Rahmen des Programms „Forschung für die zivile Sicherheit“ geförderten Verbundprojektes „Organisierte Kriminalität 3.0“. Prof. Dr. h.c. **Arndt Sinn** ist Initiator und Verbundkoordinator dieses Projektes. Ass. iur. **Marcel Patric Iden**, M.Sc. M.A., und Ass. iur. **Patrick Pörtner** sind wissenschaftliche Mitarbeiter in den vom ZEIS verantworteten Teilprojekten.

¹ Abgedruckt als Anlage E Nr. 2.1 zu den RiStBV, *Meyer-Gößner/Schmitt*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021.

² Zum OK-Nützlichkeitskonzept vgl. *Sinn*, Organisierte Kriminalität 3.0, 2016, S. 8 ff.; *ders.*, in: *Sinn/Hauck/Nagel/Wörner* (Hrsg.), Populismus und alternative Fakten – (Straf-)Rechtswissenschaft in der Krise?, 2020, S. 259.

³ Im Bundeslagebild OK (abrufbar unter www.bka.de) sind für das Jahr 2014 571 OK-Verfahren erfasst. 2015 sind es 566, 2016 sind es 563, 2017 sind es 572, 2018 sind es 535 und für das Jahr 2019 sind 579 OK-Verfahren erfasst. Demgegenüber stehen nach der PKS (abrufbar unter www.bka.de) für die Jahre 2014 bis 2020 in chronologischer Reihenfolge insgesamt 22, 689, 279, 23, 39, 12, 19 Verfahren nach § 129 StGB. Die hohen Verfahrenszahlen in den Jahren 2015 und 2016 gehen sehr wahrscheinlich auf den Umstand zurück,

auch teilweise von den Gerichten wird außerdem bestritten, dass mit der Gesetzesänderung aus dem Jahr 2017 überhaupt eine Neuorientierung beim Vereinigungsbegriff einhergehen würde.

In diesem Beitrag wird die Genese des § 129 Abs. 2 StGB vorgestellt (II., III.) und in den Kontext der Verfolgung organisierter Kriminalität gestellt. Es wird nachgewiesen, dass mit der Legaldefinition nun eine Definition existiert, die organisierte Kriminalität erfasst (V.) und damit ein Paradigmenwechsel beim Vereinigungsbegriff vollzogen wurde, der aber in der Strafverfolgungspraxis noch nicht angekommen ist (IV.). Es wird die Frage beantwortet, warum die Strafjustiz § 129 StGB vor der Gesetzesänderung kaum angewendet hatte (II. 1.) und auch bis heute Zurückhaltung übt (V. 1. c) bb). Auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse wird eine Auslegung des Vereinigungsbegriffs vorgeschlagen, die sich stringent, widerspruchsfrei und systematisch folgerichtig sowie unions- und völkerrechtskonform in das geltende Strafrechtssystem einfügt und eine Abgrenzung zur Bande ermöglicht (V.).

II. Der Vereinigungsbegriff bis zum Sommer 2017

Im Zentrum des § 129 StGB steht der Begriff der „Vereinigung“. Bis zum Sommer 2017 war dieser gesetzlich nicht definiert. Vielmehr lag es in den Händen der Rechtsprechung, durch Auslegung des Vereinigungsbegriffs dessen Merkmale zu bestimmen und auch den damit eng verbundenen Anwendungszusammenhang der Tatbestände der Bildung krimineller (§ 129 StGB) und terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB) zu prägen. Die Rechtsprechung und ihr folgend die überwiegende Literatur sind dabei von einem einheitlichen Vereinigungsbegriff für die §§ 129 ff. StGB ausgegangen.⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH war unter einer Vereinigung der „auf Dauer angelegte organisatorische Zusammenschluß von mindestens drei Personen zu verstehen, die bei Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen“.⁵ Mit dieser Defini-

dass in diesen Jahren gegen eine große Anzahl von Mitgliedern einer rechtsextremen Gruppierung Verfahren nach § 129 StGB eingeleitet wurden. In der Strafverfolgungsstatistik (Fachserie/10/3 Wiesbaden, online abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00000107) sind für die Jahre 2014–2019 dann nur noch 13, 6, 10, 17, 13 und 10 Verurteilungen nach § 129 StGB verzeichnet.

⁴ v. *Heintschel-Heinegg*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 799 (800).

⁵ BGHSt 31, 202 (204 f.); vgl. auch BGHSt 31, 239 f.; 54, 69 (107 f.); 54, 216 (221).

tion war es kaum möglich, organisierte Kriminalität zu erfassen, weil sich in für OK typischen Hierarchien tatsächlich keine Unterordnung des Einzelnen unter den Gesamtwillen feststellen lässt und sich in anderen Fällen auch praktisch die Unterordnung kaum beweisen ließ. Selbst bei hoch entwickelten kriminellen profitorientierten Organisationsstrukturen hat die Rechtsprechung regelmäßig § 129 StGB verneint.⁶

Das Zustandekommen der Definition sowie die Erforderlichkeit, diese durch eine in § 129 Abs. 2 StGB n.F. implementierte Legaldefinition der Vereinigung abzulösen, lässt sich nur vor dem historischen Hintergrund des Straftatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen und der damit eng verwobenen (bisherigen) Wirkungsweise des § 129 Abs. 1 StGB nachvollziehen.⁷

1. Der politische Hintergrund zur Strafbarkeit der Beteiligung an kriminellen Verbindungen

Die (enge) Auslegung der Vereinigungsdefinition durch die Rechtsprechung ist auf den (ursprünglichen) rein politischen Hintergrund der Vorläufernormen des heute im StGB geregelten Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen zurückzuführen.

Der heutige § 129 StGB geht inhaltlich auf ein preußisches „ad-hoc-Gesetz“⁸ von 1798 zurück, welches sich speziell gegen eine Verbindung richtete, die sich im Zuge der Französischen Revolution gebildet hatte.⁹ Hintergrund dieser Strafnorm ist also ein rein politischer, der wenig mit dem heutigen Verständnis zu tun hat. Auch der spätere § 99 PreußStGB von 1851, welcher „[d]ie Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen es gehört[e], Maßregeln der Verwaltung oder Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften“ unter Strafe stellte, hatte offensichtlich einen politischen Hintergrund. Ebenfalls eine politische Stoßrichtung enthielten auch die späteren §§ 128 und 129 RStGB aus dem Jahr 1871.¹⁰ § 129 RStGB war sogar mit § 99 PreußStGB wortlautidentisch.¹¹ Es war schließlich die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Verbindung“, dem Vorläuferbegriff der heutigen „Vereinigung“ in den §§ 128 und 129 RStGB durch das Reichsgericht (RG), welche den Grundstein

für das bis zum Sommer 2017 in Deutschland vorherrschende Begriffsverständnis der kriminellen Vereinigung legte. Das RG definierte den Begriff der Verbindung in ständiger Rechtsprechung als „die auf eine gewisse Dauer berechnete, organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen, die bei Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als ein einheitlicher Verband fühlen“.¹² Es ist unverkennbar, dass diese Definition in weiten Teilen mit der Definition der „Vereinigung“ des BGH übereinstimmt.¹³ Beide Definitionen sind bereits durch die vier Elemente (zeitliches, personales, voluntatives und organisatorisches) gekennzeichnet, welche auch heute noch überwiegend in Rechtsprechung¹⁴ und Literatur¹⁵ als konstitutiv für das Begriffsverständnis der kriminellen Vereinigung angesehen werden. Die große Übereinstimmung der beiden Definitionen des RG und des BGH ist darauf zurückzuführen, dass der BGH die Definition des RG dem Wortlaut nach weitestgehend übernommen hat.¹⁶ Abgesehen von einer Präzisierung der Personenanzahl auf mindestens drei Personen, dem Austausch der Wörter „organisatorische Vereinigung“ hin zu „organisatorischer Zusammenschluß“ und einer Beschränkung der gemeinsamen Zwecke auf rein kriminelle sind die Definition des RG und des BGH sowie deren Auslegung nahezu identisch. Dass der BGH sich in seiner Interpretation auf rein kriminelle Zwecke beschränkt, ist einer Gesetzesänderung durch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz¹⁷ aus dem Jahre 1951 geschuldet. Fortan lautete § 129 Abs. 1 StGB: „Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, sie sonst unterstützt oder zu ihrer Gründung auffordert, wird [...] bestraft.“¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht sah in dieser Änderung zu Recht einen „Sinnwandel“ des § 129 StGB.¹⁹ Weg von der (rein) politi-

⁶ BGHSt 31, 202; BGH NJW 1992, 1518; LG Potsdam, Urt. v. 19.5.2015 – 25 KLs 8/14 (unveröffentlicht/rechtskräftig), in dem die Merkmale der kriminellen Vereinigung bei einem Fall professionell-organisierten Vertriebs gefälschter Arzneimittel mit Hinweis auf BGHSt 54, 216, abgelehnt wurden.

⁷ Umfassend zur Entstehungsgeschichte des § 129 StGB *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002; vgl. auch *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 164 ff.

⁸ Abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 63 f.

⁹ *Kinzig* (Fn. 7), S. 164; *Felske* (Fn. 7), S. 11.

¹⁰ *Kinzig* (Fn. 7), S. 164.

¹¹ § 129 RStGB abgedruckt bei *Fuchs*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, begründet von Rüdorff, bearbeitet von v. Liszt und *Delaquis*, 23. Aufl. 2019 (Nachdruck v. 1910), S. 160.

¹² RG JW 1931, 3667; vgl. auch bereits RGSt 13, 273; 24, 328.

¹³ Auffällig ist aber, dass das RG in seiner ursprünglichen Entscheidung zur Auslegung des Merkmals der „Verbindung“ noch von einem deutlich weiteren Verständnis des Willenselements ausgegangen ist. Hiernach wurden sogar hierarchische Strukturen erfasst, vgl. RGSt 13, 273 (277).

¹⁴ Vgl. BGHSt 54, 216 (221).

¹⁵ *Lohse*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 129 Rn. 10 ff.; *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 129 Rn. 14a; v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2021, § 129 Rn. 5; *Schroeder*, ZIS 2014, 389 (391).

¹⁶ Vgl. BGHSt 28, 147. Hier betont der BGH ausdrücklich, dass die Rspr. des RG fortgeführt wurde.

¹⁷ Strafrechtsänderungsgesetz v. 30.8.1951, BGBl. I 1951, S. 739.

¹⁸ BGBl. I 1951, S. 744.

¹⁹ BVerfG NJW 1964, 539 (540).

schen Stoßrichtung hin zur Erfassung von Personenzusammenschlüssen außerhalb der politischen Kriminalität. Der Wortlaut wurde also eindeutig entpolitisiert, was große Auswirkungen in der Anwendungspraxis des Tatbestandes hätte haben können. Überraschenderweise wurde dieser Wandel des Tatbestandes mehrheitlich nicht wahrgenommen oder ignoriert. Denn trotz dieser Änderung stellte sowohl der historische Gesetzgeber,²⁰ wie auch die Kommentarliteratur²¹ in Bezug auf die Auslegung des Vereinigungsbegriffs weiterhin (allein) den Zusammenhang zu den Staatsschutzdelikten her. Auch der BGH hielt an dem politischen Verständnis des Vereinigungsbegriffs fest. Denn der Tatbestand wurde in der Folgezeit weiterhin vor allem auf politische kriminelle Organisationen angewendet, was durch zahlreiche Entscheidungen des Revisionsgerichts z.B. zu den Hausbesetzerfällen,²² zu linksextremistischen Gruppierungen wie der RAF²³ oder zu rechtsextremen Organisationen²⁴ belegt wird. Auch die Änderung des § 129 StGB durch das Vereinsgesetz im Jahr 1964²⁵ änderte an diesem politischen Verständnis wenig.²⁶

Das Paradebeispiel von organisierten Personenzusammenschlüssen zur Verfolgung von kriminellen Zielen, nämlich Gruppierungen der organisierten Kriminalität, wurde aufgrund dieser fortgeltenden politischen Auslegung des Vereinigungsbegriffs gerade nicht von § 129 Abs. 1 StGB erfasst.²⁷ Die Verurteilungen dieser Gruppierungen scheiterten regelmäßig an dem engen Verständnis des subjektiven und organisatorischen Elements des Vereinigungsbegriffs. Denn insbesondere hierarchisch strukturierte Organisationen, wie sie häufig im Bereich der OK aufzufinden sind, welche u.a. durch einen autoritären Anführungswillen geprägt sind, sich also der Einzelne nicht – wie vom BGH gefordert – einem in der Organisation gebildeten Gesamtwillen unterordnet, wurden nicht erfasst.²⁸ In hierarchisch organisierten

Gruppierungen könne sich nicht die als so gefährlich angesehene Eigendynamik entwickeln, da diese durch eine autoritäre Führung unterbunden werde.²⁹ Ferner sei die Bildung einer „Gruppenidentität“ ausgeschlossen, wenn strikt getrennte Informationsbereiche und einseitige Befehlswege bestehen würden.³⁰ Ähnliches galt daneben auch für Netzwerkstrukturen, in denen zwar die einzelnen Netzwerkmitglieder gemeinsam Straftaten begehen und hierbei gegenseitig aufeinander angewiesen sind, daneben aber oftmals abgesehen von dem eigenen Profitinteresse kein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgen.³¹ Der bloße Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen, verbinde diese, solange der Wille des Einzelnen maßgeblich bleibt und die Unterordnung unter einen Gruppenwillen unterbleibt, noch nicht zu einer kriminellen Vereinigung, so der BGH.³² Darüber hinaus war zudem häufig der Nachweis der von der Rechtsprechung aufgestellten hohen Anforderungen an das organisatorische Element nicht zu führen, sodass viele OK-Gruppierungen mit § 129 Abs. 1 StGB nicht erfasst werden konnten.³³ Es gab aber auch Stimmen, die eine Orientierung des Begriffs der kriminellen Vereinigung „weniger am Bild von Vereinsatzungen³⁴ oder Parteibeschlüssen als an dem wirklichkeitsnäheren Bild hierarchisch strukturierter Verbrecherorganisationen“ forderten.³⁵

2. Die kriminelle Vereinigung und das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) aus dem Jahr 1992

Mit § 129 StGB a.F. und auf der Grundlage der engen Auslegung durch die Rechtsprechung konnte die Zugehörigkeit zu OK-Gruppierungen also i.d.R. nicht strafrechtlich verfolgt werden. Dabei spielte die von der organisierten Kriminalität ausgehende Bedrohung in der kriminalpolitischen Diskussion der 1980er/1990er Jahre in Deutschland allerdings eine herausragende Rolle. Im Jahr 1992 wurde deshalb auch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und

der kriminellen Organisationen nicht unter § 129 StGB“ fällt, vgl. BT-Drs. 16/12346 v. 19.3.2009, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 16/12154 – Anwendung des § 129 Strafgesetzbuch gegen Organisierte Kriminalität, S. 7.

²⁰ BGH NJW 1992, 1518 (1519); Selzer, KriPoZ 2018, 224.

³⁰ Kress, JA 2005, 220 (224); Selzer, KriPoZ 2018, 224; Brisach/Maletz-Gaal, Kriminalistik 2018, 300; Lohse (Fn. 15), § 129 Rn. 13.

³¹ Dessecker, NStZ 2009, 184 (188).

³² BGH NStZ 2007, 31; vgl. diesbzgl. zuletzt auch das LG Köln NStZ-RR 2021, 74.

³³ Kinzig (Fn. 7), S. 159; BT-Drs. 18/11275, S. 7.

³⁴ In der Rspr. des BGH findet sich mehrfach der Hinweis darauf, dass der Begriff der Vereinigung mit dem des Vereins übereinstimme. Vgl. BGH bei Holtz, MDR 1977, 282; BGH NStZ 1982, 68.

³⁵ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 129 Rn. 4.

²⁰ BT-Drs. 1307, S. 43 f.; vgl. dazu auch Schafheutle, JZ 1951, 609 f.; Hohmann, wistra 1992, 85; Kinzig (Fn. 7), S. 165.

²¹ Vgl. Schönke, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 1952, § 129 II. Nr. 1, mit Verweis auf den Vereinigungsbegriff des § 90a StGB a.F.; vgl. hierzu bereits Kinzig (Fn. 7), S. 165.

²² Vgl. BGH NJW 1975, 985; BGHSt 31, 239.

²³ BGHSt 28, 26; 27, 325.

²⁴ BGHSt 41, 47.

²⁵ BGBl. I 1964, S. 593; vgl. auch BT-Drs. IV/430; BT-Drs. IV/2145 (neu).

²⁶ Kinzig (Fn. 7), S. 165; ausführlich zu dem Änderungsprozess durch das VereinsG Felske (Fn. 7), S. 329 ff.

²⁷ Kinzig (Fn. 7), S. 169.

²⁸ Vgl. BGH NStZ 1982, 68; BGHSt 31, 202 (206); BGH NJW 1992, 1518; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 129 Rn. 5; Kress, JA 2005, 220 (224); v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), S. 799; Kreß/Gazeas, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1487 (1488); Zöller, KriPoZ 2017, 26 (27); Selzer, KriPoZ 2018, 224. Im Jahr 2009 ging auch die Bundesregierung davon aus, dass deshalb „ein gewisser Anteil

anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG)³⁶ verabschiedet. Als ein „Musterbeispiel modernen Strafrechts“³⁷ kritisiert, wurde aber jedenfalls mit diesem Gesetz und ca. zehn Jahre nach dem Volkszählungsurteil³⁸ die bisherige Ermittlungspraxis in gesetzliche Bahnen verwiesen. In strafprozessualer Hinsicht hat man besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Verfolgung der organisierten Kriminalität in die StPO aufgenommen.³⁹ Im materiellen Recht wurde u.a. der Anwendungsbereich des § 129 StGB auf ausländische kriminelle Vereinigungen, deren Zweck auf den Vertrieb von Betäubungsmitteln gerichtet ist, erweitert (§ 30b BtMG). Der Gesetzgeber hat sich im OrgKG aber bewusst dagegen entschieden, in das deutsche Strafgesetzbuch einen OK-Straftatbestand aufzunehmen, weil ihm die Konturen der organisierten Begehungsweise damals für ein Tatbestandsmerkmal noch nicht ausreichend gefestigt schienen.⁴⁰ Gesetzliche Anknüpfungspunkte für organisierte Kriminalität wollte man in der Bandenkriminalität sowie im gewerbsmäßigen Verhalten verankert sehen.⁴¹ Deshalb wurde im OrgKG auch die Bestrafung der Bandenkriminalität ausgeweitet.⁴² Um allein die Mitgliedschaft in einer OK-Gruppierung bestrafen zu können, ohne dass es bspw. auf die Beteiligung an einem Bandendiebstahl usw. ankommen sollte, blieb alles beim engen Anwendungsbereich des § 129 StGB.

Das OrgKG hat also in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Richtungsänderung bewirkt. Im Gegenteil: Durch die Inpflichtnahme der Bandendelikte und deren Ausweitung sowie durch den Verweis auf die gewerbsmäßige Begehung im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität wurde die enge Auslegung des Vereinigungsbegriffs sogar noch verfestigt. Das damals neue OK-Phänomen wurde bekannten Begehungsweisen von Kriminalität (Bande, Gewerbsmäßigkeit) zugewiesen, weil der Gesetzgeber keinen anderen Weg sah, OK zu erfassen. Substantziell steckt im OrgKG also nicht so viel organisierte Kriminalität, wie es der Titel des Gesetzes vermuten lässt.

3. Internationale Vorgaben

Auch auf europäischer und internationaler Ebene wurde beginnend mit den 1990er Jahren um eine Strafbarkeit der Be-

teiligung in einer organisiert-kriminellen Gruppe gerungen.⁴³ Diese Initiativen zielten ausdrücklich darauf ab, dass auch Gruppierungen der organisierten Kriminalität von dem Begriff der „kriminellen Vereinigung“ erfasst sein sollten. Damit war bezweckt, neben der Bestrafung des konkreten Delikts auch der von der Struktur ausgehenden Gefahr, dass durch die Gruppenmitglieder weitere schwere Straftaten begangen werden, zu begegnen. Diese Maßnahmen waren also nicht konkret tätigkeitsbezogen, sondern strukturbezogen. Dafür war es notwendig, Merkmale der organisierten Kriminalität zu finden, die sich als Merkmale eines Straftatbestandes in den Mitgliedstaaten bzw. Vertragsstaaten formulieren lassen.

Am Anfang der europäischen Initiativen steht die im Jahr 1998 durch den Rat der Europäischen Union erlassene gemeinsame Maßnahme betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung.⁴⁴ Die Erwägungen zu dieser gemeinsamen Maßnahme machen deutlich, dass der Rat damals mit der „kriminellen Vereinigung“ eindeutig die organisierte Kriminalität erfassen wollte. In Art. 1 dieser gemeinsamen Maßnahme wurde eine Definition der kriminellen Vereinigung⁴⁵ formuliert. Eine nähere Begriffsbestimmung dessen, was unter dem in dieser Definition enthaltenen zentralen Merkmal des „organisierten Zusammenschlusses“ zu verstehen ist, war allerdings noch nicht enthalten; diese Definition erfolgte erst im EU-Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung aus dem Jahr 2002.⁴⁶ Dort heißt es in Art. 2 Abs. 1 S. 2: „Der Begriff ‚organisierter Zusammenschluss‘ bezeichnet einen Zusammenschluss, der nicht nur zufällig zur unmittelbaren Begehung einer strafbaren Handlung gebildet wird und der nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder eine ausgeprägte Struktur hat.“⁴⁷ Mit der gemeinsamen Maßnahme wurde der Grundstein für ein gemeinsames Verständnis und damit auch den rechtlichen Verfolgungsrahmen gegen organisierte Kriminalität und

⁴³ Zum Einfluss des EU-Rechts vgl. auch *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 9 ff.

⁴⁴ Vgl. Gemeinsame Maßnahme des Rates v. 21.12.1998 betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung (98/733/JI), ABl. EG 1998 Nr. L 351 v. 29.12.1998, S. 1.

⁴⁵ Nach Art. 1 der gemeinsamen Maßnahme (Fn. 44) ist eine „kriminelle Vereinigung“: „[...] der auf längere Dauer angelegte organisierte Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind, gleichviel, ob diese Straftaten Hauptzweck oder ein Mittel sind, um geldwerte Vorteile zu erlangen und gegebenenfalls die Tätigkeit öffentlicher Stellen in unzulässiger Weise zu beeinflussen.“

⁴⁶ Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI), ABl. EG 2002 Nr. L 164 v. 22.6.2002, S. 3.

⁴⁷ Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 (Fn. 46), S. 4.

³⁶ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992, BGBl. I 1992, S. 1302 ff.; vgl. zum OrgKG ausführlich *Sinn* (Fn. 2 – Populismus), S. 259 ff.

³⁷ *Hassemer*, KJ 1992, 64 (Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität [OrgKG], Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 22. Januar 1992 mit Verweis auf BT-Drs. 12/989, S. 24 und 26).

³⁸ BVerfGE 65, 1.

³⁹ Vgl. dazu ausführlich *Gropp*, Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 24.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 20 f., 24 f.

⁴² Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 21.

folglich für den im Jahr 2008 verabschiedeten Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität gelegt.⁴⁸ Dieser Rahmenbeschluss löste die gemeinsame Maßnahme ab und in seiner Ausgestaltung wurde er mit dem Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität („Palermo-Übereinkommen“/UNTOC)⁴⁹ aus dem Jahr 2000 *synchronisiert*, dem die EG 2004 beigetreten war.⁵⁰ In Art. 1 Nr. 1 wird die „criminal organisation“ (in der deutschen Übersetzung „kriminelle Vereinigung“) wie folgt als „einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind“ definiert. In Art. 1 Nr. 2 findet sich fast wortgleich die Definition zum „organisierten Zusammenschluss“, wie er im Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung verwendet wird.⁵¹ Diese Begriffsbestimmungen knüpfen⁵² an die nahezu wortlautidentische Definition der strukturierteren Gruppe in Art. 2 lit. c des Palermo-Übereinkommens der UN an.⁵³ Mit der UNTOC⁵⁴ wurde mit der Definition der „organized criminal group“ in Art. 2 lit. a eine erste internationale Grundlage für das Verständnis und die Verfolgung von OK geschaffen.⁵⁵ Deutschland hat die UNTOC im Jahr 2000 noch in Palermo unterzeichnet⁵⁶ und im Jahr 2005 wurde der Vertrag ratifiziert.⁵⁷ Für die Bundesrepublik Deutschland ergab sich

aus diesen internationalen Verpflichtungen und dem Beitritt der EG zur UNTOC eine *dreifache* Verpflichtung zur Anpassung des nationalen Rechts: zum ersten als Mitgliedstaat der EU und aufgrund der daraus folgenden Bindungen an den Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 24.10.2008, zum zweiten als Vertragsstaat der UNTOC und zum dritten aufgrund des Beitritts der EG zur UNTOC und der dadurch aus Art. 216 Abs. 2 AEUV folgenden Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten.⁵⁸ Trotz dieser Verpflichtungen sah die Bundesregierung bis zum Jahr 2015 keinen rechtlichen Anpassungsbedarf.⁵⁹ Auch eine Reaktion der Rechtsprechung in Form einer völkerrechts- bzw. europarechtskonformen Auslegung des deutschen Vereinigungsbegriffs in § 129 StGB blieb aus.⁶⁰ Den vorläufigen Schlusspunkt bildete sodann die „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 3.12.2009.⁶¹ Dort befasste sich der Senat mit der Frage, ob der Begriff der kriminellen Vereinigung im Lichte des EU-Rahmbeschlusses aus dem Jahr 2008 extensiver auszulegen sei. Auf eine völkerrechtskonforme Auslegung vor dem Hintergrund der UNTOC ging der Senat nicht ein. Der Senat erteilte einer unionsrechtskonformen Auslegung und damit einer Modernisierung des Vereinigungsbegriffs eine eindeutige Absage. Mit dem Festhalten an dem engen voluntativen Element, also an dem Gesamtwillen der Vereinigung und der Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke, war damit zugleich ein

gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, BGBl. II 2005, S. 954.

⁵⁸ Vgl. schon *Sinn* (Fn. 2 – OK 3.0), S. 44.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 16/12346 v. 19.3.2009, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 16/12154 – Anwendung des § 129 Strafgesetzbuch gegen Organisierte Kriminalität, S. 7 und BT-Drs. 18/175 v. 16.12.2013, Antwort der Bundesregierung der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Andrej Hunko, Kersten Steinke und der Fraktion DIE LINKE. – BT-Drs. 18/114 – Erweiterung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 und 129a des Strafgesetzbuchs aufgrund des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, S. 2 sowie BT-Drs. 15/5150 v. 17.3.2005, Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, S. 75.

⁶⁰ Obwohl eine solche Auslegung zumindest kurzzeitig vom 3. Senat in Erwägung gezogen wurde, vgl. BGH NJW 2006, 1603. Näher zu einer europarechtskonformen Auslegung *Altwater*, NStZ 2003, 179 (184); *Kress*, JA 2005, 220 (223 ff.); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 5), S. 799 ff.; *Kreß/Gazeas* (Fn. 28), S. 1488 ff.; *Lang*, in: in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291; *Zöllner*, KriPoZ 2017, 26 (28 ff.); *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 32 ff.

⁶¹ BGHSt 54, 216.

⁴⁸ Rahmenbeschluss des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (2008/841/JI), ABl. EU Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 ff., Umsetzungsfrist: 10.5.2010.

⁴⁹ Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität v. 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25.

⁵⁰ Vgl. den Beschluss des Rates v. 29.4.2004 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (2004/579/EG), ABl. EU Nr. L 261 v. 6.8.2004, S. 69 ff.

⁵¹ Vgl. oben Fn. 46.

⁵² Näher zum Vergleich der Definitionen der UNTOC mit dem EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der OK *Sinn* (Fn. 2 – OK 3.0), S. 32 ff.

⁵³ Nach Art. 2 lit. c UNTOC ist eine strukturierte Gruppe: „[...] eine Gruppe, die nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung einer Straftat gebildet wird und nicht notwendigerweise förmlich festgelegten Rollen für ihre Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat“.

⁵⁴ Grundlegend zur UNTOC vgl. *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014.

⁵⁵ *Sinn* (Fn. 2 – Populismus), S. 272.

⁵⁶ *Pintaske* (Fn. 54), S. 53 f.

⁵⁷ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen

Ausscheren aus den internationalen Vorgaben verbunden.⁶² Der *Senat* begründete seine Entscheidung damit, dass andernfalls eine Abgrenzung zur Bande nicht mehr möglich sei.⁶³ Dieses Abgrenzungsproblem mache die europarechtsfreundliche Modifikation des bisherigen Begriffs der kriminellen Vereinigung durch die Rechtsprechung unmöglich.⁶⁴ Sie wäre vielmehr „allein Sache des Gesetzgebers“.⁶⁵ In den Mitgliedstaaten der EU war das Merkmal des Gesamtwillens bei der Interpretation der kriminellen Vereinigung exotisch und wurde nur in Deutschland vertreten.⁶⁶

III. Die Reform des Vereinigungsbegriffs im Sommer 2017

Mit der Entscheidung zur „Kameradschaft Sturm 34“ war damit auch die letzte Möglichkeit gescheitert, im Wege der unions- und völkerrechtskonformen Auslegung einen Paradigmenwechsel beim Vereinigungsbegriff zu erwirken. Obwohl die enge politische Ausrichtung des § 129 StGB vor dem Hintergrund der internationalen Vorgaben als problematisch erkannt wurde,⁶⁷ sah sich der Gesetzgeber acht Jahre lang nicht veranlasst, tätig zu werden. Erst unter dem Druck eines gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens⁶⁸ legte das BMJV im Jahr 2016 einen Referentenentwurf zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008 vor. Nach geringen Anpassungen im Gesetzgebungsverfahren und ohne Anhörung im Rechtsausschuss wurde eine neue, nun unions- und völkerrechtskonforme Regelung verabschiedet, welche am 24.8.2017 in Kraft

getreten ist.⁶⁹ Da nach der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. *Strafsenats* nicht mehr damit zu rechnen war, die Umsetzung der internationalen Vorgaben im Wege einer modernen Interpretation zu erreichen, wurde das Auslegungsproblem durch die Einfügung einer Legaldefinition zur Vereinigung gelöst. In Anlehnung an Art. 1 des Rahmenbeschlusses zur kriminellen Vereinigung heißt es in § 129 Abs. 2 StGB nun:

„(2) Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten Interesses.“

Diese Definition entspricht somit (endlich) den internationalen Vorgaben und geht sogar teilweise über diese hinaus.⁷⁰ Auch sie enthält die vier klassischen Merkmale einer kriminellen Vereinigung: zeitlich, personal, voluntativ und organisatorisch. Macht man sich die Mühe, die langjährige Genese des Vereinigungsbegriffs bis zum Sommer 2017 nachzuzeichnen und setzt sie in den Kontext der internationalen Vorgaben sowie der Entstehungsgeschichte des Rahmenbeschlusses der EU zur organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008 und bezieht dabei ein, dass dieser Rahmenbeschluss mit der UNTOC synchronisiert wurde,⁷¹ so ist die gefundene Definition alles andere als eine „deutsche Kreation“ und man muss sich vor einer kontextgebundenen Interpretation auch nicht „hüten“.⁷²

IV. Kein Paradigmenwechsel in der Strafverfolgungspraxis

Mit der Neuregelung könnte man nun annehmen, dass ein Paradigmenwechsel stattgefunden haben müsste. Der Wille des Gesetzgebers ist eindeutig. Die Gesetzesänderung zielt unmissverständlich darauf ab, den Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2008 umzusetzen, „da der Begriff der Vereinigung in § 129 des Strafgesetzbuches (StGB) in der Auslegung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enger ist als die Definition in Artikel 1 des Rahmenbeschlusses“.⁷³ Außerdem wollte der Gesetzgeber mit der Definition „auch Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität“ erfassen.⁷⁴ Es ging also darum, das enge voluntative Element

⁶² Sinn (Fn. 2 – Populismus), S. 273; siehe auch *Calderoni*, *Organized Crime Legislation in the European Union*, 2010, S. 7, 129 f.

⁶³ BGHSt 54, 216 (231).

⁶⁴ BGHSt 54, 216 (224).

⁶⁵ BGHSt 54, 216 (224 f.).

⁶⁶ Vgl. *Calderoni* (Fn. 62), S. 7, 129 f.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 16/12346 v. 19.3.2009, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 16/12154 – Anwendung des § 129 Strafgesetzbuch gegen Organisierte Kriminalität, S. 7 und BT-Drs. 18/175 v. 16.12.2013, Antwort der Bundesregierung der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Andrej Hunko, Kersten Steinke und der Fraktion DIE LINKE. – BT-Drs. 18/114 - Erweiterung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 und 129a des Strafgesetzbuchs aufgrund des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, S. 2 sowie BT-Drs. 15/5150 v. 17.3.2005, Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, S. 75.

⁶⁸ BT-Drs. 18/11275 v. 22.2.2017, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, S. 8.

⁶⁹ Vgl. Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 17.7.2017, BGBl. I 2017, S. 2440.

⁷⁰ Näher hierzu Sinn (Fn. 2 – Populismus), S. 274.

⁷¹ Darauf gehen nicht ein: Fischer (Fn. 28), § 129 Rn. 1 ff.; Stein/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 1 ff.; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 129 Rn. 4 ff.

⁷² Vgl. aber Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 17.

⁷³ Vgl. oben Fn. 68, S. 1, 7.

⁷⁴ Vgl. oben Fn. 68, S. 11.

in Richtung einer regelhaften Willensbildung innerhalb der Vereinigung aufzulockern. Seit 2017 existiert somit eine gesetzliche Definition zur Erfassung von organisierter Kriminalität im sprachlichen Gewand einer kriminellen Vereinigung, die neben der Arbeitsdefinition⁷⁵ aus dem Jahre 1990 steht. In der Polizeipraxis ist die Gesetzesänderung jedoch immer noch nicht angekommen. Denn wenn es richtig ist, dass mit § 129 StGB nun auch Tätergruppierungen aus der organisierten Kriminalität erfasst sein sollen, so müsste sich dies in den Verfahrenszahlen in den BKA-Lagebildern ab 2018 nachweisen lassen. Die Daten zeichnen aber ein anderes Bild: Nach wie vor orientiert sich das BKA an der Arbeitsdefinition aus dem Jahr 1990 und die Verfahren gemäß § 129 StGB sind nicht annähernd synchron.⁷⁶

Teilweise rebelliert die Gerichtspraxis in Auslegung gewandt offen gegen die Neuregelung und will zur Auslegung des 3. *Strafsenats* zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung zurück. So hat das LG Köln⁷⁷ in einer Haftentscheidung unter Hinweis darauf, dass es bei einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 129 StGB zu einer Verwischung der Grenzen von Bande und krimineller Vereinigung und damit zu einem unauflösbaren Bruch im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen kommen würde, den Anwendungsbereich des § 129 StGB weiterhin subjektiv begrenzt. Ein übergeordnetes Interesse i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB soll dann ausscheiden, „wenn bei den in Aussicht genommenen Straftaten lediglich das persönliche Gewinnstreben des Täters im Vordergrund steht“.⁷⁸ Das steht klar im Widerspruch zur Gesetzesbegründung, wonach die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Zieles auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität denkbar ist. Dieses liegt

„in dem von den Mitgliedern der Vereinigung über den Willen zur gemeinsamen Begehung von Straftaten geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben, das sich in der Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, der Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder dem (Versuch) der Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft, zeigt“.⁷⁹ Die obergerichtliche Rechtsprechung, insbesondere die des 3. *Strafsenats*, wies deshalb auch bei der Auslegung des neuen Vereinigungsbegriffs in genau diese Richtung. In einer Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren aus dem Jahr 2018 hat der 3. *Strafsenat* festgestellt, dass es erklärtes Ziel des neuen § 129 Abs. 2 StGB sei, „den Vereinigungsbegriff auszuweiten, indem die Anforderungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung abgesenkt werden“.⁸⁰ Mehr als ein Jahr später geht ebenfalls der 3. *Strafsenat* in einem Haftprüfungsverfahren davon aus, dass „nunmehr nicht nur Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne „Gruppenidentität“.“⁸¹ Die Mitgliedschaft in einer Vereinigung auf der Grundlage der Legaldefinition erfordere nicht, „dass sich der Täter in das ‚Verbandsleben‘ der Organisation integriert und sich deren Willen unterordnet“. Hinreichend sei „eine gewisse, einvernehmliche Eingliederung des Täters in die Organisation“.⁸² In einem weiteren Haftprüfungsverfahren hat der 3. *Strafsenat* diese Linie bestätigt: „Strukturmerkmale wie Führungspersonal, fest abgestimmte Regularien und eine Unterordnung unter den gemeinsamen Verbandswillen [sind] jedoch nicht mehr erforderlich“.⁸³ Es genüge vielmehr für das Vorliegen einer Vereinigung „nur noch ein koordiniertes Zusammenwirken, um ein gemeinsames, über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgehendes Ziel zu erreichen“.⁸⁴

Mit ganz ähnlichen Argumenten, wie sie das LG Köln vorträgt, wird auch in der Strafrechtswissenschaft und entgegen den oben genannten Leitlinien des 3. *Strafsenats* der neue Vereinigungsbegriff stark kritisiert und in Frage gestellt.⁸⁵ *Greco* geht sogar so weit zu behaupten, dass der neue Vereinigungsbegriff „weder europarechtlich, noch wegen der neu-

⁷⁵ Vgl. dazu bereits unter I.

⁷⁶ Im Bundeslagebild OK (abrufbar unter www.bka.de) sind für das Jahr 2014 571 OK-Verfahren erfasst. 2015 sind es 566, 2016 sind es 563, 2017 sind es 572, 2018 sind es 535 und für das Jahr 2019 sind 579 OK-Verfahren erfasst. Demgegenüber stehen nach der PKS (abrufbar unter www.bka.de) für die Jahre 2014–2020 in chronologischer Reihenfolge insgesamt 22, 689, 279, 23, 39, 12, 19 Verfahren nach § 129 StGB. Die hohen Verfahrenszahlen in den Jahren 2015 und 2016 gehen sehr wahrscheinlich auf den Umstand zurück, dass in diesen Jahren gegen eine große Anzahl von Mitgliedern eine rechtsextremen Gruppierung Verfahren nach § 129 StGB eingeleitet wurden. In der Strafverfolgungsstatistik (Fachserie/10/3 Wiesbaden. Online abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00000107) sind für die Jahre 2014–2019 dann nur noch 13, 6, 10, 17, 13 und 10 Verurteilungen nach § 129 StGB verzeichnet.

⁷⁷ LG Köln NStZ-RR 2021, 74.

⁷⁸ LG Köln NStZ-RR 2021, 74. Das Schleswig-Holsteinische OLG (Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, S. 5, unveröffentlicht) hält hingegen im voluntativen Element unter Verweis auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/11275, S. 11) zur Neufassung auch das gemeinsame Streben nach Gewinn und Macht zur Verfolgung eines übergeordneten Interesses für ausreichend.

⁷⁹ BT-Drs. 18/11275, S. 11.

⁸⁰ BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17 = NStZ-RR 2018, 206 (207).

⁸¹ BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11; ähnlich auch Schleswig-Holsteinisches OLG Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, S. 5.

⁸² BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

⁸³ BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 3/21 = NStZ-RR 2021, 136 (137).

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 3/21 = NStZ-RR 2021, 136 (137); In diese Richtung auch bereits BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

⁸⁵ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 6; *Zöller*, KriPoZ 2017, 26 (31 ff.); *Selzer*, KriPoZ 2018, 224 (227 ff.); *Martin*, Kriminallistik 2018, 269 (271).

en Legaldefinition zwingend“ sei, „sondern dass der traditionelle Vereinigungsbegriff mit wenigen Abstrichen [...] weiterhin gültig“ bleibe.⁸⁶ Außerdem werden Friktionen bei der Abgrenzung zur Bande befürchtet.⁸⁷ Letztendlich setzt *Greco* seine Ansicht zu einem Vereinigungsbegriff an die Stelle des gesetzlichen und spricht einer „europarechtsfreundlichen Auflockerung des voluntativen Elements“ die Zulässigkeit ab.⁸⁸ Mehr noch: „Die neue Legaldefinition, die das Erfordernis der Verfolgung eines ‚übergeordneten‘ Interesses vorsieht“, habe „den herkömmlichen Standpunkt der Rspr. – anscheinend ungewollt – nur gestärkt.“⁸⁹

Es scheint, als ob sich Rechtsgeschichte wiederholen würde: Wie gezeigt, hat auch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahr 1951 praktisch keine Änderung zu den Merkmalen des Vereinigungsbegriffs bewirken können. Gleiches wird nun auch von Seiten der Justiz und der Strafrechtswissenschaft nach der Gesetzesreform im Jahr 2017 behauptet. Die Kritik fokussiert deutlich und im Anschluss an die „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung auf die Fortgeltung des übergeordneten Gesamtwillens als voluntative Komponente des Vereinigungsbegriffs. Nur damit bleibe eine Abgrenzung der Bande zur kriminellen Vereinigung möglich.

Die nachfolgenden Überlegungen entschlüsseln mit Hilfe der Auslegungsmethoden die einzelnen gesetzlichen Elemente des neuen Vereinigungsbegriffs und suchen nach Antworten auf die Frage, wie die kriminelle Vereinigung von der Bande abgegrenzt werden kann.

V. Die Auslegung des Begriffs der kriminellen Vereinigung

1. Die vier (oder fünf?) Elemente des Vereinigungsbegriffs

Als Ausgangspunkt der Auslegung lässt sich als übereinstimmend in Rechtsprechung⁹⁰ und Literatur⁹¹ auch beim heutigen Vereinigungsbegriff konstatieren, dass der Begriff ein personale- und temporales (a), voluntatives (b) sowie ein organisatorisches/strukturelles Element (c) aufweist. Uneinigkeit besteht allein darin, welche konkreten Anforderungen an die letzten beiden Elemente zu stellen sind und ob darüber hinaus der „Zusammenschluss“ (d) als fünftes Element hinzukommen muss.

a) Das personale und zeitliche Element

Das unproblematischste und unter Bestimmtheitsgesichtspunkten eindeutigste Element des Vereinigungsbegriffs ist

das personale. Der Wortlaut der Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB ist hier unmissverständlich. „Eine Vereinigung ist ein [...] Zusammenschluss von mehr als zwei Personen [...]“. Es müssen sich also immer mindestens drei Personen zusammenschließen. Bereits vor der Gesetzesänderung waren in personaler Hinsicht immer drei Individuen notwendig, aber auch ausreichend. Hintergrund dieser Mindestgröße ist nach überwiegender Auffassung, dass sich bei einem Zusammenschluss von lediglich zwei Personen noch nicht die für größere Personenzusammenschlüsse typische Eigendynamik entwickle, welche geeignet sei, dem einzelnen Beteiligten die Begehung von Straftaten zu erleichtern und bei ihm das Gefühl der persönlichen Verantwortung zurückzudrängen.⁹²

Auch die Anforderungen an das zeitliche Element sind durch die Gesetzesänderung unverändert geblieben.⁹³ In temporärer Hinsicht muss der Zusammenschluss der drei Personen „auf längere Dauer“ angelegt sein, vgl. § 129 Abs. 2 StGB. Hiermit ist nicht gemeint, dass die Mitgliedschaft einzelner Personen von Dauer sein muss, sondern ob der Zusammenschluss von Personen als solcher auf Dauer angelegt ist.⁹⁴ Die Tätigkeit der Vereinigung darf sich also nicht in einem einmaligen Zweck erschöpfen.⁹⁵ Die Notwendigkeit dieser längerfristigen zeitlichen Komponente wird ebenfalls damit erklärt, dass sich nur über einen längeren Zeitraum durch gruppendynamische Prozesse die als so gefährlich angesehene Eigendynamik des Personenzusammenschlusses entwickeln könne.⁹⁶ Eine konkrete Mindestdauer des Zusammenschlusses gibt der Gesetzeswortlaut hingegen nicht vor. Wirft man nun einen vergleichenden Blick auf die ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelte – und heute weitgehend unstrittige⁹⁷ – Definition der Bande, so fällt auf, dass die dort genannten Anforderungen an die Personenanzahl und die Dauer des Zusammenschlusses identisch mit den Vorgaben der Vereinigungsdefinition des § 129 Abs. 2 StGB an das personale und zeitliche Element sind. „Eine Bande ist der Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehre selbständige, im Ergebnis noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.“⁹⁸ Es werden also ebenfalls drei Individuen vorausgesetzt, welche sich für eine „gewisse Dauer“ verbunden haben müssen. Folge-

⁸⁶ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 6.

⁸⁷ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 20; *Fischer* (Fn. 28), § 129 Rn. 24; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 71), § 129 Rn. 4a; *Selzer*, *KriPoZ* 2018, 224 (228); *Martin*, *Kriminalistik* 2018, 269 (271).

⁸⁸ *Stein/Greco* (Fn. 71), 129 Rn. 21.

⁸⁹ *Stein/Greco* (Fn. 71), 129 Rn. 21.

⁹⁰ BGHSt 54, 216 (221); vgl. auch BGH BeckRS 2019, 10865.

⁹¹ *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 14a; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 129 Rn. 5; *Lohse* (Fn. 15), § 129 Rn. 10 ff.; *Schroeder*, *ZIS* 2014, 389 (391).

⁹² BGHSt 28, 147 (148 f.); vgl. auch *Rudolphi*, in: *Frisch/Schmid* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, S. 315 (319 f.), welcher im Hinblick auf die Eigendynamik des kriminellen Zusammenschlusses die Anzahl von drei Personen hinterfragt.

⁹³ *Lohse* (Fn. 15), § 129 Rn. 16.

⁹⁴ BT-Drs. 18/11275, 11; *Fischer* (Fn. 28), § 129 Rn. 10.

⁹⁵ *Fischer* (Fn. 28), § 129 Rn. 10.

⁹⁶ *Rudolphi* (Fn. 92), S. 315 (320).

⁹⁷ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 28), § 244 Rn. 34 ff.; *Schmitz*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 40.

⁹⁸ BGHSt 46, 321; BGH StV 2013, 508 (509), BGH NStZ 2015, 647; *Wittig*, in: v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 244 Rn. 15.

richtig taugen das personale und zeitliche Element der Vereinigungsdefinition nicht für die Abgrenzung zur Bande; eine solche Abgrenzungsmöglichkeit ist vielmehr im voluntativen oder organisatorischen Element zu suchen.

b) Das voluntative Element

Die „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. *Strafsenats* hat deutlich gemacht, dass das eng verstandene voluntative Element bei der Interpretation der Vereinigung nicht nur die Anwendbarkeit des § 129 StGB in Fällen organisierter Kriminalität faktisch unmöglich machte, sondern auch Auslöser für die Neufassung des § 129 Abs. 2 StGB war. Folgerichtig sollte es also nicht mehr als Merkmal einer kriminellen Vereinigung gelten. Um dies nachzuweisen, ist das systematische Zusammenspiel von § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB von Bedeutung.⁹⁹ Denn in Abs. 2 wird allein definiert, was unter einer „Vereinigung“ zu verstehen ist. Der Gesetzgeber legt alle Merkmale fest, die für das Strafrecht allgemeingültig und *neutral* beschreiben, wann eine Vereinigung vorliegt.¹⁰⁰ In § 129 Abs. 1 StGB wird dann beschrieben, unter welchen Voraussetzungen die Beteiligung an einer *kriminellen* Vereinigung strafbar ist. Neben weiteren Voraussetzungen muss der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein. Erst durch diese Zweckbestimmung wird eine Vereinigung (Abs. 2) zu einer *kriminellen* Vereinigung (Abs. 1). Man findet also sowohl in Abs. 1 eine Zweckbestimmung („Begehung von Straftaten“) als auch in Abs. 2 („Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“).

Mit den beiden Zweckbestimmungen haben Rechtsprechung¹⁰¹ und Teile der Literatur¹⁰² immer auch die Gefährlichkeit des Zusammenschlusses begründet und darin einen Grund für die Legitimität der Vorfeldbestrafung gesehen. Diese Gefährlichkeit beruhe auf verschiedenen gruppenpsychologischen Effekten: Im Rahmen des individuellen Bedürfnisses nach Zugehörigkeit tendiere das Mitglied dazu, sich mit den Einstellungen, Entscheidungen und Handlungen der Gruppe konform zu verhalten.¹⁰³ Hierbei könne insoweit die Gewissensentscheidung und das Gefühl individueller Verantwortung des Einzelnen negativ beeinflusst oder sogar teilweise ausgeschaltet werden. Besonders kritisch sei dieser Effekt, wenn das Gruppenmitglied die Bedeutung der Gruppe und ihrer Interessen über die eigenen stellt und infolgedessen

zu Handlungen motiviert werden kann, die für das Mitglied eigentlich nachteilig und mit einem individuellen *rational-choice* Ansatz unvereinbar wären.¹⁰⁴ Hinzu sollen zudem Effekte aus dem Zusammenspiel verschiedener Mitglieder treten, die in Form von Gruppenemotionen und Gruppendenken die Willens- und Entscheidungsbildung der Gruppe beeinflussen und zu irrationalen bis hin zu strafbaren Handlungen führen. Diese Effekte werden üblicherweise unter dem Begriff der „Eigendynamik“ der Vereinigung zusammengefasst.

Dass der Gesetzgeber das voluntative Element in Abs. 2 nicht wie im Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2008 oder in der UNTOC enger, nämlich profitorientiert, beschrieben hat, liegt an folgendem und wird vom Gesetzgeber selbst angeführt: „Die Beschränkung auf die Verfolgung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils hätte nämlich eine gewisse Einschränkung der Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung nach § 100c Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b der Strafprozessordnung (StPO) in Verbindung mit § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E zur Folge gehabt. Einige der in § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E genannten Straftaten wären dann nicht § 129 Absatz 1 StGB-E unterfallen, da sie nicht regelmäßig in der Absicht begangen werden, einen materiellen Vorteil zu erlangen. Eine solche Einschränkung der bisherigen Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung soll vermieden werden.“¹⁰⁵ Es kann also gar nicht die Rede davon sein, dass der Gesetzgeber mit dem „übergeordneten gemeinsamen Interesse“ in Abs. 2 an dem „übergeordneten Gesamtwillen“ als Merkmal der Vereinigung festgehalten hat.¹⁰⁶ Vielmehr zeigt das Zusammenspiel zwischen § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, dass es Vereinigungen gibt, die (unrechtsneutral) bspw. aus Gründen der Profitabilität geschlossen werden (übergeordnetes gemeinsames Interesse, Abs. 2). Eine solche Vereinigung verfolgt etwa das Interesse der *gemeinsamen* Gewinnerzielung, das in Gestalt dieser Gemeinsamkeit über die persönlichen Einzelinteressen der Mitglieder hinausgeht, also übergeordnet ist. In der *gemeinsamen* Zweckerreichung liegt die Überordnung des Interesses, das sich durch Eingliederung des Einzelnen in Netzwerke oder durch Unterordnung in Hierarchien manifestiert. Zur *kriminellen* Vereinigung wird diese erst dann, wenn dieses übergeordnete gemeinsame Interesse (Profitorientierung) derart umgesetzt wird, dass Straftaten begangen werden (Abs. 1). Für den Anwendungsbereich organisierter Kriminalität bedeutet das, dass in dem „übergeordneten gemeinsamen Interesse“ selbstverständlich das Interesse enthalten ist, im organisierten Zusammenschluss Geld zu verdienen.¹⁰⁷ Zur kriminellen Vereinigung wird dieser Zusammenschluss dann, wenn das Geld durch Straftaten verdient werden soll. Und grundsätzlich können auch Personen, die sich in einem Wirtschaftsunternehmen zusammengeschlossen haben, Beteiligte in einer kriminellen

⁹⁹ Das übersehen *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 15, vollständig.

¹⁰⁰ Bei § 85 StGB ist „Vereinigung“ jedoch aufgrund des Kontextes verwaltungsakzessorisch auszulegen, vgl. *Anstötz*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 15), § 85 Rn. 4; *Stein/Greco* (Fn. 71), § 85 Rn. 3.

¹⁰¹ BGHSt 54, 216 (229); 41, 47 (51); BGH NJW 1992, 1518; BGHSt 31, 202 (205); 28, 147 (148).

¹⁰² *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 4; *Rudolphi* (Fn. 92), S. 315 (317); *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 2; *Becker*, *Kriminalistik* 2010, 568 (569).

¹⁰³ *Kessler/Fritsche*, *Sozialpsychologie*, 2018, S. 116 ff., 144 ff.; *Jonas/Stroebe/Hewstone*, *Sozialpsychologie*, 6. Aufl. 2014, S. 280 ff., 287 f.

¹⁰⁴ *Kessler/Fritsche* (Fn. 103), S. 142 ff.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/11275, S. 10; BR-Drs. 795/16, S. 7.

¹⁰⁶ So aber *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 15–21.

¹⁰⁷ Vgl. auch Schleswig-Holsteinisches OLG, *Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20*, im Falle der Betreibung eines Hawala-Finanzsystems.

Vereinigung sein:¹⁰⁸ Der Zusammenschluss erfolgt, um Gewinn zu erzielen (Vereinigung) und wird dann, wenn die Personen verabreden, dieses Ziel im Zusammenschluss durch Straftaten zu erreichen, zu einer kriminellen Vereinigung. Den Bedenken gegen eine unions- und völkerrechtskonforme Auslegung ist damit die Grundlage entzogen.

Konkret bedeutet die „Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“, dass die Personen zumindest eine konkludente Verpflichtung zur Kooperation und zum wechselseitigen Beitrag jedes Mitglieds bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks eingehen.¹⁰⁹

c) *Das organisatorische Element*

aa) *Interdependenz, Macht und Ordnung als die/eine Organisation konstituierende Merkmale*

Das organisatorische Element des Vereinigungsbegriffs wird in § 129 Abs. 2 StGB mit der Formulierung von der „Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss“ beschrieben. Auch der in der Rechtsprechung vertretene Begriff enthält als organisatorisches Element den „organisatorischen Zusammenschluss“.¹¹⁰ Die Formulierung in § 129 Abs. 2 StGB präzisiert dieses Merkmal insoweit, als der organisierte Zusammenschluss von der Ausprägung der Struktur unabhängig ist. Auch das ist keine deutsche Erfindung, sondern eine Folge der internationalen Vorgaben,¹¹¹ da die Strukturen organisierter krimineller Gruppen stark variieren. Es wurde bewusst eine offene Formulierung gewählt, um sowohl Hierarchien, aber auch Netzwerke und horizontal strukturierte Gruppen einbeziehen zu können. Ein organisierter Zusammenschluss, ohne dass es auf die Ausprägung der Struktur ankommen soll, ist kein Widerspruch.¹¹² Vielmehr soll damit klargemacht werden, dass es nicht auf das Maximum von Strukturmerkmalen ankommt,¹¹³ aber eine Struktur vorhanden sein muss. Damit geht einher, dass die Anforderungen an das organisatorische Element im Vergleich zu dem in der Rechtsprechung bisher vertretenen Merkmal einerseits niedriger, andererseits hinsichtlich der Abgrenzung zur Bande höher sein müssen. Das niedrigere Anforderungsniveau für das organisatorische Element wird dadurch deutlich, dass es gerade nicht mehr auf die förmliche Festlegung von Rollen für die Mitglieder oder auf eine Kontinuität der Mitgliedschaft ankommen soll. Es bedarf also gerade keiner derartig ausgeprägten „Gruppenidentität“¹¹⁴ mehr, wie das von der

Rechtsprechung¹¹⁵ früher verlangt wurde.

Das organisatorische Merkmal in der Definition der kriminellen Vereinigung ist das *Schlüsselement* zur Erfassung von organisierter Kriminalität in all ihren Organisations- und Strukturformen, aber auch das *Grenzelement*, um davon die Bandenmitgliedschaft abzugrenzen.¹¹⁶ Außerdem ist es das *Verbindungselement* zu den von der Strafverfolgungspraxis und der Forschung erkannten OK-Indikatoren und schließlich ist es das die Vorfeldstrafbarkeit *legitimierende Element*.

Das Merkmal „Organisation“¹¹⁷ oder „organisiert“¹¹⁸ ist dem Strafrecht nicht fremd, allerdings ist es kein genuin strafrechtlicher Begriff. Im Rahmen der Begriffsanalyse ist es daher zielführend, in Anwendung der bekannten Auslegungsmethoden auch auf Erkenntnisse der Sozialforschung und der Wirtschaftssoziologie zurückzugreifen.

Erforderlich für § 129 Abs. 2 StGB ist, dass sich mehrere Personen in einer organisierten Form zusammenschließen, d.h. der Zusammenschluss über ein objektives Organisationselement verfügt. Der hierbei zugrundeliegende Begriff der *Organisation* geht auf das Wort organisieren („planmäßig ordnen“), das lateinische organum („Werkzeug“) und das französische organe („zu einem lebensfähigen Ganzen zusammenfügen“) zurück¹¹⁹ und zeigt so bereits in seiner Etymologie die maßgeblichen Kernpunkte seiner Auslegung auf. Eine Organisation liegt insoweit dann vor, wenn unterschiedliche Elemente – in diesem Fall Personen und ihre Ressourcen – in einen verbindenden Rahmen bzw. eine Struktur eingliedert werden und so ein neues Ganzes bilden. Dieser verbindende Rahmen beruht seinerseits auf sozialen Kräften, die zwischen den Akteuren vermitteln und sie zueinander in Beziehung setzen, namentlich auf Interdependenz, Macht und Ordnung.¹²⁰

Interdependenz ist die Abhängigkeit verschiedener ursprünglich getrennter Elemente voneinander, die in ein Zusammenspiel treten. Dies geschieht insbesondere in Form der Arbeitsteilung. In Bezug auf die Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB liegt daher Interdependenz vor, wenn das übergeordnete Interesse nicht auch in gleicher Form durch den Anteil jedes Mitglieds alleine erreicht wird, die jeweiligen Mitglieder also aufeinander angewiesen sind und in entsprechender Abstimmung handeln.

Macht in Organisationen wird dadurch begründet, dass der Einzelne sein individuelles Machtpotential in den Dienst der Gesamtheit stellt. Dies führt zu einer Begrenzung der

¹⁰⁸ Kirkpatrick, wistra 2016, 378 (381); a.A. Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 15; Rübenstahl, wistra 2014, 166 (170).

¹⁰⁹ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 12.

¹¹⁰ BGHSt 54, 216 (221, 225); BGH BeckRS 2019, 10865; BGH NSStZ 2008, 146 Rn. 21; BGH NSStZ 1982, 68.

¹¹¹ Vgl. Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI sowie Art. 2 lit. c UNTOC. Den Nachweis dafür, dass die Formulierung „der Ausprägung der Struktur unabhängiger“ in § 129 Abs. 2 StGB „nicht einmal europarechtlich geboten“ sei, bleiben Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 25 schuldig.

¹¹² So aber Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 26.

¹¹³ So zu Recht Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 26.

¹¹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 11.

¹¹⁵ BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGHSt 45, 26 (35); 31, 239 (240); 31, 202 (205); 28, 147 (149).

¹¹⁶ Das übersehen Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 24 ff.

¹¹⁷ Vgl. etwa §§ 11 Abs. 1 Nr. 2 c; 85 Abs. 1; 86; 86a; 89a Abs. 1 StGB.

¹¹⁸ Vgl. etwa §§ 265c, 265d Abs. 5 Nr. 1 StGB.

¹¹⁹ Duden, Etymologie Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache, neue Rechtschreibung: 7 – Das Herkunftswörterbuch, 6. Aufl. 2020, S. 599.

¹²⁰ Vgl. auch Latour, Berliner Journal für Soziologie Bd. 11 (2), 2001, 237; Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer, Organisation, 6. Aufl. 2012, S. 6 ff.; Nadel, The Theory of Social Structure, 1957 S. 11 f.

Handlungsfreiheit des Einzelnen, da Mitglieder der Vereinigung in ihrer persönlichen Freiheit durch die auf der Organisationsstruktur beruhenden Limitierungen beschränkt werden. Sie sind in ihren Entscheidungen nicht gänzlich frei, sondern müssen sich der Gruppe oder einzelnen Mitgliedern in ihrem Verhalten anpassen. Diese Anpassung kann von bloßer Koordination bis hin zu der Ausbildung von festgelegten Willensbildungs- und Führungsstrukturen reichen.¹²¹

Ordnung ist das Regeln von Verfahrensabläufen. Sie kann durch die Einnahme verschiedener Rollen innerhalb der interdependenten Arbeitsteilung oder der Koordination oder Führungsstruktur erzielt werden, die die Mitglieder zumindest gelegentlich einnehmen, ohne dass diese jedoch notwendigerweise konkludent oder gar ausdrücklich verfestigt sind. Ebenso können eine bestimmte planmäßige Infrastruktur, eine Methodik der Kommunikation, eine gemeinsame Vorgehensweise oder gemeinsame Verhaltensregeln eine Ordnung innerhalb der Vereinigung darstellen.¹²²

Ein *praktikables* und *justiziables* Konzept der Organisation i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB greift daher diese drei Elemente – die den verbindenden sozialen Rahmen einer Vereinigung in grundlegender Weise beschreiben – in ihrer praktischen Ausprägung auf. Als maßgebliche Quelle für die Organisation der kriminellen Vereinigung lassen sich etwa die von der Praxis ausgearbeiteten Indikatoren für die Erkennung OK-relevanter Sachverhalte heranziehen, soweit sie das Organisationselement betreffen.¹²³ Im Rahmen der Tatausführung kann das Merkmal der Interdependenz somit auf ein arbeitsteiliges Zusammenwirken oder den Einsatz von Spezialisten zurückgeführt werden. Ebenso zeigt sich die Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit im Rahmen der Gruppenstruktur in Form von Hierarchie, Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnissen und Sanktionssystemen, aber auch durch die für Vorausplanung und präzise Tatausführung notwendige Kooperation. Schlussendlich kann die innere Ordnung der Vereinigung sich auf ein weites Feld potentieller Verfahrensregeln für ihre internen Abläufe und ihren inneren Aufbau begründen: die Regelung der Kommunikation durch Decknamen und Codierung bzw. Verschlüsselungstechnologie, die mit einem hierarchischen Aufbau oder einer Arbeitsteilung oftmals einhergehende Rollenverteilung, Regeln der Beuteverwertung insbesondere in Form eines planmäßig geordneten Firmengeflechts zur Verschleierung

¹²¹ Zur Bedeutung von Koordination als Merkmal einer Vereinigung zustimmend auch BGH NStZ-RR 2021, 136 (137); BGH NStZ-RR 2018, 206 (207); BGH BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

¹²² Vgl. auch *Latour*, Berliner Journal für Soziologie Bd. 11 (2), 2001, 237 ff.; *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer* (Fn. 120), S. 6 ff.; *Nadel* (Fn. 120), S. 11 f; zur Bedeutung von Planung, Koordination und Kommunikation als Kennzeichen einer Vereinigung ebenso BGH NStZ-RR 2021, 136; NStZ-RR 2018, 206; zur Abstimmung und Kommunikation auf einer Online-Plattform als ausreichendes Merkmal auch BGH NStZ-RR 2021, 136.

¹²³ Abgedruckt als Anlage E Nr. 2.4 zu den RiStBV, Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 1).

und Geldwäsche, geregelte und standardisierte Mechanismen und Verfahren in der Absprache, Vorausplanung und Durchführung von Straftaten, das Vorhalten von Ruheräumen und Unterstützungssystemen bei der Tatvorbereitung oder die Existenz von vorgefertigten Verfahren und Handlungsanweisungen als Hilfe für Gruppenmitglieder im Falle ihrer Verhaftung. Aufgrund der immanenten Flexibilität und Innovationskraft krimineller Strukturen soll diese Liste nicht als abschließend zu verstehen sein. Es lassen sich auf ihrer Grundlage weitere Merkmale erarbeiten, die das organisatorische Element in seiner praktischen Anwendung mit Leben füllen. Es ist damit das *Verbindungselement* zu den Erkenntnissen aus der Strafverfolgungspraxis und der empirischen Forschung.

Mit dem organisatorischen Element wird das gesteigerte Bedrohungspotential adressiert, das aus dem objektiven Organisationselement folgt und das strafrechtsdogmatisch erst die Legitimationsgrundlage für die Pönalisierung von Zusammenschlüssen zu kriminellen Zwecken schafft. Dem Grundsatz folgend, dass ein Ganzes mehr ist als die Summe seiner Teile, führt das organisierte Zusammenwirken mehrerer zu einem kriminellen Gefüge, das über das Potenzial der einzelnen Teile hinauswächst. Durch Arbeitsteilung können hierbei individuelle Fähigkeiten und Ressourcen miteinander verbunden und manche komplexen kriminellen Tätigkeitsfelder – wie der transnationale Drogenhandel in größerem Umfang – erst erschlossen werden. Aus dieser Kanalisierung von Machtmitteln in Form von Kontakten und Ressourcen entstehen neue Handlungsoptionen und somit eine inhärente Form potentieller Macht der Vereinigung.¹²⁴ Es wird eine neue Qualität erschaffen bzw. ein Qualitätssprung im Vergleich zur Einzelperson oder anderer Formen des Mehrpersonenverhältnisses insbesondere der Bande erreicht. Diese gesteigerte Qualität beruht neben der Verbindung von Arbeitskraft und Ressourcen auch auf Koordination, Rollenverteilung und geregelten Verfahrensabläufen, die zu einer verbesserten Effektivität und Effizienz führen. Diese ist wiederum bestimmend für den erhöhten Grad der Professionalisierung, der die kriminelle Vereinigung bzw. die organisierte Kriminalität kennzeichnet.

Das gefährliche Machtpotenzial in einer kriminellen Vereinigung besteht also darin, dass die Begehung von Straftaten aufgrund der Organisationsstruktur *erwartbar* wird. Und genau in dieser Erwartbarkeit liegt deren Gefährlichkeit. Innerhalb der kriminellen Vereinigung haben die Faktoren Interdependenz, Macht und Ordnung eine Motivationsfunktion, indem sie für die Mitglieder die Annahme fremder Selektionsleistung nahelegt und für den Normalfall erwartbar macht.¹²⁵ In kriminellen Vereinigungen ist also die Begehung von Straftaten nicht mehr ein unsicheres, sondern ein erwartbares Ereignis.

¹²⁴ Vgl. das Machtressourcenmodell in *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007, S. 57 f., 141.

¹²⁵ *Luhmann*, Macht, 2. Aufl. 1988, S. 7; vgl. näher zu dem Zusammenhang von Macht und Erwartbarkeit *Sinn* (Fn. 124), S. 105 ff., 186 ff.

bb) Abgrenzung zur Bande

Vor dem Hintergrund der unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs und des neu in das StGB eingefügten § 129 Abs. 2 hat insbesondere die Rechtsprechung¹²⁶ wiederholt die Frage aufgeworfen, inwieweit dies mit wesentlichen Konzepten des deutschen Strafrechts vereinbar ist, namentlich mit dem Begriff der Bande. Kritiker¹²⁷ betonten, dass eine unionsrechts- und völkerrechtskonforme Auslegung der kriminellen Vereinigung bzw. die seit 2017 in § 129 Abs. 2 StGB geschaffene Definition eine Abgrenzung unmöglich machen würden.¹²⁸ Dem europarechtlichen Gebot der Harmonisierung könne daher nicht Folge geleistet werden. Vielmehr sei eine einschränkende oder sogar teleologische Auslegung geboten.¹²⁹ Das LG Köln schlägt – in bewusstem Widerspruch zum Wortlaut des Rahmenbeschlusses 2008/ 841/JI – eine subjektive Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 129 Abs. 2 StGB vor, bei dem das „übergeordnete gemeinsame Interesse“ ausscheide, wenn für die Täter nur ihr persönliches Gewinnstreben im Vordergrund stehe. Nach dieser Auffassung soll § 129 StGB im Gegensatz zur Bande die Gefahr einer erhöhten Eigendynamik auffangen, die durch das Zusammenwirken Mehrerer im Rahmen eines übergeordneten Interesses entsteht und die insoweit das zentrale Abgrenzungskriterium darstellt.¹³⁰

Es ist unbestritten, dass eine Abgrenzung zwischen der Bande und der kriminellen Vereinigung notwendig ist. Diese Abgrenzung auf subjektiver Ebene zu suchen, ist jedoch weder durch die internationalen Vorgaben belegt, noch praktisch dem Phänomen der organisierten Kriminalität angemessen. Eine solche Interpretation klammert nämlich sowohl das archetypische Verständnis der organisierten Kriminalität als hierarchische Gruppe nach Vorbild der Mafia, als auch die modernen Entwicklungen der organisierten Kriminalität in Form von Netzwerkstrukturen aus dem Tatbestand aus. Der Anwendungsbereich des § 129 StGB würde daher gleichermaßen von oben wie von unten beschränkt werden, was in Anbetracht der hinreichend klaren unions- und völkerrechtlichen Vorgaben, dem systematischen Verhältnis von § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, dem kriminalpolitischen Zweck der Vorschrift sowie den empirischen Erkenntnissen über moderne Entwicklungen in der Vorgehensweise krimineller Gruppierungen nicht vertretbar erscheint. Es ist auch strafrechtsdogmatisch nicht notwendig, so vorzugehen.

¹²⁶ BGHSt 54, 216 (231); Beschluss des LG Köln NStZ-RR 2021, 74 (75).

¹²⁷ So zuletzt das LG Köln NStZ-RR 2021, 74 (75). Auch *Gazeas*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 129 Rn. 10, 18; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 71), 129 Rn 4a m.w.N.; *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn 33; *Martin*, *Kriminalistik* 2018, 269.

¹²⁸ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 20.

¹²⁹ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 20.

¹³⁰ So das LG Köln NStZ-RR 2021, 74 mit Verweis auf BGHSt 54, 216 (231).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts Köln in dem erst kürzlich zu dieser Frage ergangenen Beschluss,¹³¹ liegt der Grund für eine Pönalisierung der Mitglieder krimineller Vereinigungen nämlich nicht primär bei den Gefahren der einer Personengruppe innewohnenden Eigendynamik, sondern vielmehr bei der Gefahr der Bündelung kriminellen Potentials, das hier mit der Erwartbarkeit, dass Straftaten begangen werden, bereits umschrieben wurde (vgl. oben). Dynamiken innerhalb von Personengruppen existieren zwar, sind jedoch nicht jene Merkmale, die sich in erkennbarer Weise in dem Ausmaß des kriminellen Erfolges niederschlagen und die somit die Behandlung in einem eigenen Tatbestand rechtfertigen. Organisierte kriminelle Personengruppen verursachen nicht jährliche Schäden in Höhe von 803 Mio. Euro alleine in Deutschland,¹³² weil ihre Eigendynamik sie hierzu befähigt. Der Grund hierfür ist vielmehr in ihrem organisierten Zusammenwirken zu suchen. Eine transnationale Drogenhandelskette – die Betäubungsmittel von Lateinamerika nach Deutschland transportiert und dort vertreibt – kann dies nur aufgrund arbeitsteiliger Kooperation, die Spezialisten im Bereich Produktion, Logistik, Transport und Vertrieb zusammenführt, ihre Arbeit koordiniert und in produktive Bahnen lenkt.

Dem steht auch nicht der Wortlaut des „übergeordneten Interesses“ entgegen, der auf eine solche Eigendynamik zu verweisen scheint, indem er in Bezug auf das subjektive Element über den des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI hinausgeht. Zu erinnern ist, dass nach der Systematik der §§ 129 ff. StGB die Definition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB sowohl für politisch, als auch für nicht-politisch motivierte Kriminalität genutzt werden soll. Erst in § 129 Abs. 1 StGB konkretisiert sich die „Vereinigung“ zur „kriminellen Vereinigung“ ohne politischen Bezug, oder eben zur „terroristischen Vereinigung“ in § 129a Abs. 1 StGB mit Verweis auf § 129 Abs. 2 StGB. Eine wortgetreue Umsetzung des Rahmenbeschlusses hätte diese Doppelrolle der „Vereinigung“ und die Verweisung in § 129a StGB auf § 129 Abs. 2 StGB unmöglich gemacht.¹³³ Hieraus ergibt sich, dass das „übergeordnete Interesse“ lediglich systematischer Natur ist und die Fälle des § 129 Abs. 1 StGB, aber auch die Spielarten des politischen Interesses mit Bezug auf § 129a Abs. 1 StGB umfassen soll. Das „übergeordnete Interesse“ liegt also bspw. bei der einen Vereinigung in der Gewinnerzielung und bei der anderen in der Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse. Beide Interessen werden dann kriminalisiert, wenn der Zweck der Vereinigung darin besteht, die Gewinnerzielung oder die Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch die Begehung von Straftaten umzusetzen. Das nennen wir dann organisierte Kriminalität einerseits und Terrorismus andererseits.

Nicht zu übersehen ist außerdem, dass die von der Rechtsprechung hervorgehobene Eigendynamik der krimi-

¹³¹ LG Köln NStZ-RR 2021, 74.

¹³² Bundeskriminalamt, *Bundeslagebild Organisierte Kriminalität*, 2019.

¹³³ Zu dem Verhältnis von § 129 Abs. 1 zu Abs. 2 StGB siehe unter V. 1. b).

nellen Vereinigung aufgrund eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ bei näherer Betrachtung genauso bei Personengruppen ohne eines solchen übergeordneten Interesses vorkommen kann. Deshalb taugt es als rechtspolitischer Hintergrund für eine Abgrenzung wenig. Richtig ist zwar, dass die Unterordnung des Einzelnen unter das Interesse einer Gemeinschaft diesen zu Handlungen befähigt, die andernfalls gegen dessen Eigeninteresse laufen würden. Dies ist insbesondere beim Terrorismus und bei der Verweigerung der Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden ein Problem. Ebenso kann das Phänomen des Gruppendenkens zu einer kaum vorhersehbaren und oftmals irrationalen Entwicklung der Entscheidungsfindung einer Gruppe führen. Verfehlt ist jedoch die Annahme, dass diese Effekte nur auf die Existenz eines „übergeordneten Interesses“ zurückzuführen sind und daher etwa bei einer Bande oder einer anderen Form von Mehrpersonenverhältnis nicht vorkommen können. Die Psychologie begründet diese Prozesse nämlich vorrangig mit dem Wunsch des Einzelnen nach Konformität und der Furcht vor Ächtung.¹³⁴ Ausreichend für den Beitrag zu einer Eigendynamik wäre damit schon die bloße Mitgliedschaft in einem Mehrpersonenverhältnis. Dies lässt sich am Beispiel des Wirtschaftsunternehmens treffend verdeutlichen: Ausweislich der engen Auslegung von Rechtsprechung¹³⁵ und Teilen der Literatur¹³⁶ können Unternehmen bereits keine Vereinigungen i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB darstellen, weil es ihnen am übergeordneten Interesse fehle. Die Unternehmensangehörigen würden nur ihren persönlichen Interessen folgen.¹³⁷ Dessen ungeachtet wird gleichwohl das Phänomen des Gruppendenkens regelmäßig anhand von Beispielen aus Gremienentscheidungen in der Wirtschaft erläutert, zuletzt in Gestalt der VW- und Wirecard-Skandale. Wie diese zeigen, können auch Unternehmen eine Eigendynamik entwickeln, die in strafbare Handlungen mündet. Es erscheint daher fernliegend, nicht auch bei den Angehörigen eines Unternehmens oder eben denen einer Bande den gleichen Konformitätsdruck und die gleiche Eigendynamik zu erwarten, die die Rechtsprechung nur bei der kriminellen Vereinigung sehen will.

Zielführend ist eine Abgrenzung der kriminellen Vereinigung von der Bande stattdessen über den „organisierten Zusammenschluss“ in § 129 Abs. 2 StGB, in dem die Bündelung kriminellen Potentials zum Ausdruck kommt und der bei der Bande gerade nicht gefordert ist. Diese ist ein nicht-organisierter Zusammenschluss von Personen, mit entsprechend verringertem Grad an Professionalität und Effektivität. Konkret kann dieses erforderliche Mindestmaß an Organisation mittels auf Grundlage von Organisationstheorie und sozialer Netzwerkanalyse ausgearbeiteten Kriterien des oben näher ausgeführten Konzepts zum Organisationselement

¹³⁴ Jonas/Stroebe/Hewstone (Fn. 103), S. 287 f., 456; Kessler/Fritsche (Fn. 103), S. 116 ff.

¹³⁵ BGH NSTZ 2007, 31; BGH NSTZ 2004, 574; BGH NJW 1992, 1518; BGHSt 31, 202.

¹³⁶ Rübenthal, wistra 2014, 166 (170); a.A. Kirkpatrick, wistra 2016, 378 (381).

¹³⁷ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 16.

bestimmt werden. Grundlage für eine Abgrenzung zur Bande sind insbesondere die beiden Auslegungspunkte Interdependenz und Ordnung.

Während die Existenz von interdependenter Arbeitsteilung kein konstituierendes Merkmal einer Bande ist, beruht die kriminelle Vereinigung zu großen Teilen gerade auf ebenjenem Zusammenbringen unterschiedlicher Kompetenzen oder Ressourcen. Hieraus folgt, dass bei dem Zusammenschluss zu einer kriminellen Vereinigung im Unterschied zur Bande eine strategische und wirtschaftliche Sinnhaftigkeit erkennbar sein wird. Die Mitglieder schließen sich nicht aufgrund von Zufall oder persönlicher Bekanntschaft zusammen, sondern führen ähnlich einem Wirtschaftsunternehmen konkreten Bedarf und Arbeitskraft zueinander. So vereinen kriminelle Vereinigungen regelmäßig ein Mosaik aus Spezialgebieten – je nach Tätigkeitsfeld etwa Produktion, Logistik, Transport, Vertrieb oder IT – zu einer gemeinsamen Kraft.

Gleichsam zeichnet sich die Vereinigung auch durch ein Mindestmaß an geordnetem Vorgehen aus. Der Wortlaut des § 129 Abs. 2 StGB verlangt ausdrücklich keine bestimmte Ausprägung dieser internen Ordnung, um sich nicht auf ein Ordnungsmodell festzulegen. Gleichwohl muss im Gegensatz zur Bande zwingend ein Mindestmaß an Ordnung, d.h. an Regelungen von Verfahrensabläufen, erkennbar sein. Einfach gestaltet sich dies im Fall klassischer hierarchisch aufgebauter Strukturen nach Vorbild der Mafia, bei denen Ämter, Rangbezeichnungen und zentral platzierte Personen existieren, aus denen sich feste interne Regelungen der Mitgliederinteraktionen in Abgrenzung zur Bande klar ergeben.¹³⁸ Aber auch bei nur netzwerkartig organisierten kriminellen Vereinigungen ohne deartig offensichtliche strukturelle Verfestigungen – die 60 % der in Europa aktiven kriminellen Gruppierungen ausmachen¹³⁹ – lässt sich der notwendige Grad an interner Ordnung auf Grundlage der ausgearbeiteten Kriterien herleiten. Deutlich wird dies am Merkmal der geregelten Kommunikationsverfahren, die die Interaktion innerhalb eines Netzwerks in geordnete Bahnen lenken. Im Bewusstsein des hierin liegenden Risikos ist etwa die Kommunikation und Informationsweitergabe zwischen den Mitgliedern eines kriminellen Netzwerks zumeist reglementiert und darf nur in bestimmten Formen und mit bestimmten Verschlüsselungsverfahren geschehen. Auf diese Weise werden Koordination über längere Distanzen und der Aufbau transnationaler Lieferketten durch die sichere Kommunikation mit Kontakten in einschlägigen Anbaugebieten erst ermöglicht. Teil dieser internen Ordnung ist aber neben der Ausgestaltung der Kommunikation auch ihre Begrenzung. Mitglieder krimineller Vereinigungen kennen als Teil ihrer internen Regeln oftmals nicht die Identität aller Netzwerkteile, da hierin stets ein zentrales Risiko für die Entdeckung durch Strafverfolgungsbehörden besteht.

Insoweit erlaubt der in der angehängten Tabelle gelistete Kriterienkatalog die Unterscheidung zur Bande, wobei in

¹³⁸ Europol, Serious and Organized Crime Threat Assessment, 2021, S. 18; BT-Drs. 19/4104 S. 4.

¹³⁹ Europol (Fn. 138), S. 18.

Bezug auf das organisatorische Element jeweils mindestens ein Kriterium der Aspekte Interdependenz und individuelle Machbeschränkung erfüllt sein sollte. Darüber hinaus muss aus dem Zusammenspiel verschiedener Kriterien des Aspekts der internen Ordnung eine erhöhte Professionalisierung bzw. ein Qualitätssprung erkennbar werden.

Dieser Auslegung steht auch nicht etwa § 98a Abs. 1 Nr. 6 StPO entgegen, dessen Formulierung „von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert“, suggerieren könnte, dass neben der Vereinigung auch die Bande von einem Organisationselement gekennzeichnet ist. Dies widerspricht bereits dem tagtäglich in Literatur und Rechtsprechung genutzten Verständnis des Bandenbegriffs, der gerade keine Organisation fordert.¹⁴⁰ Diese scheinbare Diskrepanz zwischen Anwendung und Gesetzeswortlaut löst sich mit einem Blick auf die Historie des § 98a StPO auf. Die gegenwärtige Formulierung der Norm geht auf das OrgKG zurück, wo sie – ausweislich des Ausschussbeschlusses vom 4.6.1992 – neugefasst und die Nr. 6 ohne nähere Begründung hinzugefügt wurde.¹⁴¹ Wie im Zusammenhang mit dem OrgKG bereits erwähnt, wollte der Gesetzgeber im Jahr 1992 die organisierte Kriminalität materiell-rechtlich u.a. mit den Bandendelikten und prozessual-organisatorisch auf Grundlage der OK-Definition 1990 der AG Justiz/Polizei erfassen. § 129 StGB spielte zu dieser Frage kaum eine Rolle, sodass sich eine Abgrenzung zu dessen Merkmalen erübrigte. Insoweit ist § 98a Abs. 1 Nr. 6 StPO lediglich ein Residuum vergangener Zeit, das der gegenwärtigen unstreitigen Auslegung des Bandenbegriffs als ein Mehrpersonenverhältnis ohne zwingendes Organisationsmerkmal – und somit im Kontrast zur kriminellen Vereinigung stehend – nicht widerspricht.

d) „Zusammenschluss“ als fünftes Element?

Neben den vier genannten klassischen Elementen des Vereinigungsbegriffs wird ein fünftes Merkmal vorgeschlagen.¹⁴² Begründet wird dies mit der Unklarheit darüber, wo bei dieser Aufteilung das die vier Elemente vereinigende Substantiv des „Zusammenschlusses“ einzuordnen sei.¹⁴³ Greco¹⁴⁴ hält eine „Auflösung“ des Zusammenschlusses im voluntativen und organisatorischen Element für verfehlt, da dies zu einer „Verschleifung“ von Merkmalen verleite, was angesichts der gesetzlichen Definition in § 129 Abs. 2 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG problematisch sei. Vorzugswürdig sei vielmehr eine fünfgliedrige Struktur, in welcher der „Zusammenschluss“ als Subjekt an erster Stelle definiert werden müsse und dann mit den weiteren vier Prädikaten (personaler, zeitlicher, voluntativer und organisatorischer Art) versehen wird.¹⁴⁵ Der „Zusammenschluss“ i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB setze demnach zunächst eine subjektive Komponente voraus, nämlich die manifestierte Bereitschaft zur Kooperation, ein konkreter Bindungswille sei hingegen – anders als im subjek-

tiven Element – noch nicht konstitutiv.¹⁴⁶ Es müsse mit Blick auf § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB jedoch mehr als eine bloße Verabredung sein.¹⁴⁷ Dem Rechnung tragend gehöre zum „Zusammenschluss“, „dass man auf irgendeine Weise – salopp gesprochen – zusammenkommt, Gemeinsames tut, also eine rudimentäre Organisation bzw. Struktur“ bildet.¹⁴⁸

Dem ist nur teilweise zuzustimmen. Richtig ist zwar, dass der „Zusammenschluss“ das zentrale Substantiv in der Vereinigungsdefinition des § 129 Abs. 2 StGB ist. Gleichzeitig ist diese Formulierung lediglich ein Synonym für das Wort „Vereinigung“ und wird erst durch die vier *expressis verbis* in § 129 Abs. 2 StGB genannten Elemente konkretisiert. Insbesondere das organisatorische und subjektive Element füllen den Begriff des „Zusammenschlusses“ inhaltlich aus. Dass der „Zusammenschluss“ in der Vereinigungsdefinition in § 129 Abs. 2 StGB als reines Synonym ohne näheren Bedeutungsgehalt verwendet wird, folgt zum einem aus dem grammatikalischen Verständnis des Wortes „Zusammenschluss“ und zum anderen aus der Gesetzeshistorie des Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen.

Eine Vereinigung ist nach rein grammatikalischem Verständnis ein „Zusammenschluss, auch lockere Verbindung von (gleich gesinnten) Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks“.¹⁴⁹ Es verwundert daher wenig, dass unter den Synonymen des Begriffs „Vereinigung“ auch der „Zusammenschluss“ zu finden ist¹⁵⁰ und andererseits der „Zusammenschluss“ im Duden schlicht mit dem Begriff „Vereinigung“ beschrieben wird.¹⁵¹

Ein erneuter Blick in die Gesetzeshistorie erhellt außerdem, warum sich in der Vereinigungsdefinition das Substantiv des „Zusammenschlusses“ wiederfindet. Seit 1872 befand sich der Begriff der „Verbindung“ in den §§ 128, 129 RStGB, welcher vom RG als „organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen“ ausgelegt wurde.¹⁵² Da mit dem 1. StraÄndG von 1951 der Begriff der Verbindung im StGB durch den der Vereinigung ersetzt wurde und der BGH – wie bereits aufgezeigt – die Definition des RG für diesen neuen Begriff weitestgehend übernommen hat, war er hierbei gezwungen, das Wort der „Vereinigung“ durch ein anderes in der „neuen“ Vereinigungsdefinition zu ersetzen. Denn der Begriff der Vereinigung konnte schlichtweg nicht (mehr) als „Vereinigung einer Anzahl von Personen“ definiert werden. Definitionen von Begriffen ist immanent, dass sie den zu definierenden Begriff mit anderen Worten umschreiben. Vor diesem Hintergrund entschied sich der BGH für ein anderes

¹⁴⁶ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁴⁷ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁴⁸ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁴⁹ Bedeutung nach Duden

www.duden.de/rechtschreibung/Vereinigung (20.6.2021).

¹⁵⁰ Siehe

www.duden.de/synonyme/Vereinigung (20.6.2021).

¹⁵¹ Siehe

www.duden.de/rechtschreibung/Zusammenschluss (20.6.2021).

¹⁵² RG JW 1931, 3667; vgl. bereits RGSt 24, 328 (330). Zur vollständigen Definition der Verbindung vgl. oben.

¹⁴⁰ Fischer (Fn. 28), § 244 Rn. 35; BGHSt 46, 321 (325).

¹⁴¹ BT-Drs. 12/2720.

¹⁴² Vgl. Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁴³ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁴⁴ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁴⁵ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

Substantiv, für ein Synonym des Begriffs der Vereinigung, und damit schließlich für den „Zusammenschluss“.¹⁵³ Da der Begriff des Zusammenschlusses sich später auch mit den internationalen Vorgaben deckte, sah sich der Gesetzgeber im Jahr 2017 bei der Aufnahme der Legaldefinition der Vereinigung in das StGB ebenfalls nicht zu einer Änderung veranlasst. So verstanden bleibt der „Zusammenschluss“ eine (auch lockere) Verbindung von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Also ein sehr weiter Begriff ohne nähere einschränkende Funktion für das Verständnis des Vereinigungsbegriffs i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB. Zutreffend ist daher auch, wenn *Greco*¹⁵⁴ darauf hinweist, dass es Zusammenschlüsse geben könne, welche keinen über das Zusammensein hinausgehenden Zweck verfolgen bzw. die keine Organisationsstruktur aufweisen. Dies trifft allerdings bereits schon auf jedes Treffen von zwei oder mehr Personen für z.B. ein gemeinsames Gespräch zu. Ein Zusammenhang zu dem strafrechtlichen Begriff der „Vereinigung“ i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB besteht hier offensichtlich nicht. Dieses reine Zusammenkommen von Personen muss erst durch das subjektive und organisatorische Element mit Inhalt gefüllt werden, damit ein solcher Zusammenhang kognitiv hergestellt werden kann. Ohne Grund besteht daher die Besorgnis, dass eine weitere „Auflösung“ des Begriffes „Zusammenschluss“ in das subjektive und organisatorische Element zu einer „Verschleifung“ von Merkmalen verleite.¹⁵⁵ Denn diese beiden Prädikate füllen den Begriff des „Zusammenschlusses“ gerade erst aus, sodass dieser eine eigene Bedeutung erhält. Wenn hierin ein Verstoß gegen das „Verschleifungsverbot“¹⁵⁶ gesehen wird, offenbart dies ein Missverständnis über dessen Reichweite. In seinem Beschluss zur Untreue im Jahr 2010 hat das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet, dass aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG das Gebot folge, dass Straftatbestände in einer Weise auszulegen sind, dass jedem Tatbestandsmerkmal eine eigenständige Bedeutung zukommt.¹⁵⁷ Kein Merkmal darf in einem anderen aufgehen, also immer schon bei Bejahung des anderen Merkmals

ebenfalls vorliegen.¹⁵⁸ Dem ist auch zuzustimmen. Richtigerweise bezieht sich dieses Verbot aber nur auf die jeweiligen *Tatbestandsmerkmale* eines Straftatbestandes.¹⁵⁹ Denn mit diesen geht (in der Regel) eine den gesamten Tatbestand beschränkende Funktion einher, welche umgangen werden würde, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale ineinander aufgingen. Nur wenn jedes einzelne Tatbestandsmerkmal eines Straftatbestandes verwirklicht wurde, darf die hieran geknüpfte Rechtsfolge eintreten. Der „Zusammenschluss“ in § 129 Abs. 2 StGB ist aber gerade kein solches Tatbestandsmerkmal eines Straftatbestandes. Es handelt sich hierbei lediglich um ein Substantiv in der gesetzlichen Definition (§ 129 Abs. 2 StGB) des Tatbestandsmerkmals der „Vereinigung“ in den §§ 129 Abs. 1 und 129a StGB. Eine Prüfung des „Zusammenschlusses“ an den Maßstäben des Verschleifungsverbots ist daher bereits aus diesem Grund ausgeschlossen. Doch selbst wenn man das „Verschleifungsverbot“ – entgegen der hier vertretenen Auffassung – auch auf die einzelnen Merkmale einer Legaldefinition übertragen möchte, läge hier kein Verstoß gegen dieses Verbot vor. Da der „Zusammenschluss“ jede (auch lockere) Verbindung von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks ist und mit diesem Begriff – wie aufgezeigt – keine nähere den Vereinigungsbegriff einschränkende Funktion einhergeht,¹⁶⁰ kann der Begriff des „Zusammenschlusses“ folgerichtig auch nicht durch die ihn ausfüllenden und konkretisierenden Prädikate organisatorischer und voluntativer Art „verschleiften“? werden.

Der Versuch, den Begriff des „Zusammenschlusses“ im Kontext des Vereinigungsbegriffes des § 129 Abs. 2 StGB näher zu konkretisieren, muss also fehlschlagen. Daher verwundert es nicht, dass der von *Greco*¹⁶¹ unternommene Versuch einer näheren Begriffsbeschreibung nicht nachvollziehbar und in sich widersprüchlich ist. Es erschließt sich bereits nicht, weshalb zunächst die Auflösung des „Zusammenschlusses“ im subjektiven und organisatorischen Element mit der Gefahr der „Verschleifung“ von Merkmalen kritisiert wird,¹⁶² um im nächsten Schritt den „Zusammenschluss“ mit

¹⁵³ Daneben hätte auch noch das Synonym der „Verbindung“ zur Verfügung gestanden. Dadurch, dass dieses aber in §§ 128, 129 RStGB verwendet wurde, hat man sich wohl bewusst im neuen Tatbestand der kriminellen Vereinigung gegen die Verwendung dieses Begriffes und damit für den Begriff des „Zusammenschlusses“ entschieden.

¹⁵⁴ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁵⁵ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁵⁶ Zum Verschleifungsverbot eingehend *Mehl*, Das Verschleifungsverbot, 2020; *Kuhlen*, in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 ff.

¹⁵⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 79, 113; vgl. hierzu auch *Saliger*, NJW 2010, 3195; *Bittmann*, wistra 2013, 1; *Mehl* (Fn. 156), S. 208 ff.; *Kuhlen* (Fn. 156), S. 945 ff.; *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255), ist hingegen der Auffassung, dass das „Verschleifungsverbot“ aus der Lehre vom Vorrang des Gesetzes folge.

¹⁵⁸ *Bittmann*, wistra 2013, 1.

¹⁵⁹ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 79. Das BVerfG nennt hier ausdrücklich nur die „Verschleifung und Eingrenzung von Tatbestandsmerkmalen“ als unzulässig; vgl. auch *Kuhlen* (Fn. 156), S. 949 f., welcher aus dem „materialen Verständnis des Verschleifungsverbots“ folgert, dass dieses nur für Tatbestandsmerkmale mit tatsächlich tatbestandsgrenzender Funktion gelte. Hiernach gibt es also auch Tatbestandsmerkmale ohne eine den gesetzlichen Tatbestand begrenzende Funktion. Das „Verschleifungsverbot“ verlange insbesondere nicht, dass „ein Merkmal um der Tatbestandsbegrenzung willen mit irgendwelchen Anforderungen zu befrachten“ sei.

¹⁶⁰ Auch *Greco* geht zutreffend davon aus, dass es Zusammenschlüsse geben könne, welche keinen über das Zusammensein hinausgehenden Zweck verfolgen bzw. die keine Organisationsstruktur aufweisen, vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁶¹ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 12.

¹⁶² *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

einer subjektiven Komponente zu beschreiben, zu welcher eine „rudimentäre Struktur bzw. Organisation“ – also ein organisatorisches Kriterium – hinzutreten müsse.¹⁶³ Zum einen deckt sich das nicht mit der zuvor getroffenen Aussage, „dass es Zusammenschlüsse geben könne, welche keinen über das Zusammensein hinausgehenden Zweck verfolgen bzw. die keine Organisationsstruktur aufweisen“.¹⁶⁴ Zum anderen bleibt hier offen, worin der eigentliche Unterschied bzw. der Mehrwert dieser Umschreibung des „Zusammenschlusses“ im direkten Vergleich zu dem Verständnis der allgemein anerkannten subjektiven und organisatorischen Kriterien des Vereinigungsbegriffs zu sehen ist. Eine den Vereinigungsbegriff einschränkende oder konkretisierende Wirkung kommt diesem jedenfalls nicht zu. Folgerichtig stellt der „Zusammenschluss“ auch kein eigenes weiteres begriffsausfüllendes Kriterium des Vereinigungsbegriffes dar. Es ist lediglich ein Synonym für das Substantiv der „Vereinigung“, womit noch nicht die Vereinigung im strafrechtlichen Sinne gemeint ist. Eine solche entsteht erst, wenn der „Zusammenschluss“ durch das subjektive und organisatorische Element, die so ausdrücklich im Wortlaut des § 129 Abs. 2 StGB angelegt sind, ausgefüllt wird. Hierin ist aber keine „Verschleifung“ von Merkmalen zu sehen.

2. Zwischenergebnis

Es lässt sich damit festhalten, dass der Begriff der (kriminellen) Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB (nur) durch vier Elemente geprägt ist. Bei der konkreten Auslegung dieser Merkmale bereiten das personale und zeitliche Element in der Strafrechtspraxis nach wie vor keine größeren Schwierigkeiten. Das voluntative Element erschöpft sich in der zumindest konkludenten Verpflichtung zur Kooperation und zum wechselseitigen Beitrag jedes Mitglieds bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks. Kennzeichnend, prägend und abgrenzend für den Vereinigungsbegriff ist daher vor allem sein organisatorisches Element. Dieses versteht sich als der soziale Rahmen, der die Mitglieder der Vereinigung zueinander in Beziehung setzt, ihre Effektivität erhöht und ihnen erst ihr erhöhtes Gefahrenpotential, das in der Erwartbarkeit besteht, dass Straftaten begangen werden, verleiht. Zentrale Bestandteile dieser Rahmen- und Abgrenzungskriterien zu anderen Arten von Mehrpersonenverhältnissen sind die Existenz von Interdependenz, individueller Machtbeschränkung und geregelten Verfahrensabläufen als Form interner Ordnung. Diese Indikatoren können in der Praxis verschiedene Formen annehmen, sind jedoch auf Grundlage des vorgestellten Katalogs (siehe unter V. 1. c) aa) und Anhang) identifizierbar.

VI. Fazit

Der neue Vereinigungsbegriff ist das Ergebnis einer langen Entwicklung. In ihm finden sich zwar die klassischen vier Merkmale, wie sie auch das Reichsgericht schon verwendete. Allerdings hat sich vor dem Hintergrund der internationalen Vorgaben mit dieser modernen Definition ein Paradigmen-

wechsel des § 129 StGB von einem Instrument zur Verfolgung bestimmter politisch motivierter staatsfeindlicher Bestrebungen hin zu einem vor allem die organisierte Kriminalität erfassenden Organisationsdelikt vollzogen. Die Genese des § 129 Abs. 2 StGB hat offengelegt, dass die Merkmale des modernen Vereinigungsbegriffs – was in der Literatur hinsichtlich der UNTOC weitgehend ignoriert wird – aus internationalen Maßnahmen zur Verfolgung der organisierten Kriminalität stammen. Durch das Merkmal des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ können profitorientierte, machtorientierte oder politisch motivierte Vereinigungen erfasst werden. Ein Gesamtwille und eine Unterordnung der Mitglieder der Vereinigung unter diesen gehört nicht zum voluntativen Element des Vereinigungsbegriffs. Zu weitgehend wäre daher ein Verständnis des voluntativen Elements im Sinne einer homogenen Gruppenidentität. Ausreichend ist vielmehr bereits das Bewusstsein der gemeinsamen Zusammenarbeit zur Begehung von Straftaten.

Die Legitimation für die Bestrafung der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung folgt aus der in dem organisatorischen Element des Vereinigungsbegriffs ruhenden Erwartbarkeit, dass in einem solchen Zusammenschluss Straftaten begangen werden. Mit Hilfe des organisatorischen Elements lässt sich auch die kriminelle Vereinigung von der Bande *abgrenzen*. Ein Zusammenschluss ist immer dann organisiert, wenn in ihm Interdependenz, Macht und Ordnung eine neue Qualität des Zusammenschlusses mehrerer Personen begründen.

¹⁶³ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁶⁴ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

Anhang: Unterschiede Banden- und Vereinigungsbegriff

Merkmale	Bande	Vereinigung
Personal	3	3
Zeitlich	Längerfristig; für gewisse Dauer	Längerfristig; für gewisse Dauer
Voluntativ	Kein Gesamtwille; eigene Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung sowie Beute- und Gewinnerzielung können verfolgt werden	Kein Gesamtwille; regelhafte Willensbildung ausreichend
Organisatorisch	locker; keine Organisationsstruktur erforderlich	<p>Mindestmaß an Organisation basierend auf</p> <p><i>Interdependenz:</i> durch arbeitsteiliges Zusammenwirken oder Einsatz von Spezialisten,</p> <p><i>Individueller Machtbeschränkung und kollektiver Machtausübung:</i> durch Hierarchie, Abhängigkeitsverhältnisse, Autoritätsverhältnisse, Sanktionssysteme oder Kooperation,</p> <p><i>Interner Ordnung:</i> durch Rollenaufteilung, Decknamen, Codierung und Verschlüsselung, Regeln zur Beschränkung der Kommunikation, Regeln der Beuteverwertung insbesondere Einsatz von Firmengeflechten und Geldwäschesystemen, Existenz von Mechanismen und Verfahren zur verbesserten Vorausplanung und Durchführung von Straftaten, Vorhalten von Ruhe- und Unterstützungssystemen, oder Hilfe für verhaftete Gruppenmitglieder</p>

Verwertung von im Ausland überwachter Chatnachrichten im Strafverfahren

Zugleich Besprechung der EncroChat-Beschlüsse des OLG Bremen v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, und OLG Hamburg v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21

Von **Thomas Wahl**, Freiburg im Breisgau*

Die Beschlüsse des OLG Bremen und des OLG Hamburg sind die ersten obergerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der justiziellen Aufarbeitung des sog. EncroChat-Falles in Deutschland befassen. Im Kern geht es darum, ob sich in deutschen Strafverfahren Beweisverwertungsverbote ergeben, weil die Übermittlung von Massendaten über Kommunikationsteilnehmer aus Frankreich an Deutschland gegen nationale oder rechtshilferechtliche Standards verstoßen hat. Während die beiden Oberlandesgerichte ein Beweisverwertungsverbot verneinen, kommt der Beitrag zu einem gegensätzlichen Ergebnis.

I. Ausgangslage

Nach der Sachverhaltsschilderung in den Beschlüssen und Pressemeldungen¹ begannen in Frankreich Ermittlungen, nachdem Ermittler in Einzelfällen entdeckt hatten, dass durch das Unternehmen EncroChat speziell verschlüsselte Smartphones auffällig häufig von Straftätern aus dem Bereich der organisierten Kriminalität verwendet wurden. EncroChat mietete Server des Internetdienstleisters OVH in Roubaix/Frankreich, über den verschlüsselte End-to-End Nachrichten geleitet wurden. Den französischen Ermittlungsbehörden gelang es schließlich durch technische Vorrichtungen, Daten von EncroChat auf diesen Servern zu kopieren und auszuwerten. Anschließend spielten sie (nach vorheriger richterlicher Genehmigung) eine vom französischen Militär entwickelte „Spionagesoftware“ auf die EncroChat Geräte der Nutzer auf,

* Der Verfasser ist Senior Researcher am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg im Breisgau.

¹ Gemeinsame Pressemeldung von Eurojust und Europol v. 2.7.2020, abrufbar unter

<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> (21.6.2021); *Diehl/Lehberger/Meyer-Heuer/Rosenbach*, Operation „Festspiele“, Spiegel Nr. 52/2020, S. 52, online abrufbar unter

<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/drogenfahnder-knackten-krypto-handys-eine-superwaffe-gegen-das-organisierte-verbrechen-a-00000000-0002-0001-0000-000174544047> (21.6.2021); *Kabisch/Strunz*, tagesschau.de v. 23.9.2020, abrufbar unter

<https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/bka-chats-schwerkriminelle-101.html> (21.6.2021); *Stukenberg*, Netzpolitik v. 22.2.2021, abrufbar unter

<https://netzpolitik.org/2021/streit-um-encrochat-ermittlungen-vor-gericht/> (21.6.2021); *Cox*, VICE v. 3.7.2020, abrufbar unter

<https://www.vice.com/de/article/3aza95/encrochat-hack-wie-die-polizei-ein-handynetzwerk-fur-drogengangs-infiltrierte> (21.6.2021); *Symonds*, BBC v. 5.2.2021, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/uk-55953247> (21.6.2021).

wovon über 32.000 Geräte betroffen waren. Hierbei befand sich nur ein kleiner Teil der Nutzer (380) ganz oder teilweise im französischen Hoheitsgebiet. Durch die Operation waren die Ermittler nicht nur in der Lage, weitere Computerdaten wie IMEI-Nummern oder Standortdaten der Handys abzufangen, sondern zwischen April und Juni 2020 auch Chatverläufe live mitzulesen. Vor allem durch das Mitlesen der Chat-Verläufe habe sich ergeben, dass sich über das mutmaßlich sichere Kommunikationsnetzwerk, wie von EncroChat zur Verfügung gestellt, „vorwiegend“² Kriminelle in ganz Europa austauschten. Ein Indiz sei schon der satte Abonnementpreis für die Nutzung der „Krypto-Handys“ gewesen. Die Überwachung und erste Auswertung geschah zunächst im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe, in der französische und niederländische Behörden mit Unterstützung von Europol und Eurojust teilnahmen. Deutschland war offiziell zunächst nicht an der Operation unmittelbar beteiligt gewesen. Es ist jedoch mit Folgeverfahren befasst, wenn sich aus der Auswertung Anhaltspunkte ergeben, dass deutsche Kommunikationsteilnehmer betroffen sind. Nach erster Auswertung durch Europol hat das BKA mit Einverständnis der französischen Polizei Datenpakete zur weiteren Identifizierung möglicher Straftäter im Rahmen des polizeilichen Informationsaustausches übermittelt bekommen. Parallel hat die auf Computerkriminalität spezialisierte Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. Ermittlungsverfahren gegen unbekannt eröffnet und per europäischer Ermittlungsanordnung vom 2.6.2020 beim zuständigen Gericht in Lille nachträglich um die Verwertung aller im Datenpaket enthaltenen Informationen in laufenden und zukünftigen deutschen Strafverfahren gebeten. Diesem Ersuchen hat eine Richterin in Lille am 13.6.2020 stattgegeben. Die genauere Auswertung der Datenpakete durch das BKA hat zur Identifizierung der Beschwerdeführer geführt; aus den Chatverläufen ergab sich deren Beteiligung an Straftaten im Bereich des Drogen- oder Waffenhandels.

II. Ausgangspunkt: Verwertbarkeit von „Massentelekomunikationsdaten“

Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass nicht – wie „im Normalfall“ – ein strafrechtlicher Anfangsverdacht gegen eine Einzelperson vorliegt, gegen die dann gezielt weitere Ermittlungsschritte (ggf. im Wege der Rechtshilfe), wie die Überwachung ihrer Telekommunikation, eingeleitet werden. Vielmehr wird den nationalen Ermittlungsbehörden ein umfangreiches Datenpaket „zur weiteren Verwendung“ bereitgestellt. Zu Beginn einer staatlichen Überwachung stand nicht die konkrete Erkenntnis in Bezug auf eine (mögliche) Straftat, sondern lediglich die pauschale, erst im späteren Verlauf

² In der Presse ist, basierend auf Einschätzungen der Strafverfolgungsbehörden, teilweise von 90 %, teilweise von 60 % die Rede.

der Ermittlungsverfahren verifizierte Vermutung, dass das EncroChat-Netzwerk (auch/überwiegend?) von Kriminellen benutzt worden ist. Überwacht worden sind damit auch diejenigen EncroChat-Nutzer, welche das Netzwerk nicht für kriminelle Zwecke genutzt haben. Damit folgt nicht der Beweis dem Fall, sondern der Fall dem „Beweis“ (welcher in den Daten schlummert). Klassische Rechtshilfe an sich spielt damit gar keine Rolle mehr. Das erinnert an den Ankauf der Steuer-CDs und die nachfolgende Auswertung durch die Steuerfahndungsbehörden.³ Allerdings wäre es gefährlich, hierzu Analogieschlüsse zu ziehen.⁴ Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass im EncroChat-Fall das Datenrohmaterial nicht von Privaten erworben wurde, sondern von ausländischen Behörden selbst, für welche die strengen Befugnis- und Ermächtigungsnormen des nationalen Strafprozessrechts und des internationalen Rechtshilferechts gelten. Beweisverwertungsverbotsregeln, welche für den staatlichen Ankauf von Datenmaterial von Privaten entwickelt worden sind,⁵ können nicht auf den Informationsaustausch unter staatlichen Stellen übertragen werden.⁶

Die beiden OLGe hatten jeweils inzident im Rahmen der Beschwerde gegen die Anordnung der Untersuchungshaft gegen die Beschuldigten zu prüfen, ob die grenzüberschreitende Operation und Kooperation mit Rechtsverstößen behaftet war, welche ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Bejahendenfalls hätten sie den dringenden Tatverdacht verneinen und die Untersuchungshaftbefehle aufheben müssen. Im Ausgangspunkt ist weitgehend unbestritten, dass sich die Frage nach der Verwertbarkeit allein nach dem Recht des Forumstaates richtet (hier: deutsches Recht).⁷ Für die Beweiserhebung gilt damit grundsätzlich⁸ das Prinzip „*locus regit actum*“, für die Beweisverwertung das Prinzip „*forum regit actum*“. Welche Konsequenzen daraus jedoch konkret zu ziehen sind, ist oftmals unklar. Anders als z.B. in Belgien⁹ existiert in Deutschland keine eindeutige Regelung zur Verwertbarkeit des im Ausland gewonnenen Datenmaterials im Strafprozess, so dass auf die allgemeinen, bisher entwickelten Grundsätze zurückzugreifen ist. Rechtsverstöße führen nur ausnahmsweise zu einem Verwertungsverbot der generierten Informationen.¹⁰ Sie können sich in der vorliegenden Konstellation ergeben, weil eine Diskrepanz zwischen dem nach dem Recht des Erhebungsortes „Möglichen“, aber nach dem

Recht des Forumstaates „Unzulässigen“ besteht (III.) oder weil Voraussetzungen des Rechtshilferechts nicht eingehalten worden sind (IV.).

III. Beweisverwertungsverbot wegen Nichteinhaltung des deutschen Rechts

Die OLGe Bremen und Hamburg gehen der Frage nach, ob ein Verwertungsverbot im deutschen Strafverfahren folgt, weil der Beweis am Erhebungsort (hier: Frankreich) ggf. rechtswidrig gewonnen wurde. Im Ergebnis ergaben sich für beide OLGe hierfür keine Anhaltspunkte. Sie hätten jedoch darüber hinaus ein weiteres mögliches Beweisverwertungsverbot prüfen bzw. die Frage anders stellen müssen, nämlich dahingehend: Sind in Frankreich Zwangsmaßnahmen möglich, die in Deutschland so nicht angeordnet werden können und was folgt daraus für das deutsche Strafverfahren? Die Frage lautet also nicht, ob die Anwendung des französischen Rechts rechtswidrig war, sondern, ob die Abweichungen zum deutschen Recht hinsichtlich der Art der Beweisgewinnung so groß sind, dass aus rechtsstaatlichen Gründen die übermittelten Informationen nicht als Beweis verwertet werden können.¹¹ Diese Frage ist bisher speziell für den Bereich der heimlichen Telekommunikationsüberwachung (im Folgenden: TKÜ) höchstrichterlich nicht entschieden worden. Zwar setzte sich der BGH in seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 2012 ausführlich mit der prozessualen Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus einer im Ausland durchgeführten Maßnahme der TKÜ auseinander.¹² Gegenstand der Entscheidung war aber die Frage nach der Beweisverwertung wegen Nichteinhaltung des Rechts am Erhebungsort.¹³ Indes bestehen gerade im EncroChat-Fall massive Anhaltspunkte dafür, auf die Art von Beweisverwertungsverbot wegen Abweichungen zum Recht des Forumstaates näher einzugehen. Im Gegensatz zum französischen Recht ist nach deutschem Recht der streubreite Einsatz technischer Mittel gegen eine unbestimmte Gruppe von Verdächtigen – zudem noch unter Nutzung von Spy- oder Malware – gerade nicht erlaubt.¹⁴ Wie ist ein (mögliches) Beweisverwertungsverbot zu begründen?

1. *Ordre public*-Maßstab und Einpassungsfähigkeit der Norm als Konkretisierung

Welche Maßstäbe in solchen Fallkonstellationen an die Beweisverwertung anzulegen sind, ist bisher schon für Beweismittel außerhalb von TKÜ weitgehend ungeklärt. Die Rechtsprechung hatte sich bisher vor allem mit Fällen im Zusam-

³ LG Bochum NStZ 2010, 351; Sieber, NJW 2008, 881.

⁴ In diese Richtung jedoch Pauli, NStZ 2021, 146.

⁵ Michaelis, MMR 2020, 586.

⁶ Wohlers, JZ 2011, 253; Trück/Habetha, NStZ 2008, 481 (490).

⁷ Ambos/Rackow/Schork, StV 2021, 126 (133); Oehmichen/Schneider/v. Wistinghausen, StraFo 2015, 230; Böse, ZStW 114 (2002), 148 (149); Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 82; zu anderen Ansätzen außerhalb Deutschlands Ligeti/Garamvölgyi/Ondrejová/v. Galen, eucrim 2020, 201.

⁸ Zu Ausnahmen siehe Art. 9 Abs. 2 RL EEA und Art. 4 EU-RhÜbk.

⁹ Boulet/de Hert, in: Sieber/v. zur Mühlen (Hrsg.), Access to Telecommunication Data in Criminal Justice, 2016, S. 227.

¹⁰ Radtke, NStZ 2017, 109.

¹¹ Entgegen Pauli, NStZ 2021, 146, kommt es deshalb gar nicht darauf an, ob die französischen Behörden gegenüber Deutschland Bedingungen gesetzt haben oder das in Art. 9 Abs. 2 RL EEA enthaltene *forum regit actum*-Prinzip bei der Beweiserhebung beachten mussten. Zusammenfassend zu den verschiedenen Konstellationen Radtke, NStZ 2017, 109.

¹² BGHSt 58, 32.

¹³ Siehe auch Schuster, StV 2014, 198 (199).

¹⁴ Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2. Aufl. 2018, Rn. 2134; Dietrich, GSZ 2021, 1 (4).

menhang mit Vernehmungen von Zeugen oder Beschuldigten im Ausland auseinanderzusetzen, die nicht deutschen Maßstäben entsprachen.¹⁵ Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung die Art der Beweisgewinnung, mithin die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung im Ausland für unbeachtlich hält, neigt die h.M. dazu, die Kautelen für nach der Fremdrechtsordnung rechtswidrige Erhebungen spiegelbildlich anzuwenden.¹⁶

Eine Unverwertbarkeit kann sich danach nur dann ergeben, wenn die Beweisgewinnung im Ausland gegen die unverzichtbaren allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung verstoßen (ordre public-Grenze) oder den menschenrechtlichen Mindeststandard nicht eingehalten hat, wie er sich aus der EMRK und den IPbpR ergibt (Grenze des völkerrechtlichen Individualschutzes).¹⁷ Mit diesem Ansatz wird die Latte für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots sehr hoch gelegt, zumal die Rechtsprechung bisher handfeste Kriterien dafür, was unter den „unverzichtbaren allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen“ zu verstehen ist, nicht entwickelt hat.¹⁸ Vielmehr blieb es bisher bei Einzelfallentscheidungen. Konsensfähige Maßstäbe der ordre public-Prüfung wurden nicht gefunden. Aus verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu § 73 IRG lässt sich ablesen, dass der ordre public „nur“ den Kerngehalt der Grund- und Menschenrechte, sowie die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, einschließlich der Verhältnismäßigkeit, und ein Minimum an Verfahrensgerechtigkeit beinhaltet.¹⁹ Damit ist freilich ebenfalls nicht viel gewonnen. Konkretisierungen dieses Maßstabes in der Literatur fehlen weitgehend.²⁰

Schuster hat diesen ordre-public Ansatz für die sonstige Rechtshilfe – ausgehend von der deutschen Dogmatik zu den selbständigen Beweisverwertungsverböten – dahingehend konkretisiert, dass er fragt, ob ein nach deutschen Maßstäben den Grundrechten noch genügender Zustand gewährleistet wäre, wenn man sich vorstelle, dass die ausländische Norm isoliert in das deutsche Strafverfahrensrecht mit dem Zweck

der Beweisgewinnung inkorporiert würde.²¹ Zu ähnlichen Ergebnissen dürfte der von Vogel entwickelte Ansatz führen, wonach Abweichungen im ausländischen Recht von wesentlichen Grundsätzen, „Maximen“ und Zwecksetzungen des deutschen Gesetzesrechts als „unerträglich“ erscheinen müssten, was sich nicht selten (aber nicht notwendigerweise) in einer verfassungsrechtlichen Verankerung wie den Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten des GG niederschläge.²²

An diesem – am nationalen ordre public – ausgerichteten Maßstab für die Beweisverwertung ändert sich auch nichts durch das Unionsrecht. Insbesondere kann nicht argumentiert werden, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen basierende, seit 2017 die justizielle Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union regelnde Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL EEA) erlaube lediglich die Prüfung eines „europäischen ordre public“. Dann wäre die französische Maßnahme lediglich an den Grundrechten der Grundrechtecharta in Verbindung mit dem Standard der EMRK zu messen. Richtig ist, dass Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA einen auf dem europäischen ordre public basierenden Rechtshilfeverweigerungsgrund regelt, allerdings betrifft dieser nur die Ermächtigung zur Leistung der Rechtshilfe, nicht die Verwertung des durch Rechtshilfe erworbenen Materials. Wie die bisherigen Rechtshilfekonventionen spart auch die RL EEA die Beweisverwertungsfrage substantiiert aus.²³ Das ergibt sich mittelbar aus Art. 14 Abs. 7 RL EEA, der den Einfluss des Unionsrechts auf die Beweisverwertung allenfalls apodiktisch regelt und schließlich die Beweisverwertung unter die Maßgabe des nationalen Rechts stellt (S. 1). Nach Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA soll unterste Grenze lediglich die Wahrung der Verteidigungsrechte und die Gewährleistung eines fairen Verfahrens sein, was bereits in der oben beschriebenen Formel zur Verwertung ausländischer Beweise inkludiert ist.²⁴ Deshalb kann entgegen OLG Hamburg der Maßstab auch nicht unter Berufung auf die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl weiter auf eine bloße Identitätskontrolle reduziert werden.

Auf dieser Grundlage empfiehlt es sich zunächst, die Grundlinien des ausländischen Verfahrensrechts anzusehen, wobei es nicht darum geht, die ausländische Norm als „rechtsstaatswidrig“ zu qualifizieren (2.). In einem zweiten Schritt sind die Parameter des deutschen ordre public zu bestimmen (3.), bevor dann die „Einpassungsfähigkeit“ des ausländischen Rechts in das Gesamtkonzept der deutschen Strafprozessordnung zu beurteilen ist (4.).²⁵

¹⁵ BGHSt 7, 15; BGH NStZ 1983, 181; BGH NJW 1988, 2187; BGH NStZ 1992, 394; BGH NStZ 1994, 595; BGH NStZ 2000, 307; BGH NStZ 2007, 417; BGH NStZ 2010, 410. Vgl. auch den Überblick bei Pitsch, Strafprozessuale Beweisverbote, 2009, S. 110 ff.

¹⁶ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. 2017, Rn. 237; Gless, JR 2008, 317 (320).

¹⁷ Oehmichen/Schneider/v. Wistinghausen, StraFo 2015, 231 f.; Ambos (Fn. 7), S. 83; Beulke, JURA 2008, 663; vgl. auch Gleß, JR 2008, 317, 320; Schuster, ZIS 2016, 564 (568 f.); Nagel, Beweisaufnahme im Ausland, 1988, S. 302.

¹⁸ Schädel, Die Bewilligung internationaler Rechtshilfe in Strafsachen in der Europäischen Union, 2005, S. 209.

¹⁹ BVerfGE 63, 366 (377 f.); 75, 1 (16); BVerfG NVwZ 2016, 201; vgl. auch Schädel (Fn. 18), S. 209; Gleß/Wahl/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG § 73, Rn. 7a.

²⁰ Zu weitergehenden Alternativansätzen siehe z.B. Pitsch (Fn. 15), S. 135 ff.; Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 411 ff.

²¹ Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 130.

²² Vogel, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., Stand: 2001, I. 2. § 73 IRG, Rn. 32.

²³ Ligeti/Garamvölgyi/Ondrejová/v. Galen, eucrim 2020, 201 (205); Kubiciel, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 4. Hauptteil, Rn. 408.

²⁴ Vgl. auch BT-Drs. 18/9757, S. 18.

²⁵ Vgl. auch Schuster (Fn. 1), S. 131.

2. Erforderliche Betrachtung des Fremdrechts

Das französische Recht unterscheidet verschiedene Phasen des strafprozessualen Vorverfahrens. Französischen Behörden sind bestimmte Befugnisse in der Voruntersuchungsphase (*enquête préliminaire*) eingeräumt, in der lediglich der Verdacht oder Indizien einer Straftat im Raum stehen und noch kein Verdacht gegen eine bestimmte Person begründet werden kann, die Ermittlungsbehörden also mit einer Hypothese arbeiten.²⁶ In der Regel werden Voruntersuchungen nicht mit dem Einsatz grundrechtsintensiver Eingriffsmaßnahmen durchgeführt.²⁷ Dies ändert sich jedoch, wenn bestimmte mit organisierter Kriminalität verbundene Delikte untersucht werden. Hierfür hat das „loi Perben II“ ein gesondertes Verfahren eingeführt, das den Ermittlungsbehörden den Einsatz umfangreicher spezifischer Zwangsmaßnahmen erlaubt.²⁸ Das Verfahren ist deutlich auf Effektivität der Ermittlungen ausgerichtet, d.h. die Befugnisse der Ermittlungsbehörden werden ausgeweitet und Operationen möglicherweise bremsende (rechtliche) Zwänge minimiert.²⁹

Während Voruntersuchungen von Straftaten der organisierten Kriminalität kann die „elektronische Kommunikation“ (*communication électronique*) abgehört, aufgezeichnet und transkribiert werden.³⁰ Die Maßnahme ist zeitlich zu begrenzen und vom „Freiheits- und Haftrichter“ (*juge des libertés et de la détention*) zu autorisieren. Als materielles Kriterium wird hierbei abgesehen vom recht weitgehenden Straftatenkatalog lediglich vorausgesetzt, dass der Bedarf an Informationen die TKÜ erfordert („*lorsque les nécessités de l'information l'exigent*“).³¹

Schließlich ist es möglich, dass die französische Polizei heimlich eine „technische Vorrichtung“ (*dispositif technique*) an „jedem Ort“ platzieren kann, damit sie so auf Daten zugreifen kann, wie sie auf dem Informationssystem gespeichert sind, wie sie auf dem Bildschirm des Nutzers erscheinen, wie sie in Form von Zeichen eingegeben werden oder wie sie durch Peripheriegeräte empfangen bzw. ausgesendet werden.³² Erlaubt ist damit der heimliche Fernzugriff auf Daten unter Einsatz von Computerabfangeinrichtungen.³³ Grenze ist wiederum die formale Voraussetzung richterlicher Autorisierung, wobei die beantragende Staatsanwaltschaft den Ort der Anbringung der Vorrichtung sowie die im Raum stehenden Straftaten genau bezeichnen muss.³⁴ Auch ist die

Operation zeitlich auf vier Monate (mit erneuter Verlängerungsmöglichkeit) zu befristen.³⁵

Alle aufgeführten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen werden in Frankreich nicht nur durch den Richter – je nach Verfahrensphase der Ermittlungsrichter oder der Freiheits- und Haftrichter – genehmigt, sondern auch von diesem kontinuierlich begleitet und überwacht. Die ausführenden Polizeibehörden haben dem Richter gegenüber Berichtspflichten. Besonders bedeutsam ist einerseits, dass die Formalitäten eingehalten werden, bei Verstößen droht das Gesetz mitunter die Nichtigkeit der Maßnahme an.³⁶ Der Eingriff in die Freiheits- und Grundrechte wird dadurch kompensiert, dass Beschuldigte, die in „Polizeigewahrsam“ (*garde à vue*) genommen oder vorgeladen wurden, frühzeitig Akteneinsichtsrechte zugesprochen bekommen.³⁷ Andererseits genügt die Einhaltung der in der Ermächtigung zur Ermittlungsmaßnahme niedergelegten Voraussetzungen, um die Operation durchzuführen. Dazu gehören insbesondere die Bezeichnung der Straftat, welche die Operation rechtfertigt (oder ggf. nur rechtfertigen kann), die Spezifizierung der einer Überwachung unterliegenden Örtlichkeiten und die Dauer der Maßnahme. Nach französischem Verständnis ist damit gleichzeitig der Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahme im Hinblick auf die Schwere der Straftat genüge getan. Innerhalb dieser Grenzen spezifiziert die französische Strafprozessordnung weder, welche Personen unter die Überwachungsmaßnahme fallen (etwa Verdächtige, Kommunikationsmittler oder Kommunikationspartner), noch wird gefordert, dass weniger einschneidende Mittel als die Kommunikationsüberwachung vorrangig zu erwägen oder durchzuführen wären.³⁸

Geht es wie im EncroChat-Fall um strafrechtliche Ermittlungen im Bereich der organisierten Kriminalität, war es vor diesem Hintergrund aus der Perspektive des französischen Rechts nicht nur unproblematisch, dass zunächst alle auf den von EncroChat genutzten Servern enthaltenen Daten „konserviert“ wurden, sondern auch, dass französische Behörden „technische Vorrichtungen“ an einer Vielzahl von EncroChat-Endgeräten aufspielen konnten, welche ihnen dann das Mitlesen von Kommunikationsinhalten erlaubte.

3. Grenzbestimmung des deutschen *ordre public*

Aus der Perspektive des deutschen Rechts erweist sich insbesondere die Überwachung des laufenden Datenverkehrs als problematisch, welche nicht durch eine den Beschlagnahmenvorschriften nach § 94 Abs. 2 StPO unterfallende Serverüberwachung gedeckt wäre.³⁹ Überwachungen des Inhalts der Kommunikation sind nur an §§ 100a ff. StPO zu messen. Nutzen die Ermittlungsbehörden – wie im EncroChat-Fall – Infiltrationssoftware, um Verschlüsselungen zu umgehen und – ohne Einschaltung der Diensteanbieter – unmittelbar Zu-

²⁶ *Debove/Falletti/Dupic*, Précis de droit pénal et de procédure pénale, 5. Aufl. 2013, S. 787.

²⁷ *Debove/Falletti/Dupic* (Fn. 26), S. 787.

²⁸ *Debove/Falletti/Dupic* (Fn. 6), S. 792. Welche Straftaten darunter fallen wird enumerativ in einem Straftatenkatalog aufgeführt, welcher sich aus Art. 706-73, 706-73-1 und 706-74 CPP ergibt. Das können auch Straftaten sein, welche nicht im Kernstrafrecht des französischen Strafgesetzbuches geregelt sind.

²⁹ *Debove/Falletti/Dupic* (Fn. 6), S. 792.

³⁰ Article 706-95 CPP.

³¹ Article 706-95 i.V.m. Article 100 CPP.

³² Article 706-102-1 CPP.

³³ *De Marco*, in: Sieber/v. zur Mühlen (Fn. 9), S. 461.

³⁴ Article 706-102-3 CPP.

³⁵ *De Marco* (Fn. 33), S. 475.

³⁶ Vgl. z.B. Article 706-102-3 CPP.

³⁷ *Debove/Falletti/Dupic* (Fn. 26), S. 794.

³⁸ Dies gilt für alle der hier vorgestellten Zwangsmaßnahmen. Siehe *De Marco* (Fn. 33), S. 473 f.

³⁹ Vgl. *Kochheim* (Fn. 14), Rn. 2114.

griff auf die Inhaltsdaten in Echtzeit zu erhalten, müssen die in den Vorschriften zur Quellen-TKÜ (§ 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO) und Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) enthaltenen Wertungen beachtet werden.

Die entscheidenden rechtsstaatlichen Parameter hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit der Onlinedurchsuchung des VSG NRW gezogen.⁴⁰ Sie sind auch Maßstab für die Bewertung der in die StPO eingeführten „Bundestrojaner“ für repressive Zwecke. Die deutschen Befugnisnormen erlauben den verfassungsmäßigen Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht sieht die technische Infiltrierung in ein komplexes informationstechnisches System zum Zweck der TKÜ als besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff an und zieht demzufolge enge Grenzen für die Rechtfertigung, wofür sowohl technische als auch rechtliche Vorgaben notwendig sind.⁴² Die in §§ 100a und 100b StPO gefundene Lösung, Infiltrierungsmaßnahmen nur für einen Katalog schwerer oder als besonders schwer anzusehender Straftaten zuzulassen (Eingriffsanlass nur bei hinreichendem Gewicht), die Gewichtung der Schwere im Einzelfall und der Subsidiaritätsgrundsatz, sind Ausdruck der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Diese Bedingungen tariieren das Spannungsverhältnis der widerstreitenden Interessen aus: den (durch die Strafverfolgung zum Ausdruck kommenden) Rechtsgüterschutz auf der einen Seite und die Erwartung des Einzelnen in die Gewährleistung von Vertraulichkeit und Integrität des informationstechnischen Systems auf der anderen Seite.⁴³ Das Bundesverfassungsgericht fordert zudem einen tatsachen- und evidenzbasierten Eingriff, so dass sich die Überwachung nur aus Anlass eines konkreten Geschehens und gegen bestimmte Beschuldigte richten kann, gegen die sich vor der Überwachung (also ex ante) der Anfangsverdacht insoweit konkretisiert und die bereits „identifizierbar erscheinen“, als sie als Betroffene der Eingriffsmaßnahme in Betracht kommen und ihre Beteiligung an einer Katalogtat wahrscheinlich ist.⁴⁴ Nur so lassen sich dadurch erstens die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegen Fehler bei der Eingriffsgestaltung aufrechterhalten⁴⁵ und zweitens der weitgehend ungezielte Einsatz der Überwachungsmaßnahme durch staatliche Behörden verhindern. Letzteren Aspekt hebt das Bun-

desverfassungsgericht ausdrücklich hervor, wenn es eine nicht hinreichend konkretisierte oder auf ambivalenter Tatsachenlage erfolgende Überwachung angesichts der Schwere des Eingriffs als „verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar“ einstuft.⁴⁶ Die verdachtslose Überwachung der Kommunikation wäre durch die deutschen Grundrechte nicht mehr gedeckt.⁴⁷ Zudem kann die Überwachung von (zunächst nicht-beschuldigten) Dritten nur unter engen Grenzen erfolgen.⁴⁸

4. Folgen fehlender Einpassungsfähigkeit der ausländischen Norm

Wendet man die genannten Leitlinien an und fragt sich, ob die französische Regelung sich in diese Grundlinien des deutschen Rechts einfügen ließe oder ob sie „unerträglich“ wäre (s.o. 1.), fällt der Befund negativ aus. Zwar sieht das französische Recht auch einige verfahrenssichernde Vorkehrungen vor, wie sie auch das Bundesverfassungsgericht für essentiell hält. Hierzu zählt z.B. die Notwendigkeit richterlicher Genehmigung der Maßnahme. Allerdings würde der deutsche ordre public eine eingehendere Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Schutz des Freiheitsrechts verlangen. Ungeachtet dessen, dass auch das französische Recht für eine Art Quellen-TKÜ einen Straftatenkatalog kennt, gibt es keine zusätzlichen Voraussetzungen, welche die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme rechtfertigen würden. Insbesondere genügt nach französischer Auffassung lediglich „der Bedarf an Informationen“ zur Erforschung der Wahrheit.⁴⁹ Alternativmaßnahmen werden nicht erwogen. Der deutschen Grundauffassung zuwider läuft zudem, dass die Abfangeinrichtung zunächst auf allen EncroChat Endgeräten aufgespielt werden konnte, obwohl ex ante betrachtet noch kein konkreter Tatverdacht gegen bestimmte, zumindest bestimmbare Beschuldigte bestand. Dieser ergab sich erst nachträglich infolge des Mitlebens der Chat-Nachrichten. Erst ex post wurde – wie sich aus der Pressemitteilung von Europol/Eurojust vom 2. Juli 2020 entnehmen lässt – die Erkenntnis gewonnen, dass der Dienstleister EncroChat „vorwiegend“ (!) von Kriminellen benutzt worden sein soll. Betroffen durch die Abhöreinrichtung war damit zunächst eine Vielzahl von Personen, darunter auch solche, die EncroChat für nichtkriminelle Zwecke genutzt haben. Eine solche Regelung würde sich nicht in das deutsche Strafprozessrecht zulässiger Ermittlungsmaßnahmen einpassen lassen, da es den grundrechtlichen Schutz, den die entsprechende Grundlage in der StPO bietet, in wesentlichen Punkten unterläuft. Gerade vor dem Hintergrund der in Deutschland geführten Diskussion, wie weit staatliche Eingriffe in Verschlüsselungsmechanismen gehen können,⁵⁰ muss das gegenüber deutschen Behörden geschützte Interesse

⁴⁰ BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822.

⁴¹ Hauck, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a, Rn. 99.

⁴² BVerfGE 120, 274 (308f., 322).

⁴³ BVerfGE 120, 274 (326).

⁴⁴ Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 100a StPO, Rn. 12, 17; vgl. auch BVerfG NJW 2020, 2699, wonach bereits die allgemeine Befugnis zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten für die Strafverfolgung trotz ihres gemäßigten Eingriffsgewichts eines Anfangsverdachts bedarf.

⁴⁵ Eschelbach (Fn. 44), § 100a Rn. 12.

⁴⁶ BVerfGE 120, 274 (329).

⁴⁷ Schuster (Fn. 21), S. 243.

⁴⁸ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 2487; Eschelbach (Fn. 44), § 100a Rn. 18.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch die im EGMR-Urteil *Kusin/Frankreich* angeführte Doktrin des französischen Cour de Cassation (Urt. v. 24.4.1990 – 11801/85, § 12).

⁵⁰ Dietrich, GSZ 2021, 1; Martini/Fröhlingsdorf, NJW 2020, 1803.

an der Wahrung der Vertraulichkeit und Integrität des informationstechnischen Systems auch gegenüber im Ausland durchgeführten Überwachungsmaßnahmen gelten.

Demzufolge würde der ordre public-Maßstab im vorliegenden Fall die Verwertung der von Frankreich übermittelten Informationen hindern. Allerdings ist damit noch nichts darüber gesagt, ob es nicht doch zu einer Verurteilung des Betroffenen kommen kann. Da das deutsche Strafprozessrecht nach der Rechtsprechung des BGH keine Fernwirkung von Beweisverboten kennt, blieben die aus Frankreich übermittelten Informationen als Spuren- und Ermittlungsansatz bestehen, so dass sich die in Rede stehenden Straftaten durch weitere Beweismittel, etwa Durchsuchungen und Beschlagnahmen oder Zeugenaussagen, bestätigen ließen.⁵¹ Diese Konsequenz müssten die Gerichte im weiteren Prozessverlauf klären.

IV. Rechtshilferechtliche Beweisverwertungsverbote

Eine Unverwertbarkeit von Beweisen kann sich auch daraus ergeben, dass rechtshilferechtliche Bestimmungen, welche die Übertragung der erhobenen Beweismittel von Staat zu Staat regeln, verletzt worden sind.⁵² Der EncroChat-Fall bietet hier zwei Ansatzpunkte, die auch vom OLG Bremen und OLG Hamburg aufgegriffen wurden: Es könnte ein Verstoß gegen die Regeln der grenzüberschreitenden Überwachung des Telekommunikationsverkehrs vorliegen (1.) oder es könnten Regeln bei der Informationsübermittlung nicht eingehalten worden sein (2.).

1. Beweisverwertungsverbot wegen Verstoßes gegen Vorschriften grenzüberschreitender Telekommunikationsüberwachung

a) Regelungssystematik der TKÜ ohne technische Hilfe eines Staates (Art. 31 RL EEA)

Für die grenzüberschreitende TKÜ innerhalb der Europäischen Union sieht das Rechtshilferecht zwei Spezialregelungen vor: 1. TKÜ, für welche die technische Hilfe eines anderen Staates notwendig ist (Art. 30 RL EEA) und 2. solche, die ohne technische Hilfe eines anderen Staates durchgeführt werden können, Art. 31 RL EEA. Im EncroChat-Fall einschlägig ist die letztere Konstellation. Art. 31 RL EEA geht auf Art. 20 EU-RhÜbk zurück. Beide Bestimmungen haben bisher in Rechtsprechung und Literatur eher ein Schattendasein geführt. Der Unionsgesetzgeber hat die Norm als Form der passiven Rechtshilfe analog der in der physischen Welt vorkommenden grenzüberschreitenden Nacheile und Observation konzipiert. Ursprünglich war vor allem an die Fälle gedacht worden, dass trotz Überschreitens einer Grenze

durch die überwachte Person der Zugang zur Telekommunikation im Überwachungsstaat bestehen bleibt, z.B. wenn das Mobiltelefon der Zielperson, welche sich von Straßburg in Frankreich nach Kehl in Deutschland begibt, im französischen Heimatnetz eingeloggt bleibt. Allerdings sind die Normen bewusst technikoffen gestaltet worden und erfassen einen viel weiteren Anwendungsbereich.⁵³ Deshalb ist von Art. 31 RL EEA auch die Überwachung der internetbasierten Kommunikation gedeckt, wie sie von den französischen Ermittlern durchgeführt worden ist.⁵⁴

Befindet sich die Zielperson auf dem Hoheitsgebiet eines anderen als dem überwachenden Mitgliedstaat und nutzt dort den Kommunikationsanschluss, wird eine Unterrichtungspflicht ausgelöst. Der unterrichtete Mitgliedstaat (hier: Deutschland) muss dann innerhalb einer bestimmten Frist (nach der RL EEA maximal 96 Stunden) reagieren, wenn er die Überwachung mit seinem innerstaatlichen Recht für unvereinbar hält. Gegebenenfalls kann er über das Setzen von Bedingungen der Verwertung der erlangten Informationen widersprechen. Art. 31 RL EEA normiert damit positiv eine Beweisverwertungsverbotsregel; diese gilt jedoch nur in eine Richtung, nämlich vom unterrichteten Staat zum überwachenden Staat. Sie griffe in der EncroChat-Konstellation nur, wenn Frankreich ein Strafverfahren gegen den Betroffenen durchführen würde und hier von Deutschland Bedingungen gemacht worden wären. Solche Bedingungen sollten standardmäßig z.B. dahingehend aufgestellt werden, dass Informationen aus dem absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung (§ 100d StPO) oder aus Kommunikationen mit absolut geschützten Berufsgeheimnistägern (§ 160a Abs. 1 StPO) nicht verwertet werden könnten. Für den hier interessierenden Fall, dass Informationen über den Betroffenen wieder an den unterrichteten Staat zurückgespielt werden, verbunden mit der Bitte, gegen ihn ein eigenes Strafverfahren anzustrengen, existiert keine Regelung. Selbst im Falle gesetzter Bedingungen zu Lasten des überwachenden Staates wird in dieser Fallkonstellation per se kein Beweisausschluss begründet.

b) Abwägungslösung als Maßstab eines Beweisverwertungsverbots

Ob im vorliegenden Fall überhaupt eine Unterrichtung stattgefunden hat und ob Deutschland reagiert hat, bleibt offen. Beide OLGs führen jedoch aus, dass selbst bei einem Verstoß gegen das rechtshilferechtliche Verfahren des Art. 31 RL EEA kein Beweisverwertungsverbot anzunehmen wäre und rekurren dabei auf die Abwägungslösung in der deutschen Beweisverbotslehre. Begrüßenswert ist, dass die OLGs hier über die BGH-Rechtsprechung hinausgehen, welche bei Verletzung rechtshilferechtlicher Bestimmungen lediglich dann ein Verwertungsverbot annehmen möchte, wenn allgemeine

⁵¹ Kritisch konstatierend *Beulke*, JURA 2008, 665; *Trück/Habetha*, NSStZ 2008, 481 (491). Generell zur zunächst möglichen Verwendung von durch TKÜ gewonnenen, auf dem Rechtshilfepfad übermittelten Inhalte als polizeilicher Ermittlungsansatz und der nachträglichen Beschränkung der Beweisverwertung siehe *Fabbri/Furger*, ZStrR 2010, 394.

⁵² BGHSt 58, 32 Rn. 23; *Ambos/Rackow/Schork*, StV 2021, 126 (133).

⁵³ Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 379 v. 29.12.2000, 7, 21.

⁵⁴ *Schierholt*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 19), IRG § 91g, Rn. 10.

völkerrechtliche Grundsätze wie das allgemeine Fairnessgebot nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht eingehalten werden.⁵⁵ Ein aus dem BGH-Ansatz abzuleitendes Verwertungsverbot dürfte praktisch ausgeschlossen sein.⁵⁶

c) Folgen einer unterlassenen Unterrichtung nach Art. 31 RL EEA

Bei der Anwendung der Abwägungslösung kommen beide OLGs jedoch zum Schluss, dass der Wahrheitsfindung und damit dem Interesse der Strafverfolgung Vorrang einzuräumen sei. Gestützt wird das Ergebnis darauf, dass den deutschen Behörden im Verfahren nach Art. 31 RL EEA nur eine eingeschränkte Prüfungskompetenz eingeräumt werde (so OLG Bremen), das Verhalten der deutschen Ermittlungsbehörden quasi einer Heilung des Verstoßes zumindest nahekomme und die Ermittlungsmaßnahme sowieso genehmigt worden wäre, da die Voraussetzungen der Quellen-TKÜ und Onlinedurchsuchung (§§ 100a, 100b StPO) vorgelegen hätten (so OLG Hamburg). Diesen Begründungsansätzen kann nicht zugestimmt werden, die Abwägung hätte differenzierter vorgenommen werden müssen.

Zunächst ist der im Beschluss des OLG Bremen anklingenden Tendenz entgegenzutreten, die Zustimmung des unterrichteten Staates wäre lediglich „eine Formsache“ und eine Prüfung könnte „eh nur summarisch“ vorgenommen werden. In Umsetzung des Art. 31 RL EEA geht der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass das Prüfprogramm nicht schwächer ist als jenes bei der TKÜ mit technischer Hilfe Deutschlands nach Art. 30 RL EEA.⁵⁷ Infolgedessen müssen vollumfänglich § 59 Abs. 3 IRG i.V.m. §§ 100a ff. StPO geprüft und die entsprechenden Maßnahmen analog Nr. 77a Abs. 4 RiVAST eingeleitet werden. Insbesondere müssen in Deutschland geltende Beweisverwertungsverbote, welche in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall bestehen würden, auch grenzüberschreitend zur Geltung gebracht werden.⁵⁸ An der Begründung des OLG Hamburg ist problematisch, dass die Voraussetzungen einer Quellen-TKÜ oder Onlinedurchsuchung nach §§ 100a, 100b StPO, wie unter III. 3. aufgezeigt, nicht vorgelegen haben dürften. Ferner kann im Vorgehen der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. keine „nachträgliche Heilung“ des Verstoßes gesehen werden, da die Generalstaatsanwaltschaft nicht zuständige Bewilligungsbehörde im Verfahren des Art. 31 RL EEA ist.⁵⁹

In die Abwägung hätte stärker eingestellt werden müssen, dass die französische Ermittlungsmaßnahme umfangreiche Ermittlungen gegen eine Vielzahl von Nutzern in Deutsch-

land zuließ, ohne dass gegen Einzelne zunächst ein konkreter Verdacht einer Katalogtat vorlag. Mangels Konkretheit hätte eine sinnvolle Prüfung zum Schutz der Grundrechte, insbesondere Art. 10 GG als auch das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), vom für den Widerspruch zuständigen AG Stuttgart gar nicht vorgenommen werden können. Deshalb muss gefragt werden, ob – zumindest bei groben Verstößen gegen *auch* individual-schützende Rechtshilfevoraussetzungen – ein Verfahrensverstoß nicht folgenlos bleiben kann.⁶⁰ In der anderen Waagschale liegt, dass der Unionsgesetzgeber in Abweichung vom Wortlaut der Vorgängerregelung in Art. 20 Abs. 1 EU-RhÜbk in Art. 31 RL EEA von einer gewissen Spezifität der verfolgten Straftat als Voraussetzung absieht. Ferner verständigen sich die Nationen im Ausgangspunkt, dass sich Telekommunikationsüberwachungen nach dem geltenden Recht des überwachenden Staates auch auf die Hoheitsgebiete anderer Staaten, gar einer Vielzahl von Staaten ausdehnen können. Die Unterrichtungs- und Widerspruchslösung dient deshalb vorwiegend der Wahrung der Souveränitätsinteressen, wie auch bei den anderen Formen der passiven Rechtshilfe.⁶¹ Schließlich ist zu beachten, dass der durch Art. 31 RL EEA konzipierte Grundrechtsschutz durch die Widerspruchslösung gerade im hier in Rede stehenden Fall wegfällt, wenn aus der grenzüberschreitenden Überwachung Informationen gewonnen werden, die auch ein strafbares Verhalten im von der Maßnahme betroffenen Staat (Deutschland) zu Tage fördern. Das Ergebnis der beiden Gerichtsbeschlüsse ließe sich damit rechtfertigen, zwingend ist es jedoch nicht.

2. Beweisverwertungsverbot wegen aufgetretener Defizite in der Informationsrechtshilfe

a) Ausgangsproblem: Unklare Abgrenzung zwischen polizeilicher und justizieller Rechtshilfe durch die Unionsrechtsakte

OLG Bremen und OLG Hamburg gehen richtigerweise auch darauf ein, ob sich aus verfahrensrechtlichen Anforderungen des Rechtshilferechts eine Rechtswidrigkeit ergeben hat. Einen Verstoß können beide Gerichte nicht feststellen: Die Datenübermittlung erfolgte als sog. spontaner Informationsaustausch nach Art. 7 des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI (RB-Informationsaustausch) i.V.m. den französischen Umsetzungsvorschriften zwischen den Polizeibehörden. Aufgrund der Verwendungsbeschränkung in Art. 1 Abs. 4 RB-Informationsaustausch wurde die Verwertung als Beweismittel nachträglich durch die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. über eine EEA vom französischen Gericht autorisiert, was ebenfalls nicht zu beanstanden sei. Diese rein formaljuristische Betrachtung offenbart jedoch eine wesentliche Schwachstelle des RB-Informationsaustauschs: Er überschneidet sich mit der justiziellen Rechtshilfe (seit 2017 in der EU

⁵⁵ BGHSt 58, 32 Rn. 29.

⁵⁶ So auch *Zehetgruber*, NZWiSt 2013, 464, 465, zumal sich aus der Rechtsprechung des EGMR kaum etwas gewinnen lässt (vgl. *Wahl*, in: Schomburg/Lagodny [Fn. 19], HT VII B1, Überblick Rn. 15; *Meese*, ERA Forum 18 [2017], 297 [306 ff.]; *Gleiß* [Fn. 20], S. 173 ff., 190 f.; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 628 f.).

⁵⁷ BT-Drs. 18/9757, S. 75.

⁵⁸ Ebenso *Ahlbrecht*, StV 2018, 601 (606).

⁵⁹ Vgl. dazu die Sonderregelung in § 92d IRG.

⁶⁰ So *Zehetgruber*, NZWiSt 2013, 464.

⁶¹ Zur grenzüberschreitenden Nacheile: *Soiné*, Kriminalistik 2016, 459; *Bovendamm*, Kriminalistik 2016, 38; zur grenzüberschreitenden Observation: *Wüurz*, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, 1997, Rn. 82.

auf der Grundlage der RL EEA). Beide Instrumente erzielen im Wesentlichen die gleichen Ergebnisse,⁶² lassen jedoch einen Gleichklang vermissen, weil der den polizeilichen Informationsaustausch fördernde RB⁶³ viel weniger dem Individualschutz dienende Gegenrechte enthält als die justizielle Rechtshilfe. Dadurch werden Schutzstandards umgangen, welche zugunsten des Betroffenen bestehen.⁶⁴

Im Gegensatz zu seiner Vorgängervorschrift in Art. 46 SDÜ, der eine klare Linie dahingehend gezogen hat, dass der spontane polizeiliche Austausch für bereits begangene Straftaten unzulässig, also nur unter vorheriger Einschaltung der für die Rechtshilfe zuständigen Justizbehörden auf der Grundlage der Bestimmungen der justiziellen Rechtshilfe möglich ist,⁶⁵ erweitert der RB-Informationsaustausch die polizeiliche Rechtshilfe entscheidend: Nach Art. 7 RB 2006/960 genügt es für die Spontanübermittlung, vorbehaltlich der (wenigen) Zurückhaltungsgründe in Art. 10 RB, wenn die Strafverfolgungsbehörde eines Mitgliedstaats „konkrete Gründe für die Annahme“ hat, die Informationen und Erkenntnisse könnten dazu beitragen, die in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl aufgelisteten Delikte aufzudecken, zu verhüten oder *aufzuklären*. Damit wird ein Fremdkörper in das System der Rechtshilfe eingeführt, da der Austausch von potentiell sämtlichem, später im Strafverfahren zu nutzendem Beweismaterial jedenfalls bei schwerer Kriminalität wie Drogen- oder Waffenhandel vom RB gedeckt wird.⁶⁶ Die einzige Abgrenzung zur Rechtshilfe zwischen Justizbehörden besteht nach dem RB-Informationsaustausch im repressiven Bereich lediglich darin, dass die übermittelten Informationen nicht ohne Einwilligung der

Justizbehörde als Beweismittel verwendet werden können.⁶⁷ Das Verfahren für die Einwilligung der Justizbehörden bereits übermittelter Informationen auf dem Polizeiweg ist jedoch ebenso offen wie der Prüfungsmaßstab.

b) Umgehung justizieller Rechtshilfevoraussetzungen als Prüfungsmaßstab der nachträglichen Einwilligung

In der Kommentarliteratur wird – insoweit zutreffend – vorgeschlagen, dass das Mittel für die nachträgliche Einholung der Einwilligung eine EEA sei.⁶⁸ Allerdings liefe der justizielle Einwilligungsvorbehalt weitgehend leer, wenn man zusätzlich annimmt, dass infolge der Konzeption des RB-Informationsaustausches die polizeilich übermittelten Informationen bereits für die Begründung von Zwangsmaßnahmen im Vorverfahren, etwa wie hier, der Ausstellung eines Haftbefehls (und damit zur Begründung eines dringenden Tatverdachts) verwendet werden dürfen, die Verwendungsbeschränkung in Art. 1 Abs. 4 RB sich lediglich auf die Begründung des Schuldverdachts beziehe und erst in der Hauptverhandlung relevant werde.⁶⁹ Diese Prämisse muss mit der Einschränkung versehen werden, dass nicht nur erstens die Informationsrechtshilfe nach dem RB 2008/960, sondern zweitens auch die nachträglich ersuchte Rechtshilfe über die RL EEA rechtmäßig war und sich aus Rechtshilfeverstößen ergebende Beweisverwertungsverbote nicht auf das Vorverfahren auswirken. Nur so kann sichergestellt werden, dass auch im Ermittlungsverfahren gerade bei Begründung des dringenden Tatverdachts bei U-Haft Beweisverwertungsverbote zu prüfen sind.⁷⁰ Da die Verwendungsbeschränkungsregelung in Art. 1 Abs. 4 RB-Informationsaustausch die Überprüfung bezweckt, ob die Informationen auch unter Einhaltung des justiziellen Rechtshilfeweges hätten erlangt werden können, und somit keine Rechtshilfe standards unterlaufen worden sind,⁷¹ müssen im Rahmen der Beweisverwertungsproblematik die in Umsetzung der RL EEA erfolgten rechtshilferechtlichen Voraussetzungen für die Leistung von Rechtshilfe geprüft werden. Diese Prüfung bezieht sich insbesondere darauf, ob – ggf. nach erster Auswertung des Materials – Rechtshilfeverweigerungsgründe des nationalen Rechts in Umsetzung von Art. 11 RL EEA gegeben sind. Diese Gegenrechte tariieren den Individualschutz der von der Rechtshilfe betroffenen Person und das staatliche Interesse an Strafverfolgung aus. Besonders relevant ist hier die Prüfung des rechtshilferechtlichen Grundsatzes des *ordre public*. Dadurch

⁶² Nach Art. 1 RL EEA fällt auch die bloße Übermittlung von für die Vollstreckungsbehörde (hier: Frankreich) verfügbaren Beweismitteln in den Anwendungsbereich der RL. Zu den Überschneidungen ausführlich *Lauer*, Informationshilfe im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, 2018, S. 193.

⁶³ Zum Zweck des RB siehe Art. 1 Abs. 1 RB 2006/960/JI; *Trautmann*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 19), IRG Vor § 92, Rn. 9.

⁶⁴ *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2007, S. 130; *Wörner*, in: Ambos/König/Rackow (Fn. 23), HT 4, Rn. 643, 644.

⁶⁵ *Gleiß*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 19), III E 1 SDÜ Art. 46 Rn. 1.

⁶⁶ Zur Definition austauschbarer Informationen siehe Art. 2 lit. d RB 2006/960. Vgl. auch Leitlinien für die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Ratsdok. 9512/3/19 REV 3 vom 1. März 2011, Anlage III, S. 52, wonach Frankreich erklärt hat, dass es alle Informationen, die im Rahmen von in Frankreich anhängigen oder abgeschlossenen administrativen oder justiziellen Ermittlungen vorliegen, weitergeben wird, sofern sie für die im RB definierten Zwecke relevant sind.

⁶⁷ Art. 1 Abs. 4 RB 2006/960. Die justizielle Genehmigung muss auch bei spontan übermittelten Informationen eingeholt werden: *Trautmann* (Fn. 63), IRG § 92b, Rn. 1; *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., Stand: Oktober 2013, I. 2., § 92b IRG, Rn. 1.

⁶⁸ *Trautmann* (Fn. 63), Kurzübersicht HT III B 2b, Rn. 14.

⁶⁹ *Trautmann* (Fn. 63), IRG § 92, Rn. 13.

⁷⁰ BGH NJW 2019, 2627 (2629); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 64. Aufl. 2021, § 112, Rn. 5.

⁷¹ *Böse* (Fn. 67), III. A. 3.12, Rn. 4.

können „rote Linien“ des eigenen Strafverfahrensrechts exportiert werden.⁷²

c) Folgen eines Verstoßes gegen rechtshilferechtliche Prinzipien

An den beiden obergerichtlichen Beschlüssen ist richtig, dass eine EEA auch schon dann gestellt werden kann, wenn ein Strafverfahren gegen „unbekannt“ geführt wird und die Rechtshilfe die Identifizierung von Beschuldigten unterstützen kann.⁷³ Richtig ist auch, dass bei Ersuchen um bereits vorhandene Informationen die EEA auf die Verwertung von Zufallsfunden im Sinne des deutschen Rechts gerichtet werden kann.⁷⁴ Allerdings ist die von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. gestellte als „Pauschalgenehmigung“ avisierte EEA mit dem rechtshilferechtlichen Ersuchensprinzip unvereinbar. Das Ersuchensprinzip definiert durch einen bestimmten Formerfordernissen unterliegenden „request“ Gegenstand und Umfang der Prüfung durch den ersuchten Staat und hat deshalb eine Begrenzungsfunktion.⁷⁵ Am Ersuchensprinzip hat sich auch nichts durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung geändert, ungeachtet der Bezeichnung der Vorlage vom Ausstellungstaat an den Vollstreckungsstaat als „Anordnung“.⁷⁶ Die Darstellung muss der ersuchten Behörde die Prüfung erlauben, ob die Voraussetzungen zur Leistung von Rechtshilfe bzw. Rechthilfehindernisse gegeben sind und ob das Ersuchen bewilligt werden kann.⁷⁷ Das Ersuchen hat ferner den Sinn, dass sich der ersuchende Staat klar darüber wird, ob die Maßnahme auch nach seinem Recht zulässig ist, womit illegales forum shopping vermieden wird. Bei einer Anordnung gerichtet auf Verwendung des Informationsmaterials für alle – auch zukünftigen – Strafverfahren in Deutschland gegen EncroChat-Nutzer ist diese Begrenzungsfunktion der justiziellen Rechtshilfe jedoch nicht mehr gegeben. Insbesondere können die französischen

Justizbehörden nicht mehr die in der RL EEA gefundenen Voraussetzungen z.B. zur Verhältnismäßigkeit von Ersuchen nach Art. 6 und 10 RL EEA, geschweige denn etwaige Rechtshilfe-Gegenrechte in Art. 11 RL EEA prüfen. Die Zulassung der deutschen EEA durch die beiden OLGe negiert in letzter Konsequenz den spätestens mit der Soering-Entscheidung des EGMR anerkannten Grundsatz der dreidimensionalen Sichtweise der internationalen Strafrechtskooperation,⁷⁸ denn für die Justizbehörden bleibt gar kein Ansatz zur Prüfung. Rechtshilfe kann nur insoweit erbeten und geleistet werden, als sich ein bestimmtes Strafverfahren bereits konkretisiert hat.

Zudem widerspricht die Annahme des OLG Hamburg, für die EEA hätte es keines richterlichen Beschlusses bedurft, dem einen legitimen Beweistransfer von Telekommunikationsüberwachungen zulassenden und etablierten Prinzip der „beiderseitigen Legalität“. Art. 30, 31 RL EEA enthalten im Gegensatz zu bilateralen Rechtshilfeabkommen⁷⁹ für die Herausgabe von zuvor für eigene Verfahren erhobene TKÜ-Daten zwar keine explizite Regelung, weshalb die allgemeinen Regelungen der RL gelten, insbesondere Art. 10 Abs. 2 RL EEA. Diese Regelung für den Zugriff auf bereits verfügbare Beweismittel und Informationen im ersuchten Staat ist hingegen teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass der bezweckte reibungslose „Beweisherausgabeverkehr“ lediglich für weniger invasive Grundrechtseingriffe anwendbar ist.⁸⁰ Ansonsten würden Friktionen zur TKÜ auf Ersuchen entstehen und ein nicht gerechtfertigtes Umgehungspotential eröffnet.⁸¹ Bei TKÜs auf Ersuchen ist es jedoch der rechtshilferechtliche Standard, dass erforderliche richterliche Genehmigungen vor Stellung des Rechtshilfeersuchens im ersuchenden Staat beizubringen sind. Ungeachtet dessen hätte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. analog der für eingehende Ersuchen getroffenen Regelung in Nr. 77a Abs. 2 i.V.m. Nr. 1a RiVAST zumindest zusichern müssen, dass die Voraussetzungen der TKÜ vorlägen, wenn diese in Deutschland durchgeführt worden wäre, denn nur so kann der eherne rechtshilferechtliche Grundsatz eingehalten werden, dass ein Ersuchen nur dann zulässig und möglich ist, wenn eine entsprechende innerstaatliche Anordnung ergehen durfte.⁸² Daran bestehen aber wie unter III. ausgeführt gerade erhebliche Zweifel.

⁷² Durch das Setzen entsprechender Bedingungen können solche ordre public-Grundsätze zu einem Beweisverwertungsverbot im Empfangsstaat (also dem Forumstaat) führen. Beim Austausch von Telekommunikationsdaten zur Strafverfolgung sehen die einschlägigen Vorschriften der Beweisrechtshilfe das Setzen von Bedingungen ausdrücklich vor (siehe Art. 30 Abs. 5 und 31 Abs. 3 lit. b RL EEA). Dazu Wahl, in: Sieber/v. zur Mühlen (Fn. 9), S. 593 (595). Zur französischen Umsetzung des RB und der Möglichkeit, Bedingungen zu setzen, siehe *De Marco* (Fn. 33), S. 494.

⁷³ Das ergibt sich u.a. daraus, dass sich der Unionsgesetzgeber der Schwierigkeiten in Bezug auf die Identifizierung bei TKÜ bewusst war und sich deshalb die einschlägigen Regelungen lediglich auf die Identifiziermöglichkeit des Telekommunikationsanschlusses, nicht des Nutzers, konzentrierten. Im Übrigen verlangt Formblatt A, Abschnitt E der RL EEA Angaben zur Identität der Person nur „soweit bekannt“.

⁷⁴ BGHSt 58, 32.

⁷⁵ *Grützner*, in: Bassiouni/Nanda (Hrsg.), *A Treatise on International Criminal*, 1973, S. 189 (229).

⁷⁶ *Ambos/Gronke*, in: *Ambos/König/Rackow* (Fn. 23), HT 1, Rn. 14.

⁷⁷ *Grützner* (Fn. 75), S. 230.

⁷⁸ Ausführlich Schomburg/Lagodny (Fn. 19), Einleitung Rn. 7 ff. sowie Rn. 145 ff. zur Stellung des Individuums als Rechtssubjekt im „international-arbeitsteiligen Strafverfahren“. Zur Bedeutung des Soering-Urteils für die Rechtshilfe siehe *Lagodny*, NJW 1990, 2189.

⁷⁹ Dazu Art. 17 Abs. 5 CZ-D ErgV EuRhÜbk; Art. 16 Abs. 7 PL-D ErgV EuRhÜbk.

⁸⁰ Die Invasivität der TKÜ nicht absprechend Erwägungsgrund 30 RL EEA a.E.

⁸¹ Im Verfahren zur Umsetzung der RL EEA in Deutschland hat der Gesetzgeber (vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 28, 43) die Problematik nicht weiterverfolgt, so dass die Rechtslage derzeit unklar ist.

⁸² *Gleiß* (Fn. 20), S. 109.

Unter Zugrundelegung der Abwägungslösung wäre vor diesem Hintergrund die Annahme eines rechtshilferechtlichen Beweisverwertungsverbots gerechtfertigt gewesen. Der Verstoß gegen grundlegende Prinzipien der Rechtshilfe ist derart gravierend, dass auch das Interesse an der Verfolgung schwererer Straftaten nicht überwiegen kann. Denn letztlich ist die eine auf Pauschalermächtigung gerichtete deutsche EEA einer sinnvollen, notwendigen Prüfung der justiziellen Rechtshilfe gar nicht zugänglich, wodurch die Position des Individuums im System der dreidimensionalen Rechtshilfe gänzlich negiert wird. Der rechtshilferechtliche Schutzstandard kann bei einer solchen EEA mangels Spezifität nicht garantiert werden.

V. Fazit

Die beiden Entscheidungen des OLG Bremen und des OLG Hamburg zum EncroChat-Fall zeigen zwei Dinge auf: Erstens haben Beschuldigte geringe Erfolgchancen vor deutschen Gerichten, die Unverwertbarkeit im Ausland erworbener Beweismittel zu erreichen.⁸³ Das liegt vor allem daran, dass die Gerichte fast blind der Leitentscheidung des BGH aus dem Jahre 2012 folgen, die durch juristische Kunstgriffe die Nichtzulassung ausländischer Beweismittel de facto ausschließt. Nicht berücksichtigt wurde jedoch, dass die BGH-Entscheidung einige Fallgruppen nicht abdeckt. Insbesondere hätte festgestellt werden müssen, dass das französische Recht in weit größerem Umfang den Einsatz technischer Mittel zur Überwachung der Telekommunikation auch gegen zunächst nicht im Verdacht einer Straftat stehende Personen wegen eines speziellen Vorermittlungsverfahrens bei Straftaten der organisierten Kriminalität erlaubt. Die entscheidende Frage, ob hier – allen Kompensationsmöglichkeiten im französischen Recht zum Trotz – die Wertungen der deutschen Quellen-TKÜ und Onlinedurchsuchung nach *ordre public*-Maßstäben noch aufrechterhalten werden können, wurde nicht beantwortet. Das geschah u.a. auch, weil es an konkreten Leitlinien fehlt, was für unsere „Rechtsstaatlichkeit“ als unverzichtbar angesehen wird. Die deutsche Rechtsprechung ist zu stark von Kasuistik, Normrelativismus und Pragmatismus geprägt.⁸⁴ An die Zuverlässigkeit eines Beweises dahingehend, ob sich die Beweisgewinnung in die Rechtsordnung des Urteilsstaates einpassen lässt, werden grundsätzlich keine

Anforderungen gestellt,⁸⁵ weshalb Friktionen zwischen Beweiserhebung und Beweisverwertung bewusst in Kauf genommen werden. Auch die Außerachtlassung des Ineinandergreifens von polizeilicher Informationsrechtshilfe und justizieller Rechtshilfe lässt eine Schiefelage entstehen. Sowohl ein *ordre public*-rechtliches als auch rechtshilferechtliches Beweisverwertungsverbot hätte angenommen werden müssen. Zu klären wäre dann gewesen, inwieweit Fernwirkungen eingreifen und die ausgewerteten Chats als Ermittlungs- und Spurenansatz zugelassen werden können.

Zweitens führt der Fall vor Augen, dass sich die Diskussion um das „Beweismittelshopping“ einer neuen Realität stellen muss. Von Seiten der Polizeibehörden mag es logisch sein, dass aus Big-Data-Analysen aufgedeckte Straftaten auch zu verfolgen sind. Von juristischer Seite muss jedoch hinterfragt werden, welche Schutzstandards des nationalen Rechts für den Betroffenen dann noch gelten sollen, wenn das gewonnene Material im Ausland anderen Vorstellungen im Hinblick auf Grundrechtseingriffe und Verhältnismäßigkeit folgt. Jedenfalls dürfte fast sicher sein, dass sich mit diesen grundlegenden Fragen weitere Gerichte, insbesondere die deutschen Höchstgerichte, noch zu befassen haben. Es wird dann spannend sein, inwieweit der EncroChat-Fall Anlass zur Entwicklung neuer Leitlinien geben wird.

⁸³ Der Linie des OLG Bremen und des OLG Hamburg folgend: OLG Schleswig, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, und OLG Rostock, Beschl. v. 11.5.2021 – 20 Ws 121/21. Anders nun offenbar LG Berlin (siehe *Diehl/Lehberger/Meyer-Heuer*, Spiegel Online v. 2.7.2021, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-landgericht-laesst-encrochat-daten-nicht-zu-a-6dd9be2e-f558-40fa-9995-2f8136581f8e>). Kritisch zum Ansatz der bisherigen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen zu den EncroChat-Fällen aus Verteidigersicht *Sommer*, StV Spezial 2021, 67; *Stehr/Rackow*, StRR 2021, 6 (11).

⁸⁴ *Gleiß*, ZStW 125 (2013), 573 (581); *Hackner*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 19), IRG Vor § 68, Rn. 11e.

⁸⁵ *Gleiß* (Fn. 20), S. 120, 140; *dies.*, ZStW 125 (2013), 573 (580); *Heger*, ZIS 2007, 547 (552).

The COVID-19 pandemic and Hungarian substantive criminal law*

By Dr. István Ambrus, Budapest**

I. Introduction

It can be stated without exaggeration that the COVID-19 pandemic¹ completely turned the whole world upside down in 2020.² As a result, section 53 of the Fundamental Law of Hungary was triggered when a state of danger was declared by Government Decree 40/2020 (11 March), which was in force until 18 June 2020. Government Decree 283/2020 (17 June) provides the legal framework for the control of the virus that, under section 228 (1) of Act CLIV of 1997 on Health (hereinafter: Health Act), introduced epidemiological preparedness by announcing a health crisis, the necessity of which shall be reviewed every 3 months. After that, a state of danger was introduced again by Government Decree 484/2020 (10 November), which was still in force in March 2021 during the third coronavirus wave.

The pandemic is also expected to result in a fundamental restructuring of the economy, a circumstance that may raise several entirely new legal problems or even previous ones, which have not been seen for generations or perhaps barely seen before. This situation also requires a response from the legal profession. This includes the criminal law profession, which shall also be obliged to take a position on otherwise rare events, such as the treatment of infringements related to the epidemic and representing a greater degree of danger to society.

Of course, the extraordinary situation required extraordinary legislation, which has not left Act C of 2012 on the Criminal Code (hereinafter: Criminal Code)³ untouched. For

instance, Act XII of 2020 on the containment of coronavirus introduced, with effect from 31 March 2020, the criminal offence of obstructing epidemic containment into section 322/A of the Criminal Code, which, as a *sui generis* criminal offence, can be understood as a quasi qualified case of violation of epidemic control regulations (which criminal offence will be discussed later in this article). According to the related Explanatory Memorandum,

“the new statutory definition of obstructing epidemic containment shall punish the active obstruction of the measures initiated in the event of the legally and officially identified danger of the epidemic from being implemented. The reason for the increased dangerousness and, therefore, the more severe punishment (in contrast to the mere violation of epidemic control regulations) is that, in this case, the commission manifests itself not only in a formal violation of regulations but also in the obstruction of the concrete official control. The statutory definition does not evaluate the result, hence, to establish the crime, the failure or any disruption of control is not required. Neither using violence nor threatening it are statutory elements, which leads to the consequence that a real concurrence with the offence of violence against a public official occurs due to any violent or threatening action against public officers involved in civil defence. The social dangerousness of the act is significantly enhanced when committed by a group, which significantly increases the likely effectiveness of obstruction. Death, as a result, contained in the statutory definition as a qualifying circumstance essentially means unity between obstructive conduct of any type and homicide by negligence; the dogmatic distinguishing criteria in this regard are settled in case law. The legislator can achieve the earliest possible protection against such a crime by penalising preparation for it, and it intends to make use of this means in the present situation as well.”

The Explanatory Memorandum added to the new statutory definition is particularly reassuring from the viewpoint that it underlines that criminal proceedings for this criminal offence may only take place due to active, positive conduct. According to Article 28 of the Fundamental Law, interpretation of a statutory definition shall take place in legal practice subject to an Explanatory Memorandum. It would be worth emphasising this circumstance in the statutory definition itself in which, conceptually, it is also possible to obstruct by an act of omission. For instance, if an apparently asymptomatic person in quarantine refuses to assist the procedure upon the call of the authority (to go with them voluntarily for testing).

I am primarily investigating the COVID-19 pandemic and its possible consequences under the criteria of criminal law in this work. After a short historical overview, primarily concentrating on the development of criminal prosecution of epidemic offences closely related to the topic, I will first and foremost discuss the interpretation of possible criminal of-

* The editors acknowledge the additional language editing of Prof. *Liz Heffernan*, Trinity College, Dublin.

** Associate professor, Department of Criminal Law, Faculty of Law, Eötvös Loránd University; research fellow, Institute for Legal Studies of the Centre for Social Sciences. The research was supported by the Ministry of Innovation and Technology NRD Office of Hungary within the framework of the PD_18 Postdoctoral Excellence Program (128394).

¹ The new coronavirus is called SARS-CoV-2, which causes COVID-19 infection. On 30 January 2020, the Director-General of the World Health Organization (WHO) declared the outbreak of COVID-19 to be a Public Health Emergency of International Concern, see WHO from 27.2.2020, <https://www.who.int/news/item/27-02-2020-a-joint-statement-on-tourism-and-covid-19---unwto-and-who-call-for-responsibility-and-coordination> (17.6.2021).

² *Hodge/Hubbard*, *Gonzaga Law Review* 56 (2020), 159.

³ The recent main source of Hungarian substantive criminal law is the Criminal Code (in force since 1 July 2013), which contains the entirety of substantive criminal law, since criminal law statutes in addition to those of the Criminal Code (“*Nebenstrafrecht*”) do not exist. Regulatory (minor) offences are regulated in a different code; however, these infringements are not considered as criminal offences in the Hungarian legal system. For an overview, see *Karsai/Szomora*, *Criminal Law in Hungary*, 2nd ed. 2015, p. 20, 40.

fences (and certain qualifying circumstances) with particular reference to the question of their establishment and the specific problems that arise. It may be highlighted that the pandemic has a characteristic effect on the law of regulatory offences; however, I do not investigate this question in detail.

II. Legal history

Although academic writers are clearly of the opinion that, historically, the protection of public health has previously been provided, in general according to administrative norms,⁴ criminal law instruments have not been negligible in the past, especially concerning epidemics. For example, under a decree issued in 1766 due to the devastating plague epidemic having a fatal impact during Maria Theresa's reign, "any intentional or negligent behaviour against the precautions relating to the epidemic was considered to be a criminal offence against life and physical integrity. Aggravated offences were punished with death by rope or bullet, but even in the most lenient case, two years' imprisonment with hard labour was imposed."⁵

Act V of 1878 (came into force in 1880, hereinafter the Csemegi Code) and Act XL of 1879 were among the first written criminal laws of Hungary and both contained criminal provisions on the violation of epidemic measures. Thereby, the position of the current legislature is that such crimes, even if they are minor offences, ultimately require a differentiated approach, as they constitute a less serious misdemeanour, and in most the cases, the most lenient version of offences, namely a contravention.

Chapter XXI of the Csemegi Code entitled "Crimes and misdemeanours against public health", in particular section 316, provided that anyone who violated the rules on quarantine or other supervisory rules ordered to prevent the further spread of that disease during a contagious disease was to be punished by imprisonment for up to six months. It constituted a qualified case if someone caught the disease due to the infringement of quarantine or supervisory rules. The qualified criminal offence was punishable by imprisonment in a low-security prison for up to three years. Therefore, the legal predecessor of violation of epidemic control regulations, punishable under section 361 of Criminal Code in a simple case, can be identified; however, the cited provision of the Csemegi Code did not explicitly use the term "epidemic". Furthermore, it is interesting to regulate in the form of a qualifying circumstance the infection with a contagious disease as a result that "someone", even the perpetrator him/herself, could have caught.

Section 93 of Act XL of 1879 on the Criminal Code of Contraventions ordered the punishment of, among others, those private medical practitioners and surgeons who did not accept their official secondment during an epidemic or refused to give first aid without good reason or, if no other doctor practised at his surgery, the further treatment asked by

a person who had become ill as a result of the epidemic. According to the cited provision of the act, this specific offence committed by a person who has the necessary professional qualifications can be considered as a regulatory antecedent, partly of today's endangering by professional misconduct (section 165 of the Criminal Code) and partly of failure to render aid (section 166 of the Criminal Code). Sections 95 and 96 of the Criminal Code of Contraventions contained similar provisions in relation to pharmacists.

Section 99 of the Criminal Code of Contraventions can be highlighted; among other matters, it also established the criminal liability of the family head "whose family has been struck by an epidemic or contagious disease, if he did not seek medical help within twenty-four hours from the time he became aware of the nature of the disease".

Section 100 of the Criminal Code of Contraventions provided for a criminal offence, which may be committed as a combination of acts and omissions by the owners of hackney carriages or other means of transport, or their employees if they transported a person suffering from an epidemic disease then, knowing this circumstance, they continued to use it without disinfection. Again, we cannot identify a specific delict committed by medical professionals which the legislature penalised on the basis of a substantive breach of a specific, essential epidemic provision.⁶

Section 199 of Act V of 1961 on the Criminal Code of the People's Republic of Hungary, moving to a higher level of abstraction compared to the past, regulated the acts concerned in the framework of the same statutory definition, called breach of epidemic rules. It was committed by a person who breached or circumvented the rules of quarantine, epidemiological supervision, or control ordered to prevent the introduction or spread of a communicable disease serving as a ground for compulsory quarantine. It was more severely punished by the law if it was committed at the time of an epidemic. At that time, the criminalisation of transport operations relating to communicable animal diseases or hazardous pests causing damage to plants (e.g. Colorado beetle) was already present. Essentially, the same solution was maintained by section 284 of Act IV of 1978 on the Criminal Code, which was later modified only in connection with the scale of penalties, more precisely the legislative technique for determining them. The statutory definition is currently set out in section 361 of the Criminal Code.

III. Criminal offences at the time of pandemic (epidemic)

Under this heading, I deal with the statutory definitions in force in Hungary, which may be raised regarding the coronavirus epidemic.⁷ Of course, in essence any other crime may

⁴ See *Balogh*, *Az egészség védelme a büntetőjogban* (The protection of health in criminal law), 2006, p. 167.

⁵ *Balázs*, *Mária Terézia 1770-es egészségügyi alaprendelete* (1770 Health Act of Maria Theresa), 2007, p. 83.

⁶ See *Angyal*, *A magyar büntetőjog kézikönyve. A testi sértés és a közegészség elleni bűntettek és vétségek* (Handbook of Hungarian Criminal Law. Causing Bodily Harm and Offences Against Public Health), 1928, p. 100.

⁷ This is a worldwide situation, thus "pandemic" is the more widespread expression to use, although when I am analysing the Hungarian regulations, I will use the expression "epidemic", in line with the legal definition of this criminal offence.

also be committed during the epidemic, thus only the most typical statutory definitions raising significant issues of legal interpretation shall be examined here. The recent amendments will be reviewed in a separate point.

1. Violation of epidemic control regulations

This criminal offence can be found in Chapter XXXIV of the Criminal Code, among the criminal offences against the order of public administration. The indirect legal subject of the offence is therefore the social interest relating to the proper functioning of public administration, and the offence is directly harming public health. In terms of our topic, the type of offence under section 361 b) is relevant, which is committed by a person who violates the rules on epidemiological isolation, observation, quarantine or monitoring ordered during the period of an epidemic.

Examining the material side of the offence, it is evident that there is no material object to it. When defining criminal conduct, it must be stressed that the statutory definition is a classic framework disposition, which is therefore filled with content by administrative rules. The main provisions that can be further specified with administrative decisions in practice are contained in the Health Act, beginning with section 56. According to subsection 1 of the cited provision of the Act, the aim of epidemiological activity is to prevent and combat infectious diseases and outbreaks and to enhance the resistance of the human body to infectious diseases. Subsection 2 sets out what kinds of individual and patient rights shall be limited in connection with the epidemiological activity, while subsection 3 lays down that epidemiological measures may be implemented even in the absence of patient consent.

The type of offence under section 361 (b) of the Criminal Code can only be committed at the time of an epidemic. As a result, the regulatory offence of failure to control communicable diseases, under section 239 (1) (a) of Act 2012 of II on Regulatory Offences, Proceedings of Regulatory Offences and the Registration System of Offences (hereinafter: Regulatory Offences Act), could not be established under the present circumstances, but criminal liability should be dealt with automatically. Even so, during the state of danger, the legislator decided to consider this activity as just a regulatory offence.⁸

Epidemiological isolation is governed by sections 63–64 of the Health Act. The essence of the concept is that the patient shall be isolated for the duration of the infection, which may take place in his/her home, at his/her place of residence, or in an infectious disease hospital department.

The rules on epidemiological observation and epidemiological quarantine are governed jointly by sections 65–67 of the Health Act. These measures may be applied to a person who had contact with a person suffering from a particular infectious disease and is presumably in the incubation period of the disease as well. Observation is a less strict form, but

the person concerned may still be limited in the exercise of his/her profession, right of contact, and freedom of movement (section 66 [1] of the Health Act). However, quarantine is a stringent observation or isolation based on specific requirements that shall be carried out at a place designated for that purpose (section 67 [1] of the Health Act).

Finally, in the framework of epidemiological monitoring, the person carrying the pathogen may be limited in his/her rights mentioned above. This most lenient form of measures can mean regular medical examination and refraining from visiting educational institutions, etc. (sections 68–69 of the Health Act).

Any variation must comply with the statutory definition of the criminal offence, provided that the restriction was ordered by a person in authority. Thus, violation of a so-called “voluntary home quarantine” shall not constitute an offence.

According to the nature of a framework disposition, the offence may be committed by action or by an omission as well. The violation of epidemic control regulations shall be committed by action if the person “sentenced” to an official quarantine leaves his/her home without permission. It shall constitute an omission if, for example, the person does not see a doctor immediately when more serious symptoms occur.

An attempt, contrary to the findings of those academic works that consider this phase even generally “possible in principle” as regards the criminal offence,⁹ is only conceivable in the event of an active version of the offence; however, the occurrence does not seem very common in this case either. Nevertheless, in the event of an omission, as it is an immaterial crime, an attempt shall also be excluded in principle according to the correct interpretation.¹⁰

Anyone may be the perpetrator of such a criminal offence, thus not only by the person under quarantine but also by a person who enters the home of that person despite the prohibition.

By examining the subjective side, it can be established that the criminal offence may only be committed intentionally. Thus, if someone, for instance, does not know of their epidemiological observation because someone else removed the alert before his/her arrival on-site, by entering the home quarantine then, in the absence of intention, he/she does not commit an offence. The law does not provide for a negligent version, thus if a person has no knowledge of the epidemiological measure taken because he/she fails to exercise the prudence expected of him/her, he/she shall not be held criminally liable. It is conceivable that the solution provided for by the law may require legislative review during a serious epidemic, in terms of the numbers of cases and fatalities, such as the present one.

⁸ Hungarian Government Decree 181/2020. (4 May), which came into force on the 7th of May 2020. Also see *Hollán*, MTA Law Working Papers 7 (2020), p. 7.

⁹ *Sinku*, in: Belovics/Molnár/Sinku (eds.), *Büntetőjog II. Különös Rész (Criminal Law II. Special Part)*, 2013, p. 598.

¹⁰ *Gellér/Ambrus*, *A magyar büntetőjog általános tanai I. (General Doctrines of Hungarian Criminal Law I.)*, 2nd ed. 2019, p. 363.

In view of the legal consequences, it should be noted that violation of epidemic rules shall be punished with confinement at most, hence on the system level, it is classified among the most lenient offences by the law at present, in contrast to the previous regulation which allowed for imprisonment (or another, more lenient penalty).

It is important to stress that the offence became so frequent that the legislature was forced to decriminalise it for the time of the health crisis, hence the bulk of the acts constitute the regulatory offence of violation of protective measures since 8 June 2020 (section 239/A of the Regulatory Offences Act).

2. Offences against life, physical integrity, and health

Naturally, in relation to the coronavirus epidemic, the basic material offences with a harmful result against life and physical integrity such as causing bodily harm (section 164 of the Criminal Code) and homicide (section 160 of the Criminal Code) cannot be ignored either.

The criminal offence of causing bodily harm can be of importance in relation to the epidemic, since it has a considerably broader meaning under criminal law than in the ordinary sense, as it can be carried out not only by causing bodily harm (e.g., abuse) but also by causing damage to health, i.e., illness. Thus, in a criminal law sense, causing bodily harm may be established, for instance, even if someone in cold weather pushes a victim on the shore, without causing injury, into a lake from which the victim contracts pneumonia due to the freezing water. Furthermore, legal academic writers similarly categorise cases of a sexually transmitted infection with an incurable venereal disease (for example, with HIV virus).¹¹

Causing bodily harm is a so-called open statutory definition; therefore, to be met, a result (in our case, a disease) is definitely required. However, the perpetrator can only be held liable for it if a causal relationship¹² can be established between his/her activities and the abovementioned result. This is the case if, without the conduct, the result would not have occurred or would not have occurred in the form in which it finally occurred. The ontological existence of the phenomenon shall be examined on the basis of the so-called *conditio sine qua non* formula in practice, under which an antecedent cannot be regarded as a cause if, hypothetically eliminated, the result would have occurred in nearly the same form (place, date, method, etc.).¹³ It is important that the further joint reasons (e.g., an existing disease, later complications etc.) do not fundamentally eliminate the causal relationship according to case law.¹⁴ However, in its absence, the objective side of the material offence would not exist, therefore the completed criminal offence could not be established either. Thus, according to case-by-case decisions, “in a procedure

for causing bodily harm, the lack of a causal relationship between the conduct subject to the prosecution and the occurred result leads to acquittal, regardless of all other circumstances, and it may render the investigation of unlawfulness and subjective guilt unnecessary.”¹⁵

Causing bodily harm that causes a serious illness, i.e., an illness with a therapeutic duration beyond 8 days, may be established in the event of intentional or negligent culpability. However, in criminal proceedings for the complete crime of grievous bodily harm, the investigation of the subjective side, as indicated above, shall take place solely where the causal relationship is established (and only when proved beyond any reasonable doubt in practice).

This should be emphasised in particular since, according to a piece of official information published on the internet warning of the dangers related to coronavirus, “[a person] who is aware of his/her disease (infection) and, although being conscious of this fact, violates the epidemic control regulations commits the felony of causing grievous bodily harm or, if his/her conduct results in the death of another person, the felony of causing bodily harm that causes death”.¹⁶

The cited opinion may be entirely accepted insofar as the completed offence of causing bodily harm may be established on a theoretical/dogmatic basis by the transmission of coronavirus to another person. In the event of a therapeutic duration beyond 8 days, causing grievous bodily harm would be the correct qualification, namely, the felony, i.e., intentionally committed, version of the offence if the perpetrator was aware of his/her disease and desired or foresaw the infection of the victim as a consequence of his/her act (section 7 of the Criminal Code). However, the misdemeanour of causing grievous bodily harm by negligence may be established if the perpetrator recklessly trusted that he/she would not infect another person by his/her act, or if he/she was not aware of his/her illness because he/she failed to exercise the care or prudence expected of him/her (section 8 of the Criminal Code).

What makes it hard to establish the completed offence of causing bodily harm for the transmission of the coronavirus in practice is the establishment of causation, i.e., the problem of proving it. Since the coronavirus spreads by droplets, it can get directly from a sneeze or cough, or indirectly, sticking to a cold of dust floating in the air, into the other persons’ body by inhalation.¹⁷ However, its retrospective reconstruction in a criminal procedure may cause considerable difficulties, since, if during the period indicated in the indictment the victim not only met the alleged perpetrator, who left home quarantine without permission and intending to transmit the coronavirus to the victim but someone else too, it may arise immediately that, in fact, he/she was not infected by the suspect but by someone else. This may be a particularly well-

¹¹ See *Bittmann*, *Österreichische Juristen-Zeitung* 1987, 486.

¹² *Gellér/Ambrus* (fn. 10), p. 219–227. Also see *Ashworth*, *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. 1995, p. 118–132, and *Allen*, *Criminal Law*, 14th ed. 2017, p. 48–69.

¹³ See *Györgyi*, *Jogtudományi Közlöny* 23 (1968), 369.

¹⁴ 3/2013. BJE I/5., BH 1993. 7., BH 2002. 169.

¹⁵ BH 2008. 321.

¹⁶ <http://www.police.hu/hu/hirek-es-informaciok/legfrissebb-hireink/kozrendvedelem/a-hatosagok-tovabbra-is-szamitanak-az> (17.6.2021).

¹⁷ See *Skolnik*, *Manitoba Law Journal* 43 (2020), 154.

founded defence during a mass epidemic, where anyone can be, even unknowingly, a virus carrier. The same situation may arise if the victim did not meet anybody or did not even leave his/her home, but a plastic object, exposed to the virus in the previous three days, was already there and from it the pathogen could have entered his/her body. In the case of droplet diseases, the possibilities are endless.

Under section 7 (4) of Act XC of 2017 on Criminal Proceedings (hereinafter: CP), facts not proven beyond reasonable doubt may not be admitted to the detriment of the defendant. Hence, it is likely that, even if a criminal procedure were to be initiated for the completed offence of causing bodily harm based on suspicion of infecting with coronavirus, the public prosecutor or the police authority would have no choice in many cases but to terminate the procedure under section 398 (1) (c) of the CP according to the doctrine of *in dubio pro reo*, as the commission of the criminal offence could not be established by way of evidence.

According to these facts, criminal liability for the completed offence of causing bodily harm could be established in such an extreme situation where the perpetrator and the victim were separated from any other person (for example, locked in a previously disinfected room) and it could be proved that the perpetrator was already a virus carrier while the victim was healthy when they entered the room, and the virus was not even lurking in his/her body. Later, when they would appear again, after more than 3 days, the victim's coronavirus test would also have to show a positive result.

For causing bodily harm by gross negligence (that is, when the commission of the conduct is in itself due to negligence), the above reasoning shall be applicable without exception; therefore, due to difficulties in proving the causal link in practice, the establishment of criminal liability is highly unlikely. However, the situation is different in relation to intentional conduct, not only in the completed form but also the attempt of an intentional criminal offence; moreover, the preparation of the offence of causing grievous bodily harm, shall be punishable by the law. In relation to attempting (section 10 of the Criminal Code) to cause grievous bodily harm, the statutory element of the offence is missing or it cannot be proved that it was caused by the perpetrator's conduct. In the case of preparation (section 11 of the Criminal Code), the perpetrator does not even begin to commit the crime; he/she only provides the necessary conditions for its commission.

Thus, attempting the felony of causing grievous bodily harm can be established, for instance, if the perpetrator infected by coronavirus leaves the officially ordered quarantine with the direct intent to infect his/her enemy, then visiting the victim he/she coughs on the victim or his/her household objects, maybe smuggles an object into the victim's apartment on which he/she intentionally applied the virus previously (for example with saliva). This may be the case if:

- (a) the victim does not get the virus at all;
- (b) although the victim gets the virus due to the act of the perpetrator, he/she stays asymptomatic;

- (c) the victim gets the virus due to the act of the perpetrator and has symptoms as well, but he/she does not develop a disease that remains beyond 8 days;
- (d) the victim does not get, or it is not established that he/she gets, the virus from the perpetrator but stays asymptomatic;
- (e) the victim does not get, or it is not established that he/she gets, the virus from the perpetrator, has symptoms, but he/she does not develop a disease that remains beyond 8 days;
- (f) the victim does not get, or it is not established that he/she gets, the virus from the perpetrator and develops a disease that remains beyond 8 days.

The reason for case (f) is that due to the lack of causation or proof thereof, the establishment of the completed intentional offence of causing grievous bodily harm fails, but attempting to cause bodily harm, in terms of intent, can also be established in this case. This case can also be explained by the doctrine of *novus actus interveniens* (breaking the chain of causation).¹⁸

In the same way, the offence may be committed not only with direct but also with indirect intent, for instance, when the perpetrator, infected with coronavirus and having persistent symptoms, leaves quarantine deliberately without any protective equipment (e.g., mask, gloves) to visit a shop, not necessary for sustenance, where he/she sneezes at another customer. In this case, the perpetrator does not desire, but under the circumstances, acquiesces to the fact that others can receive the infection from him/her. However, in relation to the said example, it may arise that sneezing, in contrast to purposeful coughing directed at the victim, in itself shall not be regarded as an *act* in a criminal law sense, that is effective and wilful human conduct. This is because it would be quite challenging to explain the wilful nature of a sneeze. This may not mean escape from criminal liability, as the perpetrator by leaving the apartment ordered as the place of residence, against his/her apparent symptoms, without any protective equipment, essentially committed blameworthy conduct by which he/she put him-/herself in a position that later had a dangerous consequence for society. In this case, the criminal offence shall not be established upon the culpability existing at the time of sneezing (which is not really an act in a criminal law sense, as we have seen), but upon the culpability existing at the time of leaving the apartment (which is beyond doubt an act) according to the doctrine, *actio libera is causa*.

Furthermore, the case may be classified in relation to offences as a mixed form of guilt. Basically, liability due to an attempt can be dismissed. In the case of the simple type of a criminal offence with a mixed form of guilt, it shares the legal status of negligent delicts, therefore an attempt can be excluded under the law. If a result, constituting a qualifying circumstance, that is covered by the perpetrator's negligence, occurs, as, for example, in relation to causing bodily harm that causes death mentioned in the above call of the authorities, an attempt can also be excluded according to legal litera-

¹⁸ Gellér/Ambrus (fn. 10), p. 223.

ture, since the result governed by the law as a qualifying circumstance is based on the result of the simple type of the offence.

In relation to the stage of attempt, it must be highlighted that it may qualify if committed via an unsuitable object (section 10 [3] of the Criminal Code). On the one hand, many people do not get the COVID-19 infection, or if they get it, they stay asymptomatic. Hence, in relation to a person with an outstanding immune system, it may occur that he/she was not a suitable passive subject of the offence of causing bodily harm in concreto. On the other hand, it is possible that the attempt may be committed in relation to a person who previously contracted the coronavirus, thus, at least according to the present state of research, he/she cannot be infected again. However, this may not preclude the establishment of criminal liability but merely gives the court further opportunity to reduce the punishment without limitation or not to impose any penalty. It has to be noted that recent case law inclines to rob the concept of the attempt made on an unsuitable object,¹⁹ which, since it is a category of the stage doctrine expressly laid down by the legislature, should nevertheless be avoided according to the correct theoretical interpretation.²⁰

For the sake of completeness, I note that, in the case of causation between COVID-19 transmitted by droplet infection and the death of the victim then, according to the position of cited authority, not only the offence of causing bodily harm that causes death but even intentional homicide may be established, provided that the perpetrator coughs on the victim with the a priori intent of desiring his/her death. Although, in the majority of such cases, it is not only difficult to prove the causation, but it can also be controversial on a dogmatic basis under the doctrine of adequate causation, since, in relation to coughing, death as a possible consequence would only occur to a few, not even among medical practitioners. The situation may be different in the case of a victim suffering from serious diseases, therefore having a fragile immune system, a circumstance known to the perpetrator as well. Thus, if the coronavirus-infected but young, vigorous, therefore asymptomatic perpetrator, desiring the death of the seriously ill elderly victim, introduces the virus to his/her body by coughing or otherwise, the offence of intentional homicide (or even a qualified case of it, such as base purpose, for example with the motive of acquiring an inheritance) may already be established.

Homicide, similarly to causing bodily harm, is an open statutory definition, hence it may be committed by omission, in relation to which the same rules apply during an epidemic as otherwise. I will therefore dispense with their detailed presentation by observing that news of elderly, ill persons left

alone and found dead has been already received from Spain.²¹ Such a case under Hungarian criminal law, in relation to relatives or even nurses, shall be evaluated as homicide by omission.

From the relevant chapter of the Criminal Code the establishment of endangering by professional misconduct may occur in relation to medical professionals (section 165 of the Criminal Code). The simple type of this offence does not require a harmful but only a directly dangerous result.²² Thus, there is no need for an evidential procedure on causation between the act of the perpetrator and the serious illness or death, etc. of the victim. On the material side, it is enough to demonstrate in the criminal proceedings that the perpetrator and the victim came into direct personal contact (for example, during an operation or other treatment), and a realistic possibility to transmit coronavirus was created. However, for the establishment of criminal liability, on the subjective side, it is essential that the misconduct should be intentional/negligent. Indeed, if the perpetrator, in the absence of symptoms and tests, is unaware of the fact that he/she caught the disease, he/she naturally may not be punished due to his/her innocence.

Nevertheless, another option in relation to the coronavirus epidemic, would be failure to assist (section 166 of the Criminal Code) and failure to comply with the obligation to provide care (section 167 of the Criminal Code) from Chapter XV of the Criminal Code. The former offence may be imposed on any layperson who fails to provide the assistance expected of him/her to a person in need of immediate hospital care due to his/her symptoms caused by the virus. A failure to meet an obligation to provide care can be committed against an adult victim in need of care typically by his/her relatives, provided that only a dangerous result occurred. In relation to a minor, the same act may be punished as endangering a minor laid down in Chapter XX of the Criminal Code (section 208 [1] of the Criminal Code).

3. Offences against public peace

Of course, much news is published about coronavirus, and it is hard to decide, at the time of its release, how accurate it is. Whether real or even fake news (hoax), it can disturb people's peace of mind in an extraordinary way, which may indirectly impede epidemic control efforts as well. In light of the above, the timely detection and evaluation of such offences is also an overriding social interest during the coronavirus epidemic. Under this heading, two offences, namely fearmongering (section 337 of the Criminal Code) and threatening with public danger (section 338 of the Criminal Code),

¹⁹ To the old (and from a theoretical point of view still correct) solution see BH 1978. 266., for the new opinion of the Hungarian Supreme Court see EBH 2012. B.4.

²⁰ *Gellér/Ambrus* (fn. 10), p. 367–369. Also see *Wörner*, *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont (Unsuitable Attempt Between the Plan of Action and the Possibility of Abandonment)*, 2010.

²¹ *González/Troya*, *El País* from 23.3.2020, <https://elpais.com/sociedad/2020-03-23/el-ejercito-halla-cadaveres-de-ancianos-en-residencias-de-mayores.html> (17.6.2021)

²² Hungarian criminal law distinguishes between abstract, indirect and direct types of danger. The cause of the direct danger is closest to the harmful result, but even that does not necessarily mean that an injury has occurred, see *Gellér/Ambrus* (fn. 10), p. 216–219.

may be of decisive relevance. The definition of fearmongering was, as we will see, even modified by the legislature as a result of COVID-19.

Naturally, fearmongering occurs much less frequently in “peacetime” than in a state of danger. However, from the beginning of the epidemic until 15 July 2020, 134 criminal proceedings were initiated for this criminal offence in Hungary.²³

The statutory elements of the original wording of fearmongering are the commission at a site of public danger on the one hand and before a large audience on the other. The former means an objective situation where one or more non-specified or a larger number of specified persons or things of considerable value may be endangered.²⁴ The latter is manifested before a non-specified larger number of persons who are present at the time of commission, the number of which cannot be determined by a simple glance, or there is a possibility (for example, due to the constant change of the persons who are present) that a larger or non-predetermined number of persons become aware of the statement.²⁵ Furthermore, under section 459 (1) (22) of the Criminal Code, a large audience also means that a criminal offence is committed through a media product, media service, reproduction, or publication on an electronic communications network (for example, on the internet).

When these two cumulative statutory elements are present, fearmongering may be committed not only by the claim or dissemination of any untruthful fact but also by distortion of any truthful fact (misrepresentation). The misrepresentation of any truthful fact not only means the shocking, sensationalised presentation of facts; in order to establish it, the perpetrator must combine originally true facts with untruthful elements, in which way they reach the level of an untrue statement in their overall impact.

For example, a young man edited an article from a news agency on his computer on the evening of 17 March 2020, using the agency’s headline, and in fact claimed that a hospital chief doctor said there was an “epicentre” of the coronavirus in a neighbouring town, Balassagyarmat. According to the forged article, a severely infected man arrived at the hospital from the village of Érsekvadkert, so whoever was around him was most likely infected. The perpetrator sent the hoax on his phone to one of his friends, who forwarded it in good faith to his acquaintances, thus the untrue information soon spread over the internet. The only true part of the claim was that an infected person was actually treated at that hospital, but it reached the level of a completely false claim due to the false additions.²⁶

²³ [koronavirus.gov.hu](https://koronavirus.gov.hu/cikk/az-uj-koronavirus-helyzettel-osszefuggo-buntetougyvek-statisztikai) from 15.7.2020, <https://koronavirus.gov.hu/cikk/az-uj-koronavirus-helyzettel-osszefuggo-buntetougyvek-statisztikai> (17.6.2021).

²⁴ BH 1988. 304.

²⁵ BH 1983. 108.

²⁶ The perpetrator was finally sentenced to suspended imprisonment by the Municipal Court of Balassagyarmat. See <https://jogaszvilag.hu/napi/elitelt-egy-ferfit-alhirterjesztes-miatt/> (17.6.2021).

In is important to emphasize that “[the] statement or dissemination of true facts may not constitute a crime, even if it is capable of causing disturbance or unrest in a larger group of persons at a site of public danger”.²⁷

There is a further condition that the statement (own pronouncement) or dissemination (transmission of a statement received from another person, for example, on Facebook by the use of the “share” button) must be capable of causing disturbance or unrest in a larger group of people. Hence, the statutory definition covers something that is dangerous in the abstract; the actual occurrence of disturbance or unrest need not be investigated in the criminal proceedings; the potential of the act is sufficient, and this is already subject to judicial discretion.

At the time of the coronavirus epidemic, the most decisive factor is the applicability of the site of public danger. Since such an interpretation may arise according to which, subject to the announcement of the state of danger, the whole of Hungary is a site of danger, until its termination, the statutory element therefore does not require further assessment and proof. However, according to the correct interpretation, this cannot be stated, because the site of danger is a specific situational element where a dangerous situation has or may occur, which displays the unity of place and time. Thus, in my opinion, in abstracto, all parts of the whole country in general may not be regarded as a site of public danger, not even at present, as it must always be examined in concreto. A place considered to be a focal point in terms of a viral infection, for example, the building of a hospital treating persons with respiratory diseases, may be regarded as a site of danger, while a large park or sports field that has been abandoned for days may not.

In response to the COVID-19 situation, the statutory definition of fearmongering has been amended with effect from 31 March 2020, and it may now be committed not only at a site of public danger (punishment: 3 months–3 years of imprisonment) but also during the period of a special legal order (that is, during the state of danger in Hungary from 11 March to 18 June 2020, punishment: 1–5 years of imprisonment).²⁸ This amendment was heavily criticised since, according to some views, the criminal offence could also be committed by spreading true facts during the state of danger. The Constitutional Court therefore examined the new regulation and, in its Decision 15/2020. (VII. 18.) AB ruled that the new criminal law regulations on fearmongering, to be applied during a special legal order, are not in conflict with the Fundamental Law. At the same time, the decision established as a constitutional requirement that the provision on the offence of fearmongering only sanctions the disclosure of a fact which that the perpetrator should have known was false at the time the act was committed or which was distorted by the perpetrator himself, and which is capable of preventing or frustrating civil defence during the special legal order. In its decision,

²⁷ *Belovics*, in: *Belovics/Molnár/Sinku* (fn. 9), p. 543.

²⁸ Thus, this new solution of the Criminal Code is an example for expansion of criminal law. See *Silva Sánchez*, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 2010, 307.

the Constitutional Court found that fearmongering, according to the disputed statutory provision, concerns a narrow scope of communications: it prohibits the communication to the general public of knowingly false or distorted facts, but only if it is performed during the period of special legal order, in a manner capable of hindering civil defence. However, the prohibition is only applicable to stating knowingly false or distorted facts; it does not apply to critical opinions. The threat under criminal law therefore does not extend to facts, the untrue nature of which the perpetrator was unaware of. If, on the other hand, someone states knowingly false facts that could hinder civil defence, it is necessary and proportionate to restrict freedom of expression on the basis of the public interest in defence. In my opinion, this decision was correct since a state of danger, for example, is an absolutely rare and special situation where intimidating other citizens can represent such a high danger for society to consider it as a criminal offence. The Constitutional Court also interpreted criminal liability for fearmongering in a restrictive way that is not against the principle of *nullum crimen sine lege*.²⁹

Threatening public danger, which is also called “bomb alert” in ordinary talk, is a criminal offence that not only occurs in specific but also in ordinary situations. From the beginning of the epidemic, until 15 July 2020, 29 criminal proceedings had been initiated for this criminal offence.³⁰ Threatening with public danger, in contrast to fearmongering, may only be committed by the statement of inherently untrue facts capable of disturbing public peace. There has been a debate in judicial practice in recent years on the issue of whether, in the event of a false report to governmental authorities and the threat (claim) relating to it, this criminal offence or the offence of threatening to commit a terrorist act (section 316 of the Criminal Code), which is punishable by a significantly more severe penalty, may be established. The matter has been decided by the case law:³¹ that only a concrete, serious threat provides a basis for the offence of threatening to commit a terrorist act, which requires the specific commission of the felony of a terrorist act. Threatening to explode a bomb placed in a building that is visited by a large number of people if the perpetrator did not place explosives in the building and does not even possess any, may be capable of establishing the misdemeanour of threatening public danger. However, this opinion of the court is highly debatable, since the statutory definition of threatening to commit a terrorist act does not require the mentioned criterion.

4. Offences against property

In relation to criminal offences against property (Chapter XXXVI of the Criminal Code), given that commission at a site of public danger analysed in the previous point has been regulated as a qualifying circumstance, theft (section 370 of

the Criminal Code), embezzlement (section 372 of the Criminal Code) and fraud (section 373 of the Criminal Code) may require particular attention.

Naturally, in terms of our topic, a detailed analysis of these criminal offences is unnecessary; therefore, with regard to the commission at a site of public danger, I would point out on the one hand that the same may also apply here as mentioned above in connection with fearmongering, hence the existence of this qualifying circumstance must always be examined in concreto. In case of delicts against property, a careful assessment is also significant, as committing an offence below a statutory value (not exceeding HUF 50,000, c. EUR 140) shall constitute a regulatory offence (against real property, section 177 of the Regulatory Offences Act) or a criminal offence if it is committed at a site of public danger. As such if the theft is referred to an administrative authority where this circumstance may occur, it is necessary to refer the case to an organ of the criminal justice system without delay.

It is relevant to recall, in relation to the evaluation of theft, the debate at the time of the snowstorm in Hungary in March 2013. Although metres of snow fell over almost the entire territory of the country at that time, under the correct interpretation, Hungary could not automatically be regarded as a site of public danger; only those specifically defined areas, at that time, where and when the victims could not proceed with their vehicles due to the massive snowdrifts left uncleared, therefore they left their cars behind, which were later pillaged by thieves. Nevertheless, this situation also brought the legislature to action, as it led to the amendment of the Criminal Code by Act XLV of 2013 on imposing stricter penalties for theft committed at a site of public danger. Unfortunately, it can be expected that this qualified type of theft will be invoked increasingly frequently during the state of danger.

In my opinion, embezzlement may occur less frequently at a site of public danger, however, it cannot be discounted that the victim, for example, because he/she wants to take his/her children home, entrusts his/her property to an acquaintance passing by, who later appropriates it.

In connection with fraud, the possible establishment of its qualifying circumstance is not only relevant, but also the deplorable situation that those criminal circles trying to benefit from the frightened population are already active since the declaration of the state of danger. For instance, according to the information provided by the prosecution service dated 23 March 2020, the Siófok District Prosecution Office made a motion in criminal proceedings, initiated for the attempt of fraud causing greater damage, to arrest a woman who wanted to cheat an entrepreneur out of five million forints by stating that their employees must be vaccinated and their premises must be disinfected.³² Naturally, in doctrinal terms, this repulsive act qualifies as “simple” fraud based on the damage caused (or in a favourable case, if the criminal offence was

²⁹ See *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (The General Part of Criminal Law), 4th ed. 2015, p. 598, p. 101.

³⁰ koronavirus.gov.hu from 15.7.2020, <https://koronavirus.gov.hu/cikkek/az-uj-koronavirus-helyzettel-osszefuggo-buntetougyek-statisztikai> (17.6.2021)

³¹ EBD 2012. B.14.

³² Magyarország Ügyészsége from 23.3.2020, <http://ugyeszseg.hu/letartoztatásban-a-koronavirus-elleni-vakcinara-hivatkozó-csalárd-no/> (17.6.2021).

simply at the stage of an attempt, the damage it intended to cause). By imposing the penalty, it shall undoubtedly be assessed by the court as an extremely strong aggravating circumstance that the perpetrator wanted to benefit by taking advantage of the vulnerable situation of the victims due to the epidemic.

5. Offences damaging the budget

The problem, raised by a popular Hungarian online newspaper in the article “Going to be the country of defrauders of sickness benefit?”, published on 20 March 2020, is that numerous employees claimed sickness benefit from their general practitioner, without actually being sick, as they were afraid to go into the workplace due to the virus.³³ In the criminal assessment of such cases, committed under an employment relationship, attention must be paid to the fact that, under section 126 (1) of Act I of 2012 on the Labour Code (hereinafter: LC), the employer grants 15 working days sick-leave to each employee per calendar year for their period of inability to work. For this period, under section 146 (4) of the LC, the employee receives 70 % of their basic wage, which is still paid by the employer. In such cases, therefore, it is not a criminal offence damaging the budget, but plain fraud that can be established against the employee claiming sick leave but actually being healthy. However, from the 16th working day onwards, it is no longer a benefit under the LC but sickness benefit, under section 43 (1) of Act LXXXIII of 1997 on the Services of the Compulsory Health Insurance System (hereinafter: HIA), that is granted in the event of inability to work, the amount of which is, as a general rule, 60 % of the sickness benefit base under section 48 (7) (a) of the HIA. Nevertheless, sickness benefit is no longer paid by the employer but basically by the state, hence its improper use may constitute an abuse of social security, social or other welfare benefits (section 395 of the Criminal Code) in the case of an amount between HUF 50,000 and 500,000, but above HUF 500,000 it constitutes budget fraud (section 396 of the Criminal Code).³⁴ The social expectation of refraining from committing these criminal offences, of course, significantly decreased due to the state of danger. However, establishing a ground for immunity, such as necessity (section 23 of the Criminal Code), is out of the question since there was so far no imminent danger that could not be averted by any other means. If this situation would amount to extraordinary levels, it is possible that mass criminal prosecutions could be offset by extraordinary measures (for example, by amnesty).

6. Offences against a military obligation

Temporary civil defence service may be ordered under section 51 (1) of Act CXXVIII of 2011 on Disaster Management and the Amendment of Certain Related Acts (hereinafter: DMA). This could take place in a state of danger under sec-

tion 57 (3) of the DMA for the obliged person assigned to a civil defence organisation occasionally for up to 15 days. The criminal law aspect of such a situation is the violation of a civil defence obligation (section 429 of the Criminal Code). The criminal offence can be committed clearly by omission by a failure to comply with the duties prescribed in the framework of civil defence service; for example, if a healthcare professional would refuse to work during temporary civil defence service. This criminal offence may also be committed by negligence. Section 433 (2) expressly highlights that the criminal offence of violation of civil defence obligations may also be committed during a state of danger.

IV. Conclusion

This article has presented the most important issues that can be raised in Hungarian substantive criminal law arising from the COVID-19 epidemic.

Based on the historical background, we can state that written Hungarian criminal law has regulated epidemic violations since 1880, although a higher level of abstraction, regulating the acts concerned in the framework of a consistent statutory definition, was only enacted in 1961.

At the beginning of the COVID-19 pandemic, the violation of epidemic regulations (e.g. leaving the official quarantine) was regulated as a criminal offence, but these activities became so frequent that the legislature was soon forced to decriminalise this crime for the duration of the epidemic, hence the bulk of the acts have been categorised as only regulatory offences since 8 June 2020.

In a case of allegedly causing bodily harm, it is quite a hard task to prove causation, since the coronavirus mostly spreads by droplets. However, the situation is different in relation to an attempted criminal offence, where criminal liability can be established if e.g. an infected perpetrator coughs on the victim with an intent to cause illness.

In the field of offences against public peace I dealt in detail with fearmongering and threatening with public danger. It is important to stress that fearmongering may be committed not only by the claim or dissemination of any untruthful fact but also by distortion of any truthful fact (misrepresentation) at a site of public danger, which element should be always examined in concreto. In response to the COVID-19 situation, the statutory definition of fearmongering has been amended, hence it can also be committed during the period of a special legal order such as a state of danger. The new regulation was examined by the Constitutional Court, which ruled that the new criminal law regulations on fearmongering are not in conflict with the Fundamental Law.

Naturally, *de lege ferenda*, future legislation is also subject to statistics on the spread of the virus. For example, reactivating the criminal offence of price gouging, formerly known in Hungarian criminal law, might be conceivable if masks, tests, or later vaccines, the price of which was fixed by the government but were in short supply were on sale at a higher price.³⁵ The criminalization of the omission of protec-

³³ *Joó*, hvg.hu from 20.3.2020,

https://hvg.hu/itthon/20200320_tappenz_haziorvos_koronavirus (17.6.2021)

³⁴ See *Tóth*, MTA Law Working Papers 2 (2015), 18 et seq.

³⁵ See *Gál*, Journal of Eastern-European Criminal Law 7 (2020), 165.

tive measures constituting a regulatory offence currently (e.g., wearing a mask) may also arise. In this regard, a new ground of justification can also be envisaged in order to declare immunity for those persons who would use force to persuade persons not complying with the rules to do so, etc.

Finally we can state that the COVID-19 pandemic represents a significant detriment in the life of the whole of society, since, in order to protect lives and health, we have to give up several activities that seemed natural in the past; we could even exercise our right to free movement in a very limited form during the state of danger. We can only hope to endure the period until an efficient vaccine is available for the whole society to protect against the virus with the lowest possible human sacrifice. Until then, we have to be prepared for this extraordinary situation to last for a longer time, which means, obviously, a recession for the economy. This circumstance, for instance, due to the loss of a number of jobs, may have criminogenic effects as well.³⁶ Thus, after the positive crime trend of recent years, it unfortunately cannot be ruled out that the number of criminal offences will increase again due to the global crisis. Law enforcement authorities and participants in criminal justice must also take such a scenario into account. However, at present, the main tasks are to minimise losses, cure those who have the disease, and slow down the spread of the epidemic. Naturally, in addition to the priority of all these goals, the application of criminal law can only play a complementary role. At the same time, as set out in this study, a number of criminal law issues may arise during the pandemic, as action must be taken against infringements without any delay. Such activities, if they succeed, may also facilitate the achievement of the primary goals listed. It is in the common interest of all of us that this should be so.

³⁶ See *Peršak*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 28 (2020), 214.

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

Felix Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, Rechtsfigur oder Mythos?, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, 330 S., € 79,90.

I. Mit seinem ersten Qualifikationswerk greift *Ruppert* einen der schillerndsten Begriffe oder Institute der Strafrechtsdogmatik auf: die Sozialadäquanz. Sie ist nicht nur schillernd, was ihren Inhalt betrifft: Es ist unmittelbar einleuchtend, dass das sozial Adäquate von unbestimmter Weite geprägt ist. Sie ist zugleich in ihrer rechtlichen Bedeutung wie ihrer dogmatischen Fundierung schillernd und entsprechend in der Lehre heillos umstritten. Mit der vorgelegten Dissertation, welche von *Valerius* an der Universität Bayreuth betreut wurde, wird erstmals eine umfassende Arbeit aus der jüngeren Zeit zu einer wichtigen Figur im Strafrecht vorgelegt. *Ruppert* erfüllt damit ein Forschungsdesiderat.

II. Die maßgeblich von *Welzel* schon 1939 entwickelte Rechtsfigur wird zunächst sehr schön in ihrem weiten Anwendungsbereich beschrieben. Dies betrifft nicht nur historische (Lehrbuch-)Fälle, wie die lebensgefährliche Fahrt mit der Eisenbahn, zu der man den Erbonkel überredet, sondern in vielfältiger Weise aktuelle strafrechtliche Abgrenzungsfragen. Sie reichen von der Beurteilung des Behandlungsabbruchs, -verzichts und der -begrenzung, die *Ruppert* leider mit der überholten Nomenklatur der „passiven Sterbehilfe“ einführt (S. 35; auch S. 95 und S. 100) über die Frage, ob die Heilbehandlung angesichts ihres auf Therapie gerichteten sozialen Sinngehalts ärztlichen Verhaltens nicht von vornherein als strafbare Körperverletzung ausscheidet, über vergleichbare Fragen im Sport, die Risiken des Massenverkehrs bis hin zu einer wirtschaftsstrafrechtlichen Erfassung der Aufgaben eines Betriebsinhabers. All diesen Fällen ist gemein, dass mit der Sozialadäquanz eine ausufernde Strafbarkeit reduziert und angemessene Lösungen erzielt werden sollen.

Ruppert beschreibt die Entwicklung dieser Rechtsfigur in Forschung und Rechtsprechung zutreffend und anschaulich. Er kann auch nachweisen, dass zwar die Rechtsprechung deutlich Zurückhaltung übt, jedenfalls nicht ausdrücklich auf die Sozialadäquanz zurückgreift (S. 88 f.), aber bei näherem Hinschauen doch in der Sache mit deren Geist spielt und viele Fragen im Lichte der Sozialadäquanz sieht. Den von *Ruppert* genannten Beispielen (S. 90 ff.) wäre noch die Notwehrprovokation hinzuzufügen. *Ruppert* schließt sich der interessanten Beobachtung an, dass die Sozialadäquanz eine Art Durchgangsstadium zu dogmatischen Lösungen bei der Erfassung neuartiger Probleme darstellt (S. 99). Aktuelle Fragestellungen, deren Erfassung durch das Strafrecht Schwierigkeiten bereitet, werden mit dem Begriff des sozialadäquaten Verhaltens beschrieben und aus dem Bereich des kriminellen Unrechts herausgelöst. Auch der Gesetzgeber nutzt für sich diesen Mechanismus. Er unterlässt es, Bagatellgrenzen eindeutig zu normieren und verweist auf die soziale Adäquanz, mit der zu weit geratene Straftatbestände restriktiv angewendet werden können (S. 94). Zu Recht verweist *Ruppert* hier auf die Korruptionstatbestände, bei denen

angesichts der Weite des Merkmals der Unrechtsvereinbarung einschränkend korrigierende Auslegungen notwendig erscheinen.

III. Der Anspruch der Arbeit geht über diesen Befund hinaus. *Ruppert* will versuchen, der Lehre der Sozialadäquanz eine strafrechtsdogmatische Basis zu geben.

Dazu werden im nächsten großen Abschnitt (S. 103 ff.) die verschiedenen Ansätze zur Begründung der Rechtsfigur durchgemustert. Naturgemäß beginnt *Ruppert* mit *Welzel* (S. 104 ff.), der mit der Sozialadäquanz tatbestandsmäßige Handlungen umschreibt, die sich „funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen“.¹ Er stellt die Konzeption von *Gracia Martín* dar, nach dem die Sozialadäquanz eine „neutralisierende und negative Kategorie der scheinbaren strafrechtlichen (tatbestandsmäßigen) Relevanz der Handlung“ darstelle.² Schließlich kommt das Strafbarkeitskorrektiv-Modell *Klugs* zur Sprache, der zwischen dem tatbestandsausschließenden Prinzip der Sozialkonkurrenz und dem rechtfertigenden Prinzip der Sozialadäquanz unterscheidet.³ *Ruppert* setzt sich mit allen drei Modellen klug auseinander und findet jeweils die Haare in der Suppe, was ihn veranlasst, die genannten dogmatischen Fundierungen der Reihe nach zu verwerfen. Es mangelt an einer rechtsdogmatischen Verortung der Sozialadäquanz. Die Mannigfaltigkeit der Debatte zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Sozialadäquanz a) als tatbestandsausschließend, b) als Auslegungstopos, c) als Element der objektiven Zurechnung, d) als Rechtfertigungsgrund oder schließlich e) als Schuldausschließungsgrund (S. 134–145) qualifiziert wird.

Ruppert sieht in dem Fehlen eines tragfähigen Fundaments dieser Figur den „Hauptunruheherd“ (S. 131) für die diffuse Rezeption durch die Rechtsprechung und die Kritik an der Rechtsfigur selbst. Schauen wir, ob er mit seiner Arbeit diesen Brandherd hat austreten können.

IV. Um seinen Anspruch einzulösen, entwickelt *Ruppert* zunächst Konturen der Sozialadäquanz (S. 147 ff.). Damit will er einerseits den Vorwurf widerlegen, dass die Sozialadäquanz ein Schlagwort ohne Inhalt sei, die sich wie einst Münchhausen am eigenen Schopf aus dem Sumpf ziehe, und andererseits den Vorwurf, dass man es mit völlig unbestimmten Voraussetzungen zu tun habe. Eine Beschreibung als geschichtlich gewachsene soziale Billigung (*Welzel*) genügt *Ruppert* nicht, eine solche verfehle den Übergang in den rechtlichen Bereich (S. 149). Auch dem Versuch der Rechtsprechung, übliche, von der Allgemeinheit gebilligte und daher strafrechtlich im Sozialleben gänzlich unverdächtige Handlungen⁴ aus der Strafbarkeit auszunehmen, folgt *Ruppert* nicht. Allgemeine Billigung und Üblichkeit seien

¹ *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 (516).

² *Gracia Martín*, in Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 205 (214).

³ *Klug*, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 249 (262).

⁴ BGHSt 23, 226 (228).

viel zu unscharfe Begriffe. Zudem werde schlicht aus der gesellschaftlichen Wertung eine rechtliche gefolgert (S. 153). *Ruppert* mustert weitere Versuche durch, etwa den der professionellen Adäquanz von *Hassemer* (S. 164), ohne befriedigt zu sein. Es bedürfe weiterer Präzisierung und Konturierung des Begriffs (S. 167).

V. Im vierten Abschnitt (S. 168 ff.) bietet *Ruppert* seinen eigenen Lösungsansatz. Sein Ausgangspunkt sind dabei die Handlungslehren. Die finale Handlungslehre weist er – wie auch schon zuvor die kausale Handlungslehre – als Anknüpfungspunkt für die Sozialadäquanz zurück (S. 175). Er sieht die strafrechtliche Handlung wie die sozialen Handlungslehren als das vom Willen beherrschbare sozial erhebliche Verhalten und nähert sich damit schon begrifflich der Sozialadäquanz (S. 176). Zutreffend erkennt er, dass es damit sein Bewenden haben muss. Es hieße, diese Handlungslehre überzuinterpretieren, wollte man darin den dogmatischen Ursprung und die Erklärung der Sozialadäquanz sehen.

Es folgen weitere Versuche, die Sozialadäquanz theoretisch und dogmatisch einzuordnen, als Lückenfüllerfunktion, als Natur- oder Gewohnheitsrecht. Nach knapp 30 Seiten ist man einem eigenen Ansatz jedenfalls noch nicht nähergekommen – dieser negative Ansatz mutet etwas seltsam an. Tatsächlich beginnt *Ruppert* nun endlich mit seinem eigenen Erklärungsversuch, ab Seite 195. *Ruppert* arbeitet zunächst noch einmal vertiefend die Relevanz der Sozialadäquanz als ein strafrechtliches Korrektiv heraus. Dabei geht er von der Grundproblematik jedes Gesetzgebers aus, dass dessen Rechtssätze abstrakt gefasst sein müssen und dadurch vielfach zu weit geraten. So aber wird auch ein von der Rechtsnorm, die vom Rechtssatz an sich zu trennen ist, nicht intendiertes Verhalten als strafbar erfasst (S. 197). Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG kann in dem generösen Verständnis des Bundesverfassungsgerichts die Aufgabe als Korrektiv nicht übernehmen (S. 205). Die von *Ruppert* im Einzelnen beschriebene Tendenz des Bundesverfassungsgerichts, den Bestimmtheitsgrundsatz nicht überstrapazieren (S. 201), drückt die Problematik noch sehr schmeichelhaft aus. Angesichts einer solchen Schwäche des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes einerseits und der Fragmentarität des Strafrechts andererseits (S. 208) sieht *Ruppert* die Aufgabe der Sozialadäquanz darin, diese Funktionslücke zu schließen. Er versteht die Sozialadäquanz vor der Folie der Strafzwecke, insbesondere der positiven Generalprävention. Die Sozialadäquanz habe die Aufgabe, die Strafzwecke funktional zur Geltung zu bringen. Sie vermittele „zwischen dem Strafzweck als solchem und dem diesen erst ermöglichenden Strafrecht“ (S. 218). Es komme der Sozialadäquanz daher die Aufgabe zu, diejenigen Fälle aus dem Unrechtsbereich auszuschneiden, bei denen die Strafe ihre eigenen Zwecke verfehlen würde. *Ruppert* sieht in der Sozialadäquanz eine Art metateleologische Reduktion von Strafnormen. Der Telos der einzelnen Strafnorm genüge nicht, um eine überbordende Strafbarkeit zu reduzieren. Das könne sich nur aus einem „übergeordneten Telos von Strafrecht und Strafe“ ergeben (S. 222).

VI. Diese Kernthese der Arbeit muss der Kritik standhalten. Diese liegt auf der Hand: Es fragt sich, ob *Ruppert* mit

seinem Ansatz wirklich viel gewinnt; denn die Strafzweckdiskussion scheint keinesfalls viel konkreter und bestimmter als die bisherigen Bemühungen zu sein, der Sozialadäquanz Konturen zu verleihen. Insofern erscheint fraglich, ob eine so verstandene Sozialadäquanz wirklich den Schwächen des Bestimmtheitsgrundsatzes abhelfen könnte. Es erscheint doch zu optimistisch, dass der *Verf.* glaubt, den Schwierigkeiten bei der Handhabung des Bestimmtheitsgrundsatzes so ausweichen zu können. Im Grunde räumt der *Verf.* das Problem auch in gewisser Weise ein, wenn er an späterer Stelle die Sozialadäquanz keinesfalls als Auslegungsmethode verstehen will, weil eine „sozialadäquate Auslegung tatbestandlicher Merkmale ein diffuses Bild kreieren“ würde (S. 231).

Natürlich erkennt *Ruppert* diesen Einwand. Sein Versuch, konkretisierende Kriterien zu entwickeln, scheitert. Er muss scheitern; denn die Sozialadäquanz bringe das Metatelos der strafrechtlichen Regelung zum Ausdruck, so dass die Entwicklung präziser Kriterien „schwerlich möglich ist“ (S. 239). Für *Ruppert* ergibt sich ein einziges Kriterium, welches der Rechtsfigur der sozialen Adäquanz Konturen anlegt: „die gesellschaftliche Akzeptanz eines Verhaltens“. Und dieses sei klar bestimmt (a.a.O.). Freilich lässt sich trefflich streiten, ob die gesellschaftliche Akzeptanz wirklich derart klar bestimmt ist, wie sie *Ruppert* apostrophiert.

Einen weiteren Ertrag kann *Ruppert* mit Fug und Recht für sich geltend machen. Indem er die Sozialadäquanz mit den Strafzwecken verbindet, geht es um die Legitimation des Strafrechts: Bei sozialer Adäquanz und damit bei fehlender negativ- oder positiv-präventiver Wirkung fehlt es an jener. Deswegen ist die Annahme überzeugend, dass die Sozialadäquanz des Verhaltens nur auf der Tatbestandsebene verortet werden kann (S. 229 f.).

VII. *Ruppert* erprobt sein Konzept der Sozialadäquanz abschließend an verschiedenen Anwendungsfällen. Davon sei eines herausgegriffen, das dem Eingeweihten schon zu Beginn der Lektüre im Kopf herumgespukt haben mag (von *Ruppert* im Ansatz auf S. 241 angesprochen). Wenn sich eine Grundschullehrerin zu ihrer Verabschiedung von den Eltern als Dank für ihre hervorragende pädagogische Leistung eine Lorient-Büste schenken lässt, so kann sie sich der gesellschaftlichen Akzeptanz sicher sein. Wer die §§ 331 f. StGB mit Augenmaß anwendet, muss der Berliner Strafjustiz, die Gegenteiliges vertreten hat, klar widersprechen. Insofern ist *Ruppert* zugestehen, dass sein Vorschlag der metateleologischen Reduktion der Bestechungsdelikte durch soziale Adäquanz (dazu im Einzelnen S. 282 ff.) doch einiges für sich hat.

VIII. *Ruppert* entwickelt in seiner Dissertation einen innovativen Ansatz, der die Figur der Sozialadäquanz mit der Legitimität des Strafrechts insgesamt verknüpft. Er versteht es, für die Sozialadäquanz erstens ein Fundament zu legen, zweitens ihr gewisse Konturen zu geben und drittens sie für die tägliche Rechtsanwendung fruchtbar zu machen. Das ist für eine Dissertation schon eine ganze Menge an Ertrag. Natürlich lassen sich Kritiken formulieren, die *Ruppert* auch selbst sieht. Aber er versteht es, anhand der abschließenden Beispiele eine gewisse Plausibilität seiner Lösung deutlich zu machen.

Die Arbeit ist flüssig geschrieben und gut zu lesen, sie walzt die Dinge nicht unnötig aus. Abgesehen von ganz wenigen für Erstlingswerke typischen Stilblüten, wie „ein Vorstoß in die Woge des Seins“ (S. 22), „Odem der Auslegung“ (S. 157) oder „Ersucht die Bestrafung: [...] gesellschaftliche Zwecke, [...]“ (S. 218). Da es sozial inadäquat erscheint, fehlende Zitate des Rezensenten zu bemängeln – auch wenn das zuweilen in dieser Zeitschrift anders gesehen wird –, soll das nicht mit auf die Waagschale gelegt werden. *Ruppert* hat eine schöne Studie zu einer theoretischen Grundfrage des Strafrechts und des Strafrechtssystems vorgelegt, wobei er die praktisch relevanten Auswirkungen seiner Thesen nicht aus dem Blick verloren hat. Jeder, der mit der sozialen Adäquanz arbeitet, wird diese mit Gewinn zur Hand nehmen.

Prof. Dr. Henning Rosenau, Halle

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

Marianne Johanna Lehmkuhl/Frank Meyer (Hrsg.), Das Unternehmen im Brennpunkt nationaler und internationaler Strafverfahren, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, 242 S., € 64.

Das Werk ist aus den von den Herausgebern veranstalteten 5. Unternehmensstrafrechtlichen Tagen hervorgegangen, deren Leitidee es war, so Meyer in seiner Einführung (S. 9 ff.), „die verfahrensrechtliche Seite des Unternehmenssanktionenrechts genauer zu beleuchten“ und dabei insbesondere die Verfahrenswirklichkeit – geprägt durch die Verbindung unternehmensstrafrechtlicher Verfahren und regulatorischer Aufsichtsverfahren sowie transnationaler samt der damit verbundenen grundrechtlichen Fragen – in den Blick zu nehmen. Die insgesamt neun Beiträge des Bandes lassen sich in fünf Themenblöcke unterteilen: Strafverteidigung von Unternehmen (*Trüg, Knauer* und *Hugger*); verfahrensrechtliche Vertretung des Verbandes (*Schumann*); Whistleblowing aus europäischer und österreichischer Sicht (*Schröder* und *Konopatsch*); transnationales ne bis in idem (*Satzger*) sowie Digitalisierung und Waffengleichheit (*Weratschnig* und *Heyder/Romerio*).

Im ersten Block kommen zwei angesehene Strafverteidiger zu Wort, wobei zunächst *Trüg* ein Gesamtpanorama der Verteidigung von Unternehmen im nationalen und internationalen Strafverfahren zeichnet (S. 14 ff.). Er betont die schwache Stellung von Unternehmen im transnationalen Kontext, die sich insbesondere aus dem fehlenden rechtlichen Rahmen und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit ergebe. Dies führe zu einer „doppelten Schwächung international agierender Unternehmen“ (S. 19 f.), denn es drohe zum einen eine „Mehrfach-Sanktionierung“ bei einem geringen prozessualen Schutzniveau und zum anderen eine Kumulation von belastenden Beweismitteln. Dem müsse durch die Erweiterung der traditionellen strafprozessualen Garantien auf Unternehmen entgegengewirkt werden (S. 20 ff.). *Trüg* weist ferner auf das Spannungsverhältnis von (aktiver) Verteidigung und internen Untersuchungen sowie Compliance hin (S. 23 ff.), wobei er die Nachteile der unternehmerischen Kooperation mit Blick auf die Unsicherheiten bezüglich effektiver Strafmilderung und auf die Verwertung der internen Untersuchungsergebnisse durch die Strafverfolgungsbehörden betont. *Trüg* sieht insoweit stimmigere Konzepte in den USA, erwähnt aber nicht die kompromisslosere Strafverfolgung durch das Bundesjustizministerium (man denke nur an VW Dieselgate und vergleiche mit den Braunschweiger Ermittlungen). *Trüg* kritisiert die im Entwurf des Verbandssanktionengesetzes (VerSanG-E) vorgesehene Unterscheidung zwischen Unternehmensverteidigung und Durchführung interner Ermittlungen, weil diese so „kaum trennscharf möglich“ sei (S. 29). Er entwickelt drei idealtypische Modelle von Unternehmensverteidigung aus der (seiner?) forensischen Praxis, nämlich das Modell aktiver und passiver Unternehmensverteidigung sowie bloß administrativer Unternehmensvertretung (S. 34 ff.). Er wägt die Vor- und Nachteile dieser Modelle ab und zeigt anschaulich die Wechselwirkungen mit der Individualvertei-

digung von Unternehmensmitarbeitern. Der Beitrag ist lesenswert und lehrreich, er betont jedoch mitunter zu einseitig die Unternehmens- bzw. Verteidigersicht und übergeht völlig den häufig undurchschaubaren „corporate veil“.¹ Auch vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob das Bild einer „doppelten Schwächung“ der Unternehmen tatsächlich der Realität entspricht. Was die mögliche Absenkung von Verfahrensgarantien und damit den Verlust eines prozessualen Mindestschutzes angeht (S. 18), so wirkt die fehlende Rechtsharmonisierung insoweit in beide Richtungen, ggf. also auch zugunsten des Unternehmens; im Übrigen sind die forum- und locus regit actum-Grundsätze zu beachten.²

Knauer betont vor allem die Rolle des Verteidigers als „Übersetzer“ zwischen staatlicher Strafverfolgung und dem Unternehmensinteresse (S. 45 ff.). Der Vorstand müsse im schwierigen Moment der Kenntniserlangung von Straftaten („Stunde Null“) die überaus komplexe Entscheidung treffen, wie sich das Unternehmen dazu verhalten soll: entweder Durchführung interner Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts und Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden oder doch besser aktive (oder sogar aggressive) Verteidigung. Auch *Knauer* betont insoweit die Gefahr der Verwertung der internen Ermittlungsergebnisse durch die Strafverfolgungsbehörden, die im VerSanG-E angelegte Trennung von internen Ermittlungen und Verteidigung sowie den fehlenden Beschlagnahmeschutz („Jones Day wird Gesetz“, § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, S. 61). Insoweit weist er auf dessen Abhängigkeit vom Eintritt des Verteidigungsfalls hin, von dem die h.M. erst ausgehe, wenn das Unternehmen formell zum Beschuldigten gemacht werde, also nicht schon bei Kenntniserlangung von Straftaten durch interne Hinweisgeber (S. 51 ff.). *Knauer* weist ferner auf die hohen Anforderungen des VerSanG-E an interne Untersuchungen zum Erlangen einer Strafmilderung hin (S. 56) und kritisiert generell das dort zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber der Verteidigung und das Unverständnis gegenüber moderner Unternehmensverteidigung (S. 59 ff.). Alles in allem stimmt *Knauer* mit *Trügs* Kritik am VerSanG-E³ und auch mit seiner sonstigen Kritik weitgehend überein.

Schumann widmet sich eingehend der Vertretung des Verbandes im österreichischen Recht und ergänzt dies um einige selektive rechtsvergleichende (auf Deutschland und die Schweiz bezogene) Überlegungen (S. 71 ff.). Zunächst erklärt er den dualistischen Ansatz des österreichischen Rechts – Unterschied zwischen der autonomen Verantwortlichkeit des Verbandes und der Verantwortlichkeit des Mitarbeiters für die sog. Anknüpfungstat –, was zu zwei strafprozessualen Foren und Verfahren führe (S. 73 f.). Als strafrechtlich Verantwortlicher genieße der Verband – *Schumann* verweist insoweit auf die Engel-Kriterien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) – eine Subjektstellung und damit die Rechte aus Art. 6 EMRK (S. 76 ff.). Dabei hafte er komplementär zu dem jeweiligen Mitarbeiter

¹ Zu weiteren Verfolgungshindernissen siehe *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, S. 40 ff. m.w.N.

² Dazu *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561 f.).

³ Siehe insoweit auch *Knauer*, NSTz 2020, 441.

oder den Mitarbeitern, dessen/deren (tatbestandsmäßige und rechtswidrige, nicht zwingend schuldhaft) Anknüpfungstat sei also Voraussetzung der Verbandshaftung (S. 74 f.). Hinsichtlich der Vertretung des Verbandes (S. 78 ff.) differenziert *Schumann* zwischen der personellen Repräsentanz und dem rechtlichen Beistand (durch einen Verteidiger), hinsichtlich der Details sei verwiesen (S. 80 ff.).

Von den beiden Beiträgen zum *Whistleblowing* verdient der knapp 50-seitige (!) von *Schröder* (S. 101 ff.) eine genauere Betrachtung, während *Konopatsch* sich im Kern mit dem österreichischen Recht befasst und in den Schlussfolgerungen im Wesentlichen mit *Schröder* übereinstimmt (S. 153 ff.). *Schröder* stellt zunächst sehr gut die kollidierenden Interessenlagen und unterschiedlichen Interessenten mit ihren kollidierenden Rechtspositionen dar, wobei er betont, dass jegliche, auch eine gute Regulierung von diesen Interessensgegensätzen geprägt sei (S. 120 f.). Im Kern und vereinfacht gesagt, gehe es im Streit über *Whistleblowing* in der Privatwirtschaft einerseits um die Wahrung legitimer Geschäftsgeheimnisse und andererseits um den Anspruch der Öffentlichkeit auf Informationen, die sich nicht unbedingt zu strafrechtlich relevanten Verhalten auswachsen müssten. Für *Schröder* ist „die Legitimität, Geheimnisse offenzulegen, erheblich vom gewählten Informationskanal, dem Umfang der preisgegebenen personenbezogenen Daten, dem bei objektiver ex ante-Betrachtung bestehenden Verdachtsgrad sowie von Qualität und Quantität des offengelegten Fehlverhaltens“ abhängig (S. 117). Er stellt die fragmentarische Rechtslage bis zur ersten EU-Richtlinie (die sog. Geschäftsgeheimnischutz-Richtlinie 2016/943 [ABl. EU 2016 Nr. L 157/1] aus dem Jahr 2016, die in Deutschland im Jahre 2019 in § 5 GeschGehG [BGBl. I 2019, S. 466] umgesetzt wurde) dar (S. 121 ff.). Diese Richtlinie, die eine Mindestharmonisierung der Vorschriften für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung zu erreichen sucht (und deren Umsetzung für *Schröder* nicht mehr als ein missglücktes Provisorium des *Whistleblower*-Schutzes ist), wurde dann in 2019 durch die sogenannte *Whistleblowing*-Richtlinie (RL 2019/ 1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. EU 2019 Nr. L 305/17) ergänzt. Bei ihr geht es aber nicht vorrangig um den Schutz von *Whistleblowern* (S. 134), sondern um eine effektivere Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik durch *Whistleblowing* (eingehend S. 124 ff., 134 ff.), also um ein „Programm zur Effektivierung des Unionsrechts [...], mit dem Schwächen bei der Rechtsdurchsetzung in einzelnen Mitgliedstaaten, aber auch Mängel der Funktionsweise der Unionsvorschriften in der Union als Ganzem begegnet werden“ soll (S. 134, so auch *Konopatsch*, S. 155). Eine Pflicht zur Informationsprüfung setzt die Richtlinie nicht explizit voraus, doch müssen Hinweisgeber immerhin einen „hinreichenden Grund“ zu der Annahme haben, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße der Wahrheit entsprechen (Art. 6 Abs. 1a). Die jüngste EGMR-Entscheidung zu einem ärztlichen *Whistleblower* in einer Liechtensteiner Klinik scheint

eine genauere Prüfung der Informationen zu verlangen,⁴ was *Whistleblower* eher abschrecken dürfte. Besonders interessant sind dann *Schröders* (zehn) Thesen zur Umsetzung der *Whistleblowing*-Richtlinie ins nationale Recht (S. 137 ff.).⁵ Aus Platzgründen kann auf diese Thesen hier im Einzelnen nicht eingegangen werden, doch bilden sie eine gute Umsetzungsgrundlage für den deutschen Gesetzgeber (beachte etwa die Forderung, die Rechte von *Whistleblowern* auch auf Hinweise zu Verstößen gegen nationales Recht zu erweitern, sowie den konkreten Implementierungsvorschlag eines „Stammgesetzes“; so auch *Konopatsch*, S. 182). Natürlich besteht hier noch Diskussionsbedarf, etwa bezüglich der Forderung des Schutzes auch sog. rechtswidriger Geheimnisse (S. 141 ff.) sowie der Erweiterung des Schutzes auf die Offenbarung anderer Belange von besonderem öffentlichen Interesse bzgl. nicht rechtswidriger Vorgänge (S. 147 ff.); demgegenüber dürfte die datenschutzrechtliche Einhegung bzw. die Beschränkung auf Offenlegung gegenüber (seriösen) Medienvertretern sowie die Abstimmung mit dem kommenden Verbandssanktionsrecht (S. 149 ff.) unstrittig sein. Auch *Schröders* Fazit, dass nämlich auch eine umfangreiche Gesetzgebung die rechtliche Handlungssicherheit des *Whistleblowers* in Grenzbereichen legitimer Offenlegungen nur unvollständig wieder herstellen können, wird man zustimmen müssen.

Satzger widmet sich der Anwendung des transnationalen „ne bis in idem“ des EU-Rechts (Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRCh) auf Unternehmen (S. 185 ff.). Nach einer überblicksartigen (entbehrlichen) Darstellung der Grundlagen (erwähnenswert ist hier nur seine alte Forderung einer Zuständigkeitsregelung zur Verhinderung von Mehrfachverfolgung, S. 188), spricht sich *Satzger* – insgesamt überzeugend – für die Anwendung des transnationalen „ne bis in idem“ auf Unternehmen aus (S. 191 ff.). Insoweit sei der Strafcharakter von Unternehmenssanktionen irrelevant, weil deren Wirkung – z.B. Höhe der Bußgelder nach dem OWiG (obwohl keine Strafen nach deutschem Verständnis) – entscheidend sei; ohnehin sei das nationale Sanktionsverständnis unerheblich, denn es komme auf den autonomen europarechtlichen Sanktionsbegriff an.⁶ Die *ne bis in idem*-Voraussetzungen im Einzelnen sieht *Satzger* als gegeben an (Personenidentität, rechtskräftige Aburteilung im Erststaat, Identität der Tat und Vollstreckungselement), wobei insbesondere die Ausführungen zum Tatbegriff von Interesse sind, weil auch dieser europarechtlich autonom – freilich nicht einfach nachvollziehbar – als in sich verbundener Tatsachenkomplex zu verstehen ist, woraus *Satzger* folgert, dass es auf die von der Unternehmensleitung angeordnete Gesamttat (*mein* Begriff), nicht aber auf die Einzeltaten des Unternehmens bzw. seiner Mitarbeiter

⁴ EGMR, Urt. v. 16.2.2021 – 23922/19 (Gawlik v. Liechtenstein).

⁵ Dazu auch *Schröder*, ZRP 2020, 212.

⁶ Siehe etwa auch die EGMR-Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung, die dieser – entgegen der deutschen Ansicht – als dem Legalitätsgrundsatz unterfallende Strafsanktion ansieht, näher *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 132 ff.).

ankommt (S. 195 ff.). Ferner will *Satzger* das ne bis in idem-Prinzip auch bei Vermögensabschöpfung anwenden, weil ansonsten eine Einschränkung transnationaler wirtschaftlicher Betätigungen zu befürchten stehe (S. 199 ff.). Auch das ist überzeugend und kann insbesondere (ebenfalls) nicht unter Verweis auf das enge deutsche Strafverständnis (das die Vermögensabschöpfung nicht erfasst) abgelehnt werden.

Die beiden letzten Beiträge zu Waffengleichheit und Digitalisierung unterscheiden sich hinsichtlich der Perspektive und der inhaltlichen Durchdringung der Problematik. Während *Weratschnig*, österreichischer Oberstaatsanwalt, im Wesentlichen die restriktive oberlandesgerichtliche Rechtsprechung, vor allem des OLG Wien, zur Akteneinsicht bezüglich Daten darstellt (S. 203 ff., 211 ff.) und im Ergebnis kaum Probleme der Waffengleichheit trotz des damit verbundenen Informationsvorsprungs der Ermittlungsbehörden und deren praktisch unbeschränkten „Absaugens“ von Unternehmensdaten sieht, weil ja ohnehin nur das zur Akte genommene Material verwertbar sei (S. 218), haben *Heyder* und *Romerio*, beide Schweizer Rechtsanwälte, einen kritischeren, *mich* eher überzeugenden Blick (S. 219 ff.). Ihr Beitrag ist auch stärker auf Unternehmen zugeschnitten (allerdings primär aus Schweizer Sicht), während *Weratschnig* diese nur knapp – gleichsam als Annex zur individualrechtlichen Sicherstellungspraxis – behandelt (S. 215–217). *Heyder/Romerio* weisen zutreffend darauf hin, dass der Schlüssel zur Beherrschung des Problems bei den Ermittlungsbehörden liegt, die eben von vornherein nur maßvoll und gezielt Daten erheben sollten. Allerdings habe sich von den drei unterschiedlichen Ansätzen in der Praxis – zielgerichtete, kooperative und überschießende Datenerhebung – auch in der Schweiz die letztere durchgesetzt, was zu einer nicht mehr beherrschbaren Datenflut führe (S. 229 ff.). Deren Bewältigung setze mindestens dreierlei voraus: eine entsprechende Technologie, Expertenwissen (einschließlich Umgang mit künstlicher Intelligenz) sowie personelle Ressourcen (S. 234 ff.), über die in der Regel nur Großunternehmen und gegebenenfalls (gut ausgerüstete) staatliche Strafverfolgungsorgane verfügen. Hängt die Waffengleichheit also davon ab (S. 238 f.), wird sie in vielen Fällen nicht gegeben sein, wobei dies durchaus auch zu Lasten der staatlichen Strafverfolgung gehen kann.

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen/Den Haag

Buchrezension

Marius Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, Zur Vereinbarkeit der Informations-, Offensiv- und Beistandsrechte des Opfers mit dessen Zeugenstellung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 311 S., € 78.

Auch wenn die Strafprozessordnung den Begriff des Opferzeugen nicht kennt, ist er seit bald 50 Jahren in aller Munde. Gemeint sind damit Personen, die im Strafverfahren zugleich Zeugen und Verletzte sind und damit einerseits zentrale Funktionen als Beweismittel (Zeugen) für die Wahrheitsermittlung erfüllen sollen, aber andererseits als Verfahrenssubjekte (speziell als Nebenkläger) auch ihre eigenen Interessen verfolgen dürfen. Dass aus dieser Doppelstellung Spannungen zwischen Wahrheitsermittlung und Opferschutz entstehen können, liegt auf der Hand. Die von *Helmut Satzger* betreute Dissertation von *Marius Endler* analysiert dieses Spannungsfeld aus rechtsstaatlicher Sicht.

In der Einleitung wirft *Endler* einen kritischen Blick auf das derzeitige rechtspolitische Klima, in dem „Opferschutz zum Politikum“ (S. 27) geworden und in dem im Streben um die Wählergunst eine einseitige Opferorientierung der Politik festzustellen sei. Der aktuelle rechtspolitische Diskurs laufe laut *Endler* Gefahr, zu einer vorschnellen Einteilung in „gut“ (Opfer) und „böse“ (Beschuldigter) zu gelangen (S. 28). Die Gesetzgebung zugunsten des Opfers könne auch hinsichtlich des Opferzeugen zu Reibungen führen; Reibungen, die der Gesetzgeber gesehen, sich aber darüber hinweggesetzt und bewusst für die Vereinbarkeit von Opfereigenschaft und Zeugenstellung ausgesprochen habe – was in § 48 Abs. 3 S. 1 StPO („Ist der Zeuge zugleich der Verletzte [...]“) und § 255a Abs. 2 S. 2 StPO („Zeugen, die Verletzte einer dieser Straftaten sind“) zum Ausdruck komme (S. 31).

Die Reibungen, die sich aus der Opferschutzpolitik im Hinblick auf den Opferzeugen ergeben, untersucht *Endler* in zwei großen Kapiteln. Im ersten geht es um die verschiedenen inhaltlichen Aspekte der Doppelstellung (S. 32–190). Dazu erfolgen zunächst begriffliche Klärungen, wobei von *Endler* herausgestellt wird, dass in der StPO ganz überwiegend nicht vom Opfer, sondern vom Verletzten gesprochen wird; gleichwohl verwendet er in seiner Arbeit aus Gründen der Vereinfachung – ungeachtet dessen emotionaler Aufladung – durchgehend den Opferbegriff (S. 34). Sofern er zuweilen, um die Vorläufigkeit des Opferbegriffs zu betonen, vom „vermeintlichen“ Opfer spricht, meint er damit nicht eine nur scheinbar, sondern ersichtlich eine möglicherweise verletzte Person; *Schünemann* spricht in diesem Zusammenhang neuerdings zutreffend vom „Opferprätendenten“. In einer aktuellen Gesetzgebungsinitiative, im RegE eines „Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderungen weiterer Vorschriften“ (20.1.2021) wird diese Vorläufigkeit des Verletztenbegriffs durch den vorgesehenen neuen § 373b Abs. 1 StPO so zum Ausdruck gebracht: „Im Sinne dieses Gesetzes sind Verletzte diejenigen, die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben.“ Während der

RegE damit zugleich den Weg zu einem einheitlichen Verletztenbegriff in der StPO bereitet, untersucht *Endler* in detaillierter Weise die unterschiedlichen Stellungen des Verletzten in seinen verschiedenen strafprozessualen Konstellationen und gelangt zum Ergebnis, dass Opferzeuge jeder im weiteren Sinn Verletzte sei, der als Beweisperson im Verfahren über persönliche Wahrnehmungen von Tatsachen aussagen soll (S. 45).

Der inhaltlichen Problematik der Doppelstellung nähert sich *Endler*, indem er zunächst das Opfer im System des deutschen Strafverfahrens untersucht; dabei gesteht er dem Verletzten vier wesentliche Interessen am und im Strafverfahren zu: ein Interesse an Einleitung und Durchführung des Verfahrens, an Genugtuung, an Sicherheit vor dem Täter und an Wiedergutmachung (S. 53). Ein legitimes Interesse an Rache wird ausdrücklich verneint; allerdings bleibt aus meiner Sicht zu fragen, wie man in der Praxis das eine (Genugtuung) vom anderen (Rache) unterscheiden soll bzw. ob sich verhindern lässt, dass der Verletzte Rachebedürfnisse im Strafverfahren unter dem Deckmantel der Genugtuung auslebt. Im Anschluss an die Interessen des Verletzten werden dessen gesetzliche Rechte im status negativus und status activus sowie Opferrechte aus der Verfassung angesprochen. *Endler* gesteht dem Verletzten dabei in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zwar keinen Anspruch auf konkrete Sanktionierung, wohl aber in Ausnahmefällen einen solchen auf effektive Strafverfolgung zu (S. 59 ff.).

In vielschichtiger Weise fragt er sodann nach der Legitimation der aktiven Opferbeteiligung (S. 72 ff.), also der Verletztenrechte, die sich nicht auf den Schutz besonders sensibler Zeugen beschränken, sondern jener Rechte, die sich darüber hinaus ergeben und – in meinen Worten – die besondere Problematik des Strafverfahrens im Zeichen des Opfers ausmachen. *Endler* greift dazu nicht nur verfassungsrechtliche Aspekte auf, sondern auch die lebhaft geführte Diskussion in der Strafzwecklehre zur Berücksichtigung von Opferinteressen (S. 81 ff.). Anders als noch vor 40 Jahren sei der Persönlichkeitsschutz des Verletzten heute im Strafverfahren fest verwurzelt; bereits hieraus ließen sich Offensivrechte zur Abwehr ansehensschädigender Angriffe begründen. Eine vollständige Legitimationsgrundlage der aktiven Opferbeteiligung leitet *Endler* aus der Strafzwecklehre und dem Ziel des Strafverfahrens ab (S. 111). Aufgrund primär verfassungsrechtlicher Gedanken legt er aus einer Gegenüberstellung eines unveräußerlichen Minimums (Recht auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör sowie aufgrund der Opferschutzrichtlinie) einerseits sowie eines unüberschreitbaren Maximums andererseits die Grenzen aktiver Opferbeteiligung im Strafverfahren fest (S. 112 ff.). Wenn er hierbei zum Ergebnis gelangt, dass ein Vorrang der Beschuldigtenrechte besteht und aktive Opferrechte nicht so weit gehen dürften, dass die Verteidigungsrechte in ihrem Kern beschränkt werden, ist ihm uneingeschränkt zuzustimmen. Wo nun genau die Grenzen verlaufen, muss dabei an dieser Stelle notgedrungen vage bleiben; *Endler* hält geringfügige faktische Einschränkungen der Verteidigungsmöglichkeiten für hinnehmbar; im Zweifel sei jedoch den Beschuldigtenrechten der Vorzug zu gewähren (S. 134). Um deutlich zu machen,

wo eine Beschränkung vorliege, in welcher der Gesetzgeber dem Beschuldigten verfassungsrechtliche Rechte beschneidet, bildet er das – aus seiner Sicht – rein hypothetische Beispiel einer Gesetzgebung, die eine Einschränkung des Fragerechts der Verteidigung gegenüber Nebenklägern in der Weise vorsehe, dass nur dem Vorsitzenden, nicht aber dem Beschuldigten und Verteidiger dessen Befragung gestatte. Eine solche Gesetzgebung, die *Ender* vor Kurzem noch für „nicht ersichtlich“ und offensichtlich unzulässig hielt (S. 133), ist zwischenzeitlich jedoch von der Freien und Hansestadt Hamburg auf den Weg gebracht worden (BR-Drs. 80/21). Vorgeesehen ist, § 241a StPO dahingehend zu ändern, dass Zeugen, die „Opfer einer gravierenden Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung geworden sind“, nur noch durch den Vorsitzenden befragt werden dürfen. Deutlich wird damit, dass im Bereich des Opferschutzes vieles im Fluss ist: Das, was heute noch als rechtsstaatlich unzulässig angesehen wird, kann durch die Entdeckung einer angeblichen Lücke im Opferschutz morgen schon zum gesetzgeberischen Imperativ werden.

Die rechtssystematische Untersuchung der Rolle des Zeugen fällt kürzer aus als die des Verletzten. *Ender* arbeitet hier gleichermaßen klar wie überzeugend heraus, dass der Zeugenbeweis der Erforschung der Wahrheit zu dienen hat, was Voraussetzung für ein inhaltlich richtiges Urteils ist. Dem Zeugen ist deshalb kein materiell geschütztes Interesse am Ausgang des Prozesses, sondern nur an einer belastungsfreien Aussage zuzubilligen. Auch die verschiedenen Zeugenrechte, die in gewisser Weise die Wahrheitsermittlung beschneiden können, ändern daran nichts (S. 166).

Die Janusköpfigkeit des Opferzeugen (S. 169 ff.) versucht *Ender* durch die Formulierung von vier verschiedenen Regeln aufzulösen, der eine Matrix zugrunde liegt, die durch die Interessen an Wahrheitsermittlung und Persönlichkeitsrechten des Opfers gebildet wird (S. 188 ff.); damit befinden wir uns im Zentrum seiner Studie. Opferrechte seien dann zu gewähren, wenn sie die Wahrheitsermittlung nicht beeinflussen (Regel 1) oder gar fördern (Regel 2). Beeinträchtigt dagegen ein Opferrecht die Wahrheitsermittlung, sei dieses zu versagen, sofern es jene „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in nicht unerheblichem Umfang“ beeinträchtigt, nicht dagegen dann, wenn die Beeinträchtigung nur möglich sei (Regel 3). Im letztgenannten Fall sei die Bedeutung der Zeugenaussage ausschlaggebend für die Zubilligung eines Verletztenrechts; je bedeutender sie sei, desto eher müsse das die Wahrheitsermittlung möglicherweise beeinträchtigende Opferrecht verweigert werden. Dasselbe soll gelten, wenn sowohl negative als auch positive Auswirkungen dieses Rechts auf die Wahrheitsermittlung im Raum stünden und eine gesicherte Prognose nicht möglich sei (Regel 4).

Diese Regeln erscheinen zunächst etwas theoretisch-abstrakt und am grünen Tisch entwickelt zu sein; in Kapitel 2, das Konsequenzen aus der Doppelstellung für die aktive Opferbeteiligung im Einzelfall zieht (S. 191 ff.), werden sie aber mit Leben gefüllt, indem die Informations-, Offensiv- und Beistandsrechte des Verletzten auf den Prüfstand gestellt werden.

Die Rechte des Verletzten auf Auskunft und Unterrichtung (§§ 406d, 406i bis 406l StPO) bedürfen, worin *Ender* zustimmen ist, keiner Einschränkung, da diese die Wahrheitsermittlung nicht beeinträchtigen (S. 192). Das Akteneinsichtsrecht (§ 406e StPO) kann dagegen die Wahrheitsfindung, wie von ihm kenntnisreich belegt wird, in vielfältiger Weise (Erschwerung der merkmalsorientierten Aussage- und Konstanztanalyse, „Post-Event-Informationen“) beeinträchtigen. Entgegen der gängigen Gerichtspraxis folgert *Ender* hieraus, dass die Akteneinsicht an den Anwalt des Verletzten grundsätzlich vor der Zeugenaussage zu versagen sei, jedoch ausnahmsweise bei einer anwaltlichen Versicherung, dass die Akteneinsicht nicht an den Verletzten weitergegeben würden und die Bedeutung der Zeugenaussage dem nicht entgegenstehe, zu gewähren sei. Dass eine Verpflichtungserklärung des Anwalts rechtlich nicht durchsetzbar und auch nicht überprüfbar ist, sieht *Ender* (S. 207), meint jedoch, dass Anwälte sich in der Regel daran hielten. Hier bleibt zu fragen, ob eine solche eingeschränkte Form der Akteneinsicht praktikabel ist. Wenn Anwälte sich nur „in der Regel“ daran hielten, wäre dann im Einzelfall gerade nicht zweifelsfrei geklärt, ob dem Zeugen die Akteneinsicht nicht doch preisgegeben wurden. Müsste sich dann die Zeugenvernehmung nicht darauf erstrecken? Ein Unterfangen, das erhebliche Belastungen für die befragte Person mit sich bringen und gleichwohl keine letzte Klarheit hinsichtlich der möglichen Beeinflussung von Zeugen durch Aktenkenntnisse herstellen würde. Letztlich wäre damit weder dem Verletzten noch der Wahrheitsfindung gedient. Die von *Ender* entwickelten Gesichtspunkte für eine etwaige Einschränkung von Akteneinsicht sind dagegen durchaus zustimmungsfähig, auch ohne dass es auf eine etwaige anwaltliche Versicherung ankäme. Die Gewährung von Akteneinsicht habe sich nach der Bedeutung der Aussage zu richten: Bei einer Hauptbedeutung der Zeugenaussage dürfe sie nur ausnahmsweise gewährt werden, in Fällen von Aussage-gegen-Aussage dagegen nie vor der Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung (S. 213). In gleicher Weise beschäftigt sich *Ender* mit einer Einschränkung des Anwesenheitsrechts des Nebenklägers und nebenklagebefugten Verletzten, das jenen gesetzlich uneingeschränkt gewährleistet wird (§ 397 Abs. 1 S. 1, 406h Abs. 1 S. 2 StPO). Dass die Anwesenheit von Verletzten vor deren eigener Vernehmung in der Hauptverhandlung die Wahrheitsfindung beeinträchtigen kann, liegt zwar auf der Hand, eine Einschränkung des Anwesenheitsrechts de lege ferenda, die *Ender* für angebracht hält (S. 219), liegt dagegen rechtspolitisch gesehen sehr fern. Auch hinsichtlich des Rechts auf Bestätigung der Anzeige (§ 158 Abs. 1 S. 3–5 StPO), der Bekanntgabe von Beweisanträgen (§ 397 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 219 Abs. 2 StPO) sowie sogar der Mitteilung der Anklageschrift (§ 201 Abs. 1 S. 2 StPO) kommt er zu den Wortlaut der Vorschriften einschränkende Auslegungen. Insgesamt gelingt es ihm damit, die Gefahren für die Wahrheitsfindung, die sich infolge der Opferschutzgesetzgebung durch die Gewährleistung weitreichender Informationsrechte ergeben haben, plastisch aufzuzeigen; ob man realistischerweise erwarten darf, dass die von ihm geforderten Änderungen der

Rechtsprechung auch tatsächlich erfolgen, steht allerdings auf einem anderen Blatt.

Die dem Nebenkläger seit dem 1. OSchG (1986) gewährten weitreichenden Offensivrechte, also insbesondere die Beweisantrags-, Frage-, Erklärungs-, Beanstandungs- und Ablehnungsrechte, können laut *Endler* zwar die Wahrheitsermittlung im Prozess beeinflussen, er erwartet von deren Inanspruchnahme allerdings eher eine Beeinflussung im positiven Sinn, so dass sie seiner Meinung nach keiner einschränkenden Auslegung bedürfen (S. 239). Dass diese starken Offensivrechte in der Praxis möglicherweise zu einer neuen Form der Wahrheitssuche führen, die im Endeffekt unter dem Deckmantel von „Opfergerechtigkeit“ zunehmende Punitivität fördern, spricht *Endler* an, meint jedoch, über eine faktische Änderung der Wahrheitssuche lasse sich im Rahmen seiner Untersuchung nur spekulieren (S. 228).

Wiederum anders schätzt *Endler* die Beistandsrechte des Verletzten ein, insbesondere die Möglichkeiten des Beistands durch einen Anwalt (§§ 68b, 397 Abs. 2, 406f Abs. 1 StPO) oder durch einen psychosozialen Prozessbegleiter (§ 406g Abs. 1 StPO). Diese Beistandsrechte gehörten grundsätzlich zum unveräußerlichen Minimum der Opferrechte (S. 240), er sieht hier aber Gefahren für die Wahrheitsermittlung. Im Fokus seiner Betrachtung steht dabei ein mögliches Zeugen-coaching durch Rechtsanwälte oder psychosoziale Prozessbegleiter. Er hält eine Beweisaufnahme zur Frage, ob im Anwaltsgespräch ein Zeugen-coaching stattgefunden hat, für zulässig und im Hinblick auf die Wahrheitsfindung für geboten (S. 249). Mehr noch: Ein bestellter Opferanwalt auf Staatskosten kann seiner Meinung nach dann, wenn Anhaltspunkte für ein Coaching vorlägen, ausgewechselt werden (S. 251). Entsprechendes gelte für einen psychosozialen Prozessbegleiter (Aufklärung über ein etwaiges Coaching und ggf. Entpflichtung, S. 264). Man wird ihm darin aus strafprozessualer Sicht nicht widersprechen. Allerdings belegen seine Ausführungen erneut, wie das vom Gesetzgeber gewünschte „Mehr“ an Opferschutz – soll darunter die Wahrheitsfindung nicht leiden – nahezu zwangsläufig zu neuen Problemen und Konflikten im Strafverfahren führt.

Insgesamt handelt es sich um eine angenehm zu lesende, materialreiche und rechtsdogmatisch ausgewogene Studie. Die Problematik der Doppelstellung des Opferzeugen wird mit rechtssystematischer Genauigkeit herausgearbeitet; insbesondere werden die Gefahren hervorgehoben, die sich aus den diversen Informations- und Beistandsrechten des Verletzten für die Wahrheitsermittlung im Strafverfahren ergeben. Diese Gefahren möchte *Endler* eindämmen, indem er es unternimmt, in einem Korridor zwischen einem unveräußerlichen Minimum sowie einem unüberschreitbaren Maximum an Opferrechten aus rechtssystematischer Sicht das sich aus der Doppelstellung des Opferzeugen ergebende Spannungsverhältnis aufzulösen. Seine Analyse folgt dabei konsequent der Logik der Normen, nicht dem gängigen rechtspolitischen Opferdiskurs.

Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld